

TESIS DOCTORAL

**EL MODELO CONSTITUCIONAL
DE FUERZAS ARMADAS**

LORENZO COTINO HUESO

Universidad de Valencia



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA

ISBN 978-84-690-7112-0

Reservados todos los derechos
© Lorenzo Cotino Hueso
Universidad de La Rioja

Logroño, 2007

Universidad de La Rioja
Biblioteca Universitaria
C/ Piscinas s/n
26006 LOGROÑO
LA RIOJA – ESPAÑA

E-mail: dialnet@unirioja.es
Página web: dialnet.unirioja.es

ÍNDICE GENERAL DEL LIBRO PRIMERO
“De la paz del terror a la paz de los derechos fundamentales”

TABLA DE CONTENIDOS DEL LIBRO PRIMERO

“De la paz del terror a la paz de los derechos fundamentales”

PRESENTACIÓN.....	11
CAPÍTULO I. PODER, FUERZA, DERECHO: EL PARTICULAR PAPEL DE LA FUERZA MILITAR EN EL PODER Y SU DIFÍCIL UBICACIÓN EN EL DERECHO.....	29
<i>Presentación importancia de la fuerza armada en el poder.....</i>	<i>29</i>
I. ALGUNAS REGLAS DEL PODER. EL CARÁCTER SIEMPRE RESIDUAL DEL PODER DE LA FUERZA ANTE EL PODER DE CONVICCIÓN	31
A) <i>La externidad del poder y la maldición que pesa sobre él</i>	<i>31</i>
B) <i>Hombre por encima de la naturaleza, política por encima de la fuerza</i>	<i>32</i>
C) <i>El “poder de consenso” por encima del “poder coercitivo”</i>	<i>35</i>
D) <i>Algunas reglas del poder de convicción</i>	<i>37</i>
a) <i>La abstracción como recurso del poder de consenso. Abstracciones religiosas y seculares</i>	<i>37</i>
b) <i>La ficción legitimadora del poder debe incorporar de algún modo el bien o interés general.....</i>	<i>39</i>
c) <i>Entre los grupos no sólo hay luchas para hacerse con el poder, sino también colaboración.....</i>	<i>41</i>
E) <i>El papel de la fuerza militar en el poder: interrelaciones del poder político y la fuerza militar</i>	<i>43</i>
a) <i>La fuerza militar es la expresión máxima del poder coercitivo y ningún poder la descuida</i>	<i>43</i>
b) <i>La organización de la fuerza configura en ocasiones la propia organización política</i>	<i>44</i>
c) <i>El poder político es en buena medida quien tiene la fuerza armada más eficaz en cada momento histórico.....</i>	<i>46</i>
d) <i>La necesidad de controlar la fuerza militar: concentración y centralización del mando de la fuerza militar por el poder político</i>	<i>49</i>
II. EL PODER COMO GARANTE DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD. LA “PAZ” Y LA “SEGURIDAD” COMO GARANTES DEL PODER. BUENA Y MALA RAZÓN DE ESTADO	52
A) <i>Conceptos de paz, orden, seguridad.....</i>	<i>52</i>
a) <i>Concepto empírico de paz.....</i>	<i>52</i>
b) <i>La politización o moralización de la paz.....</i>	<i>55</i>
c) <i>Distintos conceptos con un nexo común: paz interna, orden y seguridad. 58</i>	<i>58</i>
c. 1. <i>Paz y orden</i>	<i>58</i>
c. 2. <i>Orden político, público, institucional o constitucional</i>	<i>59</i>
c. 3. <i>El manipulable concepto de seguridad</i>	<i>61</i>
d) <i>Algunas lecturas que se desprenden de lo anterior</i>	<i>62</i>
B) <i>De un Estado para la seguridad de la comunidad a una paz del terror para el poder dirigente. Buena y mala razón de Estado</i>	<i>63</i>
a) <i>Los medios por los que se ha alcanzado la paz y seguridad a través de la organización política: la paz del terror</i>	<i>63</i>

a. 1. la vía “clásica” de alcanzar la paz: la paz del terror, de los calabozos y de los cementerios.....	64
a. 2. La paz por medio del compromiso entre los grupos en conflicto que cuentan con la organización de la violencia.....	67
a. 3. la paz por medio de un árbitro: el Estado y la soberanía como falsos árbitros.....	68
b) De la seguridad del individuo a la seguridad del poder dirigente.....	70
b. 1. Cómo legitimar que la seguridad del individuo y de la comunidad quede por debajo de la seguridad de la organización política.....	71
b. 1. 1º. Distintos recursos para anteponer la seguridad de la organización política a la seguridad de los individuos que la componen.....	71
b. 1. 2º. Un recurso mental útil: la atribución de vida al Estado.....	75
b. 1. 3º. Sacralización del Estado y de su defensa militar.....	79
b. 2. Cómo legitimar que la protección de los dirigentes y de sus intereses es la seguridad de la organización política: los intereses del grupo dirigente como razón de Estado.....	81
c) Las consecuencias de lo anterior: la continuidad de la razón de Estado y sus repercusiones, especialmente próximas al ámbito de lo militar.....	83
c. 1. Buena y mala razón de Estado.....	84
c. 2. ¿Inmutabilidad de la razón de Estado?.....	88
III. PODER, PAZ Y FUERZA EN EL DERECHO.....	90
A) <i>Derecho y paz: la paz y la convivencia implícitas en el Derecho</i>	90
a) Derecho y paz en la historia del pensamiento.....	91
b) Derecho y paz en el pensamiento contemporáneo.....	94
B) <i>Derecho, poder y fuerza</i>	97
a) El Derecho como mera técnica de dominación que incorpora el poder de convicción y el poder de la fuerza.....	97
b) La interesante perspectiva de Kelsen como punto de partida de la aprehensión de la fuerza por el Derecho.....	101
CAPÍTULO II. FUERZA MILITAR, LEGITIMACIONES DEL PODER Y DERECHO HASTA EL ESTADO LIBERAL.....	107
I. FUERZA ARMADA Y LEGITIMACIONES DEL PODER HASTA EL ESTADO MODERNO.....	110
A) <i>La fuerza militar y poder en las sociedades primitivas: del carisma del jefe guerrero a las primeras organizaciones militares y políticas</i>	110
B) <i>Organización militar y política en la Grecia antigua</i>	112
a) La organización político - militar en la Grecia antigua.....	112
b) La justificación del poder basada en la armonía o en la seguridad y los límites del poder.....	114
C) <i>La hegemonía militar romana, la evolución del sistema político y las primeras limitaciones del poder de la fuerza</i>	117
a) La hegemonía de Roma gracias a la disciplina y el servicio militar.....	117
b) De la monarquía militar a la república romana.....	119
c) Derecho, la institución de la dictadura y los acantonamientos militares..	120
d) Imperio y decadencia político-militar.....	122
D) <i>Bárbaros, caballeros y poliarquía medieval</i>	125
a) Introducción. Paz y derecho en el pensamiento cristiano, bárbaro y medieval.....	125

b) Del caballo y el honor guerrero de los bárbaros a las primeras organizaciones políticas	127
c) Una solución militar eficiente: el feudalismo. La desaparición de la disciplina y de una organización política fuerte.....	129
II. EL RENACIMIENTO DEL EJÉRCITO Y DEL ESTADO.....	135
A) <i>El renacimiento de la disciplina militar haría renacer la organización política: la generación del Estado moderno a partir de la evolución militar</i>	135
a) El redescubrimiento de la disciplina, la aparición de la pólvora	136
b) La centralización político-militar en Europa a través de la disciplina y la burocratización.....	145
c) De los Ejércitos del Rey con funciones exteriores a la Administración del Estado, el militarismo del Antiguo Régimen	147
c) La situación de la fuerza militar y el militarismo en la España previa al Estado liberal burgués.....	154
e) Un apunte sobre la jurisdicción militar en el Estado absoluto	159
f) Los caracteres de los Ejércitos absolutistas	162
B) <i>El poder monárquico y el Estado moderno se legitimaron básicamente en la paz y la seguridad</i>	164
a) El pensamiento de Santo Tomás como punto de partida de la secularización del poder. La paz y el orden como fin de la organización política	164
b) La concentración del poder político del Monarca a través de la concentración de la fuerza. De la seguridad de la comunidad a la razón de Estado	166
c) Poder, fuerza, Derecho y límites al poder en Bodino y autores humanistas	170
d) El inicio del individualismo en la legitimación del poder: la seguridad justifica el poder absoluto en Hobbes	173
CAPÍTULO III. TEORÍA Y REALIDAD LIBERAL. LA GESTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIBERALES DE UBICACIÓN Y LIMITACIÓN DE LA FUERZA MILITAR EN EL MARCO COMPARADO	178
I. LOS POSTULADOS LIBERALES: BUENA RAZÓN DE ESTADO, IMPERIO DE LA LEY, ANTIMILITARISMO Y PACIFISMO	178
A) <i>Unos principios políticos adecuados para la pujante clase burguesa</i>	178
B) <i>La seguridad como principio y fin fundamentador de la organización política liberal</i>	180
C) <i>La razón de Estado en apuros: los postulados liberales limitan el poder y la guerra a través del Derecho. Antimilitarismo y pacifismo teóricos</i>	183
a) La seguridad no se alcanza reforzando el poder, sino limitándolo por medio del Derecho	183
b) La limitación del poder del monarca y de la fuerza militar	185
c) Savia nueva en el pensamiento político: los postulados liberales eran pacifistas en el orden exterior.....	187
c. 1. La tradición beligerante del pensamiento político anterior.....	187
c. 2. El pacifismo teórico liberal	189
II. LA REALIDAD LIBERAL: MALA RAZÓN DE ESTADO FRENTE AL DERECHO, MILITARISMO, EXCEPCIONALIDAD Y BELIGERANCIA	191
A) <i>La imperfección del teórico orden liberal y el desconocimiento de sus propios postulados en el plano interno</i>	191

a) El formalismo y la abstracción como medios idóneos de eludir los propios principios liberales	193
b) La ley limita la fuerza, pero la razón de Estado burguesa limita la ley	196
B) <i>Un pacifismo nominalista. Beligerancia y militarismo del Estado liberal</i>	199
III. LOS PRINCIPIOS LIBERALES SOBRE LA FUERZA MILITAR EN LOS MODELOS ANGLOSAJÓN Y FRANCÉS.....	204
A) <i>El desarrollo histórico los principios liberales respecto de la fuerza militar en el marco anglosajón</i>	204
a) Gran Bretaña	204
b) Estados Unidos	208
B) <i>La ubicación continental revolucionaria de la fuerza militar: Francia</i>	211
a) División conformación y estatuto de la fuerza armada y reparto de poder tras la Revolución	211
b) Una cuestión de especial relevancia: la legitimación y desarrollo de las medidas de excepción	217
CAPÍTULO IV. EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS LIBERALES DE UBICACIÓN Y LIMITACIÓN DE LA FUERZA ARMADA EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL.....	223
I. UNAS NOTAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.....	224
A) <i>Las primeras marcas y la necesaria desmitificación de nuestro inicial constitucionalismo</i>	224
B) <i>El sello de un pacto entre oligarquías desde 1837 y los caracteres de nuestro “problema constitucional”</i>	226
C) <i>Constituciones progresistas y moderantistas, programáticas y transaccionales</i>	233
II. GUERRA DE INDEPENDENCIA, CONSTITUCIÓN DE 1812 Y FUERZA ARMADA	236
A) <i>La Guerra de Independencia y los puntos de partida en la constitucionalización de la fuerza militar</i>	236
B) <i>La regulación de lo militar en la Constitución de 1812</i>	240
a) El rechazo de los Ejércitos permanentes y la conflictiva cuestión de la milicia	240
b) Los poderes de las Cortes sobre la fuerza militar y las cuestiones de defensa	244
c) Orden público, jurisdicción militar y medidas de excepción en la obra gaditana.....	247
C) <i>La influencia formal de la Constitución de 1812 en un posterior constitucionalismo formal</i>	248
III. EL MILITARISMO HASTA LA RESTAURACIÓN, LA LENTA GESTACIÓN DE UN PODER SUPRAPOLÍTICO	250
A) <i>El período fernandino y la dictadura del Trienio Liberal</i>	250
B) <i>Un pacto oligárquico sellado por la fuerza militar. El militarismo partidista hasta la Restauración</i>	253
C) <i>Recapitulación de la época de los espadones</i>	261
IV. DE LA RELATIVA DESMILITARIZACIÓN DE CÁNOVAS AL ABANDONO DEL CONSTITUCIONALISMO POR LOS MILITARES EN EL SIGLO XX	266
A) <i>Un militarismo “renovado” desde la Restauración. La posición suprapolítica de las Fuerzas Armadas</i>	266
B) <i>El abandono de la idea constitucional por la fuerza militar en el siglo XX</i>	271
V. UN APUNTE SOBRE LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931 Y SU REDEFINICIÓN DEMOCRÁTICA-PACIFISTA DE LA DEFENSA Y LO MILITAR	273

VI. VALORACIÓN FINAL: POCO QUE APRENDER DE NUESTRO CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO, EN ESPECIAL POR CUANTO A LA UBICACIÓN DE LA FUERZA MILITAR EN EL ESTADO.....	278
VII. ESTADOS TOTALITARIOS Y AUTORITARIOS Y FUERZA MILITAR.....	280
A) <i>Poder, Derecho y fuerza militar en los regímenes totalitarios</i>	280
a) <i>Poder, fuerza y Derecho en el pensamiento de Fichte y Hegel y en la práctica totalitaria</i>	281
b) <i>Poder, fuerza y derecho en el pensamiento marxista</i>	286
c) <i>Supremacía civil y neutralidad militar en los regímenes totalitarios</i>	287
B) <i>Regímenes autoritarios y fuerza militar: el militarismo en el régimen del general Franco</i>	290
CAPÍTULO V. DE LA PAZ DEL TERROR A LA PAZ DE LA DIGNIDAD HUMANA: EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	296
I. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	297
II. LA PAZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	301
A) <i>Los derechos fundamentales son fundamento del orden político que conduce a la paz social</i>	301
B) <i>No hablamos de una paz cualquiera, sino de la paz de los derechos fundamentales y de la democracia</i>	303
III. LA NECESARIA RECONCILIACIÓN DE LA BUENA RAZÓN DE ESTADO CON EL DERECHO. HACIA LA PLENA INCORPORACIÓN DE LA FUERZA MILITAR EN EL DERECHO	307
A) <i>Razón de individuo, razón de Estado: la buena razón de Estado es la de la defensa de los derechos y libertades y del único Estado que los garantiza</i>	307
B) <i>¿Es posible unir polos de imán del mismo signo? La incorporación en el Derecho de la razón de Estado democrática</i>	314
C) <i>Un ámbito propio de proyección de la buena razón de Estado: la regulación de la fuerza militar en el Estado de los derechos y libertades</i>	318
IV. LA PAZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO ES SÓLO PAZ INTERNA, ES TAMBIÉN PAZ EXTERIOR.....	320
A) <i>La proyección internacional de los principios del Estado democrático a otros Estados no puede anteponerse a la seguridad del propio Estado constitucional</i>	320
B) <i>La razón de Estado democrático limita la proyección de los principios de los Estados democráticos en las relaciones internacionales</i>	324
CAPÍTULO VI. FUERZAS ARMADAS, CONSTITUCIÓN Y DERECHO EN ESPAÑA DESDE EL AVENIMIENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO.....	328
I. LA PECULIAR CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LO MILITAR Y LA DEFENSA EN ESPAÑA	328
A) <i>Las fuerzas armadas como objeto extraño de regulación constitucional</i>	328
B) <i>Ámbitos propios en la constitucionalización de lo militar en el presente siglo y su significación básica</i>	332
II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LO MILITAR Y LA DEFENSA EN 1978	335
A) <i>El punto de partida: el peso de los militares en la transición española</i>	335
B) <i>La consecuente influencia del poder militar en la Constitución española</i>	338
C) <i>Descripción de la regulación atinente a la defensa y lo militar en la Constitución española de 1978</i>	344
III. LECTURA DE LA EVOLUCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN ESPAÑA DESDE EL PERÍODO DEMOCRÁTICO	349

A) <i>Una previa: enunciado de la interesante tipificación de los modelos de Ejército establecida por Moskos</i>	350
a) El formato llamado “institucional” o “divergente”	351
b) El modelo denominado “ocupacional” o “convergente”	352
c) Un tercer modelo denominado “plural”	354
B) <i>Evolución real de las Fuerzas Armadas españolas</i>	355
a) La modernización y profesionalización del Ejército con el avènement de la democracia.....	356
b) Análisis de la política militar y de defensa española desde algunos concretos puntos de vista	361
IV. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MILITAR Y DE DEFENSA DURANTE EL PERÍODO CONSTITUCIONAL	372
A) <i>La lenta constitucionalización de la legislación militar</i>	372
B) <i>Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 1978</i>	376
C) <i>La evolución de la legislación sobre la organización y dirección de la Defensa nacional</i>	380
D) <i>Derecho de excepción</i>	385
E) <i>Derecho penal y disciplinario militar y jurisdicción castrense</i>	386
E) <i>La regualción del régimen del personal de las Fuerzas Armadas</i>	391
F) <i>La evolución de la regulación del servicio militar</i>	392
CAPÍTULO VII. NECESIDAD, DEFENSA, FUERZAS ARMADAS Y DERECHO MILITAR	394
I. LA NECESIDAD Y EL DERECHO. LO MILITAR Y LA DEFENSA COMO EL REINO DE LA NECESIDAD	395
A) <i>El concepto relativo de la necesidad: presupuesto y finalidad</i>	397
a) El presupuesto fáctico de la necesidad: el peligro o la amenaza y su mayor o menor inmediatez.....	399
b) El elemento teleológico: las finalidades que se pretenden realizar bajo el presupuesto de la necesidad	401
B) <i>Los efectos de la necesidad</i>	402
a) Las consecuencias negativas de la necesidad: la derogación del Derecho ordinario	402
b) Consecuencias positivas: concentración y centralización de competencias y atribuciones y alteración de las reglas de procedimiento.....	404
b. 1. Concentración a favor el Poder Ejecutivo	405
b. 2. Concentración dentro de un mismo poder	407
b. 3. Alteraciones de competencia entre diferentes organizaciones territoriales	409
b. 4. Alteración del procedimiento y limitación de derechos y garantías ..	412
C) <i>Límites y garantías respecto de los efectos de la necesidad</i>	414
II. LA DEFENSA, LAS FUERZAS ARMADAS Y EL DERECHO MILITAR. LOS “DOS PIES” EN LOS QUE SE MUEVE EL DERECHO MILITAR	417
A) <i>La defensa nacional y el “Derecho de la defensa”</i>	417
a) ¿Qué es la defensa?	417
b) La existencia del conjunto armónico de un “Derecho de la defensa”	422
B) <i>Defensa militar, Fuerzas Armadas y Derecho militar</i>	424
a) La defensa militar comprendida en la defensa nacional	424
b) La importancia de perfilar la naturaleza del Derecho militar	426
C) <i>Los “dos pies” en los que se mueve el Derecho militar</i>	432

- a) La necesidad de eficacia en la defensa militar del Estado y sus derivaciones 432
- b) En un Estado constitucional el Derecho militar no puede “cojear” 437

CAPÍTULO VIII. LA RESOLUCIÓN DE UN LARGO DEBATE EN ESPAÑA. LA PLENA SUJECIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DEL ORDENAMIENTO MILITAR A LA CONSTITUCIÓN..... 440

- I. LOS DUALISMOS EN LA PERCEPCIÓN DEL FENÓMENO MILITAR..... 441
 - A) *El dualismo en la concepción jurídica de las Fuerzas Armadas* 441
 - a) La existencia de un prolífero y atípico debate doctrinal en España 441
 - b) La verdadera importancia del debate 446
 - B) *El dualismo sociológico en la percepción de las Fuerzas Armadas y su interconexión con el dualismo jurídico-constitucional. La normatividad constitucional y el modelo constitucional de fuerzas armadas*..... 450
- II. LA SIGNIFICACIÓN QUE TIENE EL RECONOCIMIENTO DE UNA INSTITUCIÓN Y UN ORDENAMIENTO JURÍDICO EN NUESTROS DÍAS. RECHAZO DE UNAS “CONNOTACIONES INSTITUCIONALISTAS QUE MERMASEN LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL” 452
 - A) *Cómo abordar la materia de forma adecuada*..... 452
 - B) *La inicial significación de las teorías institucionalistas suponía cierta merma de la normatividad constitucional sobre lo militar* 454
 - a) La perspectiva institucional clásica y la sujeción de las instituciones al Derecho..... 454
 - b) La perspectiva ordinal clásica ya apuntaba la vinculación a la Constitución..... 457
 - C) *La evolución y significación actual de las teorías institucionalistas: la plena sumisión de las instituciones y los ordenamientos al Derecho y en concreto a la Constitución* 459
 - a) El nuevo significado y alcance jurídico de la noción “institución” 460
 - b) La relativización del alcance de los “ordenamientos” 461
 - c) La concepciones institucionalistas actuales conllevan la plena sujeción de la institución de las Fuerzas Armadas y del Derecho militar a la Constitución y el Derecho..... 462
 - D) *El sentido y alcance de las instituciones y los ordenamientos en el concreto marco constitucional español* 463
 - a) La recepción constitucional española del institucionalismo y su significación positiva respecto de la normatividad constitucional 463
 - b) La sujeción de las instituciones a la ley de leyes y el Tribunal Constitucional..... 465
- III. LA SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL QUE SE DERIVA DEL HECHO DE QUE LAS FUERZAS ARMADAS SEAN UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA..... 467
 - A) *El reconocimiento y alcance de las Fuerzas Armadas como institución* 467
 - a) El acogimiento de las Fuerzas Armadas a los caracteres de una institución 467
 - b) ¿Se reconoce una garantía institucional sobre las Fuerzas Armadas? 470
 - B) *La evolución de la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas por nuestro Tribunal Constitucional* 472
 - C) *¿Cuál es la significación jurídica del reconocimiento de las Fuerzas Armadas como una institución?* 476

IV. UNA VISIÓN ESTRUCTURAL FORMAL. ¿PRESCRIBE EXPRESAMENTE LA CONSTITUCIÓN UNA PECULIAR SUJECIÓN PARA EL ÁMBITO MILITAR?	479
A) <i>Un mismo propósito, unas nuevas coordenadas</i>	479
B) <i>La significación de la remisión a los “principios constitucionales” contenida en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE; doctrina y jurisprudencia</i>	482
a) <i>La regla general del art. 9. 1º CE y sus especificaciones</i>	482
b) <i>La referencia a los “principios constitucionales” contenida en los arts. 8 y 117 CE para nuestra doctrina</i>	484
c) <i>La escasa atención del Tribunal Constitucional a las referencias de sujeción a los principios constitucionales</i>	487
C) <i>La posición aquí sostenida: los arts. 8. 2º y 117. 5º CE evitan cualquier negación de la plena normatividad constitucional para el ámbito militar</i>	489
a) <i>La poca operatividad que podría alcanzar una lectura negativa de lo dispuesto en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE</i>	489
b) <i>Una lectura positiva en virtud de la interpretación sistemática</i>	491
V. CONCLUSIÓN: HACIA UN MODELO CONSTITUCIONAL DE FUERZAS ARMADAS	492
A) <i>Convergencia social, convergencia en Derecho</i>	492
B) <i>¿Cuál es la Institución militar a la que da vida jurídica la Constitución española?: hacia el modelo constitucional de Fuerzas Armadas</i>	495

PRESENTACIÓN

El colectivo armado no debe permanecer distanciado del resto de la sociedad; sin perjuicio de ello, este “resto de la sociedad” -la “civil”- también debe aproximarse al mundo castrense. Si demandamos que el mundo militar deje de resultar algo distante, extraño, no sólo cabe exigir una actitud convergente y positiva por parte de los miembros del estamento armado, sino que es responsabilidad de quienes formamos parte esta sociedad “civil” procurar, también, un acercamiento hacia el fenómeno militar. Establecer esta convergencia por la vía del conocimiento científico puede resultar, quizá, uno de los medios de entendimiento más sólidos y efectivos. No sin razón, en 1928 Pumarola afirmaba que “el abismo que antes existió entre ellos [Ejércitos y sociedad] tiende a disminuir, y más se disminuirá cuanto más se avance en el mutuo conocimiento”¹.

Afirman Bañón y Olmeda que cuando los Ejércitos participan en la vida política del Estado no se da un libre conocimiento de lo militar por parte de los civiles; en estas circunstancias -añaden estos autores- salvo que lo que se afirme por los civiles sea una apología de los valores militares y/o resulte adulator a éstos, se prefiere mantener el mundo castrense en la oscuridad y en la ignorancia². Cabe recordar que estas fases de participación militar en la política -ya distantes- se corresponden con una concepción del *enemigo interno*, como inserto en la sociedad; de ahí que no se dé un excesivo celo militar en converger con la sociedad civil, sino más bien al contrario. Y es que, tal y como se ha afirmado “para que un tirano pueda utilizar un Ejército contra su propio pueblo, es preciso separarle de él, aislarlo, pues si el Ejército está unido al pueblo resultará muy difícil poderlo usar contra él”³.

¹ PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército. (Vulgarización sobre los fines y medios del Ejército en la sociedad actual)*, Católica Toledana, Toledo, 1928, pág. 37.

² Ver, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José A., “El estudio de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-59, en concreto, págs. 23 y ss.

³ BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984, pág. 209.

Sin embargo, en un sistema democrático como el actual la función militar es propiamente defensiva y el enemigo se sitúa, *a priori*, en el exterior. En esta situación democrática y de *enemigo externo*, las investigaciones sobre temas militares y de defensa por parte de los *civiles* son fundamentales a favor de la convergencia del estamento militar con el resto de la sociedad de la que forman parte. En democracia resulta recomendable que los Ejércitos y la sociedad converjan, pues, de este modo, se fomenta la necesaria cohesión frente al posible enemigo común. Asimismo, mediante esta concurrencia se aleja la posibilidad de que, tanto civiles como militares, pretendan dar cauce a sus pretensiones políticas sobre la base de la legitimidad de las armas y no desde la legitimidad de su ejercicio de los derechos y libertades.

En muchas ocasiones, los trabajos sobre la materia castrense han sido realizados por miembros del Ejército o personas cercanas a éste o, por contra, por quienes profesan un marcado antimilitarismo. Tanto unos como otros no siempre ofrecían una perspectiva adecuada: la subjetiva ligazón a la Institución militar o un arraigado desapego a la misma se dejaban traslucir en demasía a la hora del estudio objetivo y riguroso.

Como habrá lugar de examinar, una nota esencial de la institución militar es que goza de valores propios, en muchas ocasiones divergentes de los civiles, en todo caso, se trata de un colectivo que permanece, aún hoy, en cierto modo distante del resto de la sociedad, en el que el fuerte corporativismo forma parte de su tradición. Dadas estas notas propias del estamento armado -sólidamente constatadas por la Sociología militar-, no siempre parece lo más apropiado que sean sólo los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS⁴) quienes estudien lo militar, a resultas de una pérdida de objetividad.

⁴ Quien suscribe no desconoce que el empleo de esta abreviatura "FAS" por "Fuerzas Armadas", no sigue las reglas propias a la construcción de la misma, según las cuales correspondería la de "FF AA". Sin embargo, se ha optado por la expresión "FAS" bajo una subjetiva percepción de que la misma permite una mayor familiaridad que la de "FF AA", de modo que contribuye a la propia dinamicidad que se pretende en la lectura con su empleo. Cabe señalar que esta opción no es en modo alguno extraña entre nuestra doctrina.

La presente Tesis Doctoral no incluye ninguna tabla de abreviaturas utilizadas en tanto en cuanto se ha preferido eludir casi por completo el empleo de las mismas. A salvo del

Ahora bien, si se afirma que los estudios realizados por militares corren el riesgo de la pérdida de objetividad, igualmente hay que advertir que el “civil” no está exento del mismo riesgo. Las connotaciones históricas, políticas y sociológicas del estamento armado deben ser tenidas en cuenta como objeto de estudio, pero, en la medida de lo posible, no deben influir en la percepción por parte de quien aborda el tema militar. Quien atienda científicamente el mundo militar debe acudir a él plenamente liberado de todo tipo de prejuicios, tan comunes en este ámbito. Sin embargo, desde las *filas* civiles tampoco se ha tratado la temática castrense con la neutralidad que se requiere en el estudio del Derecho. El “civil” que pretenda abordar con rigor el mundo castrense debe, ineludiblemente, entender y comprender una institución tan específica y singular como lo es la militar. Para ello, se debe realizar el esfuerzo añadido (en relación con otros objetos de estudio) de adentrarse en la realidad de este colectivo tan particular. Si cumple con este requisito, ya no se debe temer el ser acusado de desconocimiento e incomprensión hacia el mundo castrense⁵.

Sorprende que sobre la materia militar no se haya prestado por parte de los juristas, y especialmente los “civiles”, la atención que merece, en particular la atención jurídica. A fines del siglo XIX se afirmó que “La ciencia del Derecho ha tratado hasta el presente al

empleo de la abreviatura “FAS”, de “pág.” o “págs.” y “art. o “arts.” y del acrónimo “OTAN” (Organización del Tratado del Atlántico Norte que no precisan mayor explicación, se hace uso del acrónimo “CE” por “Constitución española” y de “LODNOM”, en sustitución 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”.

Hay que señalar que se ha seguido en la medida de lo posible -y a salvo de involuntarios errores- las prescripciones y consejos que se observan en MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Libro de estilo para juristas. Normas básicas y reglas técnicas en la elaboración del trabajo académico*, (2ª ed.), Bosch, Barcelona, 1999. En todo caso, me he permitido la flexibilización de algunas de las reglas que ahí se contienen. Así, por ejemplo, si bien se ha preferido estéticamente el empleo de “pág.” o “págs.” (en lugar de “p.”, o “pp.”), se ha optado por hacer referencia a los números de página mediante guión (por ejemplo, 212-214) y no mediante la preposición “a” (212 a 214), bajo el entendimiento que ésta es una práctica comúnmente seguida en nuestra doctrina. (Al respecto, ver pág. 55 de la referida obra de estilo).

⁵ BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José A., “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 23. afirmaban en 1985 que ningún estudio -de civiles- a cerca de la institución castrense parece quedar eximido de la acusación -por parte de los militares- de desconocimiento e incomprensión hacia el mundo castrense.

Derecho Militar como a una suegra”⁶. La situación actual no puede compararse con la de tiempos pretéritos. Como se puede apreciar en la referencia bibliográfica final⁷, el Derecho militar en nuestro país no es ni mucho menos una parcela olvidada, los estudios relativos a esta temática son más incluso de lo que podría pensar quien permanezca distante a la materia. Sin embargo, más allá de la cantidad misma hay que atender su procedencia y, en este sentido, se constata un cierto abandono por parte de juristas civiles del estudio de este terreno.

Quizá el motivo de esta carencia investigadora se deba, precisamente, a las dos exigencias antes reseñadas para abordar el mundo castrense (carga de politicidad, existencia de prejuicios sobre la materia y necesidad de una sólida formación para abordarla correctamente). Estos requisitos de alguna manera han frenado el conocimiento de lo militar por la sociedad civil y, concretamente, la investigación jurídica. En este sentido, hay que tener en cuenta que la renuncia al conocimiento de lo militar por parte del resto de la sociedad fomenta, indirectamente, una visión uniforme del fenómeno militar. Al elaborarse la investigación únicamente por los miembros de la institución castrense, los

⁶ DANGEMAIER, Emil, *Militär – Rechtliche un Militär-Ethische Abhandlugen*, Viena, [s. e] 1893, pág. 84, así citado en TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, “Los elementos fundamentales del Derecho militar (Concepto, contenido, codificación, enseñanza)”, en *Revista Española de Derecho Militar* n° 12, julio-diciembre de 1961, págs. 181-206, pág. 192.

⁷ Obviamente ahí no se recogen todos los estudios existentes en nuestro país, sino aquéllos a los que se ha tenido acceso, además, obvio es decirlo, muchas de las obras ahí incluidas no son relativas al Derecho militar y las FAS, sino que abordan otras temáticas pertinentes al estudio jurídico constitucional de la materia.

Sobre la referencia bibliográfica final, parece oportuna una puntualización. Se ha empleado el sistema de bibliografía abreviada tradicional o latino. Como es sabido, al emplearse el mismo pierde fundamento acudir tras el trabajo a la “bibliografía citada” y parece más adecuada una “información bibliográfica específica”, en la que se ofrezca una información estructurada y sistematizada de la literatura jurídica existente sobre el tema tratado. No obstante, en tanto en cuanto son innumerables las ocasiones en las que se abrevia la cita completa -por lo general sólo referida únicamente la primera vez- resultaría inviable tener presente dónde se sitúa dicha cita completa. Puesto que este es, a mi juicio, un serio inconveniente apreciado en diversos estudios, se ha optado por una “bibliografía empleada” al final del estudio, por medio de la cual es siempre posible obtener la referencia completa de la obra de interés. En dicha bibliografía se han incluido todos los documentos empleados, si bien, bajo un mínimo criterio restrictivo por cuanto a aquéllos de poca relevancia en el presente estudio (no relevancia del documento en sí), siempre que no estuviesen conectados con la temática militar, pues, en tal caso, se incluyen todos los documentos a los que quien suscribe ha tenido acceso.

estudios corren el riesgo de *retroalimentarse* continuamente, al quedar cargados de los valores y principios tradicionales de las FAS. Por suerte, en España existen extraordinarios juristas militares y, también afortunadamente, cada día la perspectiva con la que éstos abordan su estudio está mayormente impregnada por los valores y principios de nuestra ley de leyes, de modo que la trascendencia del origen subjetivo del estudio se mitigue en muy buena medida.

Dejar que sólo los militares se ocupen del Derecho militar no sólo puede provocar una inconveniente *endogamia*, sino, que lo que es más, supone descuidar un terreno de extraordinario interés jurídico. Creo no estar bajo los efectos de un *síndrome de Estocolmo*, tan habitual a aquellos doctorandos que durante un tiempo no escaso dedican plenamente su vida a la investigación de una parcela particular, de modo que acaban *secuestrados* por su objeto de estudio. No creo padecer tal síndrome de modo que me llevara a subrayar desproporcionadamente la importancia de las cuestiones militares y su atención jurídica. La trascendencia social, económica y política de lo militar no es poca. Además, hoy día las FAS se sitúan en un momento histórico en razón del proceso de plena profesionalización, iniciado en la legislatura 1996-2000 y de próxima culminación. Dicho proceso se ha acompañado de importantes cambios legislativos, conforme se llevaba a cabo esta misma investigación. Asimismo, tanto el proceso de integración europea como la evolución de la participación española en sistemas colectivos de defensa deben provocar, sin duda, un interés social, , académico e investigador al que no puede escapar el jurista. Estos motivos justificarían por sí el objeto elegido para de la presente Tesis Doctoral. Pero más allá de la relevancia material del tema y lo novedoso del mismo hay que adelantar que el motivo básico no ha sido otro que la singularidad del mundo de los cuarteles para el ámbito del Derecho. Esta especificidad, ciertamente, es la que ha cautivado por completo al autor de estas páginas, bajo el pleno convencimiento de que para la Ciencia jurídica -en especial para el Derecho constitucional- el ámbito de la defensa militar y las FAS es

un campo casi inigualable que bien merece la atención del investigador civil.

Si el mundo militar ha sido objeto de una llamativa atención, especialmente desde la Sociología, se debe, básicamente, a su propia particularidad. Precisamente éste ha sido el factor que quizá explique el efecto contrario cuando se trata de la Ciencia del Derecho. Si a la Sociología atrae estudiar un fenómeno tan específico como el militar, parece que el jurista se encuentra incómodo allí donde sus categorías y estructuras tradicionales parecen no tener valía o es preciso forzarlas al máximo para poder aplicarlas.

Pretender averiguar qué se encierra tras las puertas de los cuarteles es ya un importante esfuerzo para quien pretende abordar científicamente la Institución militar. Más lo es introducir en ellos la Constitución, es decir, determinar cómo y en qué medida debe proyectarse la norma suprema en el mundo castrense. Como se verá en uno de los capítulos de este estudio, incluso en ocasiones parece fallar la premisa, puesto que el mismo alcance normativo de la ley de leyes sobre el Derecho militar y las FAS se pone seriamente en entredicho al tenor de diversas concepciones jurídicas.

Basta con una simple y superficial apreciación de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (norma básica de la Institución militar), para percibir cómo nos encontramos ante un ámbito jurídico más que peculiar. Dicha norma se configura a sí misma en su artículo primero como la “norma moral militar”. El Derecho y la Moral, progresivamente distanciados en la historia, se funden por excepción cuando se trata de racionalizar en forma jurídica el mundo castrense. No deja de sorprender que de los Ejércitos, -como se verá, un sector de la Administración Pública-, se afirme comúnmente que forman una “religión de hombres honrados” (Calderón de la Barca⁸); la función que prestan al Estado y a la comunidad dista sobremanera de la que realiza el resto del funcionariado.

⁸ Así se aprecia en el poema de Pedro Calderón de la Barca, *Para vencer a amor, querer vencerlo*, cuyo texto, por ejemplo, puede seguirse en AA. VV, *La defensa de España ante el siglo XXI*, pág. 9.

No se requiere un gran esfuerzo para percibir cómo, el Estado constitucional que se distingue por el reconocimiento de los derechos propios e inherentes a la persona, sin embargo, mantiene apartado de la sociedad al colectivo humano que integra las Fuerzas Armadas, al someterlo a un régimen de derechos y libertades severamente restringido. De un lado, un justificado temor a su actuación en la vida política –especialmente agudizado por la historia de nuestro país– erróneamente lleva a negar casi por completo en España, el ejercicio de las libertades públicas del ciudadano militar. Y es que tal negación, puede incluso impulsar que, quienes no pueden participar en la vida social como los demás ciudadanos, lo hagan no como tales, sino como militares. De otro lado, en favor del eficaz cumplimiento de las funciones que la Constitución asigna a las FAS, con base a unas “necesidades de la Defensa” que en ocasiones no parecen tan necesarias, se sigue permitiendo una desmedida limitación por parte de la institución militar de todos sus derechos fundamentales.

Pero las particularidades jurídicas cuando se trata del campo castrense no sólo afectan a los derechos fundamentales, sino que todos los fundamentos que definen el Estado constitucional quedan muy modulados cuando se *acercan* al mundo de los cuarteles. La legitimidad democrática que sustenta todos los poderes en un sistema constitucional se topa en ocasiones con la legitimidad de la fuerza de las armas. En este sentido, muchas veces, las autoridades civiles tienen no pocas dificultades para hacer efectivo todo el poder legítimo que la Constitución les confiere sobre una burocracia tan especial como la militar. En estos casos, como consecuencia, parece *dejarse* a los militares que sean los *amos* de su parcela, erosionando así los principios democráticos que están en la base del Estado mismo.

Y lo que es más, un elemento esencial del Estado de Derecho, como lo es la división de poderes, queda severamente afectado cuando conecta con la defensa militar. La necesidad generalmente provoca una tendencia a la concentración de poder en beneficio del Ejecutivo y este efecto reflejo se observa de forma permanente cuando se trata de la necesidad de la defensa del Estado. Cómo se

explican sino las fuertes limitaciones del Legislativo en materia de defensa, limitaciones que llevan a que no sea preciso exigir su autorización para intervenir militarmente –como en el reciente caso de la crisis Kosovar-. La mitigación del poder del Parlamento se observa incluso cuando se trata de su función natural, legislar, en tanto en cuanto se permite que la normación de importantes aspectos de la organización militar se opere por medio de normas de procedencia gubernamental. Con mayor claridad se da esta concentración de poder a favor del Ejecutivo cuando se trata de la justicia militar, cuya independencia no sólo en el pasado, sino en el presente de España puede ponerse más que en entredicho.

Éstas y otras particularidades que se dan cuando se trata de la defensa militar, no son sino la prueba evidente de que el ámbito militar es una parcela que debiera provocar el máximo interés del jurista y, en especial, del jurista constitucional y, por tanto, no suscitar sólo la atención de quienes están profesionalmente vinculados con las FAS. Pero claro, como se ha dicho, no siempre resulta cómodo insertarse en un marco en el que la excepcionalidad es su nota característica. Quien suscribe, cuando comenzaba su especialización en la disciplina constitucional, tuvo un inicial contacto incidental con la temática militar. De este primer contacto, que dio lugar a un estudio en el marco de los cursos de doctorado, lo único que pude deducir con claridad es que me situaba ante una parcela de investigación del todo interesante por su singularidad misma. No obstante, en modo alguno alcanzaba a figurarme las razones profundas que subyacen a las especialidades castrenses y que, necesariamente se reflejan en el Derecho. Cuanto menos, tuve la suerte de que me asaltasen de forma incesante todo tipo de dudas y, como es sabido, la duda es la premisa indispensable para impulsar la investigación y el conocimiento.

La singularidad militar, que se proyecta en las más variadas direcciones, exige el manejo de muchas categorías jurídico-públicas; y como se ha dicho, al tratarse de categorías generales, en muchas ocasiones precisan modularse al máximo para adecuarse a las exigencias que provoca la defensa militar. En consecuencia, abordar el Derecho militar y las FAS desde el punto de vista constitucional

exige un conocimiento más intenso de diversas categorías jurídicas que el que se pueda requerir en otros ámbitos de estudio. En este sentido, se ha profundizado en lo posible en el conocimiento de conceptos como el de “ordenamiento” e “institución”, “garantía institucional”, en el principio de necesidad, en el de igualdad, en las exigencias constitucionales respecto de las limitaciones de derechos fundamentales y la delimitación de los mismos, así como, entre otros, en la técnica de la “relación de sujeción –o supremacía-especial”. Ahora bien, estas categorías en muy buena medida suponen construcciones jurídicas para vincular adecuadamente el Derecho con la realidad y las finalidades de las que trata lo jurídico.

Por ello, sin perjuicio de profundizar en lo estrictamente jurídico, había que intentar buscar las verdaderas causas de toda peculiaridad. Fue así como fui constatando que en pocos ámbitos del conocimiento como en lo militar se puede percibir la verdadera interconexión que se da entre el Derecho, la Teoría del Estado, la Política, la Sociología y la Historia. El jurista se expone a caer en un grave reduccionismo, en una insalvable superficialidad si al investigar sobre la materia castrense desconociese el importante peso de las otras disciplinas. De ahí se explica tanto las fuentes utilizadas en la presente Tesis Doctoral –no sólo estrictamente jurídicas-, como la misma estructura y desarrollo de la misma, tal como más adelante se expone.

El alemán Triepel, en tiempos difíciles se postuló con claridad por la vinculación del Derecho público con la política⁹, si bien, siempre con criterios jurídico-públicos y bajo el método del Derecho. En este sentido advertía que cuando el jurista complementa su construcción lógico-formal de los conceptos con consideraciones sociales, históricas, éticas o de otro tipo “no hace Derecho sino Sociología”¹⁰; sin perjuicio de ello, entendía que arrojar fuera del Derecho todo lo que no fueran puras construcciones lógico-formales suponía “un empobrecimiento de

⁹ TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 42: “el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político. El profesor de Derecho público no puede, por tanto, renunciar a analizar los fenómenos o intenciones políticas con criterios jurídico-públicos”.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 50.

nuestra ciencia”¹¹. Afirmaba en este sentido que la Ciencia jurídica devendría estéril y se convertiría en un puro esoterismo si no tuviese contacto con otras ciencias, de modo que se estudiase el Derecho canónico sin Historia de la Iglesia, o Derecho mercantil sin referencia a la economía¹².

En la investigación que ahora se presenta, la tesis central la constituye lo que creo que con fidelidad refleja su título, esto es, la existencia de un *modelo constitucional de FAS* en virtud de la plena proyección normativa de la ley de leyes sobre los elementos que esencialmente los sociólogos emplean para describir un modelo o formato de Ejércitos. Para ello, como es obvio, era preciso superar los problemas técnico-jurídicos que conlleva la afirmación de la premisa, esto es, la plena normatividad constitucional sobre lo militar. En el segundo de los dos Libros en los que se estructura el estudio se concretan en buena medida cuáles y qué alcance tienen tales exigencias de la ley de leyes sobre tales parámetros definitorios de un formato o modelo sociológico de Ejército¹³, dando lugar así al modelo constitucional de FAS españolas que ha exigido -y aún exige- una grave redefinición de la Institución militar.

¹¹ Idem.

¹² “El purismo lógico, que excluye el contacto con otras ciencias, que hace de él una esotérica teoría solo comprensible para los iniciados, que presenta todas las instituciones estatales [...] como esquemas sin sangre sin referencia alguna a su contenido ético, debe conducir necesariamente a una esterilización de la teoría del Estado y del Derecho” “Uno no puede llegar de ningún modo a un conocimiento de las normas jurídicas sin formarse una idea de las relaciones finalistas de las que trata lo jurídico” (ob. cit. págs. 49-53).

¹³ Como se verá, tales criterios son, precisamente los que definen una “institución jurídica”. Se trata de las finalidades de los Ejércitos, su naturaleza, la posición política de los mismos en el Estado y la posible participación política de sus miembros, las relaciones divergentes o convergentes de las FAS con la sociedad civil y la composición social de los Ejércitos, las condiciones de la profesión militar (disciplina, salario, horario de servicio) así como el concepto mismo de la vocación militar y los valores militares. Estos mismos elementos son los que han determinado la estructura de este segundo Libro:

- Capítulo I. Los fines para los que pueden ser constitucionalmente empleadas las Fuerzas Armadas.

- Capítulo II. Posición que corresponde a las Fuerzas armadas en el sistema político diseñado en la Constitución.

- Capítulo III. Exigencias constitucionales respecto de la composición social de las Fuerzas armadas y sus relaciones con el resto de la sociedad.

- Capítulo IV. Exigencias constitucionales respecto de la disciplina militar y la organización interna de las Fuerzas Armadas.

- Capítulo V. Valores castrenses, educación y enseñanza militar a la luz de la Constitución.

Ahora bien, para poder llevar a buen término tales propósitos sin caer en el formalismo, la ligereza e incluso la irresponsabilidad en un tema de la importancia de la defensa militar, se ha estimado inexcusable adentrarse en la verdadera esencia, en las causas profundas, de toda la especialidad que rodea lo relativo a la defensa y la organización castrense. Resulta usual en todo trabajo de investigación que el mismo se inicie con ciertos planteamientos generales de las cuestiones a tratar a la par de una introducción histórica más o menos breve. En ocasiones, parece que tales introducciones no pretendan más que cumplir un requisito casi formal. Nada más lejos de lo que se propone esta obra con el primer Libro que la compone.

El pasado, por suerte o por desgracia, está siempre presente en todo ámbito de la realidad y, especialmente, en el marco de estudio que aquí se trata. Podría pensarse que la fuerza de las armas en cada momento histórico no es sino un reflejo –consecuencia– del sistema político, del pensamiento imperante, así como del contexto económico y tecnológico del que se trate. En alguna medida ello es así, pero es menester advertir también cómo el estado de la fuerza armada es un factor que determina en buen grado la conformación del propio sistema de organización social, política y económica imperante en cada momento histórico. En especial, hay que poner de manifiesto cómo el mismo concepto de “Estado” no puede comprenderse sin captar que conceptual y materialmente lleva en su germen la paz y la guerra y, por ende, la fuerza de las armas; es preciso advertir cómo la génesis y consolidación de los Ejércitos han influido determinadamente para la existencia misma de las organizaciones políticas.

En este Libro primero se analizan las verdaderas razones de toda especialidad de lo militar que se reflejan en el plano jurídico: tanto las particularidades que se derivan de la necesidad de defender eficazmente el Estado, cuanto, en especial, la necesidad de conformar a los Ejércitos de forma acorde a las bases en las que se fundamenta el Estado liberal-democrático. De este modo, se verá cómo la plena inserción del ámbito de lo militar en el mundo del Derecho y su sujeción a los contenidos constitucionales es uno de

los elementos basilares para superar la única paz que hasta el momento ha conferido la organización política: la “paz del terror”¹⁴. Se trata de la “razón de Estado” – “mala” razón de Estado- por la que se han cometido tantos desmanes a lo largo de la historia; un concepto que con otros como la “seguridad del Estado”, o el “interés nacional”, ha orientado el uso de la fuerza militar hacia fines muy diferentes de los de una “buena” razón de Estado, la garante de la “paz de la dignidad”.

Como consecuencia, el análisis de la evolución histórica –en particular la española- de forma conjunta al desarrollo de la Teoría del Estado son los puntos de referencia básicos en los cinco primeros capítulos que componen este Libro primero¹⁵. De ahí que los materiales empleados básicamente sean relativos a estas disciplinas.

Los tres capítulos restantes que también componen este primer Libro son los que acaban de ubicar todo el entorno preciso para abordar el modelo de FAS que nuestra Constitución prescribe. Así, se examina la constitucionalización de la materia en nuestro país, teniendo en cuenta el particular contexto en el que se fraguó la Constitución española de 1978. Igualmente, se opera una descripción de la evolución real de nuestros Ejércitos y el Derecho militar, una puesta al día precisa para situar el contexto en el que la Constitución irradia sus contenidos sobre estos ámbitos (Capítulo VI¹⁶). Asimismo, ya desde el estricto punto de vista jurídico, se perfila cómo debe abordarse lo relativo a la defensa militar y a las

¹⁴ Como se verá, es una expresión tomada de KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, (1ª ed. trad. Eugenio Bulygin), Depalma, Buenos Aires, 1980, ver, págs. 54-56.

¹⁵ Capítulo I: “Poder, fuerza, Derecho: el particular papel de la fuerza militar en el poder y su difícil ubicación en el Derecho”.

Capítulo II: “Fuerza militar, legitimaciones del poder y Derecho hasta el Estado liberal”.

Capítulo III: “Teoría y realidad liberal. La gestación de los principios liberales de ubicación y limitación de la fuerza militar en el marco comparado.”

Capítulo IV: “El desconocimiento de los principios liberales de ubicación y limitación de la fuerza armada en el constitucionalismo histórico español”.

Capítulo V: “De la paz del terror a la paz de la dignidad humana: el Estado social y democrático de Derecho”.

¹⁶ Capítulo VI: “Fuerzas armadas, Constitución y Derecho en España desde el avènement del sistema democrático”.

FAS (Capítulo VII¹⁷); en este orden, poniendo fin a esta primera parte de la Tesis, se acomete la labor de fundamentar *técnicamente* la plena sujeción a la norma suprema sobre esta parcela (Capítulo VIII¹⁸), para dar paso así a la concreción del modelo constitucional de FAS españolas.

Para concluir esta presentación, es menester hacer alguna precisión metodológica que ha orientado la elaboración de esta investigación. Dado el amplio objeto de estudio, el criterio delimitador del mismo ha venido dado por la disciplina que me es propia, el Derecho constitucional. En consecuencia, la atención sobre aspectos históricos, sociológicos así como de diversas ramas del Derecho se ha ceñido a las cuestiones constitucionales que se suscitaban en el marco de la estructura de la investigación. Así se explica que la atención histórica –siempre con fuentes secundarias– no se desviase del objeto mismo de la tesis que se sustenta y sólo se haya reparado en todo aquello que se ha considerado relevante al efecto, sin detenerse en particularidades, tan interesantes como ajenas al objeto de estudio.

Lo mismo cabe señalar respecto del seguimiento de aspectos propiamente sociológicos o relativos a la Ciencia de la Administración. La atención de la Sociología y la Ciencia de la Administración al fenómeno castrense está en la misma base de la estructura de la segunda parte del estudio –los elementos definitorios de un formato sociológico de Ejércitos que son analizados a la luz de las exigencias jurídico-constitucionales-. Asimismo, los estudios desde aquellas disciplinas sirven para reparar en los aspectos concretos en los que había de centrarse la atención constitucional, y que fácilmente podían escapar a quien sólo atendiese formalmente la materia. En consecuencia, los estudios desde aquellas disciplinas nos han guiado, de alguna manera, para precisar sobre qué había de fijarse el análisis jurídico. Y claro está, atender los fines que atribuye la Constitución a los Ejércitos, la posición que éstos ocupan en el sistema político

¹⁷ Capítulo VII: “Necesidad, Defensa, Fuerzas Armadas y Derecho militar”.

¹⁸ Capítulo VIII: La resolución de un largo debate en España. La plena sujeción de la institución de las Fuerzas Armadas y del ordenamiento militar a la Constitución

constitucional, la neutralidad militar, las exigencias respecto del acceso a la función pública militar, la presencia de la mujer, homosexuales o extranjeros en las filas militares, el reflejo de la disciplina en el estatuto de derechos del miembro de las FAS, son cuestiones que podía pensarse que no corresponden a la disciplina constitucional.

En esta dirección, se ha pretendido no inmiscuirse en ningún momento en lo que no fuera funcionalmente relevante al objeto de la investigación y excediese al enfoque jurídico. Así, por poner un ejemplo, desde aquellas disciplinas se repara en que interesa más o menos que quienes accedan a las FAS cuenten con una corta edad. De este modo, se facilita la efectividad de un intenso proceso de socialización militar. Pues bien, constatadas estas afirmaciones, el análisis estrictamente constitucional se limita, de un lado, a atender la admisibilidad de la fijación de muy estrictos límites de edad como los actuales (21 o 28 años) para que un civil acceda a la profesión militar; todo ello, claro está bajo el principio de igualdad – no discriminación por razón de edad- que exigen los artículos 14 y 23. 2º CE. De otro lado, la cuestión impone atender la constitucionalidad del mencionado proceso socializador, en tanto en cuanto se lleve a cabo por medio de la enseñanza militar. No en vano, nuestra ley de leyes contiene unas exigencias muy relevantes en el marco de la enseñanza y, por ende de la enseñanza militar, como pueda ser al caso la prohibición del adoctrinamiento.

Más difusa resulta en ocasiones la distinción de lo que compete a un enfoque constitucional o al de otras ramas del Derecho, como pueda ser el caso del Derecho penal, procesal o el administrativo. El criterio no ha sido otro que el de examinar las exigencias constitucionales respecto de cuestiones administrativas, penales, disciplinarias o procesales sin adentrarse en detalles concretos que en cada caso particular se ha estimado que no competían ni al objeto de estudio ni, en general, a una perspectiva constitucional.

Así, por poner de nuevo un ejemplo de la necesaria interdisciplinariedad y el modo que ésta se ha afrontado, cabe señalar que se constata desde la Ciencia de la Administración y la Sociología, la remuneración de un militar es un instrumento del

todo relevante del poder político para configurar unas FAS más o menos corporativas y más o menos aisladas del resto de la sociedad. Asimismo, tal y como se pone de manifiesto desde la Ciencia política, siempre más próxima al Derecho constitucional, este factor redonda de modo negativo respecto de la exigencia, constitucional, de supremacía del poder civil sobre la organización militar. Obviamente, los aspectos concretos del régimen jurídico de la remuneración del militar en sentido amplio –salario, vivienda, prestaciones sociales- son objeto del Derecho administrativo. Pues bien, lo único que se estimaba que concernía desde un enfoque constitucional era atender el marco de discrecionalidad que la ley de leyes concede a los poderes públicos para fijar un sistema remuneratorio sobre la base del principio de igualdad y, en este sentido, se operaban las consideraciones oportunas.

Respecto de las fuentes empleadas y su utilización, más allá lo ya dicho, se parte del entendimiento de que un exhaustivo empleo de las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales no supone necesariamente que la investigación se quede en lo descriptivo, como, en muchas ocasiones sucede. En este sentido, se ha intentado acceder a toda la documentación doctrinal nacional relativa a las FAS que se estimase que tuviesen trascendencia para el objeto de estudio, si bien, como es lógico, esta voluntad se ha encontrado con los límites que imponen los medios materiales al alcance concreto. De la documentación empleada se ha pretendido hacer un uso exhaustivo, que se constata de forma concreta en las – en general abultadas- notas a pie de página, en la inteligencia de que en un estudio como una Tesis Doctoral no impone exigencias por razón de espacio que privasen del máximo conocimiento del estado de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales¹⁹.

Ahora bien, en modo alguno se trataba de una mera transmisión de lo que otros piensan, sino, en su caso, de pensar

¹⁹ Respecto de las fuentes normativas, se ha estimado que si bien resulta usual partir de la premisa del conocimiento del Derecho vigente, en la práctica resulta muy oportuno tener presente tal regulación, por lo cual he incluido en las citas –en ocasiones muy voluminosas- todo texto jurídico relevante, para que el lector pudiera tenerlo presente.

sobre lo que otros dicen²⁰. De ahí que, salvo en aquellas ocasiones en las que únicamente correspondía trasponer una posición que se compartiese, el empleo de las fuentes doctrinales no ha tenido otro sentido que el de ser instrumentos en la construcción de las tesis sostenidas a lo largo del estudio. Cuanto menos, la continua intención de quien sostiene esta Tesis Doctoral no ha sido otra que la de efectuar un trabajo de autor, en la creencia de que un trabajo académico de este tipo no puede limitarse a ser un mero compendio de lo que otros han. Es al lector obviamente a quien corresponde evaluar la naturaleza de la presente obra y estimar si esta pretensión se ha logrado.

Resta, por último, mostrar mi agradecimiento para la persona que he tenido la suerte que aceptara la dirección de esta Tesis, la catedrática de Derecho constitucional de la Universitat de Valencia Remedio Sánchez Ferriz. Con la misma, afortunadamente me une - ya desde alumno- un estrecho contacto académico que obviamente se ha ido intensificando con el tiempo. Bajo su dirección he podido apreciar cómo un profundo respeto por la libertad académica no estaba reñido con una estricta sujeción a los criterios que deben regir una investigación jurídica. De este modo, he gozado de una completa libertad ya para la elección del tema, ya para sostener las consideraciones de fondo que estimase oportunas, siempre bajo la argumentación jurídica pertinente. Esta libertad no ha quedado erosionada por la imprescindible supervisión de la investigación a lo largo de los años del transcurso de la misma. En este sentido, es

²⁰ Como se dirá en su momento, éste ha sido el motivo para excluir del objeto de investigación una directa atención del estatuto de derechos fundamentales del militar, materia que precisamente iba a constituir el objeto de la Tesis que ahora se sustenta. El - permítaseme- impresionante trabajo de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996 (789 páginas) en el que se enfrenta directamente esta materia supuso que fuera motivo una completa redefinición del objeto de estudio. Ello es así, básicamente, en tanto en cuanto se comparten en su práctica mayoría todas sus tesis, por lo cual sólo habría que reiterarse lo afirmado por este autor en cada momento, quedando sólo espacio a la valoración de las novedades sobre la materia, que las hay -normativas y jurisprudenciales-.

Ello no empece en modo alguno para que se dé un necesario solapamiento con diversos temas que en dicho libro se tratan, de modo que, sin duda, esta obra haya sido la más referenciada a lo largo de la investigación. Entiendo que con dicho libro y con la presente Tesis se colma una concreta atención del Derecho militar constitucional que, obviamente exige una recepción doctrinal en nuestro país que dé lugar al imprescindible debate de ideas que hace avanzar el mundo de la investigación.

de justicia subrayar la dedicación a esta Tesis Doctoral por parte de su directora, lo que ha conllevado elevados esfuerzos y no pocas dosis de paciencia. Todo ello unido a un constante aliento personal y una forma de ser y de obrar que han inspirado en el autor de este trabajo tanto una completa vocación hacia el Derecho constitucional como, lo que es más, una constante entrega en lo que se pretende constituya la vida profesional de quien suscribe estas páginas.

LIBRO PRIMERO:

DE LA PAZ DEL TERROR A LA PAZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO I. PODER, FUERZA, DERECHO: EL PARTICULAR PAPEL DE LA FUERZA MILITAR EN EL PODER Y SU DIFÍCIL UBICACIÓN EN EL DERECHO

PRESENTACIÓN IMPORTANCIA DE LA FUERZA ARMADA EN EL PODER

Que no existe ninguna forma política sin sustento de la fuerza es un hecho; que el poder no puede sustentarse únicamente en la fuerza, también. Las diversas formas de organización política, más o menos institucionalizadas han ido paralela e inherentemente unidas a las diversas formas, también más o menos institucionalizadas, de fuerza. Y, obviamente, la fuerza de las armas, la fuerza militar, es la máxima expresión de la fuerza del poder y los Ejércitos, su máxima institucionalización.

Pese a no resultar un fenómeno excesivamente estudiado, no son pocos quienes han advertido este nexo esencial poder-fuerza, y entre ésta última, la relación poder-fuerza militar. Así, señala Duverger que “el poder es, en parte, un fenómeno de fuerza, de coacción y de coerción”²¹. No duda en afirmar Oehling que “la función militar es tan antigua como las organizaciones políticas mismas, y en todo momento histórico el poder político ha necesitado tener siempre respaldada su autoridad moral por la

²¹ Así lo afirma Duverger, en este caso citado en ALONSO BAQUER, Miguel, “Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2415- 2433, en concreto pág. 2423. El mismo Alonso Báquer no duda en afirmar que “no puede negarse que la fuerza es uno de los factores del poder”.

fuerza militar”²². Maravall por su parte nos recuerda que la relación que existe entre las formas políticas, muy especialmente del “Estado moderno” y las “formas militares”, es un nexo, ni mucho menos casual²³. Esta vinculación entre el poder más o menos organizado y la fuerza más o menos organizada se refleja no sólo en los hechos que nos muestra la historia, sino en la propia evolución de las ideas políticas de cada momento. Como afirma Oraa Rodríguez, “Se constata por los tratadistas, que formas políticas y militares responden a una misma mentalidad de los hombres de cada época. Es decir, que unas y otras evolucionan a la par, como dependientes de una misma corriente histórica.”²⁴ Haciendo referencia concreta al Estado, que no es sino la máxima institucionalización de una organización política, en un sentido negativo, De Lucas afirma que “la vinculación entre la noción de Estado y la guerra es más que un lugar común”²⁵. Por todo ello, como advierte Porrás Nadales sin ningún tipo de paliativos, el poder de defensa del Estado, “no debe ser estudiado al margen de los más genéricos problemas de la teoría del Estado”²⁶.

Y es que advertir el papel que ha jugado la fuerza militar en la historia y en la política resulta esencial, no sólo como mera visión retrospectiva, sino porque es la corriente histórica y de las ideas la que nos debe orientar para comprender el presente y, en alguna medida, para orientar el futuro. No pocas de las ideas que se deducen y reflejan a continuación estarán presentes a lo largo de todo el estudio, más aún, iluminarán el mismo, de ahí que ahora se

²² En este sentido, OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 41.

²³ MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 117-118, mayo-agosto 196, págs. 5-45, en concreto, pág. 5.

²⁴ ORAA RODRÍGUEZ, Luis, “Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, págs. 39-70, pág. 49.

²⁵ DE LUCAS MARTÍN, Javier, “La noción de defensa y la crisis de legitimidad. ¿Qué significa defensa?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a “Derecho, paz, violencia”, págs. 77-95, en concreto, pág. 80.

²⁶ PORRAS NADALES, Antonio, “La Defensa, poder militar y régimen constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 35, septiembre-octubre de 1983, págs. 183-234, pág. 183, la cita completa reza así:

“Considerado como la última *ratio* en la instrumentación del poder genérico de coacción, por parte del Estado, el poder de defensa a través del *uso de la fuerza armada* no debe ser estudiado, sin embargo, al margen de los más genéricos problemas de la teoría del estado.”

traten de modo genérico, abstracto, para constatarlas más tarde en la realidad de la evolución histórico-política²⁷.

I. Algunas reglas del poder. El carácter siempre residual del poder de la fuerza ante el poder de convicción

A) LA EXTERNIDAD DEL PODER Y LA MALDICIÓN QUE PESA SOBRE ÉL

Como recuerda Loewenstein, “el poder político, como todo poder, puede ser conocido, observado, explicado y valorado sólo en lo que concierne a sus manifestaciones y resultados. Sabemos, o creemos saber, lo que el poder hace, pero no podemos definir su substancia y su esencia. ²⁸” Asimismo, como recuerda este autor “el poder está empleado como un concepto estrictamente neutral, funcional y libre de cualquier valoración. El “poder” hace referencia exclusivamente a una situación o relación de hecho que en sí, éticamente, no es ni buena ni mala²⁹.” Es en este sentido en el que se aborda aquí por cuanto al interés de apreciar las interesantes vinculaciones entre el poder político y la fuerza militar. Así, de un lado se atienden las manifestaciones del poder, y sobre ellas se siguen diversos caracteres percibidos por la doctrina en la historia y, de otro, se pretende eludir cualquier valoración sobre el poder, sin perjuicio de que, en su momento se trate el sistema político democrático liberal de forma en modo alguno neutral.

De otro lado, se parte de otra premisa acerca del poder, la maldición que pesa sobre el mismo. Bien es cierto que se trata de abstracciones que se operan atendiendo al análisis de la evolución de la humanidad, sean o no intemporales, más presentes hasta la actualidad. Meinecke señala el amor humano al poder “La apetencia de poder es un impulso propio del hombre, común quizá a todos los

²⁷ De ahí que las referencias a autores clásicos no se detallan en esta fase de estudio, puesto que más adelante se concretarán sus pensamientos.

²⁸ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (2ª ed. Gallego Anabitarte, trad. y estudio preliminar), Ariel, Barcelona, 1986, pág. 25.

²⁹ *Ibidem*, pág. 26.

animales, un impulso que se extiende hasta que encuentra barreras que lo detienen [...] La pleonexia es, junto al hambre y al amor, el impulso más potente, más elemental y más eficaz en el hombre³⁰.” Tal impulso dirá es “intemporal y general³¹”. Tal amor al poder se proyectará en diversos sentidos, y uno de ellos será la tendencia a su conservación y, sobre todo, siguiendo a este mismo autor, la “maldición que pesa sobre el poder, pero es una maldición irremediable.” Y ésta es que “Quien lo detenta se encuentra constantemente tentado de abusar de él y de extenderlo más allá de las fronteras trazadas por el Derecho y la moral³².” En sentido paralelo, Loewenstein afirma el carácter demoníaco del poder “Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento.” Lord Acton afirmaría que el poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente³³. Sobre esta base, recientemente, Rummel constataría que el poder mata y el poder absoluto mata absolutamente³⁴. Así, cuanto menos una lectura histórica parece constatar estas generalizaciones que se hacen presente de forma continua.

B) HOMBRE POR ENCIMA DE LA NATURALEZA, POLÍTICA POR ENCIMA DE LA FUERZA

En buena medida la fuerza está presente como algo natural, necesario y mecánico al hombre. Los conflictos y el empleo de la fuerza para dirimir los mismos son naturales al hombre. “Desde que

³⁰ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, (1ª ed. alemana de 1952, trad. Felipe González Vicen, con estudio preliminar de Luis Díez del Corral), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 6.

³¹ *Ibidem*, pág. 18: “¿Hasta qué punto es el arte político intemporal y hasta qué punto cambiante y susceptible de desarrollo?”... “Intemporal y general es el egoísmo, el impulso por el poder”.

³² *Ibidem* págs. 14-15.

³³ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit. págs. 28-29.

³⁴ RUMMEL, R. J., “Power kills; Absolute Power Kills Absolutely”, working papers of the Haiku Institute of Peace Research, 1991, dicho documento forma parte del primer volumen de materiales del seminario, MOORE, John N., “The Rule of Law: Controlling Government”, University of Virginia, School of Law, 1999.

hay hombres, ha habido entre ellos enemistades, riñas y guerras”³⁵. Y es que la violencia es algo también propio de la naturaleza humana, resultado, entre otros motivos, de factores psicológicos a los que tanta importancia confieriera Hobbes. En este sentido, Fronari advierte que la guerra es la inevitable consecuencia de la necesidad, tanto de los individuos como de los grupos de excluir al otro como vía de la propia afirmación, para encontrar o para crear la propia identidad. Es la definición de sí a través de la cohesión frente al otro, o, en otras palabras, la supremacía del *nosotros*³⁶.

La manifestación de la fuerza es, pues, algo natural al hombre, al igual que el apego al poder –pleonexia en palabras de Meinecke– o, como se verá, natural es su instinto de protección. Y la política, como señala Loewenstein no es sino la lucha por el poder³⁷. Ahora bien, la política no es sólo fuerza porque el hombre es algo más que animal. Cuando se dan manifestaciones humanas de la fuerza, ésta deja de ser algo natural, necesario y mecánico. Y es que como señala González Casanova “la política, en cuanto es condición humana, participa ambiguamente de actos de fuerza, naturales, necesarios y mecánicos. [ahora bien] Lo que hace de la política una realidad más completa y superior que la fuerza es que consiste justamente en un *añadido* a ésta”. El hombre y la política añaden a la fuerza su finalidad, su forma y su justificación, por lo cual la fuerza deja de ser meramente mecánica, producto de las ataduras de la necesidad³⁸. “La fuerza es asumida, pues, por la política, pero es exactamente su superación, ya que el añadido citado tiende [...] a reducir la fuerza hasta –pretensión ideal– hacer que desaparezca de las relaciones entre hombres libres³⁹.”

³⁵ CALVO, L., *Apuntes y observaciones sobre el Ejército permanente*, Imprenta de Sánchiz, Madrid, 1839, pág. 17, citado por OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit. pág. 43.

³⁶ Ver, FRONARI, *Psicoanálisis de la guerra*, Madrid, Siglo XXI, 1972, págs. 22 y ss. citado por DE LUCAS MARTÍN, Javier, “La noción de defensa... cit. pág. 79.

³⁷ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit. pág. 23.

³⁸ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, (3ª ed.) Vicens, 1984, pág. 11: “¿Qué es lo que la política añade a la fuerza?: su finalidad (¿para qué utilizarla?); su forma (¿cuándo, cómo, quién puede ejercitar la fuerza y su justificación (por qué se debe forzar a algo?).”

³⁹ Idem.

Así pues, en cuanto el hombre está dotado de razón y en mayor o menor medida se rige por ésta, no cabe dejarse llevar por un realismo pesimista que conduzca a ver la vida política únicamente como mera dominación del más fuerte. Comenzaba Rousseau su “Contrato social” bajo esta idea: “Si no considerase más que la fuerza y el efecto que de ella se deriva, diría: mientras un pueblo se ve obligado a obedecer y obedece, hace bien: mas en el momento en que puede sacudir el yugo, y lo sacude, hace todavía mejor; porque recobrando su libertad por el mismo derecho que se le arrebató, o esta fundado el recobrarla o no lo estaba el ‘habérsela quitado’. Pero el orden social es un derecho sagrado y sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no viene de la Naturaleza; por consiguiente, está, pues, fundado sobre convenciones” (I, I) “El más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber [...] la fuerza es una potencia física; ¡no veo que moralidad puede resultar de sus efectos; Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad [...] Convengamos, pues, que fuerza no constituye derecho” (I, III)⁴⁰.

Sin embargo, algunos pensadores han subrayado una visión realista y negativa. Así destaca Trasímaco en su diálogo con Sócrates, para quien el poder no lo ostenta sino quien es más fuerte. La naturaleza no es el imperio de la justicia, sino el de la fuerza⁴¹. Heráclito considera la guerra y la fuerza como el motor de la humanidad “el padre y el rey de todas las cosas” y, también, al poder como expresión del más fuerte, pues de la fuerza nace la justicia⁴². Tucídides señalará en cuanto a los hombres que “el que

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean J. *Contrato social*, (trad. por Fernando de los Ríos, con prólogo de Manuel Tuñón de Lara), Espasa-Calpe, Madrid, 1975, Libro I, Capítulo I, “Asunto de este primer libro”, pág. 32, Capítulo III “Del derecho del más fuerte”, págs. 34-35.

⁴¹ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, (18ª ed., Vicente Herrero, Trad.) 1989, pág. 35.

BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 100.

⁴² HERÁCLITO, que se sigue por “Fragmentos Heráclito” (Traducción del griego, exposición y comentarios de Luis Farré págs. 101-191), en *Parménides-Zenón-Meliso-Heráclito. Fragmentos*, Orbis, Barcelona, 1983, págs. 193-240. Esta visión se sitúa en su concepción de la armonía de los contrarios “Lo contrario se pone de acuerdo; y de lo diverso la más hermosa armonía, pues todas las cosas se originan en la discordia” (fragmento 8, pág. 198); “Los hombres ignoran que lo divergente está de acuerdo consigo mismo. Es una armonía de tensiones opuestas como la del argo y la lira (fragmento 51, pág. 219), de ahí que sin

vence a otro le ha de mandar y ser su señor”⁴³. En Marx también es patente este realismo y considera que el Estado, el gobierno y el Derecho no son sino instrumentos de los más fuertes en cada momento histórico. Sin embargo, estos mismo autores también percibieron que el poder no es sólo fuerza, había algo más, no en vano hablaban de la “justicia”⁴⁴. En la política siempre habrá algo más, dado que cuando el hombre ejerce la fuerza ésta deja de ser un fenómeno de la naturaleza y vendrá dotada de unos fines, una forma y una justificación. No le falta razón a Herzen cuando afirma que “Con la violencia y con el terror se difunden religiones y políticas, se fundan imperios autocráticos y repúblicas inescindibles, con la violencia se puede destruir y despejar el lugar, nada más.”⁴⁵

C) EL “PODER DE CONSENSO” POR ENCIMA DEL “PODER COERCITIVO”

En toda forma de organización política, hasta en la más totalitaria que podamos imaginar, el poder no puede estar únicamente sustentado en la coacción y la amenaza del empleo de la fuerza física, esto es, en un *poder coercitivo*. Siempre habrá una parte de *poder de consenso*, de convicción, de consentimiento por parte de los dominados, aunque sea en la porción más mínima y sobre un

discordia, sin tensión y sin guerra para Heráclito no habría cosas, realidades experimentables. “La guerra es el padre y el rey de todas las cosas. A algunas ha convertido en dioses, a otras en hombres; a algunas ha esclavizado y a otras ha liberado” (fragmento 53, pág. 220).

“Debemos saber que la guerra es común a todos y que la discordia es justicia y que todas las cosas se engendran de discordia y necesidad.” (Fragmento 80, pág. 232). Como señala Farré en su comentario -pág. 134-, sin esta dialéctica incesante las cosas dejarían de ser, se corromperían. Según se verá, esta idea estaría bien presente en Hegel.

⁴³ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 35, reproduce el autor el discurso de los embajadores atenienses a los enviados de Milo: “En cuanto toca a los dioses tenemos y creemos todo aquello que los otros tienen y creen comúnmente de ellos; y en cuanto a los hombre, bien sabemos que naturalmente por necesidad, el que vence a otro le ha de mandar y ser su señor”.

⁴⁴ El mismo Heráclito no sólo hablaba de fuerza, sino de justicia, y el mero ideal de justicia ya implica el reconocimiento de la razón del hombre. Para Marx la fuerza será herramienta, instrumento, pero instrumento de algo que persigue unos fines e intereses, no mera fuerza natural, Marx percibe la importancia de la psicología humana en las relaciones sociales y la presencia de algo más de la fuerza en la sociedad.

⁴⁵ HERZEN, A. I. *A un vecchio compagno*, al cuidado de V. Strada, Turín, Einaudi, 1977, pág. 6, así citado por BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, (1ª ed. española, -1ª italiana de 1979-, trad. Jorge Binaghi), Gedisa, Barcelona, 1982, págs. 18-19.

ámbito también mínimo de los componentes de la organización política⁴⁶. El motivo de esta convicción, su naturaleza e intensidad podrá ser variable, incluso mínima, pero nunca inexistente. Así pues, en tanto la política es algo más que la mera naturaleza, en todo poder siempre se contará con una parte de poder coercitivo y una parte de poder de convicción. Como señala Hauriou, se accede al poder “gracias al doble ascendiente de la fuerza y la competencia”⁴⁷. Las medidas de uno y otro poder podrán diferir en cada momento concreto y también variará, sobre todo, qué es lo que sustenta ese poder de convicción (amistad, carisma, Dios, Estado, Derecho, democracia, socialismo, etc.). En ningún caso existirá una forma pura de poder basado en la fuerza física ni aquél basado únicamente en el consenso⁴⁸. De las combinaciones entre el poder consensual y el coercitivo surgirán las más diversas formas de poder, desde las más rudimentarias e inestables, hasta las más sofisticadas y consolidadas.

Cabe advertir con González Casanova a modo de una regla fija del poder: “se domina y se manda *más o menos*, en función del grado mayor o menor de consentimiento que se logra en los dominados y mandados”. Como señalase Maquiavelo “gobernar es hacer creer”⁴⁹.

⁴⁶ Como afirma Kriele, la dictadura está basada en un resto de legitimidad, por lo menos dentro del aparato estatal que fuerza a los demás ciudadanos a la obediencia. Por lo menos la policía y el Ejército tienen que considerarla como justificada, de otro modo no podría funcionar. [...] Aun cuando el 98% de la población enfrente al dictador con odio y desconfianza, lo importante es que para él que el 2% que ocupa los cargos del Estado y dispone del monopolio del uso legal de las armas lo considere como gobernante competente para ellos. El dictador necesita de funcionarios, policía, policía secreta, etc. A los ojos de este 2% tiene que tener *auctoritas*, es decir, *competencia* para decidir con obligatoriedad. Cuando este 2% ya no cree más en su derecho de dominio, cuando lo ponen en duda sus guardias personales, el dictador está perdido.” KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, (1ª ed. trad. Eugenio Bulygin), Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 21-22.

⁴⁷ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 208.

⁴⁸ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 23. Cabe señalar que se sigue ahora a este autor, aunque se trate de una obra general de referencia, en tanto en cuanto la misma destaca por cuanto a su atención abstracta a la relación entre poder y fuerza con suma claridad, que es la que ahora se pretende; visión abstracta que es la que en este momento interesa, puesto que más tarde se plasmarán todas las derivaciones en el concreto seguimiento histórico político.

⁴⁹ *Ibidem*, págs. 23-24.

Sánchez Agesta también recuerda que el poder no puede soportarse en la presencia de su propia fuerza, “el poder y el orden necesitan justificarse, hacer valer las razones que les legitiman. Tal es el problema de la justificación de un orden político, que en cuanto éste se concreta en el tipo histórico contemporáneo de organización política se conoce como problema de la justificación del Estado”⁵⁰. El objeto de creencia varía a lo largo de la propia evolución de la humanidad, así como varía ésta y su contexto. Así pues, hay que señalar desde un inicio este carácter residual de la fuerza, que es la que coacciona a quienes *no crean*, esto es, no consientan la legitimidad del poder dominante. En todos los casos, en la medida en la que falle la convicción de los sometidos, el mantenimiento del poder se sostendrá en la coerción física y en tanto más se apoye el poder en esta única faceta, más endeble resultará. “Cuando un poder carece o pierde autoridad y consenso es o se va volviendo coercitivo hasta reducirse a pura fuerza. Deja de ser verdadero poder [...] Pero su progresiva reducción a fuerza ciega, bruta y violenta engendra un rechazo, una falta de apoyo que aísla, disuelve o abate los restos del antiguo poder”⁵¹.

D) ALGUNAS REGLAS DEL PODER DE CONVICCIÓN

a) *La abstracción como recurso del poder de consenso.* *Abstracciones religiosas y seculares*

De lo anterior se desprende la tendencia de todo poder a su legitimación, pues de lo que se trata es que los sometidos crean que el que ejerce el poder tiene *derecho a ejercerlo*, es decir, tiene legitimidad. La convicción y legitimidad ansiada puede fundamentarse en caminos bien diversos. En todo caso, ha de tenerse en cuenta la mejor *receta* para alcanzar el ansiado poder de convicción: “cuanto más despersonalizado es o se presenta un poder, más fácil es interiorizar su idea en la propia mente y acatarlo

⁵⁰ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Derecho político* (4^o edición), Ed. y Librería Prieto, Granada, 1951, pág. 244.

⁵¹ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 25-26.

como si de la propia mente de uno surgiera su mandato⁵²." Así pues, el mecanismo más sutil para alcanzar mayor poder (fundamentado en un mayor poder de convicción) no será otro que abstraerlo, fenómeno cuyo empleo se advierte con claridad a lo largo de la historia por todos los poderes hegemónicos.

Y claro está, la religión y la divinidad, abstracciones propias al ser humano, serán las primeras que darán sustento a las formas de poder. De ahí que en las culturas primitivas dioses, seres sobrehumanos o la gran abstracción de una vida futura representen ese poder supremo. No obstante, en aquellas culturas en las que el hombre empieza a encontrarse a sí mismo y, por tanto, la razón adquiere mayor importancia -como Grecia-, comienza a humanizarse, a secularizarse la abstracción que legitima el poder (sofistas, Aristóteles, Platón, epicúreos, jurisconsultos romanos, etc.). Así se aprecia primero en la *polis* griega, luego en la república romana. Ahora bien, secularización en modo alguno implica que no se recurra a la abstracción que fundamenta el poder. Tras estas culturas, con el Imperio romano y la aparición del Cristianismo (Séneca y los Padres de la Iglesia) vuelve a ser la abstracción divina la que prevalecerá sobre la humana durante un largo período que nos lleva hacia la Edad Moderna. Con la evolución de la Edad Media la razón humana va a ir arrinconando, de nuevo, a la divinidad religiosa (Santo Tomás), con el humanismo renacentista aparecen nuevos conceptos para sustentar el poder de convicción y eludir en lo posible el recurso -siempre presente- de la fuerza. lolo

Nuevas abstracciones como las del "Estado" (Maquiavelo) o la "soberanía" (Bodino) que serán las portadoras de una secularización que las llevará a una nueva divinización, pero esta vez no religiosa, sino ya completamente secular. Este lento proceso de secularización se aprecia con claridad en la figura del Monarca. Si Dante o Bousset, entre muchos otros, recurren a su justificación divina del poder del Monarca, con Hobbes serán sólo los intereses humanos quienes fundamenten tal poder. El siglo de las luces, el siglo de la razón, será el que destierre definitivamente el peso de la religión en las justificaciones del poder. Si se trata de abstraer la

⁵² *Ibidem*, pág. 17.

justificación del poder para fortalecer la convicción, la mejor vía es la de despersonalizarlo, esto es, institucionalizarlo. Así, el poder de una persona, el Rey, había de ser abstraído a la idea de la Monarquía (“ha muerto el Rey, viva el Rey”) y, finalmente, para dejar tras de sí todo lastre que impida la deseada abstracción, la Monarquía cederá su protagonismo al Estado (*Leviatán*), a la Ley (Rousseau) o a la Nación (Sièyes, Fichte, Hegel, etc.). El Estado, el Derecho o la Nación pasarán a constituir, finalmente, verdaderos dioses humanos de los que emanará toda la legitimación del poder.

Así pues, la abstracción en la que se sustenta el poder de convicción, si bien se seculariza, en ningún momento deja de ser empleada. Ahora bien, dado que la dialéctica de la historia va calando en la conciencia humana, la ficción en la que se sustenta el poder ha tenido que ir sofisticándose cada vez más y, como se verá más tarde, precisamente será en el Derecho donde se refleje y quien exprese dicha sofisticación. Este fenómeno en sus últimos estadios, es el que ha conducido al sistema constitucional primero y, finalmente, a la democracia liberal no sin las experiencias totalitarias de los fascismos y el socialismo.

b) La ficción legitimadora del poder debe incorporar de algún modo el bien o interés general

Como se ha afirmado, la dominación siempre se ha valido de la abstracción, si bien el grupo o grupos dominantes necesariamente han ido variando, así como las ideas que les han mantenido en el poder gracias al poder de convicción y, en cuanto falla ésta, al recurso de la fuerza. La historia muestra la sucesión de poderes hegemónicos, cómo éstos han cambiado de manos, pasando a ser dominadores y dirigentes diversos grupos sociales. La causa de éstos cambios, de una parte, se sustenta en el reemplazo de unos sistemas a otros por un mayor poderío de la fuerza, sustentada a su vez en una superioridad tecnológica y económica (Roma, bárbaros, Islam, colonialismo, etc.). De otra parte, en el marco interno de cada organización política puede acaecer lo siguiente: *el poder que no se orienta hacia el interés general acaba perdiendo su poder de consenso, por*

lo cual acabará sustentando únicamente su dominación en la fuerza y, como se ha visto, todo poder únicamente basado en la fuerza, necesariamente está abocado a su extinción.

Ahora bien, no es preciso que el poder se ejerza en beneficio del interés general, sino que lo que se requiere es que la ficción sobre la que se sustenta dé visos de esta finalidad del interés general. La abstracción que legitima al poder (el poder de convicción) debe siempre presentarse “como algo que se somete voluntariamente a otro proyecto superior, en el que todos – dominantes y dominados, gobernantes y gobernados- están vitalmente interesados⁵³.” El mismo Trasímaco señala que el más fuerte conoce el bien para los súbditos; también Platón o Aristóteles hablan del bien como finalidad de la *polis*. Mayor intensidad adquiere este interés general en el pensamiento romano, en el que la República y el Derecho persiguen el “bien común”. De este bien común seguirá hablando Santo Tomás, más tarde se hablará de interés general (Rousseau), que para algunos será la suma de intereses individuales (pensadores liberales, especialmente utilitaristas), si bien para otros se tratará del interés de la nación (Hegel) o del proletariado (Marx).

Los conflictos son propios a la naturaleza humana, la violencia será un medio natural de dirimirlos y, del mismo modo, resultará también natural la búsqueda humana de la seguridad propia y, en su caso, colectiva. En consecuencia, como se concretará, la idea de la paz y seguridad será un componente esencial, sino el único de ese bien común, por lo cual será parte esencial de las distintas legitimaciones del poder que se han dado a lo largo de la historia. Quien ha ejercido el poder a la hora de legitimarlo ha recurrido en la mayoría de las ocasiones al útil recurso de la satisfacción de la paz y la seguridad bajo distintas formas (orden, paz, seguridad, seguridad para la libertad y propiedad, etc.) como el principal o uno de los motivos que legitiman su dominación.

⁵³ *Ibidem*, págs. 23-24

c) *Entre los grupos no sólo hay luchas para hacerse con el poder, sino también colaboración*

Desde este punto de vista interno de cada organización política, el proceso de pérdida del poder hegemónico, claro está, se hace depender de muchos factores relacionados con cada momento histórico. De una parte, para que se dé una pérdida de convicción se precisará que se perciba por los sometidos que no se persigue ese interés general que legitima el poder; en este sentido, la conciencia de los pueblos es cambiante y acumulativa en tanto que receptiva de todo tipo de estímulos (economía, técnica, etc.). En consecuencia, las justificaciones dominantes habrán de ir variando, aparecer nuevas ficciones o perfeccionar anteriores. De otra parte, claro está, el mantenimiento en el poder se hará depender de la fuerza de la que disponga el grupo dominante y su relación con la de los demás.

Ahora bien, dependiendo de las circunstancias, la dinámica de la historia nos enseña que en el *tempus* que se produce en tales procesos pueden darse quiebras, por lo general marcadas por la dominación por la fuerza de unas organizaciones políticas sobre otras, mas por lo general se suelen producir reformas al darse diversas colaboraciones entre los diversos grupos dominantes en cada período. Y en no pocas ocasiones, y para la incorporación de unos y otros se generan nuevas ficciones legitimadoras del poder afirmando un nuevo interés general que lo justifique. A lo largo de la historia, para dominar mejor se da necesariamente una alianza entre los grupos dominantes⁵⁴. Éstos no serán otros que quienes reúnan las mayores posibilidades materiales (técnicas, económicas) que les permitan ostentar tanto el mayor poder coercitivo (fuerza material), cuanto el mayor poder de convicción (ya se trate de ideologías religiosas como seculares). Así, por ejemplo se señala la colaboración entre patricios y plebeyos en la república romana, o las diversas colaboraciones que se dan entre los incipientes poderes

⁵⁴ Como recuerda González Casanova, *ibidem*, pág. 34 “Raramente, por no decir nunca, un solo individuo –aún dotado de los mayores atributos personales de fuerza, energía e inteligencia- ha podido ejercer en monopolio un poder supremo sin necesitar de una corte, más o menos grande, de seguidores fieles, devotos y colaboradores. Al mismo tiempo, ese tipo de personaje tampoco ha logrado ostentar el poder supremo de la comunidad por azar, sino por extracción de un grupo que provee dirigentes siguiendo los rituales prescritos por la ideología imperante (herencia, conquista, homicidio, proezas, consagración, etc).

urbanos y el monarca para consolidar éste su poder frente a la poliarquía medieval. Del mismo modo, el monarca colabora con los estamentos privilegiados para fortalecer su poder, una vez debilitados éstos. Asimismo, a nadie escapa la colaboración entre la aristocracia y la burguesía que dio lugar al Estado liberal. El poder no sólo lo ostenta el más fuerte, sino los más fuertes de cada momento histórico y, en todo caso, el poder lo ostentarán los grupos que logren crear una legitimidad también adecuada a la relación de poder de los diversos grupos cambiantes a lo largo de la historia.

En algunos casos, incluso, la colaboración no sólo se ha dado entre los grupos dominantes, sino entre los dominantes y los dominados. Durante el siglo XIX comienza a apreciarse la necesaria colaboración económica y militar con todos los miembros de la organización política. Las tendencias imperialistas y colonialistas de las potencias occidentales exigían de una ingente *mano de obra* militar que sería proporcionada al bajo coste de morir por la bandera (servicio militar obligatorio). La unión en principio tendría también bajo coste político, pues el Estado, la Patria o la nación eran buenas abstracciones que motivaban para dicha entrega, que inicialmente no exigirían excesivas cesiones de poder de los dominantes. La colaboración también sería precisa para satisfacer los intereses económicos de los grupos dominantes (desarrollo de la producción económica) y, a cambio de suavizar algunos excesos del inicial capitalismo liberal y con la satisfacción de algunos intereses económicos de los dominados, éstos tendrían mayores alicientes para participar en el desarrollo de la producción. El actual Estado social y democrático de Derecho fue el producto de una colaboración entre las oligarquías capitalistas y las crecientes masas asalariadas con posiciones relativamente acomodadas por el desarrollo económico. Ahora bien, esta evolución del Estado liberal no sólo tendría costes económicos, sino necesariamente políticos. Ante la dificultad de dominar únicamente por la fuerza unos sometidos descreídos del interés general del liberalismo burgués y ante los peligros (socialismo) o fracasos (fascismos) de otras vías, la colaboración no sólo exigía la socialización del Estado, sino una continua cesión del poder a los dominados. Precisamente se trataba

de hacer efectivo el acceso de *todos* al poder que prometía inicialmente el Estado liberal, abstracciones como las de la nación y la ley ya no serían nada sin la efectividad de los derechos y libertades, la participación y la división de poderes.

E) EL PAPEL DE LA FUERZA MILITAR EN EL PODER:
INTERRELACIONES DEL PODER POLÍTICO Y LA FUERZA
MILITAR

a) La fuerza militar es la expresión máxima del poder coercitivo y ningún poder la descuida

Se ha subrayado con anterioridad que la fuerza por sí sola nunca puede sustentar el poder, sino que para ello será siempre precisa la convicción. Es posible que la convicción sólo se dé entre quienes ostenten el control del empleo de la coerción violenta, pero aunque sólo sea en ellos, es preciso el consenso. Pero aún es más, quienes ostenten la dirección de una organización política por la fuerza siempre aspirarán a robustecer su poder y para ello siempre precisarán *hacer creer* a los sometidos para facilitar la dominación. Conforme más convenza la legitimación argüida de dicho poder, mayor consolidación tendrá éste. No obstante, resulta imposible lograr una convicción total y en todo momento, de ahí que, como se ha afirmado, tampoco pueda existir poder alguno en el que la coerción desaparezca por completo, es decir, que pueda prescindir de la fuerza. En la medida en la que hayan desengañados con la ficción que legitima el poder, actuará la coerción.

El carácter siempre residual de la fuerza no implica en modo alguno que ésta sea un factor del todo determinante para el poder, entre otros motivos porque la fuerza será siempre su baluarte último. La fuerza de las armas es una más de las fuerzas coercitivas del poder, aunque no la única, pero sí la más descarnada de las fuerzas y la más importante en última instancia. La importancia de la fuerza armada en la genérica fuerza del poder podrá variar en virtud de no pocas circunstancias, como pueda ser el grado de institucionalización de la coerción a través del Derecho, tal y como

se aprecia más tarde, pero en principio la fuerza de las armas figurará como máxima expresión de la fuerza.

Como a continuación se advierte, en tanto que la fuerza de las armas constituye una de las partes más importantes de una de las dos caras del poder, necesariamente influirá en la organización política. Y como es lógico, en cuanto el poder coercitivo adquiera mayor importancia en el poder para su sustento, mayor importancia tendrá la fuerza armada en la organización política. El estado de la fuerza militar condiciona o determina en mayor o menor medida el sistema político vigente en cada momento histórico. La anterior afirmación no implica una visión puramente realista en la que la fuerza sea la única fuente del poder, si bien el alcance de la fuerza, su control y eficacia por unos u otros grupos en la sociedad serán circunstancias determinantes, aunque no exclusivas, del sistema político vigente en cada momento histórico. A continuación se advierten una serie de relaciones naturales entre la fuerza y el poder político que son las que descubren las claves de la importancia de la fuerza militar en el poder político.

b) La organización de la fuerza configura en ocasiones la propia organización política

Cabe señalar un factor del todo esencial por cuanto a la afectación de la fuerza militar en la organización política. Una tendencia constante será que toda fuerza armada se organice del modo más eficaz teniendo en cuenta su contexto histórico. Pues si de la eficacia de la fuerza militar se hace depender el poder político, este interés será realmente importante y centrará no pocos esfuerzos. Conforme mayores recursos humanos, económicos y materiales precise la fuerza militar en cada momento histórico se requerirá mayor organización para que sea eficaz. Esta organización impondrá la racionalización de la fuerza armada a través de técnicas como la jerarquía, disciplina, coordinación, etc. , y conforme se asienten estas técnicas, más eficaz y sólida será la organización militar. Así, pues, la organización militar será siempre una organización sólida con relación a las demás existentes en la

organización política, puesto que al responder a una necesidad importante no podrá ser descuidada. Como consecuencia, en no pocas ocasiones, la organización militar será no sólo la que tenga las armas, sino la institución más consistente. Esta combinación es un factor que de forma natural conduce a la participación política de la fuerza militar, pero aún va más allá: la organización militar en cada contexto determinará la misma organización política y su consolidación.

La explicación de estos fenómenos se encuentra en lo que viene a ser un círculo vicioso; la fuerza coactiva es requisito necesario para el establecimiento y mantenimiento de cualquier forma de poder; a la vez, para existir una fuerza coactiva eficaz es insoslayable un grado de organización acorde a cada momento histórico. Esta estructuración de la fuerza de las armas puede resultar cronológicamente previa al nivel organizativo que presente el resto de la sociedad y el poder político. Así, la fuerza institucionalizada parte de una ventaja a la hora de estructurar, imponer y consolidar una forma de poder, puesto que, como se verá, la misma organización política general se irá gestando a remolque de lo que lo hace la militar. Como señala Guaita “una administración militar fuerte es uno de los factores determinantes de la aparición del régimen administrativo, al propio tiempo que es uno de los títulos que más claramente justifican tal régimen⁵⁵.”. A esta superioridad organizativa se añade una realidad determinante: es el estamento militar quien tiene las armas⁵⁶. Y es que como

⁵⁵ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “La Administración militar”, en *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, págs. 105-122, pág. 111, siguiendo a Hauriou.

⁵⁶ Así, en FINER, S. E., “Los militares en la política actual”, en BLONDEL, J. y otros, *El Gobierno: Estudios Comparados*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, págs. 257- 264, concretamente en la pág. 261, aprecia por qué puede llegar a considerarse *natural* esta participación política del estamento armado, dada la ventaja de una organización superior a la civil y el ser portador de los más contundentes instrumentos coercitivos del Estado. Semejante explicación de los motivos por los cuales “los militares se configuran como grupo organizado de interés y de presión, cuando no en poder político” la realiza BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-59. En la página 52 se afirma que “en tanto que administradores de los medios de destrucción, los militares siempre se encuentran en condiciones de desviar ese monopolio legítimo para el cumplimiento de otros fines... sólo el Estado posee el poder de coerción, siempre en nombre de la sociedad, son las fuerzas

recuerda Duverger, “El Ejército plantea un problema en todos los regímenes políticos: detenta una fuerza material capaz de dominar al Estado”⁵⁷. Así pues, dadas estas ventajas que le confieren al estamento militar su propia naturaleza y fines, el poder militar se confunde en ocasiones con el poder global y, en no pocas es directamente quien lo ostenta.

Por ello no puede extrañar que en diversas ocasiones sean las mismas organizaciones militares las que ejerzan el poder político a lo largo de la historia, especialmente ante la carencia o debilidad de otros tipos de organizaciones. Así por ejemplo, como se verá en su momento, puede seguirse la generación del Estado moderno o, en la actualidad puede explicarse en parte el carácter militar de organizaciones políticas que se constituyen en territorios ocupados o colonizados mientras no se genere otra organización civil de la misma entidad. Pero no es éste el único motivo que explica la gran interrelación entre la fuerza militar y el poder político en todos los tiempos.

c) El poder político es en buena medida quien tiene la fuerza armada más eficaz en cada momento histórico

La fuerza militar no es el único factor que determina la forma y estructura del poder político, pero sin embargo su necesaria presencia genera diversas dinámicas por las que se relaciona siempre de forma intensa con la organización política. Así, la dispersión o la concentración de las armas de igual entidad influirá constantemente en el reparto o concentración del poder en cada organización política.

Conforme la fuerza armada con un potencial semejante esté más dispersa o más concentrada en manos diferentes, tal dispersión o concentración se reflejará en el reparto del poder. En consecuencia, todo poder dirigente tenderá a concentrar en sus manos la fuerza de las armas en el ámbito de su organización política. El grupo o grupos dominantes

armadas y de seguridad por lo que sus acciones no incumben exclusivamente al conjunto social sino que además le dejan indefenso frente a la fuerza”.

⁵⁷ DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 364.

habrán de garantizarse el control de la fuerza militar ya única, ya predominante sobre los demás. El grupo o grupos dominantes precisarán el control de la fuerza armada y para garantizar este control tenderán a concentrar en sus manos su dominio. Al poder político más fuerte le corresponderá la mayor concentración del dominio de la fuerza armada. Desde el anverso, a quien concentre el dominio de la fuerza más eficaz le corresponderá el poder político. No en vano el Estado implica el monopolio de las fuerzas de coerción, y éste ha sido el resultado de un largo y discontinuo proceso de concentración de fuerza y poder.

En este sentido, desde un primer punto de vista, la técnica militar y la organización económica y la tecnología de cada contexto histórico constituyen elementos decisivos para conformar la organización política y la superioridad de unas organizaciones sobre otras. Como se verá con detenimiento –siguiendo fielmente a Weber–, incluso mayor importancia que la aparición del hierro o la pólvora la tuvo el empleo de la disciplina militar. También es cierto que el poderío económico y tecnológico de occidente se impuso sobre los territorios de las colonias y la tenencia de un armamento nuclear favorece la sumisión de las naciones que no la tengan. No obstante, el mismo desarrollo del capitalismo fue de la mano de la implantación de técnicas disciplinarias sobre la administración y la economía.

En el plano interno de la organización política, el estado de la tecnología militar y la distribución de la riqueza con la que acceder a las armas más eficaces en cada momento constituyen un elemento decisivo para conformar el poder político. Veamos algunos ejemplos que serán desarrollados de forma concreta más tarde.

La democracia esclavista griega trajo por causa la aparición de la disciplina militar de los hoplitas griegos. Mediante esta técnica militar la eficacia de una caballería que sólo podía ser sostenida por la aristocrática había de ceder su paso a la infantería. De este modo, en el contexto griego, con una abrupta geografía y unas pequeñas poblaciones con el carácter comercial, era posible tener una fuerza armada eficaz por muchos de los ciudadanos, por lo cual, el poder

que se instituyese habría de tener en cuenta este factor para valorar sus posibilidades de permanencia.

En Roma, el empleo de la disciplina militar dotó de gran ventaja a la *civitas* romana sobre sus vecinos bárbaros. El poderío militar de la infantería ligera permitió la expansión territorial a la vez que conllevó el desarrollo de un aparato burocrático que seguiría los mismos principios aplicados para la organización militar e inicialmente tendría la misión de satisfacer las necesidades militares. La misma desaparición de la disciplina fue uno más de los elementos del declive del imperio.

En la Edad Media el poder se identificaría de modo muy importante con quien tuviese el dominio de las armas. En el contexto de Europa llegó un momento en el que el único medio eficaz de defensa contra las invasiones bárbaras fue el del binomio del castillo y el caballero. El poder habría de ser poliárquico entre otros factores por la dificultad de poderes superiores (la incipiente monarquía) de concentrar fuerzas más poderosas que las de los señores feudales. La tenencia de las costosísimas armas o caballos por los nobles feudales resultaba un elemento determinante para el mantenimiento de la posición hegemónica nobiliaria en sus respectivos feudos; quien monopolizaba las armas más poderosas tenía un espacio predominante en el poder.

Más tarde, con la reaparición de las tácticas disciplinarias de los piqueros suizos, tras mil años volvió el predominio de la infantería. La fuerza militar eficaz ya no consistía tanto en costosas armas y caballerías sólo al alcance de los señores feudales, sino en la capacidad de reclutar y organizar personal, lo cual quedaba sólo al alcance del Rey. El monarca comenzó a concentrar y centralizar la fuerza militar sufragando los costes de organizaciones militares que los nobles ya no podían sufragar independientemente. En consecuencia, la dirección del poder político sería del Rey, sin perjuicio de la participación intensa de los nobles, ahora jefes militares a él sujetos.

Finalmente, la organización política liberal nacionalizaría la fuerza militar privándola de su anterior propietario, el monarca. Asimismo el Estado impide en lo posible la descentralización de la

fuerza (milicias populares, grupos paramilitares revolucionarios, etc.), es decir, que poderes distintos al de la clase dirigente tuvieran el dominio de las armas y negando en lo posible la existencia de otros grupos armados. Para ello, el Estado se ha valido de instrumentos jurídicos (negación del derecho de tener armas, prohibición de asociaciones de tipo militar y grupos paramilitares, reserva de la competencia exclusiva en materia de defensa militar, etc.).

d) La necesidad de controlar la fuerza militar: concentración y centralización del mando de la fuerza militar por el poder político

Ahora bien, no basta con contar con la fuerza armada más eficaz, sino que es preciso operar el control de la misma por la organización política. *El fortalecimiento del poder político se hará depender en buena medida de la concentración y centralización del mando sobre la fuerza armada y de los medios empleados para que ésta siga fielmente los designios del poder político.*

El control ansiado por el grupo o grupos dirigentes sobre la fuerza militar, se hará depender de la fidelidad de los propietarios o portadores de las armas al grupo o grupos dirigentes, así como de la fidelidad de los portadores de armas a los mandos militares (que en ocasiones serán los mismos mandos políticos). Tal fidelidad se buscará por los diversos medios ideológicos, económicos y técnicas político-jurídicas según el contexto: el carisma del líder, la propiedad de las armas y mantenimiento de las mismas y de sus portadores, con técnicas de organización que concentren el poder de las armas en los mandos militares, así como de la sumisión de los mandos militares al mando político, incorporando a los miembros de la fuerza militar en la clase dirigente, etc.

Los grupos armados antiguos mantienen una fidelidad ciega al jefe guerrero carismático que es, a su vez, quien sostiene el mantenimiento de las armas y sus seguidores. En Roma, el paso de la monarquía a la república se debió, entre otros motivos a la dificultad del monarca, jefe militar, de controlar a los jefes militares de los territorios conquistados. La sumisión militar al poder de las

magistraturas se lograba a través de la separación de los territorios militares y civiles (acantonamientos territoriales), de modo que se confería un poder político a los mandos militares en su territorio.

En el sistema feudal que se dio en el marco de la Edad Media, en un contexto donde la organización política y militar era bastante rudimentaria, el mando político se correspondía con el mando militar en el marco de los señoríos, el señor de las tierras será también el señor de las armas. Y la obediencia de los portadores de las armas al noble guerrero se fundamenta en el vínculo feudo-vasallático y en la misma propiedad de las armas por el noble. Desde otro plano, el Rey, uno más entre los nobles, embarca a tales grupos armados nobiliarios bajo la promesa de los derechos que confieren las conquistas de territorios. Pero en tanto los nobles tienen el poderío militar (castillo-caballería), el poder político del monarca sobre éstos será bien débil.

Cuando el redescubrimiento de la infantería impide el control de la fuerza militar por los nobles, la concentración de la fuerza militar en las manos del Rey es la base de la concentración del poder político que daría origen al Estado. No obstante, esta centralización de la fuerza militar a manos del monarca se instrumentó también a través de la nobleza. Los antiguos señores dejan de tener la propiedad de las armas, si bien, pasan a ocupar la cúpula militar del Ejército que es ahora del monarca. Los antiguos derechos de conquista se convierten *simplemente* en favores políticos a la nobleza, que colabora con el Rey que ha concentrado así el poder. Los mandos gozarán del privilegio de un fuero propio. La jerarquía social y la obediencia ciega reforzarán el dominio absoluto del poder monárquico sobre la fuerza militar.

Las continuas dificultades del monarca para controlar la fuerza militar en Inglaterra serían en buena medida la causa del advenimiento de la monarquía parlamentaria un siglo antes que en el continente. Con la revolución política iniciada en Francia y luego extendida, la lucha política entre una burguesía afincada en el parlamento y el monarca en el Ejecutivo tendría en el reparto del poder sobre la fuerza militar uno de los más complejos escenarios. No obstante el capitalismo, las técnicas y la generalización de la leva

conducen a alejar el aparato militar del monarca conformando un Ejército nacional. El Rey ve remitido su poder, aunque, no obstante, la inercia histórica le mantiene peligrosamente cercano a la fuerza militar. La clase oligárquica burguesa pretenderá someter por medios sociales, jurídicos y políticos a la fuerza militar para que sea un apoyo y no una amenaza. La burguesía pasa a ocupar la cúpula militar; asimismo, se intenta lograr la sumisión al poder oligárquico a través de conceptos más abstractos como la nación, la ley y la Constitución, expresiones del poder de esta nueva clase.

Con la crisis irrefrenable del Antiguo Régimen, el peligro para el nuevo poder no será el monarca, sino las pujantes clases proletarias. Las clases que componen el Ejército pasan a constituir una clase particular acostumbrada por necesidad a la intromisión en lo político, porque la clase dirigente se apoya en ella para contener las demandas sociales peligrosas para el capitalismo. Las cúpulas militares, bien conjugarán sus intereses con los de las oligarquías dirigentes, bien participarán del poder político haciendo valer el poder de las armas que portan.

De otra parte, si hasta entonces todo el poder lo había concentrado el Rey (Ejecutivo, judicial, Legislativo) y con él el poder sobre la fuerza militar, la división de poderes podría implicar un menoscabo del siempre ansiado control de la fuerza militar por todo poder político. División de poderes y concentración del control de la fuerza armada sugerían la existencia de una tensión. Las normas de la organización militar habían de corresponder al Legislativo, su justicia a un independiente poder judicial y su mando al poder Ejecutivo. Y por lo general la importancia de la fuerza militar para todo poder político inclinaría la balanza de la tensión división-concentración hacia la concentración del poder sobre la fuerza militar. De nuevo, razones de eficacia justificarían el verdadero interés de la clase o grupo dirigente en controlar la fuerza militar. El control de la fuerza militar se concentraría en el poder Ejecutivo. La sumisión a este poder no presentaría mayor problema, en la medida en la que éste seguía identificado con el Monarca o en su caso por las clases dirigentes de las que en no pocas ocasiones los militares formaban parte. Mayores problemas hubiera presentado la

sumisión a una jurisdicción civil que ahora comenzaba a ser independiente del poder Ejecutivo. Ello habría de ser parapetado con la existencia de una justicia militar tradicionalmente controlada por los militares y el poder Ejecutivo como instrumento de represión política. Por último, sería el poder Legislativo quien pasaba a regular la función militar, y sería por esta vía por la que se pretendería subrayar la sumisión a la ley y al Derecho de la función militar. Sin embargo, una vez mitigado el poder del monarca, el pacto burgués oligárquico y las limitaciones de la representación liberal harían debilitar el papel del parlamento en materia militar.

II. El poder como garante de la paz y la seguridad. La “paz” y la “seguridad” como garantes del poder. Buena y mala razón de Estado

A) CONCEPTOS DE PAZ, ORDEN, SEGURIDAD

A lo largo de la historia se repiten una y otra vez diversos conceptos que figuran, por lo general, como fines a alcanzar por la organización política: armonía, orden, paz, seguridad, etc. Unos y otros son susceptibles de no pocas matizaciones y, a la vez, mantienen esenciales conexiones en tanto que su raíz esencial parece resultar una misma, siendo la larga evolución en la historia política la que ha ido aportando sus diversos matices y connotaciones. A continuación, en modo alguno se aporta mucha luz sobre tales conceptos, sino al contrario, se pretende hacer ver las conexiones entre unos y otros y los distintos matices que han ido adquiriendo. Partiendo de esta advertencia, se captarán con mayor facilidad las causas de las continuas referencias a estos conceptos por la práctica totalidad de las justificaciones del poder hasta nuestros días y el sentido que adquirirían en cada una de ellas.

a) Concepto empírico de paz

La alusión a la paz en nuestro contexto exige una primera aclaración. Cabe centrarse en la paz externa al individuo, la relativa a la realidad y que puede también ser aprehendida por el Derecho,

a diferencia de la paz interna del sujeto, relativa al ámbito de la moral⁵⁸. Pues bien, sin perjuicio de que al concepto de paz (externa al individuo) se le quieran dar connotaciones de tipo político, religioso o moral que más tarde se atenderán, la paz debe primigeniamente ser captada de forma empírica. Y es que por medio de la atención de la realidad puede constatarse si hay o no hay paz.

Ahora bien, no es posible llegar al concepto de paz sin reparar en un concepto previo, el de guerra. No en vano, como afirma Bobbio, el concepto de paz es inescindible del concepto de guerra, pues la paz es la no-guerra, la ausencia de ésta: “en el caso del par de opuestos paz-guerra, siempre es el primero el que resulta definido por medio del segundo y no a la inversa. En otras palabras: mientras “guerra” se define positivamente por la lista de connotaciones que la caracterizan, “paz” se define negativamente como ausencia de guerra, o más brevemente como no-guerra.”⁵⁹ En este sentido resulta imprescindible atender qué se entiende por guerra.

Afirma Hobbes “¿Qué es en efecto la guerra sino el período de tiempo en que la voluntad de enfrentarse con violencia se manifiesta suficientemente con las palabras y los hechos? El tiempo restante se llama paz”⁶⁰; Bouthoul considera que la guerra es la “lucha armada y sangrienta de dos grupos organizados”⁶¹; para Clausewitz es el acto de violencia que tiene por fin forzar al adversario para que acate nuestra voluntad⁶²; Longo afirma que la guerra es la “forma de resolver una controversia para restablecer la

⁵⁸ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. págs. 157 y ss., Cap V La idea de la paz y el pacifismo.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 160.

⁶⁰ HOBBS, Thomas, en *De Cive*, I, 12) así citado por BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 160. Esta cita no se encuentra en los fragmentos de “Del ciudadano” que quien suscribe ha manejado, HOBBS, Thomas, “Del ciudadano” (Trad. Enrique Tierno Galván), en *Del ciudadano y Leviatán*, (Estudio preliminar y antología de Enrique Tierno Galván), Tecnos, Madrid, 1987, págs. 3-43.

⁶¹ Así lo recuerda LÓPEZ HENARES, Vicente, “Problemas jurídico políticos del poder militar. Planteamiento institucional y estatuto”, *Revista Española de Derecho Militar*, números 31-32, enero-diciembre de 1976, págs. 11-64, en concreto, pág. 29

⁶² Así en CLAUSEWITZ, K. V., *De la guerra*, Labor, Barcelona, 1994.

justicia en defensa de un pueblo”⁶³. Dejando al margen conceptos de guerra que impliquen connotaciones morales o políticas, como este último, podemos advertir con Bobbio tres caracteres que determinan la existencia de una guerra. Se trata de un *conflicto*, que se da *entre grupos* que podemos calificar como políticos en la medida en la que quieren hacer prevalecer su voluntad y, por último, dicho conflicto entre grupos se manifiesta *por medio de la violencia organizada*, esto es, al tratarse de formas organizadas de la violencia sus consecuencias necesariamente implicarán cierta gravedad, pues no se trata de cualquier brote violento o esporádico de la misma⁶⁴. Así, “definida de tal modo la guerra, la paz entendida como no-guerra puede definirse como el estado en que se encuentran grupos políticos entre los cuales no existe una relación de conflictos caracterizada por el ejercicio de una violencia duradera y organizada⁶⁵.” O en palabras de Raymond Aron la paz es la “suspensión más o menos duradera de las modalidades violentas de las rivalidades entre unidades políticas”⁶⁶.

De este modo, sin perjuicio de la tendencia a connotar la paz de elementos ideológicos, nada despreciables por otra parte, es preciso partir de este concepto empírico de paz en el que no hay que preguntarse ni las posibles causas o finalidades de la misma. Se trata de algo constatable, algo aprehensible sociológicamente.

La guerra se produce entre grupos que emplean la violencia organizada. Los grupos organizados en conflicto pueden ser organizaciones políticas. Así una guerra exterior será el conflicto organizado entre organizaciones políticas. No obstante, la guerra también puede ser interior, es decir, en el marco de la organización política; y uno de los grupos bien puede ser la organización política misma que ejerza la violencia organizada frente a otros grupos que

⁶³ Referido en LÓPEZ HENARES, Vicente, “Problemas jurídico políticos del poder militar... cit. pág. 29.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 162 “Las connotaciones más frecuentes de “guerra” señala que son estas tres: la guerra es, a) un conflicto, b) entre grupos políticos respectivamente independientes o considerados tales, c) cuya solución se confía a la violencia organizada” y subraya que sea organizada.

⁶⁵ *Ibidem* pág. 164

⁶⁶ ARON, Raymond, *Paix et guerre entre les nations*, pág. 158, así citado por BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 161. Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations*, p. 158 “paz”

también la empleen frente al poder establecido. Del mismo modo, la guerra interior también puede darse entre grupos que ejerzan la violencia organizada entre sí. La evitación de la guerra interior, paz interior, es el centro nuclear de la mayoría de las legitimaciones del poder en el pensamiento político. Cabe señalar, no obstante, que en ocasiones, se hace referencia a la paz interna o paz social en sentido de convivencia pacífica, es decir, como tranquilidad social que se deriva de la carencia de manifestaciones de violencia de cierta gravedad. Esto es, sin requerir que el conflicto se dé entre grupos violentos organizados.

b) La politización o moralización de la paz

No estamos hablando de seres no dotados de razón, sino de hombres. Por lo tanto, la paz o la guerra no serán mero producto de las fuerzas mecánicas de la naturaleza, sino que unas u otras tendrán unas causas y unas finalidades, a una u otra se les intentará dotar de una justificación. Y estas concepciones estarán sujetas al variable pensamiento humano, a la misma concepción del hombre, la de las finalidades que éste deba o pueda alcanzar. Así, en el momento en el que no sólo se atiende a la paz como fenómeno empírico nos insertamos en un mar de consideraciones del todo valorativas y, por tanto, del todo variables. La paz que se busque o deje de buscarse no será la no-guerra, sino versiones matizadas en las que la no-guerra sólo vale si se cumplen determinados presupuestos. En los extremos habrá desde quienes exaltan la guerra hasta quienes exaltan la paz en sus formas más puras y en medio, un amplio abanico.

Algunos hablarán de la guerra como motor de la civilización (Trasímaco, Hegel, etc.), la elevarán a condición de justicia o de moralidad. En estos casos, la existencia de paz empírica, si es que se tiene en cuenta, quedará completamente sometida a otros fines. En tales pensamientos, la existencia de una organización política no vendrá legitimada como forma terrenal de alcanzar la paz, sino de otros valores y metas superiores. En principio situados en la antítesis, otros pensamientos considerarán la paz como fin último y la organización política será el instrumento preciso donde se logre

la misma. En tanto la paz empírica (no guerra) se considere como fin último, todo valdrá para ello. En el plano teórico, sólo autores realistas e individualistas como Maquiavelo y, especialmente, Hobbes han seguido esta corriente⁶⁷.

No obstante, en la teoría política predominarán quienes consideren la paz no como fin último, sino como la premisa inicial, el marco indispensable donde lograr algo mucho más importante, las diversas aspiraciones humanas: la atención a Dios, la libertad, el arte, la justicia social, etc. En estos terrenos intermedios la paz o la guerra sólo serán deseables si permiten alcanzar tales finalidades últimas, lo contrario -dirán- será una paz falsa, no será paz. Las concepciones más apegadas al hombre advertirán que la paz es el medio donde puede realizarse el hombre. A diferencia de estas concepciones, en las más apegadas a la divinidad, la paz no será un interés subjetivo del hombre, sino la expresión del orden divino en la Tierra y medio del hombre de acercarse y/o redimirse ante Dios.

De este modo, en estos pensamientos se politiza y moraliza la paz, por lo que no toda la paz será buena, sino la que se logre siguiendo una serie de principios. Así, se cercena el concepto empírico o sociológico de paz, quedando sometido a una serie de condicionantes ideológicos de cada contexto histórico. Pensamientos más sinceros directamente despreciarán la paz y la situarán por debajo de otros valores; otros, en cambio, seguirán empleando el concepto, si bien manipulado, en tanto que considerarán que sólo es paz la que implica una serie de connotaciones ideológicas.

Así la "armonía" a que debe conducir la *polis* de pensadores griegos como Platón o Aristóteles no será un valor en sí en tanto en cuanto no sea manifestación de la razón humana. Es la razón humana la que conduce a una armonía que se expresa en la paz ciudadana. Para San Agustín, la paz será la manifestación del orden divino en la Tierra por medio del poder de la Iglesia, y sólo en este orden podrán algunos alcanzar la gracia de Dios. No toda paz vale

⁶⁷ Y cabe decir que Maquiavelo desvirtúa este sistema en cuanto su visión empírica se desvía finalmente de la seguridad hacia el interés del Monarca, para el cual la paz deja de ser lo primero, pues de lo que se tratará es del fortalecimiento del poder, aún a costa de la paz, tal y como se desarrollará más adelante.

y, por tanto, no toda organización política que la satisfaga, sino únicamente la paz y el orden político que es la expresión de la razón humana o del orden de Dios, respectivamente. En estos marcos, la armonía o el orden político se identifica con la paz que no es sino, resultado de la organización política propuesta.

La atribución de connotaciones políticas a la paz persiste más tarde en la historia del pensamiento. No obstante, con la secularización del pensamiento va primando la paz, mera ausencia de guerra como valor máximo, meta de la organización política. La atribución de todos los poderes al Monarca para mantener y consolidar el poder político se entenderá como la mejor garantía del fin último de la organización política, la paz sin mayores connotaciones (Maquiavelo, Hobbes). No obstante, con el liberalismo sólo valdrá la paz como marco en el que puedan satisfacerse los valores más importantes para la realización del hombre. El Estado liberal burgués se legitimará como instrumento de una paz de la libertad y la propiedad individual, la idónea para operar las relaciones económicas en un capitalismo en pleno desarrollo. Más tarde, para otros la paz sólo tendrá sentido, si es que lo tiene, sobre la premisa del Estado y la nación, que lo es todo y ello quedará por encima de cualquier otra versión de la paz (Hegel Fichte, fascismos). En el pensamiento marxista también se renunciará al mero logro de la paz empírica si ésta no es sinónimo de final de la opresión. Sólo será verdadera la paz que se logra con el fin de la opresión capitalista.

En el pensamiento social y democrático continuador del Estado liberal será la paz de la libertad la que prime, es decir, la paz en tanto en cuanto marco en el que se puedan ejercer *efectivamente* los derechos y libertades individuales, por tanto, la paz será el contexto donde se hagan efectivos los principios democráticos y los derechos fundamentales. La propiedad burguesa queda en un segundo plano ante la evolución social, si bien la paz válida será aquella en la que pueda seguir ejerciéndose la propiedad socialmente concebida. Algunos, incluso, sólo admiten la paz si es en el marco de la economía planificada o de la realización de los derechos sociales.

Así pues, tal y como se aprecia a lo largo de la historia del pensamiento, la paz queda ligada a muchos valores y fines y sólo el marco pacífico en donde se satisfagan éstos es denominado “paz”. A mi juicio es preferible tratar este concepto en su forma más aséptica de valores e ideales, es decir, su concepto empírico: paz como no-guerra. Lo contrario lleva a la confusión y permite la manipulación. En este sentido, todo empleo del término paz que no haga única referencia a la no-guerra debe ir acompañado de apelativos, de la advertencia de su cercenación, es decir, de la connotación del concepto que cada uno le da. Y es que ya que la vida en un contexto de paz ha sido un bien ansiado a lo largo de la historia, la promesa de la paz ha sido la fórmula típica de legitimar el poder establecido. Los abanderados de la paz han escondido detrás de ella toda una serie de valores nada asépticos. De ahí que, en adelante, toda alusión a la paz sin apelativos hará referencia a la misma por cuanto a su significación como no-guerra.

c) Distintos conceptos con un nexo común: paz interna, orden y seguridad

c. 1. Paz y orden

Las justificaciones del poder han venido por lo general de la mano del concepto de orden. El mismo se vincula a la organización institucional del sistema político regida por una serie de principios, cuyo resultado confiere la paz interna de la organización política. Dicho orden se expresa en Platón y Aristóteles como “armonía” producto de la organización social basada en la naturaleza humana. Y este producto, la *polis*, por el hecho de ser el orden “natural” confiere tal paz interna en la organización. San Agustín y Santo Tomás tradujeron al cristianismo el pensamiento de Platón y Aristóteles, respectivamente, y asentaron que la organización política era la expresión del orden de Dios o de la razón divina y humana, lo cual confería la paz interna “*pax est ordinis tranquilitas*”. Ya para Santo Tomás, como para pensadores posteriores como Bodino, la organización política era la expresión del orden natural humano residenciado primigeniamente en la

familia, cuyo resultado no podía ser otro que esta paz interna. De este modo, se asentaría una tradición en el pensamiento político por la cual, las construcciones políticas resultarían de la lectura de cuál es el orden político que habría de conducir a la paz interna y a la tranquilidad en la comunidad política. Así pues, se trata de una relación automática de causa (orden político) - efecto (tranquilidad, paz interior). Tal automatismo acabaría confundiendo uno y otro concepto hacia el empleo casi indistinto de “orden”, “tranquilidad” y “paz interior”. Dicha confusión sería bien interesada, puesto que a lo largo de la historia los órdenes políticos no han procurado la convivencia y la paz interna, sino que si éstas se han alcanzado no ha sido por la idílica armonía u orden natural o divino de la organización política, sino por la actuación de la fuerza de las armas, las cárceles y los cementerios. Pese a tal confusión, el “orden político”, sin embargo, sigue implicando una proyección política institucional, mientras la paz abarca realidades más amplias y tiene una mayor proximidad a la realidad⁶⁸.

c. 2. Orden político, público, institucional o constitucional

El orden político, en teoría, no sólo procura la paz interna en sentido estricto, es decir, la alteración más grave de la convivencia social por el conflicto entre grupos, por medio de la violencia organizada. Se va más allá, el orden político procura la convivencia, la tranquilidad social, pues no sólo la guerra es el único desorden. De ahí que se empleen términos como el de orden público que viene a hacer referencia a alteraciones concretas de la vida social. Este concepto también incluirá, en su inicio, alteraciones que no alcanzan ni por su gravedad ni duración el calificativo de guerra, en tanto que no son muestras de una violencia entre grupos organizada. La

⁶⁸ SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 45, mayo-junio de 1985, págs. 93-123, en concreto, en la pág. 96, recuerda el autor que semánticamente orden y paz se aplican igual, incluso en sentido técnico-jurídico, si bien “el orden tiene más bien una proyección política e institucional, mientras que la paz es un concepto que se desenvuelve mejor en un ámbito sociológico, o al menos que abarca realidades más amplias. Concluye el autor que “se podría decir que la paz es un valor de carácter más espiritual, con una dimensión ética que falta en el concepto de orden, más apegado a la concreción de un estado de cosas en la organización del Estado.”

identificación entre orden político y orden público en principio sería la misma que la del primero de ellos, orden político, con la de la paz interior, el primero ha de generar el segundo⁶⁹.

No obstante, el concepto de orden público no queda en el marco de la teoría política, sino que desde su inicio vino de la mano del Derecho, que había de concretar el alcance de esta expresión de corte iusnaturalista del “buen orden de la comunidad”. El mantenimiento del “orden público” sería la justificación de la represión de los enemigos políticos del poder dirigente. Estas dos palabras adquirieron desde el siglo XIX una vida propia para el Derecho suponiendo, al fin, una cláusula limitadora de las libertades públicas de la que se valdrían todos los regímenes para evitar al enemigo político. Garantizar el orden implicaría represión, con pocos excesos.

Como se ha señalado, en sus inicios este concepto de orden público incluiría tanto la paz en su sentido estricto de violencia organizada, cuanto realidades más amplias, como lo es la tranquilidad y la convivencia social. Sin embargo, más tarde el orden público haría sólo referencia a las alteraciones menos graves y temporales que no implicaban una guerra civil. Para las alteraciones más graves se hablaría de “seguridad del Estado”, “orden institucional” u “orden constitucional”. Esta escisión de conceptos resulta determinante a la hora de perfilar la separación liberal de las funciones de las fuerzas armadas respecto de funciones de los cuerpos policiales. Los Ejércitos sólo tendrían que emplear las armas en el interior para el caso de que hubiera una quiebra de la paz interna, que se tradujo en términos de grave alteración del sistema político que pone en serio peligro la estabilidad institucional. Así, a las fuerzas armadas en el interior sólo correspondería la defensa del “orden institucional” o del “ordenamiento constitucional” y de la “seguridad del Estado”. De otra parte, los casos menos graves, que serían competencia de las fuerzas policiales (“fuerzas de orden público”), que no habrían de

⁶⁹ *Ibidem* en concreto, pág. 99 que “Desde mi punto de vista, orden político y orden público son aspectos de una misma realidad, cuyas diferencias deben ser situadas en el terreno del ámbito de la aplicación, pero no en el de la definición.”

ser los Ejércitos permanentes. Las dificultades, claro está, surgirán a la hora de distinguir un altercado del “orden público” con una alteración de la paz interna de la organización política. La distinción derivará del grado de intensidad, organización y temporalidad de las manifestaciones externas del desorden causado por la violencia, así como por la entidad del grupo o grupos violentos.

En el marco de los Estados democráticos la idea que descansa tras la noción del orden público persiste. No en vano dicho concepto contiene en su esencia la necesidad de que la organización política se traduzca en una convivencia social. Y si en un régimen democrático la organización política se fundamenta en los derechos y libertades y el respeto de éstos es la base de la convivencia social, el orden público consistirá, precisamente en el efectivo ejercicio de tales derechos y libertades. No obstante, las lacras de los excesos del pasado persisten de modo que resulta difícil aceptar que los términos jurídicos que habilitaban la represión del ejercicio de los derechos fundamentales sea ahora concebido y esgrimido como baluarte de los mismos. De ahí que se haga referencia a otros conceptos como el de “seguridad pública” o un más aséptico si cabe, “seguridad ciudadana”. Lo cual permite establecer la conexión con otro de los conceptos que han sido empleados a lo largo de toda la historia política: la seguridad.

c. 3. El manipulable concepto de seguridad

La promesa de seguridad ha estado en la base de buena parte de las justificaciones del poder⁷⁰, si bien con no pocos matices y con muchas manipulaciones que el concepto permite. La seguridad es otro de los términos que presenta muchas conexiones con los anteriores. La seguridad implica tanto la sensación como la constatación de que se está exento y libre de peligro. Por cuanto al

⁷⁰ Desde el punto de vista constitucional resulta particularmente interesante la atención que procura al “derecho a la seguridad” PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, “El derecho de seguridad como punto de partida”, págs. 331-334 y es destacable la atención de este autor por cuanto pese a que el artículo 17 de nuestra ley fundamental reconoce el derecho a la libertad y la seguridad suele obviarse esta última y Pérez Royo la analiza de forma separada bajo la perspectiva de “la seguridad personal como justificación del Estado”.

sujeto, la misma hace referencia tanto a individuos como a colectivos, de ahí que pueda implicar tanto la preservación de peligro de un individuo, de un grupo, del Estado o, incluso de toda la humanidad. Este será uno de los elementos que le conferirá gran versatilidad del todo útil políticamente. Así, por ejemplo, la seguridad del Estado no necesariamente implicará la seguridad de los individuos de la comunidad política, como se verá.

Si la organización política se concibe como un orden del que resulta la paz interna y tranquilidad en la comunidad, de un modo u otro la organización política conferirá seguridad a la comunidad. Cabrá no obstante matizar si se confiere una seguridad general en términos sociológicos generales o se asegura la seguridad de todos y cada uno de los individuos. La diferencia de matiz no es baladí. Y es que repetidamente en la historia, el logro de la paz interna y la convivencia tranquila en términos generales asumibles sociológicamente ha sido a cambio de la seguridad individual. De otra parte, por cuanto al objeto, la seguridad puede ser empleada de modo relacional, es decir, seguridad *de*. Y ello permite no pocas variables en el manejo del concepto que serán empleadas en múltiples ocasiones en las construcciones políticas. Así, se hace mención de la seguridad de la vida o de la mera integridad física, o seguridad en el disfrute de la propiedad, o una seguridad más amplia que abarca un seguro ejercicio de todos los derechos fundamentales, por ejemplo. Será, pues, preciso concretar el alcance de la seguridad de la que se habla a la hora de fundar en ella la legitimación del poder.

d) Algunas lecturas que se desprenden de lo anterior

En todas las justificaciones del poder, la organización política se justifica directa o indirectamente como proveedora de conceptos como armonía, paz, orden o seguridad en el marco de la organización política, lo cual, a su vez legitima la existencia y función de una fuerza armada. Y entre las legitimaciones del poder y su relación con estos conceptos, pueden advertirse una serie de coincidencias:

- En contextos ideológicos donde prima el individualismo se subraya la concepción de la organización política como preservadora de la seguridad del individuo. (Sofistas griegos, epicúreos, Maquiavelo, Hobbes, pensadores liberales).

- Conforme se concibe de forma negativa al hombre, la existencia de una organización política se justifica casi exclusivamente en la seguridad o la paz (sofistas griegos, epicúreos, San Agustín, Dante, Marsilio de Padua, Maquiavelo, Hobbes, Locke)

- En los pensamientos que se exalta el empleo de la fuerza militar (Maquiavelo, Fichte, Hegel) son aquéllos en los que también se exalta el nacionalismo y se considera a la construcción del Estado o al Estado en sí como fines últimos. En consecuencia, los derechos individuales simplemente se ignoran (pragmatismo de Maquiavelo) o quedan completamente supeditados a la eternidad superior del Estado (Fichte y Hegel).

B) DE UN ESTADO PARA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD A
UNA PAZ DEL TERROR PARA EL PODER DIRIGENTE. BUENA Y
MALA RAZÓN DE ESTADO

*a) Los medios por los que se ha alcanzado la paz y seguridad a
través de la organización política: la paz del terror*

Como se apreciará de forma concreta en el posterior seguimiento histórico, político y jurídico, en el pensamiento político predomina una consideración positiva de la paz y de la seguridad, ya se traten estos bienes como fin último, ya como marco necesario y deseable para que el hombre alcance fines superiores. La tendencia general lleva a afirmar que el poder se justifica en tanto en cuanto la organización política manifiesta un orden divino o humano que satisface una necesidad sentida en todos los tiempos: paz o seguridad, si bien matizada en unos y otros contextos. Por ello, paz y seguridad se han situado de forma continua como uno de los fines generales, sino el único, empleados para justificar la existencia de un poder político.

Como se señalaba en un inicio, el poder precisa convencer y para ello fundamentarse de un modo u otro sobre el interés general. ¿Qué interés general más ansiado en todo tiempo y lugar que la paz y la seguridad? ¿Qué interés general más manipulable que los vagos términos de “paz”, “orden” y “seguridad”? Una promesa política de paz, orden o seguridad puede no comprometerse a la seguridad de todos y cada uno de los individuos y sobre todos y cada uno de sus intereses individuales. Por el contrario, se viene a afirmar que la organización política procura una seguridad genérica y sociológica que puede identificarse con el término concreto de paz (conflicto entre grupos por medio de la violencia organizada y permanente). La promesa en muchas ocasiones es también de una genérica convivencia pacífica, la evitación de unos desórdenes públicos. Y esta paz y orden genéricos prometidos son conceptos fáciles de asumir en términos políticos y no se entorpecen por la privación concreta de derechos de algunos individuos o grupos. En otras ocasiones, la promesa lo es de una seguridad individual concreta, como la del ejercicio de la propiedad, de modo que la privación de diversos derechos –si es que son reconocidos– no tiene por qué afectar a la promesa de seguridad de la propiedad.

Resulta del todo interesante advertir los medios de alcanzar estos fines de paz, orden y seguridad en términos genéricos a través de una organización política y cómo han sido éstos medios empleados a lo largo de la historia.

a. 1. la vía “clásica” de alcanzar la paz: la paz del terror, de los calabozos y de los cementerios

Como nos muestra Kriele, la paz del terror es una de las vías de alcanzar la paz y una convivencia pacífica en términos genéricos. Si A y B están en conflicto, “A somete a B. A ya no necesita guerrear; B ya no puede guerrear. A mantiene impotente a B con medios policiales: *paz por medio del terror*.” Se tratará de la paz de los cementerios, de la paz de las cárceles⁷¹. Afirma Fronsini que “se ha

⁷¹ Como recuerda DE LUCAS MARTÍN, Javier, “La noción de defensa... cit. págs. 77-95, en concreto pág. 79 Rousseau ironizaba sobre Hobbes hablando de su “paz de los calabozos” y, en semejante sentido, Kant, haciendo referencia a “la paz de los cementerios”.

dicho con razón, que así como la guerra supone la expresión bárbara del persistente conflicto humano, la tiranía implica la forma bárbara de la paz social, obtenida a través de la coacción en lugar de cimentarse en la libertad⁷².”

Así, *A* que tiene el poder intenta convencer a *B* de que el poder lo ejerce tanto para *A* como para *B*, pero en el caso en el que *B* no consienta, -falle la convicción- *A* empleará la fuerza contra *B*. De otra parte, como se ha visto, *A* tiende a monopolizar la fuerza de las armas, para que “*B* no pueda guerrear” y privarle de su poder. Y, precisamente, mantener la paz será un usual argumento de *A* para convencer a *B*, y este argumento también lo empleará *A* para monopolizar la fuerza. Pero será esta fuerza con la que poder reprimir a *B* en caso necesario. Pues bien, la historia nos muestra que, con mayor o menor intensidad esta dinámica se ha repetido de forma continua. Y lo cierto es que no es sencillo quebrar tendencias tan arraigadas como la intolerancia y el servicio del poder en beneficio de los intereses de quienes lo ostentan, que son las que causan esta dinámica de la paz por medio del terror.

Como se atenderá con mayor detención, este esquema se aprecia con bastante nitidez en la construcción política de Hobbes, fundamentada de forma completa en la paz y la seguridad, para la cual todo medio que emplee el soberano será válido. En buena medida los autoritarismos, que suelen fundamentarse de forma básica en el logro del orden y la paz interior, no tendrán mayores problemas en seguir este esquema y así alcanzar esta paz. Baste recordar la propaganda franquista de los “25 años de paz”⁷³. En

⁷² Citado por PÉREZ LUÑO, Antonio-E., “La paz como valor constitucional”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a “Derecho, paz, violencia”, págs. 125-132, en concreto pág. 126.

⁷³ En este sentido, SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit., pág. 100 señala que los Estados autoritarios que emplean la alegación del orden público. “Este estado de fuerza proclamará a todos los vientos que ese orden público, por él establecido como garantía de la seguridad de los ciudadanos es la causa y el guardián de la paz, pero no hay que olvidar que se trata de otro concepto de paz, la paz en el contexto político de la violencia del Estado, una paz falsa, porque la paz verdadera sólo puede caber en el seno de un Estado de Derecho.” En concreto, este autor sobre los 25 años de paz franquista señala que “cuando en el mundo laboral, universitario, sindical y demás ámbitos de la sociedad española no era precisamente la paz, sino la lucha contra un sistema autoritario y desprovisto de legitimidad social la que regía el proceso de la acción social.”, ob. cit. pág. 109. Por el contrario cabe señalar que sí cabía hablar de paz, en términos

estos regímenes políticos para conseguir el fin último de la paz y seguridad genéricas todo vale y está legitimado.

Sin embargo, la historia también nos muestra que esta paz del terror se ha repetido aunque el logro de la paz no fuese el fin teórico del poder. Los totalitarismos nazi, fascista y marxista alcanzaban una relativa paz interior pese a que el poder no se justificaba en la paz o la seguridad, sino en los intereses de la nación o del proletariado. Se trataba de claros ejemplos de sometimiento del adversario descritos por Kriele, que, ineludiblemente generaban paz y seguridad en términos relativos, siempre a costa de la seguridad individual y del ejercicio de los derechos y libertades.

En estos regímenes quedaría muy claro quién era el enemigo interno: quien no compartiera la legitimación del poder, el interés general residenciado en una nación hueca o el interés del proletariado, unos y otros definidos por unas elites. Ésta sería la máxima preocupación interior de quienes, al menos, no habían justificado su poder en la preservación de la seguridad de la comunidad, sino en algo más elevado. Los regímenes autoritarios, aunque aludiendo a fines elevados como aquéllos, sí que justificarían su poder en un grado muy importante en la preservación del orden público. En ello centrarían buena parte de sus esfuerzos pero, en todo caso, la concentración de todas las energías se residenciaría en reprimir a quienes pusiesen en peligro la dirección personal del poder que caracteriza a estos regímenes.

En el Estado liberal burgués del siglo XIX también se degeneró en esta dinámica, una vez la burguesía oligárquica alcanza el poder, la búsqueda de la seguridad de la propiedad exige someter al enemigo proletario por medios represivos olvidando que su promesa lo era también de seguridad de la libertad.

Quienes abanderan la paz sin matiz alguno deberán siempre señalar si están dispuestos a asumir las consecuencias que ésta paz puede traer, es decir, advertir si están dispuestos a asumir la paz del terror que ha sido, hasta el presente siglo en lo que han degenerado

empíricos o sociológicos, sin perjuicio de mayores o menores alteraciones del orden público, cuestión diferente es que no se tratase de “paz constitucional”.

todos los sistemas políticos, prometiesen o no la paz, pues a ello conducían las tendencias típicas del poder.

a. 2. La paz por medio del compromiso entre los grupos en conflicto que cuentan con la organización de la violencia

Como también señala Kriele, la paz puede también lograrse por medio del compromiso entre las partes en conflicto⁷⁴. Concibiendo el sistema político como conducente a la paz, el fenómeno del compromiso se advierte en no pocas ocasiones. Se tratará del compromiso *entre quienes tenían la posibilidad de alterar la paz*, esto es, entre quienes tienen a su disposición la violencia organizada, que es la que perturba la paz en sentido estricto.

Así, se aprecia en el Antiguo Régimen con la colaboración entre la nobleza guerrera situada en la cúpula de la fuerza militar y el monarca, dueño de esta fuerza. La guerra interior se excluye en la medida en que la fuerza organizada está a disposición de los grupos dirigentes. La alteración de la convivencia podrá ser controlada por la represión de quienes cuentan con los medios de violencia superiores. En el Estado liberal la colaboración se produce entre la nobleza y alta burguesía (las oligarquías dirigentes) con la clase militar (detentadora de la fuerza militar). Y de forma semejante al sistema anterior, las alteraciones de la convivencia serán reprimidas por estos grupos dirigentes que colaboran.

Estas colaboraciones entre quienes cuentan con la hegemonía de los medios de violencia conducen también a una paz relativa. Sin embargo, indefectiblemente, se trata de nuevo de la dinámica de la paz del terror. Sólo que en este caso, no sólo será A quien someta y prive de la fuerza a otros grupos, sino que serán los grupos comprometidos, digamos A-B quienes sometan y repriman a C, D, E, etc. En la medida en la que falle la convicción entre los sometidos, la alteración de la convivencia pacífica se “restablecerá” por quienes cuentan con los medios de represión.

⁷⁴ KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado...* cit. págs. 54-55, en concreto pág. 55 describe con brevedad este sistema: “2. A y B entran en razón y se dan cuenta de que es mejor dejar de lado sus propios fines y mantener la paz: *paz en virtud del compromiso.*”

a. 3. la paz por medio de un árbitro: el Estado y la soberanía como falsos árbitros

Otro medio de alcanzar la paz es en virtud de la sumisión a un árbitro⁷⁵. En cierto modo, puede considerarse que en la teoría de la organización política el poder (la soberanía) se configura como un *tercero neutral* al que se someten los diversos grupos en posible conflicto para evitar la violencia y lograr la paz en el seno de la organización. “El Estado se convierte en sinónimo de paz y tranquilidad, además de otras cosas, pero para ello debe contar con la idea y realización de la soberanía⁷⁶.” La idea de soberanía – racionalización jurídica del factor poder⁷⁷– implica desde su inicio a modo de ese tercero cuya aceptación conduce a la convivencia; desde su origen hasta hoy día puede seguirse esta connotación en el concepto, “La soberanía depende de la aceptación social, que sólo es posible si existe una convivencia humana provechosa a partir del establecimiento de un poder de dominación centralizado que ordena y dirige la vida social frente a sus potenciales amenazas⁷⁸.”

Pero claro, si este tercero es parte interesada -uno de los grupos en conflicto- deja de ser árbitro imparcial y por lo tanto sólo es posible la paz del terror. De forma nítida se aprecia esta parcialidad cuando a quien se atribuye la soberanía es al Monarca (Antiguo Régimen) o al pueblo proletario (marxismo). Más difícil resulta descubrir tal parcialidad tanto en las construcciones liberales cuanto en las estatistas. En estos marcos del pensamiento el ente abstracto del Estado o la Nación se configuran, en principio, como árbitro

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 54, señala “3. A y B se someten voluntariamente a la decisión de un tercero: paz mediante el arbitraje.”

⁷⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, nº 4, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, pág. 15.

⁷⁷ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit. pág. 24 “Quizá se pueda decir que la soberanía no es más, y tampoco menos, que la racionalización jurídica del factor poder, constituyendo éste el elemento irracional de la política.”

⁷⁸ WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 203-293, en concreto pág. 287, al respecto de tal afirmación cita a DOEHRING, Karl, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1991, pág. 10, marg. 258 y FLEINER-GERSTER, Thomas, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed. Berlín, 1995, págs. 122 y ss.

imparcial en el que confluyen y se residencian los intereses de todos, de modo que no haya lugar para la violencia.

Así, el Estado liberal, en teoría, implica un sistema en el que confluyen en igualdad todos los intereses individuales en posible conflicto y en su marco se dirimen sin violencia, conformando un interés general que expresa la ley. No obstante, en el Estado liberal este etéreo árbitro neutral acaba escondiendo, de nuevo, los intereses de unos pocos; el “interés de la nación” y la “voluntad general” no serán más que los intereses y la voluntad de la burguesía dirigente. Como consecuencia, la paz prometida a través de la confluencia pacífica de todos los intereses se tornará en mera seguridad de la propiedad y paz del terror.

Por otra parte, los nacionalismos y estatismos fascistas exacerbados también hacen desaparecer la supuesta neutralidad abstracta de la nación de forma sencilla. El interés de la nación que disuelve cualquier otro interés no es más que un armazón hueco que rellenan los dirigentes a su antojo. En consecuencia, quien sea contrario al interés del grupo dirigente es contrario al interés de la nación, por lo cual se le reprime por la fuerza sin mayor problema, porque entre otros motivos el Estado en modo alguno promete la paz y, ni mucho menos, la seguridad individual.

Por lo cual, a lo largo de la historia tanto los compromisos en busca de la paz como su logro a través del árbitro de la soberanía y el Estado sólo han conducido, si es que lo han hecho, a la paz del terror. El poder, la soberanía, el Estado y el Derecho han estado en manos de uno o varios de los grupos en conflicto. Y claro, en cuanto el poder está en manos de A o de A-B excluyendo a C, se sigue siempre el modelo del terror para establecer la paz. Así, pues, como recuerda López Henares “La Soberanía ha sido detentada históricamente por los grupos sociales capaces de desarrollar una fuerza más poderosa⁷⁹.” Como advierte Hume, de lo que se trata es

⁷⁹ LÓPEZ HENARES, Vicente, “La Administración militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, págs. 71-88, cita de la pág. 71. En este sentido recuerda este autor que:

“El nacimiento de las Fuerzas Armadas permanentes, de forma lógica, habría de coincidir en las postrimerías del siglo XIV con la aparición del concepto de Soberanía como elemento integrante del Estado, al liquidar éste las luchas seculares contra los poderes supraestatales del Papado y el Imperio y los polos de poder infraestatal detentados por la

de salir del estado de la naturaleza y que todos entreguen las armas al soberano⁸⁰, y éste no es imparcial. De ahí que como afirmase Freud, el monopolio legítimo de la coacción por el Estado no responde tanto a evitar la violencia privada como a asegurarse el uso exclusivo de la misma⁸¹

b) De la seguridad del individuo a la seguridad del poder dirigente

La promesa de la seguridad y la paz en términos genéricos ha estado presente en casi todas las justificaciones del poder. Sin embargo, en la medida en la que la clase dirigente no ha estado formada por todos ni ha perseguido los intereses de todos, la única paz y seguridad que se ha logrado, en su caso, ha sido la paz y seguridad del terror. Y si en términos políticos o sociológicos esto ha constituido paz, se ha desconocido la seguridad individual o se ha puesto incluso en peligro la seguridad de la comunidad que compone la comunidad política. La seguridad de cada individuo para ejercer los derechos fundamentales e incluso su vida y su propiedad ha sido el precio constante de la paz y seguridad en términos genéricos. Y es que la seguridad de la comunidad y de los individuos que la componen no ha sido la pauta de actuación de las organizaciones políticas ni de sus fuerzas militares, ni en el interior ni en el exterior. La población, como recuerda Vergottini no ha sido nunca el primer objeto de defensa de la fuerza militar, sino el poder y el territorio⁸².

nobleza feudal. Este es el motivo y explicación de cómo la milicia organizada permanentemente coincide en su origen y nacimiento con la idea del Estado moderno, siendo aquélla el instrumento que asegura el carácter soberano de la institución Estado al impedir, en la esfera interna la aparición de cualquier otro grupo social que disminuya la irresistibilidad de su fuerza, o la existencia de focos de poder externo que detenten una reprobabilidad sobre sus decisiones, haciendo desaparecer su independencia."

⁸⁰ Así lo recuerda CALSAMIGLIA, Albert, "De nuevo sobre la guerra y la cooperación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 45-63, pág. 46.

⁸¹ Ver, FREUD, Sigmund, *Sobre la guerra y la muerte*, en O. C., vol. 2, Biblioteca Nueva, Madrid, 1973, pág. 2104, así citado por DE LUCAS MARTÍN, Javier, "La noción de defensa... cit. pág. 81.

⁸² DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Indirizzo político della difesa e sistema costituzionale*, Giuffré, Milán, 1971, págs. 48-51 señala cómo el tradicional objeto de defensa ha sido el territorio y de modo más secundario, la población.

Pero como no podía ser de otra forma, el poder para mantenerse precisa convencer y las ficciones políticas se sofistican para dar respuesta a estas realidades, para intentar justificarlas, es decir, legitimarlas. Habrá que hacer ver que la seguridad de la comunidad se hace depender de la seguridad de la organización política. Habrá que hacer ver que los intereses de los grupos dirigentes son los intereses de todos, por lo cual habrá que defender tales intereses. Habrá que confundir al poder dirigente con la organización política misma, para que su defensa y la defensa de sus intereses sean los que conducen a la seguridad de la comunidad. Para ello los recursos no son pocos. Las respuestas a estas cuestiones comprometidas residirán, una vez más, en la herramienta de todo poder que es la abstracción. Veamos unos intentos.

b. 1. Cómo legitimar que la seguridad del individuo y de la comunidad quede por debajo de la seguridad de la organización política

b. 1. 1º. Distintos recursos para anteponer la seguridad de la organización política a la seguridad de los individuos que la componen

Esta legitimación no resultará muy compleja en las construcciones políticas en las que la seguridad de la comunidad desde un inicio está en segundo plano. En el pensamiento griego no habría dudas de que la *polis* era el máximo valor, puesto que el hombre dejaba de serlo fuera de ella⁸³. Esta idea se retomaría severamente en el marco del pensamiento no liberal del siglo XIX. Si lo primero es el Estado o la nación histórica (Fichte, Hegel, fascismos), nada importa que la seguridad de la comunidad y mucho menos la de los individuos se ponga en peligro por este fin primero. Descreearse en estas construcciones será incluso más difícil en tanto en cuanto no parten de la razón, sino que se valen de la útil exaltación irracional de los sentimientos –nacionales y patrióticos–.

⁸³ Así lo recuerda MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 28.

En las justificaciones marxistas, si lo primero es el interés general de acabar con la opresión capitalista, ni la seguridad de la comunidad ni la de sus individuos podrán entorpecer este fin primario. Pese a que estas construcciones no se fundamentan en la exaltación de los sentimientos, no podrán evitar acudir a estos recursos beatificando a los santos proletarios y exaltando el nacionalismo (Lenin). Ello facilitará la creencia y si falla, la represión del individuo o incluso la de una nación no será nada importante frente al interés general de la mayoría proletaria.

Esta legitimación de la supeditación de la seguridad común e individual a la seguridad del Estado será un poco más difícil en las organizaciones políticas que se fundamentan sustancialmente en que el Estado es el que dota de tal seguridad. Será menester operar un doble juego que caerá en necesarias contradicciones, pero al menos, como toda ficción, no será sencillo descubrirlas. Si el Estado está para conferir seguridad a la comunidad y al individuo, todo lo que ponga en peligro al Estado estará poniendo en peligro la seguridad de la comunidad, por lo cual habrá que defender a toda costa al Estado. La abstracción ya está hecha y no será fácil descubrir la paradoja de que el Estado se habrá de defender incluso a costa de la seguridad de la comunidad, de buena parte de ella o de algunos individuos que la componen. Lo que en teoría no es más que un medio (el Estado) se acaba situando en primer plano. Bajo un realismo descriptivo del poder, Maquiavelo no tiene ningún problema en considerar que la garantía de la seguridad individual es el punto de partida para construir el poder, si bien más tarde la seguridad decae ante el poder mismo, la alegación de la seguridad no era más que una excusa inicial. En la Francia de Richelieu se desarrollaría con fuerza la teoría de los intereses de los Estados⁸⁴, teoría que seguía conduciéndose bajo las premisas del florentino, en la que todo Estado es movido por el egoísmo que se imponía sobre todo lo demás. Sin embargo, ahora en Francia se gestaba un “nuevo

⁸⁴ Ver, MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 149-198 y ss. El autor hace referencia básicamente al Padre José, asistente de Richelieu y, especialmente, a Rohan.

Ver también TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, (3ª ed.), Tecnos, Madrid, 1977, págs. 264 y ss. sobre la época de Richelieu y la razón de Estado.

escalón”⁸⁵ en el que los dirigentes como personas quedaban relegados a un segundo plano, ahora se apreciaban objetivamente las posibilidades geográficas, demográficas, económicas, etc. de la organización política para advertir cuáles eran los intereses objetivos de cada Estado con relación a los demás, su buena gestión podía llevar al Estado “a las alturas o al abismo”⁸⁶. La seguridad o la paz ya sólo lo eran del Estado, los individuos no eran nada frente a los intereses de aquél.

Con la sólida construcción intelectual de Hobbes la política comienza a plantearse seriamente a partir del individuo. La razón de Estado no es otra que la razón del individuo⁸⁷. Pese a que la dinámica de actuación de la razón de Estado no variaría sustancialmente, su justificación había de girar en torno al individuo. Ahora, se acudirá a la idea de que el todo es preferible a la parte: la anteposición de la seguridad de muchos en perjuicio de la de unos pocos. Como recuerda Clavero respecto de la Enciclopedia francesa “La felicidad y la paz del pueblo, *un but si salutaire*, puede justificar el atropello si se comete excepcionalmente, es una licencia de *souveraineté* que debe ejercerse con moderación. [...] Hay casos que obligan a *sacrifier quelques-uns des membres pour la salut réel de toute la société*. Es la razón de la razón: *le tout est préférable á la partie*⁸⁸. Esta idea habrá de persistir hasta nuestros días.

Sin perjuicio de ello, serán otros también los recursos liberales para anteponer la seguridad del Estado a la del individuo. Allí donde al individuo se le reconozca su centralidad (Estado liberal) la herramienta extremadamente racional y abstracta de la nación Soberana se tornará en un irracional nacionalismo que hará olvidar a muchos la contradicción de que su seguridad prometida quede por debajo de la seguridad del Estado que había de garantizársela. Y cuando falle la convicción, será la pura fuerza de las armas la que acalle la disidencia.

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 154

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 192

⁸⁷ CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 35 y ss.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 38-39 en referencia a la voz de *raison d'état* en *L'Encyclopédie*.

Al fin y al cabo, todo conduce a lo mismo, que la defensa del Estado haga olvidar la verdadera defensa de la comunidad y de sus individuos o cuanto menos la relegue a un segundo plano. Del individuo se pasa a la comunidad y como acto reflejo, de ésta al Estado, de modo que la guerra a la que conduce el régimen político se vea únicamente como una defensa del individuo mismo. Salcedo expresa con brevedad esta cadena de identificaciones del individuo al colectivo:

“... en el orden jurídico la guerra se nos muestra como uno de los derechos fundamentales de la personalidad humana, al que nadie, en su sano juicio, puede renunciar: el derecho de legítima defensa. La guerra, en efecto, no es sino el derecho de propia defensa transmitido por el individuo al grupo social de que forma parte⁸⁹.”

Así, las ramas ya no dejan ver el tronco. Se produce “el peligro de que el *fin inmediato* (el mantenimiento de las estructuras de la vida social, seguridad y orden) eclipse el *fin más lejano* (la salvaguarda de las libertades)⁹⁰.” De este modo, como señala Porres Azkona “Detrás del recurso a la salvación del Estado se ocultan muy a menudo intereses absolutamente privados que pueden ser fácilmente defendidos por el recurso a los poderes extraordinarios”, “sin control, la defensa del Estado puede posibilitar, bajo apariencias de legalidad, la dictadura institucionalizada y la defensa de intereses de grupo o de la clase⁹¹.”

Pero además el contexto histórico y tecnológico facilita la identificación de la seguridad del Estado con la seguridad de la comunidad y del propio individuo. Antes del siglo XIX los conflictos de la clase dirigente con otras potencias extranjeras no

⁸⁹ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913, pág. 20.

⁹⁰ AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, Civitas/Instituto Vasco de Administración Pública, 1990, pág. 344.

⁹¹ PORRES AZKONA, Juan A. “La defensa extraordinaria del Estado”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 216, noviembre-diciembre de 1977, págs. 141-180, citas de las págs. 142 y 168, respectivamente.

ponían en peligro la seguridad de la comunidad, se vivía en continua guerra, pero los Ejércitos no eran tan potentes como para afectar la vida de la comunidad⁹². Sin embargo, los conflictos exteriores a los que conducen las clases dirigentes desde el siglo XIX sí que afectan a toda la comunidad política, de ahí que resultará mucho más sencillo convencer de que la seguridad del Estado es la seguridad de la comunidad y de los propios intereses de los individuos.

b. 1. 2º. Un recurso mental útil: la atribución de vida al Estado

Como se ha visto, el fin primario (defensa de la comunidad) se convierte por *arte de magia* en defensa del Estado. Y uno de los trucos básicos de esta conversión resultará la sencilla imagen visual de dotar de vida al Estado, fenómeno casi inconsciente en la historia, tanto en autores clásicos como actuales. La dirección política se abstrae y acaba generándose un ente como la *polis*, la república, la monarquía y el Estado y al mismo *se le atribuye vida propia*. Construir de forma argumentada que la organización política cobre vida no es sencillo. Pero para los sometidos el resultado mejor o peor construido es muy sencillo de asumir: todo organismo vivo naturalmente tiene que defenderse. Y como se trata de un organismo superior al individuo, su defensa quedará por encima de éste.

Concebir al Estado como un “ser vivo” ya se aprecia en la comunidad natural humana que es la *polis* aristotélica⁹³. La poderosa idea de la “salus” de la “res populi” o “res publica” romana continuaría esta tradición, en tanto que se asumía esta personificación de la república, cuya continuidad –ya no exactamente la seguridad de la comunidad- sería fin primario que exigiría temporalmente instituciones como la de la dictadura⁹⁴. En el

⁹² Así lo recuerda MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 421 y ss.

⁹³ Así nos lo recuerda SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 221.

⁹⁴ Así pasa a hacer referencia al la dictadura romana, sobre esta institución, SCHMITT, Carl, *La dictadura*, Alianza Universidad, 1985; ZARZALEJOS, J. A., voz “Dictadura”, en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VI, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, págs. 781-784

pensamiento secular esta idea arraigaría. Así Marsilio de Padua identificaría la *salud* del Estado con la ansiada paz⁹⁵. Con Maquiavelo, quien cobraría vida propia sería el poder por sí y para sí, que sería el único objeto de defensa, la única razón de Estado. Sin perjuicio de ello Maquiavelo apreció el importante poder del patriotismo y no dudó en atribuir vida a la Patria, “se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y mantenga su libertad”⁹⁶. Con Bodino la unidad natural de la familia es la primera célula de otra unidad natural de familias y asociaciones que es el Estado, de ahí que éste tuviera un alma y un cuerpo, esto es, vida propia⁹⁷. El gran Leviatán que es el Estado de Hobbes adquiere definitivamente vida –aun artificial– y como afirma este autor “la seguridad de la gente, su oficio; la justicia y el Derecho, su razón y voluntad; la concordia, su salud; la sedición su enfermedad; la guerra civil su muerte”⁹⁸, el Estado es un hombre artificial que se corresponde con

⁹⁵ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 221.

⁹⁶ MAQUIAVELO, Nicolás de, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Libro Tercero, Cáp. 41 (Ana Martínez Arancón, trad.), Alianza Editorial, Madrid, 1978, págs. 410-411. Señala el florentino que “en las deliberaciones en que está en juego la salvación de la patria, no se debe guardar ninguna consideración a lo justo o lo injusto, lo piadoso o lo cruel, lo laudable o lo vergonzoso, sino que, dejando de cualquier otro respeto, se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y obtenga su libertad.”

⁹⁷ BODINO, J., *Los seis libros de la república*, (selección, traducción e introducción de Pedro Bravo), Aguilar, Madrid, 1973, en el inicio del Libro primero capítulo I se define a la república, “República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que es común, con poder soberano” (págg. 11), los paralelismos de la naturaleza, la familia y el Estado son constantes (“El bien del cuerpo reside en la salud, fuerza y alegría y en la hermosura de los miembros bien proporcionados [...] Si pasamos de lo pequeño a lo grande, se puede decir que la república debe contar con varias cosas: territorios [...] tierra fértil y ganado abundante, [templanza del aire y bondad de las aguas que gocen de salud, y, para la defensa y refugio del pueblo, materias propias para construir casas y fortalezas” (págs. 14-15), con mayor claridad, en el Capítulo II de este Libro primero afirma “Del mismo modo que el cuerpo goza de salud si cada miembro en particular cumple con su función, la república marchará bien si las familias están bien goberadas”, (págs. 18-19). Sobre el tema, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 299.

⁹⁸ En la “Introducción” al “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, en HOBBS, Thomas, en *Del ciudadano y Leviatán*, cit., págs. 46-47 se contiene esta afirmación, más amplia que bien merece reproducir:

“[lo que] llamamos república o Estado (en latín, *civitas*) no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural, para cuya robustez y defensa fue instituido, y en el cual la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero; los magistrados y otros funcionarios de la judicatura y del poder Ejecutivo, nexos artificiales; la recompensa y el castigo [...] son los nervios que hacen lo mismo en el cuerpo natural; la riqueza y la abundancia de todos los miembros particulares constituyen su potencia; la *salus populi* (la salvación del pueblo) son sus negocios; los consejeros, que informan sobre cuantas cosas precisa conocer, son la memoria; la equidad y las leyes, una

el hombre natural⁹⁹. Rousseau no dudaría en señalar que “el Estado o la ciudad no es sino una persona moral, cuya vida consiste en la unión de sus miembros, y [...] el más importante de sus cuidados es el de su propia conservación”¹⁰⁰ y “es evidente que la primera intención del pueblo es que no perezca el Estado”¹⁰¹.

Los pensamientos nacionalistas y estatistas consolidarían esta visión vitalista de la organización política, por lo cual si el Estado era el organismo vivo superior, su defensa y sus intereses serían del todo superiores a la de los organismos inferiores que no eran nada con relación al Estado. Meinecke continua en buena medida el pensamiento nacionalista estatista y no duda en recurrir a esta personificación estatal: “como el Estado es un organismo, cuya fuerza no se mantiene plenamente más que si le es posible desenvolverse y crecer, la razón de Estado indica también los caminos y las metas de este crecimiento.”¹⁰²

Esta comprensión de la defensa del Estado como la defensa natural de un organismo vivo persiste consciente o inconscientemente. En nuestro país, Pérez Serrano acude al campo de lo biológico para afrontar las alteraciones y otras tantas enfermedades del Estado. En este sentido afirma que “si el Estado es un organismo vivo, un ser vivo como el del individuo, aunque de naturaleza colectiva, cabrá ver en esas alteraciones otras tantas enfermedades”¹⁰³.

razón y una voluntad artificiales; la concordia, es la salud; la sedición, la enfermedad; la guerra civil, la muerte.”

En la Parte segunda, capítulo XXIX no duda en analizar “las enfermedades del Estado”, págs. 174-181 y en “Del ciudadano”, cit. capítulo V, artículo 9, define al Estado como una *persona* compuesta por muchos hombres” (ver pág. 15).

Citado por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. pág. 76 y CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, cit., pág. 35.

⁹⁹ En este sentido Clavero señala que “El par se forma a un mismo tiempo: la razón del hombre natural y la razón del hombre artificial, *natural Man* el individuo y *artificial Man* la institución, CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, cit., 35. MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 217 al respecto recuerda que “Para Hobbes, el Estado era, es verdad, una personalidad, pero una personalidad artificial, un *homo artificialis*”.

¹⁰⁰ ROUSSEAU, Jean J. *Contrato social*, cit. Libro II, Capítulo IV “De los límites del poder soberano”, pág. 56.

¹⁰¹ *Ibidem*, Libro IV, Capítulo VI, “de la dictadura”, pág. 152.

¹⁰² MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 3.

¹⁰³ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 1984, págs. 415. Que recurre al “campo de lo biológico”, que, por lo cual, concluye y de ahí la

Álvarez, al tratar sobre el concepto de necesidad afirma que “la necesidad está ligada al instituto natural de autoconservación inherente a todo organismo vivo, y, por tanto, también al Estado”¹⁰⁴. Por medio de esta vivificación el autor identifica sin punto intermedio la defensa del Estado con la defensa de la comunidad de los individuos que lo componen cuando afirma que “el interés general por excelencia que debe ser asegurado por los Poderes Públicos es, como no podía ser menos, *la propia existencia del grupo social organizado. La vida del Estado puede, en efecto, verse amenazada en diversas circunstancias bien por la actuación de otros grupos organizados, de otros Estados, bien por causas de origen interno al propio grupo*”¹⁰⁵.

Siguiendo a Lamarque o Gori, Álvarez afirma que “desde tiempos inmemoriales, el Estado ha intentado asegurar su supervivencia a través de distintos mecanismos que, aunque de naturaleza meramente fáctica en sus orígenes, estaban plenamente justificados por aquel sacrosanto principio de autoconservación”¹⁰⁶. Señala Trentin que “Tanto en el caso del Estado como de los individuos, la conservación de su propia existencia debe ser considerado como el primer fin cuya realización puede excusar toda transgresión de la norma jurídica. Eso deriva de la naturaleza misma del Estado que, por el hecho mismo de constituirse sobre la unificación de la vida colectiva, afirma su derecho superior a la existencia en cuanto institución”¹⁰⁷.

propensión a escudriñar síntomas, causas y remedios, a construir toda una Patología política, con sus manifestaciones de Sintomatología, Etiología, y Terapéutica.”

¹⁰⁴ Así ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 32, siguiendo a LAMARQUE, Jean, “Le théorie de nécessité en démocratie”, en *KGDC*, 1965, pág. 15, “la idea de necesidad es de todas las épocas y de todos los regímenes”.

¹⁰⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit. pág. 179, la cursiva es mía.

¹⁰⁶ GORI, P., *Les clauses de sauvegarde des traités CECA et EDD*, Editions UGA, Heule (Bélgica), 1965, págs. 50 y 51: “Esta regla (necesidad de excepción) corresponde a exigencias elementales, que obedecen al principio natural del instinto de conservación, y es en efecto aceptada igualmente en los derechos nacionales”, citado por ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit. pág. 33.

¹⁰⁷ TRENTIN, *Les transformations récentes du droit public italien*, Giard, París, 1929, pág. 46, citado por ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit. pág. 181.

Este fenómeno de dotación de vida al Estado es posible apreciarlo, incluso, en algunas normas jurídicas. Así el importante Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero señalaba en su preámbulo: “Son, pues, las Fuerzas Armadas un Institución sustantiva fundamental en el orden de la sociedad, cimiento y garantía del Estado, de su supervivencia y de su vida, es decir, del orden institucional y de la actividad política”.

b. 1. 3º. Sacralización del Estado y de su defensa militar

De forma conjunta a esta dotación de vida al Estado, se produce la sacralización de éste y de su defensa. Desde el momento en el que se llega a concebir a la organización política como medio natural o divino de realización humana, ésta trasciende del individuo considerándose como superior a éste. Con diferencias en unos regímenes u otros, la organización política se configura como un logro divino o humano digno de veneración y, sobre todo de defensa. Y conforme a lo largo de la historia se va descubriendo las ventajas que tiene toda exaltación nacionalista, la veneración a la organización política acaba erigiéndose como un nuevo *becerro de oro* al que adorar, que distrae la atención sobre motivaciones mucho más racionales y más apegadas a la vida cotidiana, tan mala en términos generales para casi toda la población. Si en autores griegos como Platón ya se advierte cierta exaltación de la *polis* en clave nacionalista, éste nacionalismo aparece o reaparece con Santo Tomás¹⁰⁸ después de la tendencia universalista romana y de la Iglesia. Sería en autores italianos en quienes se advierta ya con mayor nitidez el recurso a la exaltación de la Patria como motivante de la comunidad, como Maquiavelo. No obstante, fue con la nación liberal y, especialmente, con los nacionalismos y estatalismos de corte historicista cuando acabó por sacralizarse de forma definitiva al Estado; los totalitarismos fascista y nacional socialista así como todo autoritarismo no dejan de ser una buena muestra de ello. Incluso el marxismo tuvo que recurrir a él, Lenin no dejó de advertir

¹⁰⁸ Como recuerda GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 73, para Tomás de Aquino, no hay comunidad política perfecta sin un fundamento nacional, no *populus* (Estado de hoy) sin nación que lo sustente.

su utilidad para instrumentar su revolución proletaria. Aún en nuestros días en los contextos democráticos occidentales, el recurso nacionalista sigue teniendo una fuerte presencia que el viraje hacia el nacionalismo político constitucional de Habermas no ha logrado evitar aún, salvo en naciones políticas de raigambre como Suiza o los Estados Unidos¹⁰⁹.

Pues bien, la defensa de algo sagrado acaba conformándose también como un principio sagrado que quedará por encima de todo, sobre todo de la vida y derechos de los individuos que conforman la comunidad política. Como advierte Pistone “la seguridad del Estado es una exigencia de tal importancia que los regidores de los Estados se ven constreñidos, para garantizarla, a violar las normas jurídicas, morales, políticas, económicas, que consideran a su vez imperativas cuando tales exigencias no están en peligro¹¹⁰.” De este modo, aun en las construcciones políticas en las que el individuo se sitúa como eje del sistema, y cuya justificación primaria radica en la seguridad del individuo una vez generada la organización política y erigida en objeto de veneración, esta justificación primaria pasa a segundo plano, pues el Estado es lo primero. “Seguridad del Estado”¹¹¹, “interés nacional”, “razón de Estado”, serán conceptos que se repetirán desde antiguo como medios por los que señalar que estamos ante algo que supera todo lo demás, frente a lo que prácticamente no queda más que santiguarse y mirar reverencialmente al suelo. Esgrimir derechos naturales, leyes o Constituciones será casi un pecado ante la importancia de defender lo más elevado.

Y esta sacralización del Estado y de su defensa llega más allá, pues contará con los encargados de veneración y rito, que acabarán

¹⁰⁹ Sobre el patriotismo constitucional de Habermas, ver el epígrafe “¿Qué es la “nación española” que en su caso debe garantizarse por medio de las Fuerzas Armadas?”, situado en el capítulo relativo a las finalidades constitucionales de las FAS.

¹¹⁰ PISTONE, Sergio, voz “Razón de Estado”, cit., en concreto, pág. 1338.

¹¹¹ Como recuerda GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal. (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1990, págs. 120-121, el concepto de “seguridad del Estado” surge con connotaciones jurídico-penales con el cesarismo napoleónico y llegaría bien pronto a España. Analizando su aplicación concluye que “en razón de su gestación histórica, el término “seguridad del Estado” refleja connotaciones poco o nada acordes con los postulados jurídico-políticos d una sociedad democrática” (ob. cit. pág. 121).

patrimonializando el objeto de veneración. La cuestión se estima de tal importancia que no puede dejarse en manos de cualquiera, sino de los que dedican su vida a la adoración de este Dios, que no son otros que los dirigentes de la organización política y los defensores últimos de ésta (la fuerza militar). Así se produce la escisión entre el ser superior y la comunidad, demasiado zafia para llevar a cabo esta adoración como se merece. Y los portadores de las armas, que son en quienes reside la alta misión de la defensa del ser sagrado configurándose como “Estado puro”¹¹², depositarios de los ritos y cultos al Estado. Quienes entregan su vida al Estado son mejor que nadie quienes saben qué es lo bueno para éste¹¹³.

El resultado no puede ser otro, como afirma Soriano “la sacralización de la defensa no persigue asegurar la supervivencia de los ciudadanos, sino la del Estado”¹¹⁴

b. 2. Cómo legitimar que la protección de los dirigentes y de sus intereses es la seguridad de la organización política: los intereses del grupo dirigente como razón de Estado

Aún si se convence de que la seguridad del Estado queda por encima de la seguridad de los individuos que conforman la comunidad, cabe superar otro obstáculo: habrá que legitimar en lo posible que lo que no es más que la seguridad de los grupos dirigentes y de sus intereses se conciba como seguridad o razón de

¹¹² Este calificativo es empleado por PORRAS NADALES, Antonio J. “Fuerzas armadas y ordenación del Estado en la dialéctica entre la política y derecho”, en AA. VV, *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1985, págs. 169-177, en concreto pág. 171.

¹¹³ Sobre esta sacralización del deber de defensa del Estado puede seguirse a DE LUCAS MARTÍN, Javier, “La noción de defensa... cit. págs. 81 y ss. Quien suscribe estas líneas en modo alguno comparte todo su planteamiento, pues peca al fin de la necesaria defensa que en último caso comporta la defensa militar, que, por suerte o por desgracia no se puede desconocer. No obstante, resulta del todo acertado su seguimiento de los fenómenos religiosos en esta materia a través de las consideraciones de DURKHEIM, *Formes elementaires de la vie religieuse*, París, PUF, 1960 (4ª ed.), págs. 51 y ss. o del fenómeno de la privatización de lo común ejemplarmente expuesto por MICHELS, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Buenos Aires, Amorrotu, 1973.

¹¹⁴ SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit. pág. 94

Estado. El concepto de la “razón de Estado” sería la herramienta perfecta para permitir la satisfacción de estos intereses por los dirigentes. Como apunta Meinecke, “Razón de Estado es la máxima del obrar político, la ley motora del Estado. La razón de Estado dice al político lo que tiene que hacer, a fin de mantener al Estado sano y robusto. Y como el Estado es un organismo, cuya fuerza no se mantiene plenamente más que si le es posible desenvolverse y crecer, la razón de Estado indica también los caminos y las metas de este crecimiento¹¹⁵.” El concepto surge con Maquiavelo, para quien el poder se legitima por sus propios éxitos y la razón de Estado no es sino la guía para obtenerlos. Se trata únicamente de la razón del poder para sí mismo, la seguridad y paz de la comunidad no pasan, si lo son, de ser resultados del ejercicio del poder, pero no guías del mismo. Surge así una tradición imperecedera: la satisfacción de los intereses del grupo dirigente se justifica en forma de razón o seguridad del Estado. Hobbes atribuye todo el poder al monarca para que confiera la seguridad prometida, por lo cual, la satisfacción de sus intereses redundaba a favor de dicha seguridad, ésta es la razón de Estado. Con un distanciamiento de sus propios postulados, los intereses burgueses de contener al proletariado conformarían la seguridad del Estado liberal. En los Estados totalitarios nazi y fascista, por su coherencia, no será muy complejo identificar a la clase dirigente con el Estado, y éste siempre queda por encima de la seguridad de la comunidad y de la seguridad de los individuos, que no son nada sin el Estado. Así, la defensa del grupo dirigente en el poder es la defensa de la nación y el Estado, la seguridad de la comunidad es un valor ínfimo por debajo de aquel fin, por lo cual, no hay mayores problemas de legitimación de la mala razón de Estado.

En los sistemas marxistas la conclusión viene a ser semejante. La clase dirigente es la vanguardia del proletariado y la cúpula del partido. Como sucede en los totalitarismos fascistas, el partido se confunde con el Estado, de ahí que atacar al partido y su cúpula dirigente sea atacar al interés general. De este modo, el empleo de la

¹¹⁵ Con esta frase inicia su obra MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 3.

fuerza contra tales ataques está plenamente legitimada. Todo ello quedará por encima de la seguridad de la comunidad.

c) Las consecuencias de lo anterior: la continuidad de la razón de Estado y sus repercusiones, especialmente próximas al ámbito de lo militar

En el género humano se explican como tendencias psicológicas naturales tanto su principio de conservación (Santo Tomás, Hobbes) así como su tendencia a la agresividad. Las organizaciones políticas darán respuesta a estas realidades a lo largo de la historia. El Estado se ha justificado bien como marco en el que se satisfacen o contienen estos impulsos primarios, de modo que se generen contextos en los que el hombre puede canalizar aspiraciones superiores, ya en paz, ya en guerra. Pero, de otra parte, la realidad muestra la tendencia al mantenimiento y consolidación de todo poder dirigente y el seguimiento de toda una serie de reglas para ello, que pueden resumirse en legitimación por medio de la abstracción y protección del poder por la fuerza y, en última instancia por la fuerza de las armas.

Estas realidades aparecen como hilos que atraviesan toda la historia, hilos que en no pocas ocasiones se funden y confunden. Y hasta el presente el resultado inequívoco ha sido la permanencia de la fuerza militar en todas las organizaciones políticas. Ésta, en principio, se ha justificado como instrumento para dotar de seguridad a la comunidad política o, cuanto menos, para que la organización política alcance fines superiores. No obstante, sin perjuicio de la efectividad de estas funciones, su misión constante en la realidad ha sido servir de instrumento de constitución, consolidación y en muchas ocasiones de expansión de la organización política en el marco de los intereses de los grupos dirigentes de la misma. Fernández García resume sumariamente la convergencia de estos fenómenos “la paz exige al Estado y el Estado impone su razón de Estado para poder conservarse y aumentar su

poder”¹¹⁶. La fusión de estas realidades ha tomado forma a través de conceptos como el de la “salus publica”, “razón de Estado”, “interés nacional”, “seguridad del Estado”, etc.

c. 1. Buena y mala razón de Estado

Así, sea cual fuere la organización política y su justificación, en todas ha estado presente la fuerza militar. Como con acierto señala Guaita:

“Si abrimos al azar el más rudimentario manual de Historia política y jurídica, bien pronto observaremos que los fines del Estado y los medios para actuarlos han sido muy variados, en consonancia con el grado de civilización y su orientación política [...] las sociedades más primitivas reducen su actividad a la llamada Administración de justicia y a la defensa militar contra los pueblos vecinos; la antigüedad clásica, por el contrario, extiende su acción a las artes, la cultura, la religión y la economía; el medievo lleva de nuevo a una contracción enorme en los fines y en la actividad del Estado; éste recobra su plenitud en el Renacimiento, pero de nuevo, desde fines del XVIII, llega el tiempo de la atrofia estatal, y todos parecen en afirmar que el Estado debe reducir su actividad a la defensa militar en el exterior y a la conservación y garantía de la libertad individual en el interior. Los hombres de la mitad del siglo XX asistimos a otro desbordamiento de la actividad del Estado [...] De esta rápida visión u ojeada a la Historia, bien se echa de ver que podrá o no haber escuelas y hospitales públicos o política de nacionalizaciones, pero de lo que ningún Estado ha prescindido nunca es de la función de defenderse de otros Estados, vecinos o no”¹¹⁷

¹¹⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. pág. 15.

¹¹⁷ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “La Administración militar”, cit. págs. 112-113.

Como también recuerda Oehling “La función militar es, por tanto, tan antigua como las organizaciones políticas mismas”¹¹⁸. Ahora bien, un hecho constante, como es la existencia de una fuerza de las armas en toda organización política, no sólo puede justificarse por la búsqueda de la seguridad generalmente ansiada por la humanidad como este autor señala como fin primario, sino, también, como el mismo reconoce entre líneas, porque “en todo momento histórico el poder político ha necesitado tener siempre respaldada su autoridad moral por la fuerza militar”¹¹⁹.

Por tanto, es cierto que, como afirmase Hauriou, “el primer servicio que se ha pedido al Estado ha sido la defensa militar de la población civil”¹²⁰. Y por ello Guaita considera esta inseparabilidad del Estado y su defensa, “de validez universal en el tiempo y en el espacio”¹²¹ y señala que ha servido para que la defensa nacional se haya catalogado de forma continua como fin primario del Estado¹²². Salcedo no duda en generalizar y afirmar que “sean como quieran la organización de los Poderes públicos, la mayor o menor amplitud de derechos que se reconozcan a los ciudadanos, las doctrinas religiosas, sociales o políticas que informen las institucionales, el mecanismo de la administración y de la justicia y el sistema de las leyes penales, todo Estado, por el mero hecho de serlo, tiene que procurar a sus ciudadanos seguridad interior y exterior [...] el Estado es el instrumento natural de que los hombres se valen para su común defensa contra los enemigos exteriores que pretenden reducirlos a servidumbre, o imponerles, al menos normas jurídicas que rechazan ellos, y contra los interiores que les impiden vivir pacíficamente, dedicado cada uno al cumplimiento de su fin

¹¹⁸ OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit. pág. 41

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ HAURIU, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, 1929, pág. 171 afirma que “el primer servicio que se ha pedido al Estado ha sido la defensa militar de una población civil”, en este caso citado por SEVILLA ANDRÉS, Diego, “Comentario al Artículo 8 de la Constitución”, en ALZAGA, Óscar (coord.), *Comentario a las Leyes Políticas*, Tomo I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 265- 280, cita de la pág. 266.

¹²¹ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “La Administración militar”, cit. pág. 113

¹²² Idem:

“Esta inseparabilidad del Estado y su defensa, de validez universal en el tiempo y en el espacio, ha servido para que los tratadistas, verbigracia, Ranelletti y Gropali, al estudiar los *fin*es del estado y clasificarlos en necesarios y primordiales y secundarios o accesorios, hayan catalogado entre los primeros, y también en primer lugar, la defensa nacional”

individual, a la realización de su destino sobre la tierra.”¹²³ Hauriou percibe también esta continuidad histórica: el Estado necesita la paz para favorecer el desenvolvimiento de la vida civil; para asegurar la paz, el Estado tiene que asumir la defensa militar de la población; como consecuencia de esa misión, el Estado centraliza el derecho de guerra (suprime las guerras privadas y elimina los cuerpos armados no estatales) y, finalmente, la guerra sólo cobra sentido en razón de los intereses de la nación¹²⁴.

A esta misión permanente de la organización política de conferir seguridad al conjunto de individuos que conforman la misma, es posible referirla como *buena razón de Estado*¹²⁵. Se trata, al fin y al cabo de uno de los presupuestos que ha estado presente a lo largo de la historia para justificar teóricamente casi todos los sistemas políticos; dicha justificación ha sido una coherente respuesta colectiva al impulso psicológico individual que es el instinto de conservación. En virtud de la paz y la seguridad de la comunidad frente a alteraciones interiores o exteriores se justifica tanto la existencia de una fuerza militar como el general monopolio de la fuerza coactiva por parte del poder político. Del mismo modo, esta buena razón de Estado implica toda una serie de exigencias lógicas para que tal paz y seguridad se restablezcan de forma efectiva, exigencias que pueden incluir no pocos sacrificios para los individuos y colectivos que componen la comunidad. Asimismo, la necesidad de llevar a cabo una eficaz defensa conlleva una difícil relación con los límites que puedan imponer las leyes, por lo que exige unos márgenes y pautas de actuación particulares.

¹²³ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, cit. págs. 32-33

¹²⁴ Así en HAURIOU, *Principes de droit public*, 2ª ed. de 1916, págs. 441-457 y HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, (reimpresión en 1965 de la 10ª ed.) Recueil Sirey, París, 1929, págs. 152-157, sólo esta última obra es a la que se ha tenido un acceso directo, las demás se atienden en virtud de diversas referencias por otros autores. Una síntesis de sus postulados la opera LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 125-126.

¹²⁵ La terminología de buena y mala razón de Estado se sigue de Tomás y Valiente y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. pág. 15, epígrafe “Razón de Estado y contrarreforma. Buena y mala razón de Estado”, si bien este autor no profundiza sobre la misma.

Pero esta buena razón de Estado se distingue de la mala, es decir, de aquella que se alegará para justificar la tenencia y empleo de la fuerza de las armas, para pasar por encima de todo límite jurídico, moral o ético, pero no para conferir la seguridad prometida, sino con el fin último de alcanzar, preservar, consolidar o expandir el poder y los intereses de quien lo ostente. Así, las exigencias lógicas para una defensa eficaz no son empleadas ni siquiera con el fin de conferir la paz del terror, sino que si ésta se logra no será más que expresión de los intereses del poder dirigente. Así, como advierte Thompson, la tenencia de la fuerza militar por los grupos dirigentes, justificada por la provisión de seguridad ha cerrado el círculo del poder, sirviendo para mantener en el poder real a la ideología dominante, y la conformación de la sociedad según los presupuestos de ésta última, junto a una continua adicción al auge armamentista¹²⁶. Esta *mala razón de Estado* supone, pues, un desvío del poder de la causa usualmente esgrimida para su existencia: la paz y seguridad de la comunidad política.

Y esta doble faz persiste hasta nuestros días. Como recuerda Pistone hoy día surgen dos vías para que se manifieste la razón de Estado: “situaciones reales de grave peligro de la seguridad estatal, y por tanto nos encontraríamos ante “comportamientos impuestos objetivamente por la razón de Estado”, y en segundo lugar, comportamientos que utilizan como pretexto la razón de Estado, señala que “debe observarse que en muchos casos las clases políticas en el gobierno para derrotar a la oposición, violan la legalidad (recurriendo incluso al golpe de Estado) justificando tal comportamiento como impuesto por la exigencia de seguridad

¹²⁶ Así en THOMPSON, E. P., *Disuasión y adicción*, Opción Cero, Grijalbo, Barcelona, 1981, págs. 23-51, en concreto pág. 50, así citado por HERRERA FLORES, Joaquín, “Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a “Derecho, paz, violencia”, págs. 107-123, en concreto, pág. 108, donde afirma que:

“El historiador y activista por la paz E. P. Thompson ha demostrado lo falaz de dichas argumentaciones, denunciando que la disuasión, aparte de consideraciones estratégicas y táctico-militares, lo que presupone es el mantenimiento en el poder real a la ideología dominante, y la conformación de la sociedad según los presupuestos de ésta última, junto a una continua adicción al auge armamentista.”

interna, pero en realidad instrumentando para fines partidistas la razón de Estado.”¹²⁷.

c. 2. ¿Inmutabilidad de la razón de Estado?

Y esta dinámica, que ha venido recogiendo en términos de razón de Estado ha tenido una serie de elementos casi inmutables, intemporales. No obstante, los contextos, las conciencias y las personas varían, por lo que la idea, pese a mantener imborrable su esencia, como señala Díez del Corral ha sido “movediza y cambiante”¹²⁸. En este sentido, Fernández García advierte que “aunque creo que existe un núcleo, más o menos inamovible, que nos permite construir un mínimo de características definitorias de la razón de Estado, hay que analizarla teniendo en cuenta los avatares históricos de los personajes y épocas que le dan vida.”¹²⁹ Quienes mayor atención han prestado a estos términos de la razón de Estado, como Meinecke, explican su continuidad y los posibles cambios: “El contenido de este obrar [gobernar conforme a la razón de Estado] cambia, pero la forma, es decir, la ley de él permanece y se repite ininterrumpidamente”¹³⁰. Y es que “Intemporal y general es el egoísmo, el impulso por el poder, el instinto de conservación de los Estados, el interés estatal: cambiantes, singulares e individuales son los intereses concretos del Estado los cuales surgen de la estructura especial de éste y de su posición en el concierto de los otros Estados. Entre estos intereses los hay también, a la vez, que poseen más o menos mutabilidad.”¹³¹. Finalmente concluye este

¹²⁷ PISTONE, Sergio, voz “Razón de Estado”, cit., en concreto, pág. 1340.

¹²⁸ DIEZ DEL CORRAL, Luis, estudio preliminar a la obra, MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. I-XLIV, en concreto, pág. XXII.

¹²⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. pág. 7

¹³⁰ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 18:

“De una u otra manera en todas partes se gobierna según la razón de Estado, y en todas partes también, por eso, surgen los problemas que van implicados en el obrar por razón de Estado. El contenido de este obrar cambia, pero la forma, es decir, la ley de él permanece y se repite ininterrumpidamente. Y como la razón de Estado une en sí un factor natural y otro axiológico, la relación entre ambos puede desplazarse constantemente, de suerte que unas veces domine el uno y otras, el otro.”

¹³¹ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 18 y prosigue, ya en la 19. Algunos se encuentran de tal manera unidos al carácter del pueblo concreto y a su situación geográfica, que pueden considerarse como constantes mientras el pueblo en

autor afirmando que “Razón de Estado, política de poder, maquiavelismo y guerra no podrán nunca hacerse desaparecer del mundo, porque se hallan en inseparable conexión con el lado elemental de la vida estatal¹³².”

Las consecuencias de esta casi imperturbable razón de Estado repercuten en ámbitos bien cercanos al ámbito de interés de este estudio: continuidad de la política internacional del Estado como cuestión por encima de intereses concretos y partidistas, consenso y continuidad que también se aprecian en la política militar de cada organización política, supeditación del Derecho frente a las necesidades del Estado y de su defensa, dificultad de la entrada de estas cuestiones en el ámbito del Derecho pues siempre quedará supeditado a aquellas, reiteración de las limitaciones de los derechos y libertades de las personas como oscura manifestación de esta razón de Estado, ya en las relaciones exteriores, ya en el interior de la comunidad política.

Asimismo, esta continua dinámica implica una tradicional posición específica de la fuerza militar en el marco de la organización política. Como advierte Barcelona Llop “las Fuerzas Armadas atienden antes a los intereses estatales que de la colectividad, y en este punto de no coincidencia es donde se halla la especialidad servicial de la organización militar”¹³³. Lo que inicialmente se seguía como un servicio primario del Estado, una razón básica de su existencia, se transforma, de modo que pierde el genuino carácter servicial a la comunidad¹³⁴, pues a ésta se

cuestión exista en aquel lugar del planeta. [pone ejemplo rivalidad franco germana por frontera del Rin desde los días de César hasta hoy]. Otros intereses, determinados por la situación geográfica y la naturaleza de los pueblos pueden hacerse actuales sólo cuando los ponen en marcha cambios internos y externos [ejemplo interés marítimo inglés, dormido durante la edad media]. Otros intereses, a su vez, parecen derivarse exclusivamente por la situación geográfica...”

¹³² MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 441.

¹³³ BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, *Revista de Administración Pública*, 110, mayo-agosto de 1986, págs. 55-105, en concreto, pág. 65.

¹³⁴ NEVADO MORENO, Pedro T. “El modelo de función pública militar. Una reflexión sobre la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre régimen del personal militar profesional y en normativa de desarrollo”, en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 187-263, cita de la pág. 191, donde afirma “se trata de un servicio público en el que resulta ciertamente complejo apreciar la actividad prestacional de la administración -que de forma muy sencilla es el

antepondrá el “Estado”, y los intereses de éste esconderán las más de las veces en la historia intereses lejanos a los de la comunidad y bien cercanos a los de los del poder dirigente, pero con ropaje patriótico, sagrado, incontestable.

En la fuerza militar se harán siempre presentes una serie de caracteres que en buena medida no son sino productos de esta constante fusión o confusión de la buena y mala razón de Estado. Autores como Salcedo perciben esta continuidad en el Derecho militar al afirmar que “La necesidad social, de que arranca el Derecho Militar, es sentida por todos los pueblos, mejor dicho, por todos los grupos humanos organizados independientemente y con la misma intensidad. Por eso en todos se da este Derecho y en todos es fundamentalmente el mismo, variando sólo en pormenores ó detalles que un ligero análisis reduce fácilmente á unidad¹³⁵.” Y esta “necesidad” que Salcedo señala como social así como las necesidades del Estado para satisfacer sus intereses y los de los dirigentes, a decir de Jean Lamarque será “de todas las épocas y de todos los regímenes”¹³⁶.

III. Poder, paz y fuerza en el Derecho

A) DERECHO Y PAZ: LA PAZ Y LA CONVIVENCIA IMPLÍCITAS EN EL DERECHO

En toda comunidad humana surge naturalmente un orden jurídico como medio de resolución de conflictos o, al menos, de tratamiento de los mismos. En este sentido, aunque no se entienda que ésta sea su única finalidad, si es que el Derecho la tiene, el Derecho sirve al fin de facilitar la convivencia social en sentido amplio. De un modo u otro, desde los más variados presupuestos, a lo largo de la historia se ha apreciado que el Derecho guarda una función integradora, de control y cohesión social, de equilibrio, que

rasgo calificador del servicio público “ordinario”-, ya que el principal destinatario del mismo es el Estado en su conjunto, por lo que los ciudadanos sólo reciben de forma indirecta la relevancia del mismo”.

¹³⁵ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, cit. págs. 39-40.

¹³⁶ LAMARQUE, Jean, “Le théorie de nécessité en démocratie”, cit. pág. 15.

expresa o pretende alcanzar un orden, una armonía que se refleja en la sociedad en la convivencia social.

a) *Derecho y paz en la historia del pensamiento*

El Platón de *Las Leyes* y *El Político*¹³⁷ advierte que la armonía social buscada en *La República* no se produce a través de los sabios-gobernantes, percibe que el poder no sometido a la ley degenera en las variadas formas de tiranía, oligarquía o demagogia. Es por ello que percibe que el producto histórico del Derecho¹³⁸ expresa la sabiduría (razón) que habrá de quedar por encima de los gobernantes. Así que considera que cabe confiarse a la función civilizadora del Derecho como único medio de alcanzar la armonía social. Estas ideas las recogería y desarrollaría Aristóteles quien apostaría firmemente por el Imperio de la Ley¹³⁹. Así pues, en el pensamiento griego el Derecho como reflejo de la naturaleza humana aparecía en buena medida como el conformador de la sociedad política y, por tanto, medio de alcanzar la armonía (cuya expresión última era la paz).

En el pensamiento romano el Derecho es producto de la razón humana (estoicismo-Cicerón) que conduce al bien común, es la expresión del bien común de toda la comunidad. El Derecho adquiriría expresiones naturales universales y locales que acabarían por confundirse; asimismo llevaba en su seno la exigencia de la *humanitas*, el respeto a todo hombre y la negación de la guerra. Con la evolución del Imperio Romano y con el cristianismo, la organización política y su Derecho comenzarán a ser medio por el cual se evita el pecado (Séneca¹⁴⁰, Cicerón¹⁴¹) y el Derecho pasará a ser expresión del orden divino (San Agustín) que era el único que

¹³⁷ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 60 y ss.

¹³⁸ Como recuerda Sabine "el derecho griego era cuestión de uso y costumbre, en grado mucho mayor de lo que ocurre cuando existe una judicatura profesional y cuando existen los elementos de una jurisprudencia más o menos científica." *Ibidem*. pág. 63.

¹³⁹ *Ibidem*, págs. 79 y ss.

¹⁴⁰ *Ibidem*, págs. 137 y ss.

¹⁴¹ CICERÓN, Marco Tulio, *Sobre la República. Sobre las leyes* (Estudio preliminar y traducción de José Guillén, Tecnos, Madrid, 1986, en especial, en *Las leyes*, Libro I.

llevaba a la paz¹⁴². La conexión del Derecho y la paz se aprecia con firmeza en las ideas comunes de las tribus bárbaras. La confusa unión de justicia, equidad y divinidad que es el Derecho tiene un fin: la paz del grupo. Al que desconoce el Derecho se le excluye de la paz por medio del castigo¹⁴³. Con Santo Tomás la ley humana debe corresponderse con la ley natural, una y otras conectadas a la ley divina, en consecuencia sería la obediencia a la ley humana medio de alcanzar la paz¹⁴⁴. En el Renacimiento, al igual que había sucedido de algún modo con el Imperio Romano, el Derecho deja de ser un anónimo producto que quienes están en el poder únicamente “descubren” y “ponen de manifiesto” a la comunidad. Por el contrario, el Derecho pasa ya directamente a ser producto de quien ejerza el poder dirigente, sin perjuicio de ello, su vinculación con la paz y la convivencia iba a seguir patente.

Maquiavelo aprecia que el Estado y la fuerza de la ley mantienen unidas a la sociedad de individuos egoístas, contribuyen así a alcanzar la paz y la convivencia. Ahora bien, el garante de la paz y la seguridad es el Príncipe, de ahí que su poder quede, en todo momento por encima del Derecho, y la razón de Estado –cuya justificación última es la paz y la seguridad– será la que lo permita¹⁴⁵. Para Bodino¹⁴⁶ la concentración de poder expresada en

¹⁴² Sobre el pensamiento de San Agustín, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 146 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 98 y ss.

¹⁴³ Como recuerda SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 155, “Cada uno de los miembros de éste [el grupo] vivía dentro de la “paz” del pueblo, y el derecho establecía especialmente las normas necesarias para impedir que se quebrantase la paz. La proscripción, castigo primitivo del crimen, ponía a un hombre fuera de la paz del pueblo [...] el derecho establecía la composición mediante la cual podía impedirse la lucha privada y restablecerse la paz.”

¹⁴⁴ Sobre el pensamiento de Santo Tomás, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 188 y ss.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 83 y ss.

¹⁴⁵ Sobre Maquiavelo, se ha seguido su obra MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, Edicomunicación, Barcelona, 1994 y, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 249 y ss.; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 27-50; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 202 y ss.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 85 y ss.; SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, cit. 64 y ss.

¹⁴⁶ Se sigue BODINO, J., *Los seis libros de la república*, cit. y en general, la “Introducción” DE Pedro Bravo a la obra, págs. XI-LIV; SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 297 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 227 y ss.; también, GARCÍA MARÍN, José, “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)” en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998,

términos de soberanía es, en cierto modo la juridificación de un modo de alcanzar la paz. Con Hobbes¹⁴⁷ el Derecho es la pura decisión del soberano, en tanto es el garante de la paz, de ahí que en modo alguno el Derecho podrá suponer un obstáculo para la acción del soberano. Así, hasta que el Derecho no es concentrado abiertamente por los grupos dirigentes, éste es sinónimo de paz y convivencia; en el momento en el que el poder se concentra y tiene en sus manos el Derecho, la paz la personifica el dirigente, por lo cual queda por encima del Derecho.

En el pensamiento liberal el Derecho es el que constituye el poder y la organización política que conduce a la seguridad-libertad-propiedad. El orden jurídico será el límite al poder que posibilita una convivencia pacífica en el ejercicio de los derechos naturales. En la medida en la que el Derecho incorpore tales principios reflejados en la Constitución será, de algún modo, la paz. De otra parte, el pensamiento hedonista utilitarista liberal concebiría al Derecho como medio de armonizar los intereses

dedicado a Soberanía y Constitución, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 21-86, en concreto, págs. 60 y ss.

La referencia a la seguridad en Bodino en razón del alterado contexto que le tocó vivir la aprecian diversos autores, así BRAVO, Pedro, en "Introducción" a *Los seis libros de la república*, cit. quien recuerda las facciones en lucha ante las que la monarquía francesa de la época se esforzaba –sin éxito– en contener, dado lugar a matanzas (noche de San Bartolomé, 23-24 agosto de 1572), por ejemplo, (págs. XVI-XXI), también, en este sentido, SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, cit. págs. 68, 69 y 70.

¹⁴⁶ "la principal razón para que los hombres se uniesen en sociedad y comunidades, fue para la tutela y defensa de cada uno en particular y de todos en general [...] Dado que la defensa de la vida y la persecución de lo ladrones es de derecho divino, natural y humano, es necesario adiestra a los súbditos en las armas defensivas y ofensivas, para defensa de los buenos y sujeción de los malos. Llamo ladrones y males a todos los que promueven injustamente la guerra y a los que se apoderan injustamente de bienes ajenos", BODINO, J., *Los seis libros de la república*, cit. Libro quinto, Capítulo V, págs. 182-183. Ver también Libro I, pág. 17.

¹⁴⁷ Sobre Hobbes, se sigue HOBBS, Thomas, "Del ciudadano" (Trad. Enrique Tierno Galván), en *Del ciudadano y Leviatán*, (Estudio preliminar y antología de Enrique Tierno Galván), Tecnos, Madrid, 1987, págs. 3-43, y "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", (Trad. M. Sánchez Sarto), en ese libro, págs. 49-210. En particular, sobre el sentido del Derecho, hay que atender la Parte segunda del *Leviatán*, Capítulo XXVI "De las leyes civiles" (ob. cit. págs. 168).

Sobre el significado de su obra, se sigue, en general SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 337 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 259 y ss.; SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 71 y ss.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 94 y ss.; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 215 y ss. y CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, cit., págs. 35 y ss.

individuales por medio de la distribución del premios y castigos de una forma adecuada (Helvecio, Bentham)¹⁴⁸. Así pues, desde este punto de vista estrictamente individualista, el orden jurídico llevará también inmanente la idea de la búsqueda de la paz como armonía de intereses. Ahora bien, al igual que había sucedido en otros tiempos, la pervivencia de la organización política, sinónimo de una paz y convivencia social centrada en la seguridad de la propiedad podían quedar incluso por encima del Derecho para el caso de que se encontrase en peligro.

Desde presupuestos bien diversos, Hegel señalará que “El Derecho no es, en efecto, más que un medio para alcanzar un fin, la salvaguarda de la sociedad”, si bien “cuando la regla jurídica no puede conducir a este fin; el Estado sacrifica este Derecho a la sociedad¹⁴⁹.” No obstante, la paz o la convivencia en los pensamientos no liberales no será el fin ansiado, más que en el sentido de convergencia en un solo interés: el interés general de Rousseau, de la nación y el Estado de Fichte o Hegel y los regímenes fascista o nazi o el interés del proletariado del pensamiento y regímenes marxistas. De ahí que el Derecho quedará completamente sometido a tales fines superiores.

b) Derecho y paz en el pensamiento contemporáneo

Desde el siglo XIX se ha apreciado y recogido desde diversas corrientes doctrinales al Derecho como instrumento que confiere o busca la paz y la convivencia¹⁵⁰. Como recuerda Bobbio, para quienes como Ihering consideraban la ciencia pura del Derecho, éste garantizaba las condiciones de existencia de la sociedad¹⁵¹. Para

¹⁴⁸ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 412 y ss. y 489 y ss.

¹⁴⁹ En su *Filosofía del Derecho*, así citado por ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit., pág. 35.

¹⁵⁰ Sobre las teorías acerca de la existencia de funciones y finalidades del Derecho, se siguen como obras de referencia LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, (5ª ed.), Ariel, Barcelona, 1989, págs. 33-50, en concreta referencia a la paz, págs. 34-35; ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, (5ª ed.), Barcanova, Barcelona, 1994, págs. 53-86, sobre las teorías del Derecho como control social (págs. 61-69) y la teoría conflictualista (págs. 74-77).

¹⁵¹ Así lo señala BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pág. 267, este era el único fin señalado por este autor al Derecho, lo que para Bobbio “era todo y nada”.

Kelsen el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coactivo, con el que pueden perseguirse los objetos más variados, que a él no le importan¹⁵² si bien su función básica es la de hacer posible la paz social en tanto que implica el monopolio de la administración de la violencia¹⁵³. La concepción funcionalista del Derecho subraya su función integradora, en tanto que el Derecho aumenta o mantiene un grado de cohesión social, así como el equilibrio. Se concibe el Derecho como medio de resolución de conflictos sociales. Parsons, en este sentido señala que el Derecho es mecanismo generalizado de control social que opera difusamente en todo, cuya función primaria es la de la integración que debe conducir a la convivencia pacífica. Desde planteamientos subjetivistas situados en el anverso, autores como Martons señalarán que el Derecho no resuelve conflictos, sino que los trata, pues el equilibrio social no es real. El también subjetivista Ferrari advierte diversas funciones del Derecho, siendo una de ellas la del tratamiento de conflictos públicamente declarados, así como otras funciones¹⁵⁴. En uno u otro caso, tanto desde el funcionalismo como desde el subjetivismo, la búsqueda de la paz y la convivencia aparecen nítidamente ligados al Derecho, ya como expresión de un orden, ya como mecanismo que pretende alcanzar el mismo, ya se trate de un fin primario, ya se trate de uno de los fines que pueden atribuirse al orden jurídico¹⁵⁵.

Como recuerda Soriano, para el positivismo jurídico desde su consideración formal del Derecho, la paz o la seguridad son valores primarios y que justifican la misma existencia del Derecho. Por el contrario, el iusnaturalismo no podía menos que relativizar el valor de la paz, siempre dependiente del valor primario de lo justo, la paz habría de ser el resultado. No obstante, en uno y otros casos la

¹⁵² Como recuerda BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit. pág. 266 para Kelsen el ordenamiento jurídico es ordenamiento coactivo, pero no más que eso, la función social de este ordenamiento coactivo a Kelsen no le importa.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, pág. 278 recuerda que para Kelsen el Derecho es una técnica de organización social cuya función es la de hacer posible la paz social.

¹⁵⁴ Las alusiones a estos autores se vierten de forma genérica en razón de las diversas menciones sobre los mismos en las obras de referencia general *supra citadas*.

¹⁵⁵ En este sentido destaca Bobbio entre quienes aprecian que el Derecho no sólo persigue un fin sino que varios son posibles, BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, págs. 268 y ss.

relación entre el Derecho y la paz y la seguridad era patente, los valores de justicia que se considerasen no podrían darse sin las previas estructuras de paz y seguridad, y lo uno y lo otro habrían de converger en el Derecho¹⁵⁶.

Recuerda también Soriano que, al margen de esta antinomia, en la doctrina actual autores como Henkel entienden la paz como la razón de ser del Derecho, “considerando desde esta óptica al Derecho como la solución del *bellum omnium in omnes* de los clásicos de la teoría del pacto social.” Henkel reduce la historia del Derecho a la historia de la conquista de la paz. Las ramas del Derecho son como reglas de las relaciones pacíficas en el conflicto de intereses, que sin el auxilio podría acabar en guerra, por ello es valor primario y básico. Así, la paz pertenece a la misma esencia del orden jurídico, que es una forma de paz, existe por y para la paz¹⁵⁷. Otros autores, como García Maynez niegan que la paz sea el valor primario del Derecho, sino que lo es de “segunda clase”¹⁵⁸.

De esta rápida lectura del entendimiento del Derecho en la historia del pensamiento pueden desprenderse diversas consecuencias:

En primer lugar, resulta innegable que la concepción del Derecho ha estado hasta hoy íntimamente ligada a la paz y la convivencia, sin perjuicio de que dependiendo de cada concepción ideológica la paz se haya apreciado como resultado del Derecho o fin del mismo, o se haya estimado como su fin o valor primario o secundario.

Si bien el Derecho ha sido sinónimo de paz, ésta ha quedado por encima del Derecho, ya expresada en términos de poder político

¹⁵⁶ Ver, SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit. págs. 106-107, en la 107 señala el autor que “Para el positivismo jurídico, desde su consideración formal del Derecho, la paz, como la seguridad (que podía ser entendida como la traducción jurídico-positiva, en un ámbito más concreto, de la paz como valor de mayor amplitud y de carácter político), son valores primarios y que justifican la misma existencia del Derecho”

¹⁵⁷ HENKEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1968, págs. 188-194, citado en 107.

¹⁵⁸ GARCÍA MAYNEZ, E. *Filosofía Derecho*, Porrúa, México, 1977, págs. 439-445, quien señala que la paz no es el fin primario, sino que es un resultado de la realización de otros valores como seguridad, justicia, bien común que si se realizan armónicamente se logra la paz. Citado por SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit. pág. 108.

superior (Maquiavelo, Hobbes) ya como necesidad para tiempos en los que el seguimiento del Derecho puede poner en peligro la organización política que satisface la paz (*salus populi prima lex est*). Así, el poder político queda por encima del Derecho en todos los tiempos y en todos los casos, cuanto menos, so pretexto de la paz. Así sucede en Roma con la institución de la Dictadura que temporalmente no debe seguir el Derecho; así sucede en especial desde los orígenes del Estado moderno con Maquiavelo, Bodino o Hobbes, pensamientos en los cuales quien es sinónimo de paz es el poder dirigente, por lo cual no habrá de estar sometido al Derecho. Esta tendencia que no tendrá excesivos problemas en persistir con el Estado liberal.

De otra parte, difícil sería no establecer un paralelismo entre la concepción de la organización política como medio conducente a la paz y la concepción del Derecho. Y ello es así por la persistente vinculación entre el Derecho y la organización política, vinculación que en sus últimos estadios llevan a la fusión de uno y otro (Kelsen) en la medida en la que el Derecho constituye al Estado. Ello nos remite necesariamente a advertir la íntima conexión entre el Derecho y el poder y, por tanto del Derecho y la fuerza.

B) DERECHO, PODER Y FUERZA

a) El Derecho como mera técnica de dominación que incorpora el poder de convicción y el poder de la fuerza

La existencia de un orden jurídico figura paralela al género humano y su vida en sociedad. Como recuerda Kelsen, la existencia de un orden jurídico es natural a la mera existencia de una comunidad humana que será, por tanto, comunidad jurídica¹⁵⁹, cuestión diferente es que el orden jurídico presente las notas de centralización y concentración precisos para que la comunidad política adquiera el carácter de Estado. El ejercicio del poder a lo largo de la historia ha ido penetrando en el Derecho al descubrir la

¹⁵⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, (14ª ed. española), Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1976, pág. 189

potencialidad de éste para el ejercicio de dominación y legitimación, por sus caracteres propios. Fue no obstante con el Estado moderno cuando se consolidó el Derecho como medio de *revestimiento* del poder político, fenómeno que perdura hasta nuestros días. Es momento de destacar el papel del Derecho como la forma de organizar la sociedad más práctica para imponer no sólo la ideología sino el mismo poder de dominación. El Derecho reúne por su propia naturaleza (su forma) una serie de caracteres que lo hacen óptimo instrumento del poder.

De un lado, su lógica básica es la de establecimiento de una sanción ante el incumplimiento de la premisa inicial¹⁶⁰. Este esquema básico permite situar en términos de Derecho los dos elementos basilares del poder, convicción-coerción. Así, de una parte, bajo la forma del Derecho se insertan los sustentos ideológicos que legitiman al poder dirigente. Detrás de la forma del Derecho siempre hay una voluntad que necesariamente queda vinculada con los fundamentos ideológicos que son, precisamente, sobre los que se sostiene el poder político. Dicha voluntad será la naturaleza humana ya en el sentir griego, ya la razón universal romana, bien será la del Emperador. Más tarde será la voluntad divina, el orden divino de quien emanen los principios del Derecho. Con el final de la Edad Media el Derecho pasará a ser la expresión de la voluntad del Príncipe o Monarca soberano y más tarde expresión de la voluntad general de la nación, ya entendida en términos liberales de representación, ya en una lectura histórica nacionalista, ya la voluntad del pueblo proletario. En unos y otros

¹⁶⁰ Para Kelsen norma jurídica es una norma hipotética que establece condiciones atribuyéndoles determinadas consecuencias jurídicas. Así se da una condición de aplicación, un nexo atributivo y una consecuencia jurídica, esto es, la respuesta ordenamiento jurídico a un supuesto. Para Kelsen la sanción es consecuencia negativa del ordenamiento jurídico, estado tiene monopolio del uso legítimo de la fuerza.

Para Hart existen normas primarias que caracterizan comportamientos obligados, permitidos y prohibidos y normas secundarias que no se dirigen directamente a los ciudadanos: establecen órganos para creación y aplicación de primarias, son orgánicas o procedimentales, son de reconocimiento, de cambio o de adjudicación. De ahí que Hart criticase a Kelsen porque sólo viese las normas en su carácter sancionatorio penal. Una somera percepción de la estructura de las normas jurídicas, entre otros, en CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, Tecnos, 1992, págs. 62-74.

casos, con mayor o menor intensidad el Derecho incorporará en su estructura los fundamentos ideológicos de cada sistema político.

De otra parte, ante la violación de la premisa se sigue una sanción, así, en términos de poder, la fuerza de la coacción del poder puede aparecer plácidamente asentada en el seno del Derecho. El Derecho legitimará la fuerza y hará mostrar la cara más civilizada y menos brutal de la fuerza descarnada del poder. Así, tanto el poder de convicción como el coercitivo se expresarán en términos jurídicos al tiempo que la organización política adquiere mayor complejidad. La conexión de la fuerza con el Derecho se irá agravando conforme el poder se justifique en términos jurídicos, puesto que será el Derecho el instrumento por el cual llevará a cabo su interés por monopolizar toda la fuerza coercitiva de la comunidad política.

Del mismo modo, el Derecho es un instrumento especialmente idóneo para el poder en tanto que su despersonalización y abstracción resulta especialmente útil para *hacer creer*: no se obedece a la persona o grupo dirigente, sino a la ley. El Derecho abstrae el poder real que ejercen las personas (la soberanía) al organizarlo y manifestarlo solemnemente bajo la forma de la ley. Así, la técnica del Derecho fomenta la creencia en el poder hegemónico y sus instituciones, la convicción del poder, al aceptar o consentir la legalidad.

Asimismo, el Derecho aparece a lo largo del pensamiento como expresión de la razón, ya sea divina o humana; ello, entre otras muchas consecuencias, también hará del Derecho un instrumento idóneo como medio para organizar y conformar el poder. En la medida en la que la sociedad se hace más compleja, así habrán de serlo las técnicas de dominación y, por lo tanto, resulta más precisa tal organización del poder, y para ello el Derecho es un excelente instrumento.

Estos tres caracteres resultan ya de por sí buenos motivos para que todo poder con cierto grado de sofisticación (en virtud de la complejidad de la sociedad política que domina) recurra a la *forma* del Derecho como *instrumento* de su dominación. El Derecho es medio organizativo del poder y resulta un idóneo instrumento para

fortalecer la legitimación sobre la que se base el sistema político. Así, en cuanto no se da la convicción, el Derecho aparece, también, como una forma bien organizada de administración de la fuerza del poder bajo la apariencia de la sanción ante su vulneración.

Santo Tomás señalaría que el poder político perfecto alcanza su supremacía presentándose bajo el revestimiento del Derecho¹⁶¹. Como recuerda Heller el Derecho se erige como la forma técnicamente más perfecta de dominación política “Todo poder político, aun siendo inicialmente impuesto por la fuerza, aspira a lograr su conversión en poder de derecho¹⁶².” Weber señala la legitimación legal-racional como uno de los estadios superadores de fases anteriores en los que la legitimidad básica del poder era la tradicional o la carismática. Como también advierte González Casanova, “El primer instrumento ideológico del poder hegemónico es, sin duda, el religioso-filosófico, pero la forma más efectiva y práctica de imponer, no sólo la ideología, sino el mismo poder de dominación, a través de la organización de la sociedad es el Derecho.”¹⁶³

No obstante, en el Derecho ha estado presente la idea de limitación del poder a lo largo de la historia, si bien, como recuerda Tomás Ramón-Fernández “el imperante encuentra siempre la ayuda de los teóricos, filósofos y juristas que le rodean, que no vacilan en construir al servicio de esas ideas y propósitos las más sofisticadas teorías”¹⁶⁴. Así, magistralmente, el poder logrará monopolizar el Derecho, convencer de su obediencia y difuminar o erradicar por completo la idea de que éste implica un límite del poder. Como se verá, todo este proceso se aprecia con claridad en el Estado liberal¹⁶⁵.

¹⁶¹ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 59.

¹⁶² Así lo afirma SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 208 y ss. Se afirma ahí que: “Cuando el poder no se halla establecido más que por la fuerza, se trata tan sólo de un poder de hecho. Sólo cuando se ejerza logrando el consenso y el convencimiento de los gobernados estaremos ante un poder de derecho. Todo poder político, aun siendo inicialmente impuesto por la fuerza, aspira a lograr su conversión en poder de derecho.” (pág. 209)

¹⁶³ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 59.

¹⁶⁴ NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 52.

¹⁶⁵ Así, en los apartados titulados “Los postulados liberales: buena razón de Estado, Imperio de la ley, antimilitarismo y pacifismo”, y “La imperfección del teórico orden liberal y el desconocimiento de sus propios postulados en el plano interno”.

b) La interesante perspectiva de Kelsen como punto de partida de la aprehensión de la fuerza por el Derecho

Tal y como se ha afirmado, la fuerza armada resulta la parte más descarnada del poder coercitivo de la organización política. La misma siempre está presente en todo poder político, y aparece del lado más oscuro del poder cuando falla la convicción. Se ha observado el papel del Derecho en el poder, como instrumento técnico avanzado que permite incorporar los dos elementos que son propios a todo poder, poder de convicción (legitimación) y poder de coerción (fuerza). Como se vio, el poder tiende siempre a concentrar la fuerza armada y a lograr el control sobre la misma, así como a establecer los medios para que la fuerza a su disposición resulte eficaz. El Derecho resulta un medio del todo útil para estos fines. De una parte será el medio para lograr un monopolio de la fuerza coercitiva o cuanto menos será la expresión de dicho monopolio, de otra parte dota de legitimación a quienes han de controlar la fuerza militar, asimismo, el Derecho es un medio organizativo adecuado para alcanzar una mayor eficacia de la fuerza armada.

De este modo, conforme la sociedad se hace más compleja el Derecho adquiere mayor importancia como técnica de dominación y por ello tiende a insertar la fuerza en el Derecho. Como a continuación se sigue, Kelsen señalará que el Estado es de Derecho en la medida en la que la fuerza coercitiva del poder se exprese únicamente en términos jurídicos. Pero claro, la tarea no siempre resultará ni sencilla ni del todo deseable para el poder dirigente. Si hay que huir del Derecho como límite del poder, especialmente habrá que huir del Derecho en la medida en la que pueda implicar un límite de la fuerza necesaria para el poder. La inserción de la fuerza militar en el Derecho no presentará problema alguno cuando se trate de concentrarla, organizarla eficazmente y vincularla al poder político. No obstante, la fuerza militar, la máxima expresión de la fuerza a manos del poder, será la que más dificultades presente para incorporarse en el Derecho en tanto en cuanto éste tenga la misión de limitar al poder y, por tanto, limitar el empleo de

la fuerza por el poder. Y la línea general a seguir para excluir a la fuerza militar del Derecho para limitarla será bien sencilla: la fuerza militar es el último recurso para proveer un bien que puede quedar por encima del Derecho. En general este bien será la paz y la seguridad, mas en otros sistemas se antepondrán otros bienes como la nación o el final de la opresión del proletariado. Con base a estos fines, no habrá de limitarse la fuerza militar por el Derecho.

Con Kelsen se viene a efectuar un giro copernicano respecto de las posiciones más realistas (fuerza como fuente del Derecho – Trasímaco, Heráclito, Marx, etc.): la inserción de la fuerza completamente en el Derecho. El formalismo de Kelsen no desconoce ni mucho menos que la fuerza es componente básico de toda organización política. Ahora bien, con él la fuerza pasará a ser expresada *científicamente* en términos de eficacia y validez del Derecho: “el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico”¹⁶⁶ y el Estado (que identifica plenamente con el Derecho) no es más que una manifestación de la fuerza (“el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción”¹⁶⁷:

“Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. “*Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.*”¹⁶⁸

Y si se concibe la fuerza en términos de validez y eficacia, “El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en Estado de Derecho”¹⁶⁹. Al fin y al cabo, se trata del mismo *perro* (la fuerza) con el *collar* jurídico. Pese a que aparentemente se trata de la antítesis del realismo, el formalismo kelseniano no es sino una de las expresiones más elaboradas de éste.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* cit. pág. 195.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pág. 196.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pág. 143.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pág. 188.

Para convertir el Derecho en perfecto objeto del conocimiento, el austríaco relega toda consideración ideológica, metafísica o mística¹⁷⁰. El Derecho se percibe en su consideración puramente formal, que es, como se ha advertido, un adecuado instrumento de legitimación, de organización del poder, pero, sobre todo, de monopolio y de administración de la fuerza¹⁷¹.

Esta forzada consideración puramente formal tenía la finalidad de asentar al Derecho en términos científicos y, para ello, habría de desconocer que el Derecho necesariamente incorpora en sus contenidos la verdadera ideología que es la que sustenta en mayor o menor medida el poder político (el poder de convicción). Esta construcción huye por completo cuál es el contenido del Derecho, cuál es la ideología, el verdadero poder de convicción que se incorpora en el Derecho y que éste refuerza por su abstracción. Y en consecuencia, en el Derecho sólo queda la fuerza. Kelsen es consciente de ello y simplemente afirma que toda consideración ideológica que exige de un juicio de valor ya no es materia de la Ciencia jurídica; cuanto menos, reconoce que el orden jurídico así concebido en modo alguno puede legitimarse en sí mismo¹⁷². El problema de esta perspectiva es que sólo puede ser aceptada como teoría del conocimiento, esto es, desde el punto de vista epistemológico, pero en tanto que excluye del Derecho a la ideología, excluye parte fundamental del poder (el poder de convicción) y, por tanto, se aleja de la realidad.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 189, epígrafes relativos a la "Identidad del Derecho y del Estado" y "El Estado es un orden jurídico" donde afirma "Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres."

¹⁷¹ En este sentido A. Ross afirma que "La relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que estén respaldadas por la fuerza", en *Sobre el Derecho y la Justicia*. Para Olivecrona "el Derecho consiste principalmente en reglas acerca de la fuerza, en reglas que contienen pautas de conducta para el ejercicio de la fuerza, en *El Derecho como hecho*. Así citados por FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. pág. 42, siguiendo, también, a Bobbio.

¹⁷² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* cit. pág. 196, donde afirma que "el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo".

El giro copernicano de Kelsen conduce a afirmar que: “Las manifestaciones exteriores más que del poder del Estado, las cárceles, las fortalezas, las horcas y *las ametralladoras* no son en sí mismas cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.”¹⁷³ Así, su formalismo conduce a afirmar que no hay poder al margen del Derecho, de modo que califica el empleo de la fuerza al margen del Derecho como algo “inerte”. Y claro, será “inerte” para su concepción formal del Derecho, pero las cárceles, las fortalezas, las horcas y las ametralladoras están ahí, en el mundo real, algo que no admite su acusado formalismo más que en términos de pérdida de eficacia del Derecho.

Una severa crítica a esta pura visión realista del poder, la fuerza y el Derecho de Kelsen la señala con acierto Rojo Sanz cuando afirma:

“Cuando se entiende el derecho como mera regulación de la fuerza y al Estado como el que legítimamente detenta dicha regulación, sin ningunas otras connotaciones no positivistas, desligado todo el entramado jurídico de principios morales abstractos, se hace muy difícil entonces distinguir entre una norma jurídica y la imposición de una asociación de delincuentes, por ejemplo, ya que, en definitiva el que detenta el poder en uno y otro caso no es sino quien ha logrado un éxito -hacerse con el poder, poder regular el uso de la fuerza- logrando imponerse a los demás¹⁷⁴.”

No obstante, resulta particularmente interesante esta visión a nuestros efectos. Pues en la medida en la que la organización política ejerza su poder de dominación por medio del Derecho, toda la fuerza del poder ha de quedar incluida en el ámbito de éste. Así

¹⁷³ *Ibidem* págs. 195-196.

¹⁷⁴ ROJO SANZ, José M, “Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a “Derecho, paz, violencia”, págs. 97-106, cita de la pág. 98.

un Estado de Derecho –con la verdadera carga ideológica que este concepto tiene- será, entre otras cosas que el austriaco elude, aquél en el que no quede ningún elemento de expresión de la fuerza del poder fuera del ámbito del Derecho.

A los efectos presentes resulta mayormente interesante profundizar en la idea de que todo Estado que se diga de Derecho es aquél en el que *toda* la fuerza del poder quede recogida en el Derecho. Es decir, no se trata simplemente de monopolizar la fuerza en manos del poder, sino que en tanto el poder organizado en la forma de Estado se concibe esencialmente como poder jurídico, cabe monopolizar la fuerza en el marco jurídico. Así, en todo Estado que se diga de Derecho, la fuerza y su institucionalización máxima que es la fuerza militar debe entrar plenamente en el redil del Derecho, pues será éste quien concrete, *politice y legitime la misma*, al dotarle de una forma, justificación y finalidad. Ello es así porque el Derecho no es sólo la fuerza del poder, sino siempre incluirá los elementos de legitimación del mismo, y la fuerza sólo tendrá sentido en el marco de este orden ideológico.

Sólo esta completa entrada de la fuerza en el marco del Derecho conferirá a la misma su coherencia y legitimidad necesarias. En una sociedad compleja organizada a través del Derecho la completa juridificación de la fuerza es requisito indispensable para que ésta tienda a reducir su condición de fuerza ciega (sin finalidad), bruta (sin forma) y violenta (sin justificación)¹⁷⁵. En consecuencia, en toda organización constituida a través del Derecho, toda fuerza que quede fuera del Derecho será ciega, bruta y violenta. De ahí que se afirme que “El poder sin derecho es ciego”¹⁷⁶ puesto que es sinónimo de fuerza sin fin, forma y causa. Recuerda Pistone que “En sustancia la consolidación de la soberanía del estado ha permitido, no por cierto la eliminación del fenómeno de la violencia en su vida interna, pero sí al menos su

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 101, tras la afirmación de los cuatro planos derecho fuerza afirma que “inspirándonos en la teoría del derecho como regla de la fuerza, se pueden identificar cinco ámbitos del derecho de guerra: 1) quién está autorizado a llevar a cabo actos de guerra; 2) sobre quién y sobre qué pueden llevarse a cabo; 3) con qué medios; 4) en qué formas; 5) en qué medida.”

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit. págs. 355 y ss.

legalización, la cual decae solamente en los momentos de transformación revolucionaria de la forma de estado, y por lo tanto, en general, hace permanecer latente a la violencia misma¹⁷⁷.”

Ahora bien, en las sociedades complejas el poder se organizará y legitimará a través del idóneo instrumento que es el Derecho. Pero sólo en un tipo de sistema, el liberal democrático, todo el poder es de Derecho pues toda la legitimación del poder se hará residir directamente en él. Sólo en este sistema la fuerza habrá de insertarse por completo en el marco del Derecho. A diferencia de la construcción liberal, en el pensamiento de Maquiavelo, Hobbes, o en los movimientos totalitarios fascista, nazi o socialista se incide en que el poder queda por encima del Derecho, pues éste no es sino una herramienta del poder y en modo alguno un límite a éste. Como consecuencia, en estos sistemas *toda* la fuerza no tiene que estar inserta en el Derecho, sino que en la medida en la que el Derecho sea un obstáculo –aun nimio- al poder, el poder emplea la fuerza sin las posibles ataduras del Derecho.

Concluye ahora este primer capítulo con el que se ha pretendido asentar toda una serie de premisas con las que poder abordar el resto del estudio. A pesar de su grado de abstracción, se entiende que bajo tales premisas ha de resultar más sencillo captar el desarrollo histórico-político íntimamente relacionado con la fuerza militar que a continuación se detalla. Sólo de este modo es posible acercarse a la realidad jurídico política de las FAS del presente, con perspectiva de futuro.

¹⁷⁷ PISTONE, Sergio, voz “Razón de Estado”, cit. pág. 1339.

CAPÍTULO II. FUERZA MILITAR, LEGITIMACIONES DEL PODER Y DERECHO HASTA EL ESTADO LIBERAL

Se ha realizado una aproximación a las dos facetas del poder, el poder de convicción y el poder coercitivo. Respecto de esta segunda vertiente del poder se ha situado la importancia de la fuerza militar y explicado algunos de los fenómenos conducentes a una obligada presencia e influencia de la misma en la organización política a lo largo de la historia. Y como se ha observado, son muchas las interrelaciones que se producen entre una fuerza militar siempre existente para sustentar el poder político y la conformación del poder político mismo. Pues bien, ahora la atención va a ser diferente, a lo largo de la historia del pensamiento político¹⁷⁸ se va a advertir el papel de la fuerza armada en el marco del sustento ideológico del poder, el poder de convicción.

Como se vio, el sustento ideológico de toda organización política siempre debe dar la apariencia de búsqueda del bien o interés general. Y se adelantó entonces que entre los más variados sustentos ideológicos religiosos y seculares a lo largo de la historia casi siempre aparecen ideas como las de paz, orden, seguridad y defensa -aun con los más variados matices- como uno de éstos intereses generales o incluso el único que dan sustento y justificación a la existencia de una organización política. No en vano, la paz y la seguridad han sido un bien apreciado por las masas, mientras la libertad ha sido, casi siempre, considerado como un ideal elitista¹⁷⁹. La legitimación del poder como garante de la paz y la seguridad cerrará, digámoslo así, el círculo del poder: las dos

¹⁷⁸ Para operar este recorrido filosófico político de las distintas legitimaciones del poder a lo largo de la historia y el papel de la paz y la seguridad y la fuerza militar se han seguido, amén de diversas obras específicas, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit.; SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, cit.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit.

¹⁷⁹ En este sentido, PASTOR, Manuel, "Las ideologías políticas", en BLAS, Andrés de, y PASTOR, Jaime (coords.), *Fundamentos de Ciencia Política*, UNED, Madrid, 1997, págs. 31-79, afirma en la pág. 42 que "La democracia también ha enseñado a los liberales que la libertad, especialmente la libertad de pensamiento, representa un ideal de minorías, de aristocracias. Las masas siempre preferirán la seguridad a la libertad."

vertientes del poder, poder de convicción y poder de la fuerza, confluyen. La satisfacción de estos bienes de la seguridad y la paz siempre justifican la existencia de la fuerza de las armas que, como sabemos, son el sustento último del poder. Así, la fuerza militar se legitimará predominantemente para satisfacer este bien de interés general que es el orden, la paz o la seguridad, sin perjuicio de que en la realidad se empleen únicamente para mantener la dirección de la organización política. Como afirma Cruz Villalón, la “fórmula es perro viejo”¹⁸⁰.

Pero aún es más, conferir la seguridad no será la única justificación de la fuerza armada vinculada a la legitimación del poder. No serán pocos los sistemas políticos que legitimen la existencia y el empleo de la fuerza militar no sólo como instrumento de defensa, sino como instrumento ofensivo plenamente legitimado para alcanzar los fines de la comunidad política. La exaltación de la guerra y de lo militar se incorporan en diversas ocasiones entre las justificaciones de la existencia de la comunidad política. De este modo, la fuerza militar se verá legitimada en unos y otros sistemas.

Las manifestaciones de la violencia han sido constantes en la historia y para ello la fuerza de las armas más o menos organizada ha estado presente a lo largo de la misma. No obstante, el grado de organización de la misma corrió paralelo al grado de organización política. Ahora bien, tal y como señala Rusell a la hora de definir “Ejército”, la organización armada ha seguido una constante evolución desde la horda primitiva a la moderna división acorazada¹⁸¹.

Se ha reflejado con anterioridad una visión evolutiva de la fuerza militar desde el punto de vista filosófico y político. Se aprecia

¹⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 192:

“Como un axioma, cuya evidencia dispensa cualquier justificación, casi como un conjuro, la fórmula aparece repetida en todos los autores, llegado el momento: “Salus publica suprema lex”. La fórmula es perro viejo, esta tomada del arsenal del derecho público romano”

¹⁸¹ Así, RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz “Ejército”, en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VII, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, págs. 190-199, en concreto, pág. 190, “Ejército: organización armada en constante evolución desde la horda primitiva a la moderna división acorazada.”

ahora de forma más concreta la evolución histórica de la fuerza militar y su inequívoca interrelación con el contexto político, ideológico y además, técnico y económico. Todo ello con miras a constatar anteriores afirmaciones en su efectivo contexto histórico como, en especial, para advertir el estado básico de la fuerza militar en el siglo XIX, en el cual se gestaron los principios esenciales de su ubicación en el presente Estado constitucional. En este sentido, como no podía ser de otro modo, la atención histórica se focaliza en los contextos históricos más próximos al presente. Así, se observa de forma muy somera la situación de la fuerza armada antes del Estado moderno; por cuanto al Estado absoluto se pone el acento en los elementos que incidirían en la propia constitución de la organización política y, en especial, el legado que heredaría el Estado liberal. Es precisamente en el Estado liberal donde se concentra la atención de este capítulo, sin perjuicio de la observancia de los sistemas totalitarios fascista, nazi y marxista y, por la particular incidencia en España, de los períodos autoritarios en el presente siglo. En este sentido, las particularidades atinentes a España son objeto de particular observancia.

Sin embargo el punto de arranque no es el siglo XIX, sino que en este capítulo interesa remontarse más allá y atender, especialmente, la presencia de la disciplina y el Derecho militar, así como la evolución de la posición de la fuerza militar en la corriente histórica: en Grecia, especialmente en Roma, así como la Edad Media, en tanto precedente inmediato del Estado moderno. Así se apreciará cómo la reaparición de la disciplina y el propio desarrollo de las FAS fue un elemento esencial para la consolidación de la organización política del Estado y cuáles son las profundas interconexiones entre los Ejércitos y el Estado mismo. Todo ello ha marcado desde un inicio hasta el mismo presente las relaciones políticas de los Ejércitos con la organización política, ineludibles para cualquier atención jurídico-constitucional del mundo militar y las FAS que pretenda no quedar en la mera formalidad.

I. Fuerza armada y legitimaciones del poder hasta el Estado moderno

A) LA FUERZA MILITAR Y PODER EN LAS SOCIEDADES PRIMITIVAS: DEL CARISMA DEL JEFE GUERRERO A LAS PRIMERAS ORGANIZACIONES MILITARES Y POLÍTICAS

En las sociedades primitivas con una organización política rudimentaria o inexistente los guerreros aportaban sus propias armas y más que un Ejército constituían una horda o masa combatiente en que la organización o dirección brillaban por su ausencia¹⁸². Recuerda González-Deleito que en la Península “lo mismo que entre los celtas y germanos, muchos jóvenes guerreros se unen a un jefe valeroso y lleno de prestigio por sus hazañas y cualidades; para, formando una banda, ir, bajo su dirección, a robar sus riquezas a otros pueblos o a guerrear en otras partes”, “Como la vida del jefe es más interesante que la propia el “cliente” muere cuando se extingue la vida del jefe. Está consagrado por la “devotio” y la obediencia ha de ser ciega¹⁸³.” Como señala Guaita, en los tiempos primitivos la figura de quien ejercía el poder coincidía con la del caudillo militar y los súbditos serían a la vez guerreros, “pues se vivía en hostilidad perpetua frente a los pueblos vecinos” ¹⁸⁴. El poder que pudieran ejercer dichos guerreros sobre sus secuaces y sobre la población en la medida en la que se asentaran permanentemente estaría, pues, inicialmente basado en el carisma. Pese a darse tal obediencia ciega, no suponía que se diera una disciplina militar como organización racional de los elementos humanos y materiales, de ahí lo efímero de tales grupos armados que se hacían depender de la pervivencia del jefe armado hasta que, asentándose, establecieran determinadas formas de institucionalización del poder.

¹⁸² *Ibidem*, pág. 190.

¹⁸³ GARCÍA GALLO, *Manual de Historia de Derecho español*, Madrid, 1964, págs. 492-493, así citado en GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en *Revista Española de Derecho Militar* n° 38 julio-diciembre 1979, págs. 9-66, pág. 14.

¹⁸⁴ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “La Administración militar”, cit. pág. 107.

La historia de las organizaciones políticas y militares corre en buena medida paralela. En este sentido, destaca inicialmente Egipto como primera organización militar organizada por un Rey, que ya sobre el año 2500 adC organizaría decenas de millares de hombres contra una invasión desde Siria, su constitución en verdadera potencia hegemónica vendría de la mano de la organización y la táctica militar desde Tutmosis I hasta Ramsés II, quien se señala como primer organizador del primer Ejército regular (alrededor del año 1225 adC). Asiria se convirtió más tarde en nación conquistadora bajo Senaquerib y otros reyes, empleando tropas a pie y carros de combate. El empleo de la disciplina sobre grandes formaciones en masa de infantería por Persia y la instrucción de los soldados dotarían de preponderancia a esta organización política más tarde¹⁸⁵.

En el marco de las organizaciones políticas el grado de organización militar sería bien diverso y el Derecho aparecería como instrumento organizador de la fuerza militar en la medida en la que ésta presentara dosis mínimas de consistencia. En este sentido, señala Salcedo la presencia del Derecho para la conformación de la organización militar en diversas épocas antiguas. “La Biblia nos cuenta la vida de las familias patriarcales en Siria dedicadas al pastoreo, nómadas e independientes, es decir, estados autónomos o soberanos sin territorio, y en esa vida entraba, naturalmente, la guerra como el medio insustituible de la defensa del grupo y de sus riquezas; la legislación mosaica contiene todo un Derecho Militar íntimamente compenetrado con la organización social y política del pueblo (*Libro de los Números*, II), profundo en las excepciones que marca el servicio (*Deuteronomio*, XX 1 á 8), y que fija las normas fundamentales del Derecho de la guerra. (Id. Id. 9 á 20): de todos los pueblos antiguos, especialmente de los helénicos, podríamos decir cosas análogas; pero ellas son bien conocidas, y sería ofender vuestra ilustración el repetir las¹⁸⁶.”

¹⁸⁵ RUSELL, Don y ORBAÑAÑOS, José M., Voz “Ejército”, cit. págs. 190-191.

¹⁸⁶ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, cit. págs. 40-41. El autor, afirma que la necesidad de defenderse exigiendo la máxima entrega como presupuesto del Derecho militar ha estado presente a lo largo de la historia, sin recabar que la regulación de la organización militar por el Derecho ha dependido de la propia existencia

B) ORGANIZACIÓN MILITAR Y POLÍTICA EN LA GRECIA ANTIGUA

a) *La organización político - militar en la Grecia antigua*

Recuerda Held la importancia de la relativa independencia económica y militar de los ciudadanos de la península griega a la hora de conformar un sistema político democrático esclavista. Una organización militar basada en agricultores y campesinos implicaba la no escisión entre las armas y los propietarios. Cuando tales sujetos independientes aprecian los lazos de solidaridad que les unen se generan las pequeñas comunidades compactas formadas por una ciudadanía económica y militarmente independiente¹⁸⁷. Ciudadanos campesinos, artesanos y comerciantes medios y pobres conformaron la revolucionaria infantería ligera (el hópłita) bajo la organización disciplinada; de este modo relegaron a la vieja nobleza militar que marchaba al combate en sus pesados carros de guerra o en forma de caballería pesada. Las victorias contra Persia en las Guerras Médicas (490-479 adC) a cargo de estos hópłitas y marineros impulsarían a que quienes tenían el poder militar alcanzaran el poder político¹⁸⁸. Bajo el gobierno democrático esclavista de Pericles (446-429 adC) Atenas cobraría su máximo esplendor.

No obstante, tras la Guerra del Peloponeso (431-404 adC) impulsada por los particularismos y egoísmos individualistas de las *polis* habría de virar la tendencia democrática hacia formas de poder concentrado en minorías. La búsqueda de la paz ansiada vendría a sangre y fuego a manos de Filipo II y su hijo Alejandro Magno,

de una organización militar con un grado de complejidad mínimo. No obstante, reconoce que "Difieren las circunstancias de lugar y tiempo, que hacen más ó menos perentoria la necesidad de exigir á los ciudadanos el máximum del sacrificio personal por la defensa común; pero el principio jurídico de que al presentarse la ocasión ese máximum es justamente exigible, en todas las legislaciones late, y á veces no en las legilaciones pero sí en lo íntimo y profundo de la conciencia social." -ob. cit. pág. 41-

¹⁸⁷ HELD, David, *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1992, sobre la democracia griega Capítulo 1, págs. 27-51.

¹⁸⁸ Así se recuerda, también, en AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, Ecir, Valencia, 1986, pág. 65.

quien concebiría la idea de una monarquía universal, el perfeccionamiento de las técnicas de la disciplina conduciría a la expansión del Helenismo.

Militarmente, las milicias de las ciudades-estado griegas se caracterizaron por la rígida disciplina basada en moral especializada, educación física y continuo entrenamiento, en particular Esparta “llegó a convertirse en un campamento militar en pie de guerra”¹⁸⁹; ya Homero haría referencia a la importancia de la disciplina con su prohibición de combatir fuera de línea¹⁹⁰. Los macedónicos crearon la *falange*, formación cerrada de cuatro mil hoplitas o infantes fuertemente armados y disciplinados. Con Filipo de Macedonia y, especialmente con su hijo Alejandro Magno (siglo IV adC) se aumentó organizativamente la potencia de la falange, y se pudo llevar a cabo la invasión de Persia. La organización de la fuerza militar sobre la base de la disciplina, y no tanto los avances técnicos conferirían el predominio y consolidación de unas organizaciones políticas sobre otras¹⁹¹, Roma sería quien habría de perfeccionar la organización militar siguiendo la *receta* de la *disciplina*.

¹⁸⁹ RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz “Ejército”, cit. pág. 191. Es bien conocida en la historia la férrea organización político-militar espartana. Los ciudadanos en edad militar se agrupaban en secciones de 15 miembros cada una, todo miembro tenía que suministrar alimentos. Desde la edad de 7 años los muchachos eran educados en una vida militar y atlética.

¹⁹⁰ Así en WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, en *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, págs. 882- 889. Este apartado de la obra de Weber se ha seguido por razones de manejabilidad de quien suscribe por su reproducción en el libro AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, cit. págs. 71-80, la referencia se da en concreto en la pág. 74.

¹⁹¹ *Ibidem* pág. 75 señala que “El Ejército adiestrado de los profesionales espartanos, la *falange* macedónica, el *Lochos* sagrado de los beocios, la táctica ligera del *manípulo* de los romanos permitieron alcanzar la supremacía sobre los caballeros persas sobre milicias ciudadanas helénicas e itálicas, sobre el Ejército de masas de los barbaros”, “la clase de armas fue una consecuencia y no una causa de la disciplina”, “no fue el hierro el que introdujo el cambio, ni en la Edad media la pólvora en cuanto tal la que produjo los cambios repentinos en el arte de la guerra. Fue la disciplina de los hoplitas griegos y romanos”.

b) *La justificación del poder basada en la armonía o en la seguridad y los límites del poder*

Antes de Platón y Aristóteles se justifica la existencia de la sociedad política primordialmente como forma de garantizar la seguridad. Calicles en *Gorgias* no duda de la naturaleza depravada del hombre que es preciso superar, considera que la justicia legal no es más que la barrera establecida por la multitud de los débiles para salvarse, pues “Si hubiera un hombre con la suficiente fuerza... , pisotearía todas nuestras fórmulas, conjuros y encantamientos y todas nuestras leyes que son contrarias a la naturaleza”¹⁹². Su discípulo Licofrón partiendo de dicho egoísmo agresivo natural parece llegar –por primera vez- al contrato social establecido con el fin de gozar de cierta seguridad¹⁹³. Dicho pactismo se aprecia de forma nítida en Glaucón en el libro segundo de su “*República*”, se trata de un contrato social por el que se acuerda no dañarse mutuamente. Como se repetirá a lo largo de la historia política, la consideración de la existencia de la organización política como medio de alcanzar la seguridad se hace más intenso en los marcos históricos más individualistas y donde se parte de una visión negativa del hombre, como la de estos primeros filósofos griegos. Tucídides (460-400 adC) recuerda cómo desde la superación de los estadios primitivos del hombre la comunidad se hizo cargo de la necesaria defensa¹⁹⁴.

A diferencia de estos autores más realistas e individualistas, con Platón y Aristóteles, la necesaria convivencia pacífica y la seguridad viene a constituir una de las consecuencias de la existencia de la comunidad política, no su causa primaria. La organización política para Platón (427-347 adC) es reflejo de la armonía y producto de la misma es la convivencia pacífica en la organización política. En la *República* ésta armonía debe seguirse por la división del trabajo, y quienes tengan “alma activa”, valentía serán los encargados de la función militar de la *polis*, bajo los

¹⁹² SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 35

¹⁹³ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 35.

¹⁹⁴ TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Emecé, Buenos Aires, 1944., I, 6, así citado por OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit. pág. 40

designios de los sabios, quienes tengan el “alma racional”¹⁹⁵. En *El Político* y *Las Leyes*, dicha armonía que implica la convivencia política habrá de operarse a través de la obediencia a la Ley¹⁹⁶. Platón se había rendido a la fuerza civilizadora del Derecho.

Aunque Aristóteles (384-322 adC) no deja de insistir en que la comunidad política se crea para mucho más, reconoce como una de las causas necesarias para formar la comunidad política el “evitar daños recíprocos” y que se tiene como fin, aunque no primario, lograr la convivencia humana, pues sólo a partir de ella puede desarrollarse la verdadera naturaleza humana, distinta de la animal. La organización política natural (derivada de la razón) de la *polis* conducirá a tal convivencia¹⁹⁷. Asimismo Aristóteles advertiría el valor de lo impersonal de la ley y que ésta restaría la pasión del poder y sería el instrumento idóneo para configurar esa naturaleza social del hombre que sólo podía darse en el marco de la *Polis* a través de la ley¹⁹⁸. Así pues, en el pensamiento griego se advertiría bien pronto las ventajas instrumentales del Derecho para legitimar el poder; a la vez, el Derecho aparecía en buena medida como el conformador de la sociedad política y, por tanto, medio de alcanzar

¹⁹⁵ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 35 y ss., en concreto sobre la división y la posición del guerrero págs. 47 y 50. TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 39 y ss.

¹⁹⁶ Sobre esta segunda época, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 60 y ss., en concreto pág. 66.

¹⁹⁷ Señala SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913, en la pág. 32:

“Puso Aristóteles por base científica del Derecho público la existencia de la sociedad que es natural al hombre[...] y demostraba que le era efectivamente natural y no resultado de su voluntad, entre otros argumentos, por la necesidad que tiene de defender su vida y derechos aun contra los animales, y la imposibilidad de realizar esta defensa individualmente, siéndole indispensable para ella el concurso de sus semejantes.

Como recuerda GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 8, para Aristóteles “La Ciudad no es una mera comunidad de lugar establecida para evitar los daños recíprocos y favorecer los intercambios. Sin duda todo eso se realizará necesariamente si existe la Ciudad, pero aunque se dieran tales condiciones no hay Ciudad si no hay comunidad en el vivir bien para alcanzar una vida perfecta y suficiente, es decir, feliz y buena. La comunidad política tiene como fin las buenas acciones, no tan sólo la convivencia.” En general sobre Aristóteles, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit., págs. 75 y ss. sobre el particular, en concreto, pág. 98. Ver, también, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 44 y ss.

¹⁹⁸ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 79 y ss.

la armonía. No obstante el Derecho había de regir para los gobernantes mismos.

El pensamiento epicúreo (Epicuro 341-270 adC) vuelve a partir de la naturaleza egoísta del hombre y como consecuencia la seguridad vuelve a subrayarse. Las instituciones son buenas si satisfacen seguridad y el trato más fácil entre los hombres; se trata de poder lograr la felicidad y para ello es precisa la seguridad. De ahí que, como recuerda Sabine “los estados se forman únicamente con el fin de conseguir seguridad, en especial contra las depredaciones de otros hombres.” Se vuelve a idea del acuerdo tácito entre hombres: “El derecho y el gobierno existen para la seguridad mutua”, este pensamiento se hará presente muchos siglos después¹⁹⁹.

La negación del poder basado en la fuerza sería constante en el pensamiento griego, la armonía nunca podría estar basada en la tiranía, sino en la ley. Pese a que su apuesta por la ley sería tardía, ya desde un inicio Platón subrayaría que lo más lejano a un estado ideal es la timocracia o el Estado militar²⁰⁰. Este pensamiento quedaría impreso incluso entre quienes aprobaron la concentración del poder a manos del Monarca como Bodino. Tras el declive de la *polis* griega la institución de la monarquía se extendería. Sin embargo, las mismas dictaduras helenas nunca olvidaron que el poder era algo más que la fuerza, que el gobierno había de ser algo más que un despotismo militar. Era necesario hacer creer y, como sabemos, la convicción habría de venir de la mano de la divinidad. Pero no se olvidaría que la paz y la seguridad era uno de los intereses generales primigenios a satisfacer que fomentarían la convicción. De ahí que los reyes tocados de la mano divina eran los proveedores de la paz, por lo que se atribuirían títulos como el de “Salvador”. “Un verdadero rey era divino porque llevaba la

¹⁹⁹ Sobre el pensamiento epicúreo, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 106 y ss., en concreto las citas de las págs. 107 y 108, respectivamente.

²⁰⁰ Así lo recuerda SABINE, George, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, (18ª ed., Vicente Herrero, Trad.) 1989, pág. 65, donde señala que lo más lejano al estado ideal es la timocracia o el estado militar, haciendo referencia a su segunda época de *El político*, si bien señala que ya estaba la idea implícita en su primera época.

armonía a su reino del mismo modo que Dios lleva la armonía al mundo”²⁰¹.

C) LA HEGEMONÍA MILITAR ROMANA, LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO Y LAS PRIMERAS LIMITACIONES DEL PODER DE LA FUERZA

a) *La hegemonía de Roma gracias a la disciplina y el servicio militar*

La originaria ciudad-estado de Roma prefirió la disciplina en una época en que la mayor parte de los Ejércitos dependía de la proeza individual y las hazañas personales²⁰². De la importancia de la disciplina militar en Roma es muestra una leyenda relativa al hijo de un cónsul que fue ejecutado por dar muerte en lucha individual al general enemigo siguiendo el modelo heroico²⁰³. La opción por la disciplina implicaba el predominio de la infantería y, por ello, de la cantidad de medios personales. El reclutamiento de personal humano se llevaría a cabo a través de la obligación de empuñar las armas a todo varón entre diecisiete y cuarenta y cinco años por dos cónsules elegidos por dos años²⁰⁴. La organización disciplinada y la organización de medios personales impusieron a la postre la hegemonía romana sobre bastos territorios durante largo tiempo.

La eficiencia militar llevó primero a la conquista del Lacio, luego de Italia y después del mundo. Con la expansión romana, los Ejércitos se hicieron permanentes sobre la base del reclutamiento, más tarde, a finales de la República, los Ejércitos fueron formados por voluntarios y finalmente por profesionales, nutriéndose de mercenarios y miembros de territorios sometidos y aliados²⁰⁵. En la

²⁰¹ *Ibidem*, págs. 117 y 118.

²⁰² RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz “Ejército”, cit. págs. 191-192.

²⁰³ WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit. pág. 74.

²⁰⁴ COSIDÓ, Ignacio, “Modelos de servicio militar”, en AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 231-244, en concreto 235.

²⁰⁵ COSIDÓ, Ignacio, “Modelos de servicio militar”, cit. págs. 235-236, quien señala que la reforma de Mario consagró definitivamente el reclutamiento popular voluntario a finales del período republicano. Augusto mantendría este sistema de voluntariado, si bien reafirmaría el derecho de Roma al reclutamiento forzoso, incluso en las provincias. No obstante, la generalización del sistema voluntario, su extensión a las clases más humildes y

Península, la Guarnición Hispania a cargo de la Legión VII Gémina, quedaba compuesta por reclutados por Galba sobre voluntarios (*auxilia*) y los *hispanii* que ostentaban condición de ciudadanos romanos. Tras Diocleciano, los contribuyentes debían además reclutar soldados o dinero para hacerlo²⁰⁶. La *legión* romana, de tres a seis mil hombres, extraordinariamente disciplinada se impuso a la *falange* helénica en la batalla de Cinocéfalos, 197 adC. Bajo Augusto, el Ejército romano no llegó a constituir veinticinco legiones de seis mil hombres, con fuerzas auxiliares de caballería.

La organización militar romana basada en la técnica de la disciplina militar se instrumentaría a través del Derecho. Y el Derecho militar romano, como recuerda Salcedo sería la inmediata base histórica del Derecho militar no sólo en España, sino en todas las naciones, a decir de este autor “La tradición romana nunca se ha interrumpido en España, aunque las vicisitudes históricas la hayan perturbado en algunas épocas”²⁰⁷. Como se tendrá ocasión de atenderse, será con la consolidación del Estado y del poder monárquico cuando recobre especial centralidad el Derecho militar, en tanto medio idóneo de instrumentar la disciplina militar. Paralelamente, la jurisdicción militar, que en nuestro país persiste hasta nuestros días, encontraría sus precedentes en Roma²⁰⁸.

el constante crecimiento del Ejército, hacen que finalmente se impusiera la plena profesionalización del Ejército.

²⁰⁶ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 94.

²⁰⁷ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, cit. pág. 39 y ss., cita de la pág. 41. Sobre las fuentes del mismo, señala el autor:

“El Derecho Militar moderno no sólo en España, sino en todas las naciones, tiene por inmediata base histórica el Derecho Romano. No han llegado hasta nosotros los textos auténticos de las Ordenanzas de Augusto, Trajano y Adriano, ni los libros de Catón el Censor, Cornelio Celso, Frontino y Paterno; pero en substancia, más ó menos bien extractada y comprendida, están en el famoso Epitome de Vegetio [en nota a pie, *Epitome institutionem rei militaris*], que, aunque carezca de mérito absoluto, según opinan los más autorizados críticos, tiene para nosotros el relativo de ser el único de su clase que podemos leer, el que conservó la tradición clásica militar en la Edad Media y determinó su restauración. Textos de historiadores, y especialmente uno de Polibio, nos permiten reconstruir el cuadro de la vida militar en el pueblo rey, regida por prescripciones jurídicas esencialmente idénticas á las actuales.

La tradición romana nunca se ha interrumpido en España, aunque las vicisitudes históricas la hayan perturbado en algunas épocas; consuetudinario en parte, y siempre en alguna parte promulgado”.

²⁰⁸ Al respecto de la jurisdicción militar en Roma, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit., en concreto,

b) *De la monarquía militar a la república romana*

En el plano de las ideas, la organización política marcha a remolque de las campañas militares. Como señala Touchard “No se construyen sistemas políticos cuando el tiempo apremia y cuando los hombres de Estado son, ante todo, jefes de un Ejército en campaña sobre todos los frentes” “Por el momento hay que hacer la guerra, administrar y ganar dinero. Por esta razón las ideas políticas se adherirán de forma tan estrecha a la acción que serán completamente indisociables de ella”²⁰⁹. Y sería inicialmente el Rey quien podría llevar a cabo el proceso de organización de la fuerza. En este sentido, respecto de la etapa de la monarquía De Buján no duda en señalar “la necesidad del mando militar como justificadora de la realeza”: “Los poderes militares del *rex* quizá fuesen los pilares sobre los que se asientan todos los demás poderes propios de la realeza”, “la fundamentación del poder absoluto del monarca es precisamente su condición de jefe del Ejército”²¹⁰.” Se trataba pues de una monarquía militar.

El paso a la República habría de venir por la necesidad de controlar políticamente la fuerza militar en territorios más extensos. El medio de controlar políticamente la fuerza militar implicaría una descentralización del poder del *rex* en favor los jefes militares primero temporales, pero luego estables. “La decadencia de la monarquía se habría debido, por tanto, a la creación y consolidación de magistraturas que, usurpando las funciones políticas y militares del Rey, confinaron al monarca al campo religioso, donde sobrevivió como *rex sacrorum*”²¹¹.

págs. 15-18. Asimismo, alguna alusión a la misma se encuentra en PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 27, enero-abril de 1992, págs. 7-43, en concreto en la pág 8.

Como señalan estos autores, inicialmente la potestad jurisdiccional, confundida con el *imperium* la ejercían los jefes militares en los territorios, más tarde, se crearon jurisdicciones especiales a cargo del prefecto del Pretorio y de los *legati*. Finalmente, en el Bajo Imperio Constantino creó los *magistri militum* para juzgar en apelación las infrecciones militares.

²⁰⁹ TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 64-65.

²¹⁰ DE BUJÁN, Federico F., “Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado”, en *Revista Española de Derecho Militar* n.º 43 enero-junio de 1983, págs. 53-70, en concreto, págs. 54-55.

²¹¹ *Ibidem* pág. 59.

c) *Derecho, la institución de la dictadura y los acantonamientos militares*

En el pensamiento romano la ley se refuerza como expresión del bien común de toda la comunidad. Asimismo, comenzaría a subrayarse la idea de que la autoridad procede del pueblo y que todos hemos de ser siervos de la ley para ser más libres (Cicerón y los jurisconsultos)²¹². El poder psíquico de esta idea de legitimación del poder (obedecer la ley para ser libres) es máximo, esta abstracción -casi tan fuerte como la de la promesa de la vida eterna- sería con todo tipo de matices centro del pensamiento en los siglos XIX y XX. En todo caso, el logro de fines superiores de la comunidad, como lo es la seguridad de la “res populi” justificará apartarse del Derecho. Tanto el Estado como el Derecho son justicia y bien común y necesariamente había de contar con los poderes requeridos para conservarse y continuar su existencia: *Salus publica suprema lex est*²¹³. En Roma la “salus publica” o “salus rei publicae” suponía la “conservación”, “preservación”, “perpetuación” de la “sociedad civil”, “commonwealth” entendida como organización política²¹⁴ y ello sería fin primario que habría de anteponerse a las leyes mismas. Claro está, como también sucedió a lo largo de la historia, la seguridad comenzaba a trascender de la mera seguridad de los componentes de la organización política, se trataría de la

²¹² Con relación al pensamiento de Cicerón y los jurisconsultos romanos, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 127 y ss. y 132 y ss., respectivamente.

²¹³ Al respecto SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 131, sobre el particular afirma GARCÍA PELAYO, Manuel, “Sobre las razones históricas de la razón de Estado”, cit. págs. 295-296 “La razón de Estado queda así encuadrada en el mundo del derecho como una facultad jurídica extraordinaria inherente a la soberanía, para hacer frente a situaciones excepcionales y que en razón de la utilidad pública o de la salvación de la república -de acuerdo al principio jurídico-político *salus populi suprema lex est*- actúa contra el derecho común al tiempo que constituye su supuesto, ya que, para que exista un orden jurídico positivo, es preciso que exista el Estado y la existencia del Estado tiene su propia lógica.”

²¹⁴ Como señala Sabine el empleo de estos términos por Cicerón es “la cosa del pueblo” que equivale prácticamente al inglés antiguo de *commonwelth*” es decir, el Estado. Ver, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 130.

Por su parte CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 193 señala que “*salus publica*” o “*salus rei publicae*”, aparecen indistintamente, lo cual es lógico pues el “*populus romanus*” y “*res publica*” marchan parejas. Sin embargo señala que los clásicos de la teoría del Estado habrían de haber seguido la segunda expresión pues se trata de la conservación del Estado, pues su destino deja de estar ligado al de la supervivencia del pueblo en el que se asienta.

seguridad de la organización misma que, como veremos, cobra vida propia.

Razones de utilidad pública o la salvación de la misma comunidad podrían llegar a requerir apartarse del mismo Derecho. Por medio de la institución de la Dictadura romana las limitaciones del poder y las escisiones entre la ley y el *imperium* desaparecían temporalmente. La institución de la dictadura surge en Roma en los tiempos más remotos de la República y parece emplearse hasta después de la segunda Guerra Púnica (218-201 adC), implicando la concentración del poder en una sola persona en momentos de peligro de la comunidad, esto es, la *salus populi*. El *magister populi* o *praetor maximus*, más tarde *dictator* era nombrado por acuerdo de los cónsules o por uno de ellos, más tarde por el Senado con confirmación formal de una *lex curiata*. Bien podía suponer una atribución de poder absoluto (*dictator optima lege creatus*), bien podían atribuirse poderes para una determinada materia (*dictator inminuto iure*). La duración quedaba limitada a seis meses, suspendiendo o sometiendo las demás magistraturas. El peligro de la comunidad exigía, pues, la relegación de las instituciones y el Derecho, si bien, sólo temporalmente²¹⁵.

En la República, si bien bajo una nueva organización militar, el peso del militarismo seguiría siendo ineludible, por el progreso que significaba respecto de los Ejércitos primitivos²¹⁶. Ahora bien, la tendencia griega de no convertir en una timocracia la organización de la ciudad-estado se apreciaría también para la *civitas* republicana. Civismo y militarismo se fundían; como advierte Oehling, conviviría el aforismo *silent leges inter arma* con el *cedant arma togae*²¹⁷. Dentro de la ciudad no regiría el *ius bellicum*, encuadrado en la esfera del *ius gentium* y el *imperium militae*, sino reinaría la paz, la ley y el orden ciudadano²¹⁸. Como recuerda Mommsen “Establecía

²¹⁵ ZARZALEJOS, J. A., voz “Dictadura”, cit.; SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit.

²¹⁶ DE BUJÁN, Federico F., “Unas consideraciones generales... cit. pág. 58.

²¹⁷ OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 76. Señala el autor que el primero sería empleado por Cicerón en la célebre oración *Pro Milone*, 4, 10 y el segundo, también muy empleado desde el siglo II adC por Catón el Viejo, desarrollada por todos los historiadores, de Cicerón a Tito Livio y Floro.

²¹⁸ DE BUJÁN, Federico F., “Unas consideraciones generales... cit. pág. 60. Señala el autor que “el *Comitia Centuriata*, debido a su origen militar, se reúne fuera del *pomerium*, es decir,

la ley que ni el general ni el Ejército pudieran como tales entrar en la ciudad. Sólo el poder civil tenía derecho a estatuir reglamentariamente y para el porvenir; si bien, ciertamente, este principio estaba en el espíritu más bien que en la letra de la Constitución [...] Sucedió muchas veces que el jefe del Ejército convocó en campo raso a los soldados como Asamblea del pueblo²¹⁹." Señalan Guaita y Oehling que en el *pomœrium*, sólo se podía ejercer el poder civil, los lictores deponían simbólicamente el hacha de los fasces, las leyes protegían al ciudadano. El resto era un territorio militar, donde el manto púrpura militar sustituía a la alba túnica civil, la protección de la ley se deponía frente al *imperium* del magistrado, la disciplina era militar. Así, como señala Casado Burbano con el fin de evitar los peligros de un poder militar "habría que privar a los guerreros de algunos derechos" ciudadanos²²⁰. El acantonamiento territorial se complementaba con el acantonamiento orgánico-jurídico allí donde convivían ambos poderes en el mismo territorio: el Rey o los cónsules reunían en sus manos ambos poderes, pero con ejercicio diferenciado.

d) Imperio y decadencia político-militar

Posteriormente, cuando los servidores militares se convirtieron en sus señores, la República fue condenada a muerte, el Cónsul dio paso al simple Emperador²²¹. Desde el 28 adC una sola persona reuniría todos los poderes de todas las magistraturas, entre estos, el *imperio proconsular*, que le erigía en jefe supremo del Ejército de

fuera de los límites amurallados de la ciudad, por entenderse que dentro de la ciudad reina la paz, la ley y el ordne ciudadano. Fuera de la ciudad rige el *ius bellicum*, que se encuadra dentro de la esfera del *ius gentium*, y el *imperium militae*, frente a un pretendido y discutido *imperium domi*."

²¹⁹ MOMMSEN, *Historia de Roma*, Vol I, p. 29. Vol. I. "Desde la fundación de roma hasta la caída de los reyes", Turner, Madrid, 1983, así citado por DE BUJÁN, Federico F., "Unas consideraciones generales... cit. pág. 60.

²²⁰ CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional militar* Editoriales de derecho reunidas, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 16.

²²¹ OEHLING, Hermann, *La función política...* cit., págs. 75-77 y GUAITA MARTORELL, Aurelio, "La Administración militar", cit. pág. 108. Este último trabajo es previo al otro, que también lo recoge, si bien Oehling, amplía los datos.

Italia y en las provincias²²². Con el Imperio Romano el Emperador concentrará en sus manos tanto la fuerza como el Derecho y con el cristianismo la obediencia vendrá de la mano de la promesa de la vida eterna. Con el Derecho se evita el pecado (Séneca²²³) y el Derecho, más tarde, pasará a ser expresión del orden divino (San Agustín).

Como recuerda Guaita, el triunfo de Octavio Augusto supuso la yuxtaposición a las antiguas magistraturas de un nuevo cuadro de hombres, los del “partido” del Emperador, que pueden ser designados con la denominación aproximativa de “militares” y que, con misiones inicialmente de índole fiscal, fue el germen de la frondosa burocracia que se impuso plenamente en el Bajo Imperio. Tanto es así que a partir de Constantino (siglo IV) los romanos le daban el nombre de *militia literata* a la burocracia²²⁴. Se aprecia de este modo un fenómeno que en cierto modo habría de repetirse en el Estado moderno: la gestación del aparato burocrático civil a partir de la organización militar y emulando sus principios organizativos de la jerarquía y la disciplina.

Diversas y complejas fueron las causas del declive del Imperio Romano de Occidente, la esclavitud, el abandono de la agricultura, la crisis de producción y del transporte, la inflación, etc. ²²⁵. Sin perjuicio de las mismas, entre ellas se señala la desaparición del

²²² El imperio proconsular “abarcaba el conjunto de poderes militares, civiles y judiciales, siendo, en consecuencia, el princeps, simultáneamente, general, administrador y juez [...] este imperium le otorgaba también la vigilancia sobre la acuñación de monedas”. Además de este poder supremo, reuniría también el *poder tribunicio*, que confería “el derecho de *intercessio* contra el Senado y contra los magistrados, el de convocar y presidir tanto el Senado como los comicios, podía someter a uno y otros a proposiciones y proyectos de ley y tenía por último, del derecho de arrestar a los ciudadanos”. Finalmente el *pontificado*, erigía al princeps en pontifex maximus y, por consiguiente, ejerce la presidencia de la vida religiosa del Imperio, interpreta del Derecho religioso, fija el calendario, interviene en el nombramiento de sacerdotes y tiene jurisdicción sobre ellos”. Ver, ELLUL, J. *Historia de las instituciones en la Antigüedad*, Aguilar, Madrid, 1970, pág. 315, citado en AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 89.

²²³ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 137 y ss.

²²⁴ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “La Administración militar”, cit. pág. 110.

²²⁵ Una rápida lectura puede seguirse en AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. págs. 92-97, donde se resumen tesis esgrimidas por autores especializados como Kovaliov, Columela, Mitre o Remondon. Así como en PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, Soler, Valencia, 1980, págs. 49 y ss.

servicio militar obligatorio como una de ellas²²⁶. Como señala Mitre, ello llevó a la larga a la barbarización del Ejército, “a dejar la defensa del Imperio en manos de un Ejército integrado casi exclusivamente por bárbaros” que a su vez llevó a la indisciplina de la “masa amorfa de campesinos y bárbaros de carácter turbulento”²²⁷ y, como se ha reflejado, fue la disciplina y el servicio militar elementos básicos que encumbraron Roma. De otra parte, siguiendo a este autor, otro elemento decisivo del declive del Imperio fue la falta de control político sobre la fuerza militar desde el siglo III dC “desde el momento en que los diferentes Ejércitos provinciales se levantan en armas contra el poder central de turno y proclaman emperadores a sus generales [...] la historia del Imperio es un continuo forcejeo, no ya entre las diferentes clases sociales, sino entre los diversos grupos militares”²²⁸. Estos factores, así como el atrincheramiento del Imperio tras las posiciones fortificadas llevaron a que el Imperio fuese “una gigantesca plaza sitiada que solamente se mantiene en pie gracias a un sometimiento, a un régimen de hierro que le impone su propio Ejército”²²⁹.

Así pues, en el marco de la hegemonía romana se aprecian nítidamente fenómenos que habrían de reiterarse más de un milenio más tarde. El empleo de la técnica organizativa de la disciplina militar, parejo al predominio de la infantería provocaban, a la postre, una organización política y burocrática bien sólida. De otra parte, desde el punto de vista político se aprecia cómo el control político de la fuerza militar impuso, en un primer momento, una descentralización del poder en los jefes militares (República) y finalmente, una concentración del mismo a cargo del Emperador. Asimismo, se puede seguir la institucionalización jurídica de los

²²⁶ TIHANY, Leslie G., voz “Edad Media”, en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VII, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, págs. 75-80, en concreto pág. 75; PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. pág. 45.

²²⁷ MITRE, E. *Los germanos y las grandes invasiones*, Moretón, Bilbao, 1968, págs. 56-57, citado en AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 96.

²²⁸ *IBIDEM*, págs. 49-50, citado en AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 96. Como ahí se recuerda, veintitrés emperadores gobernaron entre el año 193 y 284.

²²⁹ *IBIDEM*, págs. 56-57, (citado pág. 96.)

límites al militarismo por medio de los acantonamientos territorial y orgánico, así como la institución de la dictadura.

La batalla de Adrianópolis (año 378 dC) marcó el fin de la legión romana, vencida por los godos empujados por los hunos. Comenzaba así el predominio de la caballería durante un millar de años²³⁰. Y el predominio de la caballería y el menosprecio de la disciplina militar correrían de nuevo paralelos a la inexistencia de una organización política fuerte durante dicho período de tiempo.

D) BÁRBAROS, CABALLEROS Y POLIARQUÍA MEDIEVAL

a) Introducción. Paz y derecho en el pensamiento cristiano, bárbaro y medieval

Las invasiones de los hunos expulsaron a los godos de las tierras del Mar Negro hacia dentro de las extensiones del Imperio, Roma sería saqueada por los bárbaros en dos ocasiones (410-455). Odoacro, mercenario germano, depondría al último emperador de occidente, Rómulo Augústulo en el año 476²³¹. Desde entonces se cifra el comienzo de la Edad Media, una gradual fusión del sentimiento cristiano y las instituciones bárbaras con el acervo de la civilización grecorromana.

La falta de una organización política sólida marca esta fase de la historia y, como a continuación se sigue, ello se corresponde con la carencia de una organización militar basada en la disciplina. El predominio de la caballería es factor decisivo para que el poder político quede disperso en una multiplicidad de centros, en ellos el señor de las armas sería el jefe político. Y hasta mucho después, no habría un poder superior que pudiese arrebatarse la primacía de estos jefes políticos en tanto en cuanto resultaba imposible concentrar en sus manos una fuerza militar basada en la caballería. La eficiencia residía en la tenencia de unas armas y caballos al alcance de muy pocos, no en la posibilidad de reclutar y organizar a un número importante de personas.

²³⁰ Así, RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz "Ejército", cit. págs. 192-193.

²³¹ TIHANY, Leslie G., voz "Edad Media", cit. pág. 75.

En el plano de las ideas, inicialmente una concepción bien negativa de la naturaleza humana se haría presente en los padres de la Iglesia, como lo fue San Agustín (354-430), y como consecuencia, la paz constituiría un concepto central del pensamiento agustiniano²³². Para el de Hipona la ciudad terrenal, la ciudad de Satán, del pecado del hombre, estaba fundada en impulsos terrenos, apetitivos y posesivos que conducen a la guerra. Y la paz solo podría ser instituida por la implantación del poder de la Iglesia (la marcha de Dios sobre la tierra), pues ésta sería la manifestación del orden divino (“*pax est ordinis tranquillitas*”²³³). De ahí que era necesaria la “República Cristiana”, pues sólo en la “Ciudad Celestial” era posible la paz y alcanzar la gracia de Dios²³⁴. Así pues, de nuevo, la paz es uno de los fines supremos que justificarían la implantación del poder político, en este caso, de la Iglesia. Pese a que en la actualidad el ejercicio directo del poder terrenal por la Iglesia es cuestión resuelta por la historia, en el pensamiento católico sigue persistiendo hasta nuestros días la idea de que la paz

²³² El orden es, según la definición agustiniana, “una adecuada disposición de las cosas semejantes o dispares en función de un fin e implica necesariamente un principio regulativo que reduzca a unidad los elementos singulares, haciendo de ellos parte de una totalidad. Este principio es la ley. Los conceptos de orden y ley guardan, pues, íntima relación entre sí: el orden, en cierto modo, no es sino la realización de la ley, y ésta, expresión o cifra del orden (de ahí que SAN AGUSTIN emplee a veces ambos términos como equivalentes). Tal idea recorrió en la cultura antigua una trayectoria triunfal. Ver, TRUYOL SERRA, A., *El Derecho y el Estado en San Agustín*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

Sobre el pensamiento de San Agustín, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 146 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 98 y ss.

²³³ Así lo recuerda, entre otros, SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit., en concreto, pág. 96, siguiendo a Truyol Serra (*Pax omnium rerum, tranquillitas ordinis. Ordo est parium dispariumque rerum sua cuique loca tribuens dispositio.*” (*De civ. Dei*, XIX, 13). Todos los hombres buscan la paz, “la paz de la ciudad” caracterizada como “la ordenada concordia de los ciudadanos en el mando y la obediencia” (*De civ. Dei*, XIX, 13, 1). Obediencia del súbdito respecto del gobernante, al igual que se produce, según el estrecho paralelismo existente entre el Estado y la familia, de la mujer al marido; al orden querido por Dios corresponde así en la familia como en el Estado, un gobierno suave, ejercido en bien de aquellos mismos sobre los que rige. Por ello, es éste el gobierno que encontramos entre los justos, cuya vida y convivencia es la más idónea para darnos una idea de lo que hubiese sido la sociedad en el estado de inocencia: en la casa el justo hasta los que mandan sirven a aquellos a quienes parece que mandan, porque no les mueve la codicia o el afán de gobernar a otros, sino el propio ministerio de cuidar y mirar por el bien de los demás, ni obran por ambición de reinar, sino por caridad (*De civ. Dei*, XIX, 14)

²³⁴ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit., en concreto págs. 148-149.

en la tierra sólo puede alcanzarse siguiendo el orden establecido por Dios (Juan XXIII, "Pacem in terris")²³⁵.

En la tradición tribal bárbara el Derecho es sinónimo de la paz de la comunidad²³⁶. Y se transmitiría a lo largo de la Edad Media la idea de que el Derecho no se crea por la autoridad, sino que se produce por la comunidad y la autoridad lo único que hace es descubrirlo y manifestarlo. Ahora bien, el Derecho es producto del tiempo, en modo alguno es expresión de una voluntad democrática. Sin embargo, el Derecho es también para el gobernante (rey sometido a las leyes), aunque como no había organización alguna del poder, no había tampoco posibilidad de control al gobernante. Estas ideas quedarían presentes a lo largo de la Edad Media, sin embargo restaría establecer un entramado jurídico constitucional que no se dio por el carácter rudimentario de la organización política poliárquica.

b) Del caballo y el honor guerrero de los bárbaros a las primeras organizaciones políticas

El caballo estaría fuertemente arraigado en los pueblos guerreros y cazadores bárbaros, no sólo en el marco militar, sino, como recordase Amiano Marcelino en el Siglo IV dC de los hunos, éstos "Pasan su vida a caballo; a caballo se reúnen en asamblea, compran, venden, comen y hasta duermen a veces. Nada iguala a la destreza con la que lanzan a larga distancia sus flechas, armadas de

²³⁵ Paz es aspiración supra, com ideal que debe realizarse y asentarse sobre el orden establecido por dios, así, Juan XXIII en Pacem in terris, nº 166. "... el profundo anhelo del que sabemos participan ardientemente todos los hombres de buena voluntad (... es) la consolidación de la paz en el mundo." "La paz en la tierra, suprema aspiración de toda la humanidad a través de la historia, es indudable que no puede establecerse ni consolidarse si no se respeta fielmente el orden establecido por dios." (*ibidem* nº 1) citados en MONTORO BALLESTEROS, Alberto, "Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 163-184, pág. 167.

²³⁶ Señala SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 155, que "Cada uno de los miembros de éste [el grupo] vivía dentro de la "paz" del pueblo, y el derecho establecía especialmente las normas necesarias para impedir que se quebrantase la paz. La proscrición, castigo primitivo del crimen, ponía a un hombre fuera de la pza del pueblo [...] el derecho establecía la composición mediante la cual podía impedirse la lucha privada y restablecerse la paz." Ya cit.

huesos aguzados, tan duros y mortíferos como el hierro²³⁷." Hasta el fin de la Edad Media la preponderancia del caballo sería manifiesta, en especial cuando se descubriera su idónea combinación con los castillos.

Las hordas bárbaras que asolaron Europa estaban formadas en mayoría por "hombres montados, indisciplinados y escasamente organizados, pero valerosos y capaces de conseguir victoria por acciones de choque y peso del número. Los jefes repartían con sus guerreros las tierras conquistadas y los despojos de la victoria" ²³⁸. La dominación de los antiguos territorios de un degenerado imperio de occidente sería militar. Pese a la escasez en número de las tribus guerreras bárbaras, no resultaría excesivamente difícil dominar militarmente a una población campesina que no opondría gran resistencia a quien, al fin y al cabo, no era más que un nuevo dueño²³⁹. Como muestra, baste señalar que de los siete millones de habitantes de la península ibérica en el siglo V, el número estimado de visigodos no pasaría de los doscientos mil²⁴⁰.

Con los germanos, como recuerda Halphen "ya no existía el tesoro público, ni funcionarios públicos, ni Estado, sino arcas de las que extraían los príncipes, sin distinción, tanto para sus necesidades privadas como para las colectivas [...], y territorios que eran considerados propiedades del rey y, como tales, transmisibles por herencia y reparto entre sus descendientes²⁴¹." Otro rasgo germánico que también persistiría hasta más allá de la Edad Media sería la exaltación de las virtudes heroicas, siempre en dirección opuesta a la disciplina, en una escasa cultura germánica cuyas únicas manifestaciones serán cantos guerreros y las leyendas épicas (sagas) que exaltan el valor de los guerreros: por ejemplo, el poema de los Nibelugnos, Leyenda de Tristán e Isolda, Lohengrin, etc.

No obstante, una vez asentados en los territorios habría que administrarlos y para ello se tomó el modelo burocrático romano,

²³⁷ AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 120.

²³⁸ RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz "Ejército", cit. pág. 193.

²³⁹ AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 122.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ HALPHEN, L. El imperio Carolingio, Uthea, México, 1965, pág. 33. Citado en AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 121.

del mismo modo la influencia cristiana sería también determinante para una fusión cultural; haría aparecer leyes comunes que institucionalizarían una monarquía en todo caso inestable²⁴², a excepción del efímero Imperio de Carlomagno. El Derecho militar en el *Liber iudiciorum* o *Lex visigothorum* sólo sería relativo a la existencia de un Ejército mandado por el rey y al servicio de un Estado para la defensa de la “patria gotorum... intra fines Hispaniae”²⁴³, para ello se reconocía la obligación de ir a la guerra y se hacía referencia a un registro para obligaciones militares²⁴⁴. Ahora bien, recuerda Escudero que “no debe creerse, en cualquier caso, que el llamamiento a filas significara una movilización general, que en raras ocasiones debió tener lugar”, los llamamientos serían por zonas para satisfacer necesidades concretas²⁴⁵. La disciplina y la jurisdicción militar decayeron. Como recuerda González-Deleito, nada se dice en el *Liber iudiciorum* sobre jurisdicción que no sea del rey, sin perjuicio de su delegación en caso de guerra. Este autor, siguiendo a Martínez de la Vega y Zegrí recuerda que fue la tónica la no particularidad de fueros, incluso en campaña, sin que ello fuera en perjuicio de la severidad de los castigos militares, que eran muy duros²⁴⁶.

c) *Una solución militar eficiente: el feudalismo. La desaparición de la disciplina y de una organización política fuerte*

Las invasiones de musulmanes y, en especial, de húngaros y normandos serían determinantes para el surgimiento del feudalismo a fines del primer milenio, si bien sus raíces derivaban

²⁴² PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. pág. 59.

²⁴³ Así citado en “Introducción Histórica”, en *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra*, editado por el Ministerio de Defensa, Talleres del Servicio Geográfico del Ejército, Madrid, 1984, págs. 2-16, en concreto, págs. 2-3.

²⁴⁴ Así en el Libro IX, Título II, Ley IV del Fuero Juzgo, referido por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 95 y GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. pág. 21.

²⁴⁵ ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, 3ª ed. Madrid, 1987, págs. 262-263, citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 95.

²⁴⁶ GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. pág. 21.

del bajo imperio y la época visigoda²⁴⁷. Como señalasen los obispos de Reims en 909 “no hay más que ciudades despobladas, monasterios destruidos o incendiados, campos reducidos a yermos”²⁴⁸. Era preciso lograr un sistema militar que impidiese nuevas invasiones masivas. Después de infringir vasto y reiterado daño, los normandos se quedarían en la tierra conquistada como colonos y organizarían su sociedad sedentaria sobre la base del modelo feudal que en la época carolingia se había instituido.

La solución militar basada en el binomio de caballeros y castillos sería determinante para la consolidación del sistema feudal y el freno de nuevas invasiones masivas. Los castillos no serían inexpugnables independientemente, por lo que había de constituirse una red para lo cual la caballería armada proporcionaría el elemento de enlace y de choque eficaz. Caballo y caballero armados fueron esenciales en el campo de operaciones, y “era relativamente fácil, para una clase dominante y guerrera, monopolizar las dos principales llaves del poder: caballo y caballero²⁴⁹.” Dado el precio del equipo, sólo los adinerados podían soñar con ser caballeros, la no escisión entre las armas y la propiedad sería determinante, como señala Weber²⁵⁰. Las barreras económicas primero pasaron a ser sociales-jurídicas y políticas, la clase guerrera se tornaría una clase cerrada, la Orden de Caballería es buen ejemplo de ello, “la clase guerrera que comienza siendo un oficio con posibilidades de que entren diversas personas, se va cerrando”²⁵¹. La nobleza aunaría el poder militar, político y se situaría en la cúpula de una organización social jerárquica. “La relación hombre-Estado ha desaparecido, siendo sustituida por una

²⁴⁷ KNIGHT, Melvin N, Voz “Feudalismo”, en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VIII, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, págs. 663-685, en concreto, pág. 664. y PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. págs. 73-91, en concreto, págs. 75-77.

²⁴⁸ Texto del año 909 de los obispos de Reims, citado por PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. pág. 75.

²⁴⁹ KNIGHT, Melvin N, Voz “Feudalismo”, cit. pág. 666.

²⁵⁰ Este sería un cambio determinante más tarde, en la génesis del Estado moderno, entre otros, WEBER, Max, *Historia económica general*, citado por MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 117-118, mayo-agosto 196, págs. 5-45, pág. 11.

²⁵¹ PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. págs. 78-79 sobre la orden de caballería.

relación hombre-hombre [...] Ha desaparecido el Estado y han aparecido una serie de diminutos y numerosos estados feudales²⁵².” Como señala Vicens Vives “Es la disolución del Estado en beneficio de una multiplicidad de señores de horca y cuchillo”²⁵³, que acuñan moneda, administran justicia, recaudan impuestos, dictan disposiciones, imponen su voluntad y sus caprichos personales y, sobre todo, mantienen un Ejército particular. Dirá Heller que “durante medio milenio, en la Edad Media, no existió el Estado en el sentido de una unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actuara de modo continuo con medios de poder propios, y claramente delimitada en lo personal y lo territorial”²⁵⁴. Se trataba de un sistema político caracterizado por la multiplicidad de centros de poder, sistema que se ha denominado *poliárquico*.

En consecuencia, como señala Porras Nadales “la defensa armada de un territorio constituye el título inicial en la configuración de la jerarquía social y en la ordenación de la estructura del poder. Es la fuente legítima de atribución de tierras (poder económico) y de integración en el *status* privilegiado de la “gente armada” (los caballeros), detentadores del poder político y jurisdiccional dentro de la estructura dominial de la Europa del medievo²⁵⁵.” El poder legítimo se fundamentaría en el uso de las armas que concentraría en sus manos un determinado estamento, el poder de las armas constituiría la fuente originaria de toda relación social (vinculaciones feudovasalláticas), económica (dominio señorial de la tierra) y de producción (prestaciones serviles del campesinado).

Ahora bien, se trataba más bien de guerreros que de militares, como captaría Ortega y Gasset, el guerrero defiende su castillo,

²⁵² AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 160

²⁵³ Vicens-Vives, J, “El feudalismo. Generalidades”, en *Historia de España y América social y económica*, Vol I., Vicens, Barcelona, 1972, págs. 255-256., cit. en AA. VV., *Historia general de las civilizaciones y del arte*, cit. pág. 160.

²⁵⁴ Así citado por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado...* cit. pág. 34. Para una referencia básica de las bases del sistema político en la Edad Media, ver, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 34-45; DE BLAS, Andrés y otros, *Introducción a la Teoría del Estado*, Teide, 1986, págs. 39-46.

²⁵⁵ PORRAS NADALES, Antonio, “La Defensa, poder militar y régimen constitucional”, cit. pág. 184.

símbolo del derecho de la persona frente al Estado, y el militar es la creación del Estado contra el castillo, de ahí que, como afirmase este autor, “La Edad Media desconoció el militarismo²⁵⁶.” Y es que al monarca no le resultaba posible llevar a cabo una de las reglas del poder, controlar la fuerza militar. La prevalencia de la caballería impedía la concentración de las armas por un débil monarca que en modo alguno podía sufragar un Ejército permanente²⁵⁷ y una fuerza no dependiente de los nobles, quienes ostentaban el poder en sus respectivos feudos. Los nobles se debían al rey por medio de las relaciones feudo vasalláticas por las que debían el *auxilium*, la obligación de presentarse con sus fuerzas en proporción a su feudo o a las necesidades de defensa. Así va a la guerra *-expeditio-* o a una cabalgada *-equitatio-* o a la custodia de castillos *-estage-*²⁵⁸. Todo ello a cambio del beneficio de tierras, feudos u honores (“feudos de dignidad”²⁵⁹) y la protección cuando fueran atacados. De este modo, las fuerzas militares se componían de diversos contingentes: las huestes de los señores, las órdenes militares, las milicias

²⁵⁶ ORTEGA Y GASSET, José, *Notas del vago estío* 7ª ed. Madrid, 1955, págs. 128, 137 y 138. págs. citadas por GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit., págs. 9-66, pág. 20.

²⁵⁷ Como recuerda Blanco Valdés siguiendo a Giddens (GIDDENS, Anthony, *The nation-State and violence*, Oxford, Polity Press, 1985), los Ejércitos medievales, “no eran sino cuerpos fluctuantes, nunca permanentes, de caballeros armados, que servían a un señor territorial a cambio de la posesión de tierras, de reducido tamaño y pobremente armados, cuyo mantenimiento no se extendía temporalmente más allá de unas pocas semanas, normalmente en verano, debido básicamente al altísimo coste de reclutamiento, mantenimiento y equipamiento de las tropas, absolutamente ruinoso para los parámetros de una economía feudal.”, Ver, BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 180-1823*, Institució Valenciana d’Estudis i Investigació-Siglo XXI Editores, Valencia-Madrid, 1988, pág. 4. También GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 118 y ss. recuerda que los Ejércitos feudales se componían de mercenarios debido a dificultades de reclutamiento, vinculados por *soldada* a un regimiento. Y era de este modo como se conformaban las tropas particulares que se ponían a disposición de la corona, que no podía sostener un Ejército permanente.

²⁵⁸ PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit., págs. 84-86; KNIGHT, Melvin N, Voz “Feudalismo”, cit. en concreto, págs. 666-667. Al respecto, ver también, MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 117-118, mayo-agosto 196, págs. 5-45, pág. 9, donde con un caso concreto señala cómo cada señor llevaba a los suyos a las conquistas.

²⁵⁹ Señala PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. pág. 86 también ahí se recuerdan los feudos de bolsa, de iglesias o agadías o feudos sobre honores o cargos.

concejiles –caballeros villanos- y, por fin, la mesnada o hueste del rey -séquito y guardia palatina-²⁶⁰.

La hegemonía de la caballería iría en perjuicio de la disciplina militar. La disciplina militar que encumbrara a Grecia y Roma quedaría relegada a una obediencia ciega al jefe político-militar que se fundamentaría básicamente a nivel social. Como recuerda De Moxó la obediencia y la subordinación “encuentran frecuentemente apoyo en los lazos privados de dependencia personal que ligan a los vasallos con sus señores, puesto que no en balde tales relaciones de vasallajes nacen impregnadas de carácter militar”²⁶¹. A decir de García Macho, el principio de lealtad de los soldados en relación de vasallaje quedaba fundamentado en el deber de sumisión al señor, si el vasallo rompía la promesa quedaba en ilegalidad. Más tarde, en la Baja Edad Media, el monarca cuenta con colaboradores, oficiales del Rey, nombrados por él, la relación es de carácter personal y cuasifamiliar de fidelidad o encomendación; desobediencia es desacato al Rey, no mera negligencia, atentado contra la suprema potestad regia, así pues se daría “una relación personal privada con el Rey, no una de tipo público con el Estado”. No se separa lo público y lo privado, se estaba sometido permanentemente a un status especial²⁶². Ahora bien, dicha obediencia ciega quedaba bien lejana de la disciplina militar y la organización. “El ideal caballeresco apelaba a la habilidad y el valor personales con descuido de la organización y la disciplina”²⁶³. Señala Weber que la descentralización económica y política coincide con el debilitamiento de la disciplina en detrimento del heroísmo. Los séquitos de los señores quedaban en “contraste radical con el soldado patrimonial o burocrático”²⁶⁴. En consecuencia, advierte Howard que los hombres de armas del feudalismo eran total y gloriosamente indisciplinados, “individuos que sencillamente

²⁶⁰ PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. pág. 125, con relación al Ejército real.

²⁶¹ DE MOXÓ, Salvador, “El Derecho militar en la España cristiana medieval”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 9-60, en concreto, pág. 11.

²⁶² GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit., en el marco de las raíces históricas de esta categoría de las relaciones es sujeción especial, págs. 113 y ss. En concreto sobre la etapa medieval, 113-116.

²⁶³ RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., *Voz “Ejército”*, cit. pág. 193.

²⁶⁴ WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit. pág. 78.

llegaban con sus instrumentos y sus herramientas para la guerra, realizaban la tarea para la que habían sido contratados, mirándose entre sí como iguales que sólo podían distinguirse por sus funciones, pero no por el estatus²⁶⁵.”

A lo largo del feudalismo, el Derecho militar persistió siendo básicamente un instrumento donde se recordaba la obligación de acudir o no a las huestes, como sucedía en el *Fuero Real*²⁶⁶. No obstante, señala De Moxó que a partir del siglo XII surgiría un nuevo Derecho militar, ya no sólo relativo a las prestaciones militares, sino también encaminado a dotar a las normas primarias de una necesaria disciplina, contemplando las normas de conducta para los hombres de guerra por mar y por tierra²⁶⁷. Serían las *Partidas*, redactadas por Alfonso X en 1265 aunque no entrarían en vigor hasta el año 1348²⁶⁸, las que iniciarían en España el camino de un Ejército permanente y serían precedente de un “renacimiento militar”²⁶⁹. En las mismas se recogería y sistematizaría la ciencia militar de la época, “anticipándose tanto que su esencia perduró varios siglos, pese a las profundas transformaciones que el nacer del Estado moderno y los Ejércitos permanentes produjeron”²⁷⁰. Ahora bien, como recuerda Esteban Ramos, “antes de Carlos V, nuestro Derecho militar debía ser bastante incompleto y falto de un sistema general, cosa por lo demás común a todas las ramas jurídicas y

²⁶⁵ HOWARD, Michael, *La guerra en la historia europea*, FCE, México, 1983, págs. 107-108, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 3.

²⁶⁶ GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit., pág. 22., señala que se trata del Libro IV, Título IV, con relación a las penas económicas, morales e, incluso, de muerte.

²⁶⁷ DE MOXÓ, Salvador, “El Derecho militar en la España cristiana medieval”, cit. pág. 16 e “Introducción Histórica”, en *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas...* cit. pág. 10

²⁶⁸ Sobre las Partidas, PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. págs. 173 y ss. Sobre las Partidas y el Derecho militar ESTEBAN RAMOS, Salvador, “Hacia un nuevo sentido del Derecho militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 11, enero-junio de 1961, págs. 89-100, en concreto, pág. 90, remite a NYS, E. “Las Siete Partidas y el derecho de Guerra”, en *Rev. De Croit International et Legislation comparé*, tomo XV, (1883), págs. 478 y ss.

²⁶⁹ Pumarola señala que Alfonso X inició el camino de los Ejércitos permanentes y España fue la precursora en el “renacimiento militar”, ver, PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. pág. 16.

²⁷⁰ “Introducción Histórica”, en *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas...* cit. pág. 3. Al respecto, también, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. pág. 23.

natural en lo militar, dado el carácter no permanente de los Ejércitos²⁷¹.”

El declive de la caballería a favor de la infantería -y la disciplina militar- que se iniciaría en el siglo catorce sería decisivo para la transición hacia el Edad moderna.

II. El renacimiento del Ejército y del Estado

A) EL RENACIMIENTO DE LA DISCIPLINA MILITAR HARÍA RENACER LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA: LA GENERACIÓN DEL ESTADO MODERNO A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN MILITAR

“La aparición en el campo de batalla de una infantería eficaz hizo tambalearse el sistema feudal en sus cimientos” ²⁷². Howard señala diversas etapas en las evoluciones organizativas y técnicas de los Ejércitos desde el siglo XIV²⁷³:

-La primera (1300-1453), aparición de los primeros cambios técnicos-estratégicos militares basados en la disciplina y la organización que implicaron el progresivo descenso del papel de la caballería feudal,

-La segunda, llamada por Finer “edad de la pica y la pistola” (1450-1550), desarrollo de la infantería y las armas de fuego.

-La tercera, en la que se dieron los cambios revolucionarios en la organización militar impulsados, entre otros, por el Príncipe Mauricio de Nassau y Gustavo de Suecia.

-Fase final, desde la paz de Westfalia de 1648, cuando se llevó a cabo una expansión y sustantiva modificación organizativa burocrática de la mayor parte de los Ejércitos de las realezas continentales hasta la revolución francesa y el Ejército napoleónico.

²⁷¹ ESTEBAN RAMOS, Salvador, “Hacia un nuevo sentido del Derecho militar”, cit., pág. 90.

²⁷² RUSELL, Don y ORBAÑAÑOS, José M., Voz “Ejército”, cit. pág. 193.

²⁷³ HOWARD, Michael, *La guerra en la historia europea*, FCE, México, 1983.

a) *El redescubrimiento de la disciplina, la aparición de la pólvora*

El binomio de caballería y castillos iba a dejar de ser eficiente. De una parte por el declive de la caballería ante la infantería organizada, de otra, por la completa vulnerabilidad de las ciudades amuralladas y los castillos ante la aparición de la pólvora y el cañón. Por cuanto a la caballería, la Guerra de los cien años, si bien se lidió en el contexto de Ejércitos feudales, se apuntaron ya algunas notas que comenzarían a virar su hegemonía durante el último milenio. Los arqueros ingleses ganaron a la caballería feudal en Crécy, 1346, Poitiers 1356 y Azincourt 1415. Con mayor significación, los batallones de piqueros suizos, burgueses con espadas y alabardas que combatieron en disciplinadas masas en forma de cuña *-falange suiza-* no precisaron coraza para derrotar a los caballeros en Morgarten 1315, Sempach 1386, Grandson 1476, Morat 1476 y Nancy 1477²⁷⁴.

En lo que se ha señalado como segunda fase, una vez asegurados los cantones suizos, las militarmente revolucionarias tropas suizas se alquilarían a las viejas monarquías del continente extendiendo este nuevo hacer militar, que pronto comenzarían a copiar y perfeccionar. De otro lado, ante el empleo de la pólvora y el cañón los castillos tardarían poco en quedar obsoletos, en adelante meras casas solariegas. La rendición del Castillo inglés de Bamborough en 1464 en no más de una semana sería simbólica²⁷⁵. Y como señala Giddens “fue decisiva en la ruptura de la tradicional significación del castillo y de la ciudad fortificada como elementos centrales del poder militar, y también de la vida social y política de la Edad Media²⁷⁶.” El redescubrimiento de la disciplina y organización militar, a la par de avances técnicos *-pólvora-*, demográficos y sociales *-desarrollo de las ciudades-* e ideológicos *-progresiva secularización-* haría variar el sistema político desde el feudalismo al Estado moderno.

²⁷⁴ RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz “Ejército”, cit. pág. 193

²⁷⁵ OCHOA, J., voz “Edad Media”, en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. IV, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, págs. 796-799, dato contenido en las págs. 798-799.

²⁷⁶ GIDDENS, Anthony, *The nation-State and violence*, cit. pág. 107 y nota 49 del capítulo 4, así citado BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 6.

La nobleza iba a dejar de monopolizar la fuerza, el caballero y el caballo; aunque persistirían un tiempo²⁷⁷, dejaban de ser el núcleo militar. La nueva escisión de la propiedad de las armas de sus portadores iba a significar un elemento determinante para el paso al Estado moderno, ahora la fuerza armada eficaz sólo iba a ser posible a través de la concentración del poder del monarca. Como se sigue más tarde, el pensamiento político seguiría, pues, la línea de la concentración del poder político (y de la fuerza) en manos del Príncipe o del Monarca (Marsilio de Padua, Maquiavelo, Bodino, etc.).

La infantería pasaba a ser la base, característica del régimen político-militar moderno hasta la mitad del siglo XVIII²⁷⁸. Y ahora lo decisivo sería la instrucción (entonces llamada “alarde”²⁷⁹) disciplinada y, sobre todo, la posibilidad de movilizar y organizar al mayor número de hombres posible. La importancia de la infantería disciplinada sobre la caballería sería crucial. Como señala Maravall, “la formación para la guerra no consistirá en una ética de caballeros, sino en una técnica militar. El nuevo “arte de la guerra” no es una sabiduría, sino una ciencia²⁸⁰.” El influjo de pensamiento renacentista puso a la razón a trabajar en el arte militar. La estrategia y la táctica pasaron a ocupar un primer lugar frente al individualismo de los Ejércitos caballerescos feudales, únicamente inspirados en el valor y el honor. Señalaría Maquiavelo que “los hombres feroces y desordenados son más fáciles de vencer que los tímidos ordenados”²⁸¹.

Comenzaría el proceso de racionalización burocrática que tan bien describe Weber frente a la acción individual propia del héroe medieval. La disciplina racional y la uniformidad de la acción ordenada serían decisivas, y la forma más racional de disciplina es la burocracia, que “en su más íntima naturaleza se opone[e]

²⁷⁷ Como recuerda WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit. pág. 75 la caballería se mantuvo hasta los siglos XVI-XVII, pues aún era necesaria, como en la guerra civil inglesa.

²⁷⁸ MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, cit. pág. 29.

²⁷⁹ *Ibidem*, cit. pág. 25.

²⁸⁰ MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, cit. pág. 17 sobre evolución de la disciplina y el orden en el Renacimiento, en especial, págs. 22 y ss.

²⁸¹ Ver, MAQUIAVELO, Nicolás, *El arte de la guerra...* cit. pág. 56.

radicalmente al carisma y al honor estamental, especialmente al honor feudal²⁸².” Ahora bien, los valores caballerescos pervivirían en la cúpula nobiliaria militar en el absolutismo e incluso en el Ejército nacional hasta nuestros días, en tanto que orientados hacia los fines monárquicos no serían incompatibles con la disciplina militar²⁸³.

Fue en España donde se dieron los primeros pasos de institucionalización de una organización militar basada en la disciplina. Más tarde, a finales del siglo XVI el Príncipe Mauricio de Nassau comprendió que eran las armas de fuego y no los choques frente a frente los elementos decisivos de la victoria militar. Las formaciones debían incrementar el poder de las armas de fuego, ello modificó la estructura interna de los Ejércitos a la vez de hacer más intensa la necesidad de la disciplina, como recuerda Valdés “ahora era necesario, en mucha mayor medida, el control en el campo de batalla: control de los movimientos, de las armas de fuego y sobre todo de las tropas, para lo cual no sólo resultaba indispensable realizar prácticas militares de forma regular, sino también actuar de forma disciplinada²⁸⁴.” Ahora bien, la organización disciplinaria no iba a resultar en modo alguno incompatible con la jerarquía social estamental heredada del feudalismo. Las bases del Ejército en buena medida se iban a corresponder con las bases sociales estamentales y la cúpula militar con la nobiliaria cúpula estamental que copaba los cuadros de mando al servicio del Rey. Por ello, hasta el final del Antiguo Régimen la obediencia al jefe militar era una obediencia

²⁸² Afirma el alemán que el “carisma cede el paso conforme se consolida la estructura permanente de la acción comunitaria a los poderes de la tradición o de la asociación racional. Su desaparición implica disminución de la acción individual, y la disciplina racional es la más poderosa de las fuerzas que hacen retroceder la acción individual, que “no es sino la realización consecuentemente racionalizada, es decir, metódicamente ejercitada, precisa e incondicionalmente opuesta a toda crítica, de una orden recibida así como la íntima actitud exclusivamente encaminada a tal realización”, si bien señala más tarde que la disciplina no está reñida con el carisma, como se sigue a continuación. Ver, WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit, págs. 71-72.

²⁸³ WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit, pág. 72 señala que “un héroe carismático puede tomar a su servicio la “disciplina” y al revés, -pág. 73-, el entusiasmo y la pasión incondicional también caben en el marco disciplinario, “Por el contrario: toda moderna guerra subraya justamente la superior importancia de los elementos “morales” en la eficacia de las tropas, utiliza recursos emotivos de toda especie” ahora bien, todo está calculado y el fervor personal tiene un rasgo objetivo, la “causa”, la finalidad”.

²⁸⁴ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 7.

natural al superior social; el súbdito, por serlo estaba privado de todo derecho, estaba “universalmente subordinado”²⁸⁵. Por otra parte, el Derecho sería instrumento idóneo para incorporar las nuevas técnicas de organización, renaciendo, especialmente en España, el Derecho militar a la par que la jurisdicción especial castrense.

La evolución de las armas de fuego no hizo sino confirmar la nueva dirección hacia la organización y la disciplina. Así, de los piqueros se pasó a los soldados armados con los arcabuces y más tarde el mosquete. Las armas de fuego para Giddens supusieron uno de los más importantes cambios tecnológicos de toda la historia humana²⁸⁶. Si bien, la tesis de Weber es que “la clase de armas fue una consecuencia y no una causa de la disciplina[...]” “La pólvora y todo el progreso de la técnica guerrera por ella provocada adquirió su importancia sólo a base de la disciplina, y en toda su extensión sólo a base de la maquinaria de guerra que aquélla presupone²⁸⁷. “ “Los diferentes avances en la tecnología militar y en la estructura de la guerra desencadenaron la centralización del poder político, la única forma de organizar una fuerza eficaz, lo cual implicó el desarrollo y progresiva consolidación de un aparato administrativo, burocrático y fiscal, que caracterizó el ascenso del absolutismo²⁸⁸.”

²⁸⁵ La entrada de pobres campesinos, delincuentes y vagos y señores en la cúpula en virtud de los sistemas de reclutamiento “introduciría en el seno del Ejército un tipo de relación entre soldado y oficial similar a la relación tradicional de dominio característico del feudalismo campesino.” Así la apariencia es que jurídicamente se imponía una obediencia ciega salvaje, que se explicaba por las exigencias de funcionamiento, pero “en el fondo, su propia virtualidad era una clara muestra del carácter –de la verdadera esencia–, de la relación que mantenían los soldados y el soberano en un Ejército real y estamental: el soldado no era sino un súbdito, que mantenía con el Rey una relación de vasallaje, dentro de la cual se incluía la prestación del servicio militar. No estamos pues en presencia de esa relación despersonalizada soldado-ciudadano/Estado, característica del Estado nacional-capitalista, sino ante una relación bien diferente: soldado-súbdito/señor. Como consecuencia de ello la prestación del servicio de armas no era sino una más de las obligaciones que llevaban aparejada la condición de súbdito, de un súbdito que por serlo estaba privado de todo derecho, estaba “universalmente subordinado.” Lo recuerda, con relación al Ejército español en el siglo XVIII, BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 42.

²⁸⁶ GIDDENS, Antony, *The nation-State and violence*, cit. pág. 107 citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 6.

²⁸⁷ WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit. pág. 75.

²⁸⁸ La cita es de BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 5. Se daban así las dos primeras fases de las tendencias que se darían en el Estado absoluto, señaladas por GIDDENS, Antony, *The nation-State and violence*, cit. págs. 105-106: la primera,

Como afirma Howard “Los cambios verdaderamente significativos ocurrieron no en los artefactos que utilizaban los Ejércitos, sino en la estructura misma de los Ejércitos y los Estados que los empleaban²⁸⁹.” Desde otro punto de vista, como recuerda Pieri, “los hombres son parte principal de la guerra, pero el dinero es su instrumento”²⁹⁰, ello implicaría un impulso decisivo para el capitalismo financiero. Como señala Weber resultó casi más importante la organización disciplinaria para el surgimiento o más bien, consolidación de la economía capitalista, que viceversa²⁹¹.

Las nuevas tácticas de los piqueros suizos las emularían alemanes, austríacos, franceses²⁹² y, en especial, los españoles. El primer proceso de racionalización y paralela concentración de la fuerza se daría en España. Aquí, las milicias nobiliarias harían su última empresa con la conquista de Granada. Importando y desarrollando la disciplina y organización militar, el Ejército español fue modelo de Europa hasta la mitad del siglo XVII (desde batalla de Pavía 1525 hasta batalla Rocroi de 1643).

Recuerda Ortega y Gasset que “Fernando el Católico es el primer Rey que comprende ser necesario al Estado una nueva forma de Ejército, entiéndase un Ejército que sirva para ganar batallas, fabricado a medida de esta finalidad y no meramente para pasear pendones y dar, si acaso, lugar al heroísmo singular y romántico del romance fronterizo [...surgió] no mucho tiempo después, el tercio castellano, prefiguración de todos los Ejércitos posteriores hasta la

en la que los cambios tecnológicos hicieron obsoletas las bases tradicionales sobre las que se daba la guerra terrestre y la segunda, en combinación con lo anterior, cuando emergió una Administración, un poder administrativo progresivamente perfeccionado dentro de los Ejércitos.

²⁸⁹ HOWARD, Michael, *La guerra en la historia europea*, cit. págs. 115-116, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 8.

²⁹⁰ Citado por MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, cit. pág. 12.

²⁹¹ Así lo sigue WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit. pág. 76 y ss. Sobre el tema, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Modelos de función pública y función pública militar”, en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales “Lucas Mallada”, Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 19-68, en concreto págs. 41-46.

²⁹² Alemanes y austríacos empezaron a formar sus propios Ejércitos (*landskenchte* o *lansequenets*), reclutados en un espectro social más amplio que los suizos. Los franceses compusieron sus ejércitos de suizos y grupos merenarios nativos. BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 5.

Revolución francesa, y aún, en ciertos caracteres, hasta la fecha actual²⁹³." Se iban a dar los tres elementos señalados por Rojas Caro para la gestación de un Ejército permanente: centralización del mando, formación de los *tercios* y, aunque en menor medida, el reclutamiento militar forzoso²⁹⁴.

Se configurarían en primer lugar las unidades de las *capitanías*²⁹⁵, el cargo de Capitán general en 1480 y, con el Gran Capitán Fernández de Córdoba, se completaría la organización militar creándose los *Tercios* que impondrían su hegemonía en Europa largo tiempo²⁹⁶. Surgió, pues, un nuevo Ejército totalmente al servicio de la Corona y pagado con fondos públicos, que arrebató la primacía a la caballería y a las milicias nobiliarias y concejiles. No obstante, si bien el reclutamiento forzoso renacería en España a partir de 1496, no comenzó a ser eficaz hasta más de un siglo después, hasta entonces serían mercenarios extranjeros el centro nuclear de las tropas reales²⁹⁷. De modo paralelo al resto de Europa,

²⁹³ ORTEGA Y GASSET, José, "Aventuras de un capitán español", prologo a *Aventuras del Capitán Alonso de Contreras*, Revista de Occidente, Madrid, 1943, pág. 164, citado por GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", cit. págs. 32 y ss.

²⁹⁴ ROJAS CARO, José, *Derecho procesal penal militar*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 83 afirma que el Ejército permanente surge cuando se producen tres fenómenos históricos: el servicio militar obligatorio general y obligatorio en 1496; la creación del cargo capitán general en 1480, con mando supremo y, en tercer lugar, la aparición de los tercios en 1534.

²⁹⁵ RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz "Ejército", cit. pág. 194, unidades de 500 hombres, con picas y arcabuces, doce capitán formaban una "coronela", completada con un cuerpo de caballería y algunas piezas de artillería.

²⁹⁶ Los tercios se componían de 3000 hombres distribuidos en doce compañías y eran mandados por un Maestro de Campo, cuatro compañías eran una coronela, mandada por un coronel, situándose por debajo capitanes, alféreces y cabos. Ver, RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz "Ejército", cit. pág. 194.

²⁹⁷ Sobre la evolución del servicio militar desde los Reyes Católicos ver BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 97 y ss. Este autor recuerda la intensa presencia de mercenarios extranjeros en las tropas reales, siguiendo a THOMPSON, I. A. A. *Guerra y decadencia. Gobierno y administración en la España de los Austrias. 1560-1620*, Crítica. Barcelona, 1981, pág. 129, "A veces Felipe II llegó a tener más de 100. 000 hombres a su servicio. Sin embargo, sólo una parte de ellos eran españoles. El Ejército de Flandes, que en su momento culminante sobrepasaba los 80 mil hombres, generalmente tenía menos de 10. 000 españoles encuadrados en él, y a veces no más de 5. 000." y PARKER, Geoffrey, *El Ejército de Flandes y el camino español, 1567-1659*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, págs. 74-75, recuerda que el Ejército de Flandes estaba interado por tropas de hasta seis "naciones" diferentes".

La gran cantidad de extranjeros en los Ejércitos absolutistas, para Busquets responde principalmente a la intención de mantener alejada la fuerza armada de la sociedad, para poder emplearla, sin problema alguno, contra la población. El ejemplo más claro de esta intención se manifiesta con el retorno de Fernando VII en 1823 que extinguió al Ejército nacional y, mediante un Convenio con Francia, mantuvo en el país unas tropas francesas

desde 1580 se pasó a la leva forzosa, que se generalizó a partir de 1625²⁹⁸. Sería precisamente en este año cuando se dio el primer intento de concentración de la fuerza militar en España, mediante la *Unión de Armas* propuesta por el Conde Duque de Olivares. Sin embargo, el freno catalán detendría hasta el siglo XIX la constitución de un Ejército nacional²⁹⁹. De otra parte, para el orden interior con los Reyes Católicos nacería la primera milicia permanente, la *Santa Hermandad*, de unos dos mil hombres³⁰⁰.

El esplendor español vendría de la mano de un Ejército basado en la disciplina militar que encumbró a hoplitas griegos y romanos. En España ya desde los Reyes Católicos y especialmente en la segunda mitad del siglo XVI el Derecho instrumentaría una organización militar basada en una disciplina férrea y una obediencia ciega a los jefes militares y, en última instancia al Rey. “Las penas acostumbraban a ser muy crueles, predominando las de muerte, había casos de responsabilidad colectiva; por ejemplo, ante

que alejasen de cualquier intento de rebelión liberal (cfr BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984, pág. 210 y, en concreto, ver la nota a pie nº 3.)

Ya griegos y romanos -como Aristóteles, Tito Livio y Polibio- o autores como Maquiavelo, combatieron la formación de las tropas por mercenarios extranjeros, sin embargo sus apelaciones no tuvieron éxito alguno, incluso tras la Revolución francesa los extranjeros siguieron formando parte de las tropas dada la huida de numerosos oficiales absolutistas y la existencia de mercenariado precedente, al que se asimiló al Ejército nacional. Al respecto, véase BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 89 y ss., y su apartado expresamente dedicado a la extranjería y el servicio militar (págs. 123-140).

²⁹⁸ Como recuerda BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 99-100, desde 1580 por falta de voluntarios se pasó a la leva forzosa, y la novedad fue que el peso de la organización administrativa pasó a ser de los Ayuntamientos a quien se les asignaba el número que habían de reclutar forzosamente. Sin embargo, los fueros locales supusieron un serio obstáculo, de ahí que la implantación fuese paulatina. Si bien fue una Ordenanza de 1590 la que establecía el sistema, el sistema sólo se generalizó y logró a partir de 1625.

²⁹⁹ La propuesta de la unión de armas se realizó el día 13 de noviembre de 1625, como fórmula para atajar las necesidades de la Defensa, que eran cubiertas por Castilla de forma casi exclusiva. El sistema consistía en la asignación de una cuota de soldados a cada uno de los reinos, dejándoseles libertad para establecer el procedimiento para su reclutamiento. Cortes Aragón y Valencia sí, Mallorca y Cerdeña se incorporaron voluntariamente a la “Unión” y Flandes se comprometió con 18 mil hombres, pero las cortes catalanas se negaron el 3 de mayo de 1626 a la aportación de tropas, la “unión” se declaró el 25 de julio de 1626, pero no se materializó de forma completa. Al respecto, TUSELL, Javier y otros, *Historia política y social moderna y contemporánea*, (2 vol.), UNED, Madrid, 1988; BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 100, quien cita sobre el particular a ELLIOT, J. H., *El Conde Duque de Olivares*, Crítica, Barcelona, 1990, págs. 251 y ss.

³⁰⁰ A la misma hacen referencia RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz “Ejército”, cit. pág. 194 y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 96.

una grave insubordinación general, se procedía diezmar a la tropa sin más averiguaciones”³⁰¹, lo cual, por otra parte y como recuerda Muga, no era extraño al Derecho penal de la época³⁰². No obstante, en estas épocas ya se tenía en cuenta la necesidad de una disciplina que precisaba del convencimiento interno³⁰³. Ordenanzas de los Reyes Católicos, el Discurso de Sánchez de Lodoño y las Ordenanzas de Alejandro Farnesio constituirían los elementos básicos del Derecho militar español prácticamente hasta el final del absolutismo español³⁰⁴ y desde entonces surgiría la jurisdicción especial castrense³⁰⁵.

³⁰¹ Ver, RODRÍQUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español*, (15ª ed.) volumen II, *Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 1285. En CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional...* cit., pág. 37, se citan algunos de los castigos corporales que se incluían en las ordenanzas de Carlos III, de 1768, en el Título X del Tratado VIII sobre “Crímenes militares y penas que a ellos corresponden”, se encuentran allí penas como la mordaza, atravesamiento de lengua con hierro candente, corte de la mano, etc.

³⁰² MUGA LÓPEZ, Faustino, “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884. (Conclusión)”, *Revista Española de Derecho Militar* nº 2, julio- diciembre de 1956, págs. 21-58, quien en la pág. 39 no duda en afirmar que “La legislación penal militar no fue ni más dura ni más exigente que la penal civil”.

³⁰³ Ver, CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional...* cit. pág. 110, nota a pie nº 21, recuerda la apuesta por el convencimiento interno como complementario de la disciplina basada en el temor realizada en el siglo XVI por el Marqués de Lodoño y el Marqués de Santa Cruz de Marcenado, que afirmaba que “débil fundamento es el temor, pues los que por el temor están sujetos, cuando llega una ocasión que les proporciona la esperanza de la impunidad se sublevan contra los jefes”.

³⁰⁴ Hasta que no existió un Ejército permanente no renacería el Derecho militar, que como se vio, a lo largo de la Edad Media no pasaría básicamente de regular las prestaciones militares de vasallos al señor y el reclutamiento privado de las huestes de los señores. Si bien en *Las Partidas* comenzaría a atisvarse la recepción de las primeras normas disciplinarias, hasta la efectiva institucionalización de un Ejército permanente con los Reyes Católicos no volvió a renacer el Derecho militar, que habría de seguir nuclearmente los principios romanos. Como recuerda SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996, pág. 26 “Durante la primera fase del Estado Absoluto, no existía un Ejército permanente, y como consecuencia tampoco un derecho militar.”

Para MONTSERRAT ALSINA, Sebastián, “El Ejército real y la jurisdicción de guerra: estado de las justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 21, enero-junio de 1966, pág. 30, el Derecho militar renace con la creación del cargo de Capitan General en 1480 y, sobre todo, con la implantación servicio militar obligatorio por pragmática de 22 de febrero 1496.

Los Reyes Católicos también dictaron unas Ordenanzas “para la buena gobernación de las gentes, de sus guardas, artillería y demás gentes de guerra y oficiales de ella” *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas...* cit. pág. 10. De este modo, como señala García Gallo, “a fines del siglo XV se constituye también con autonomía el Derecho referente a la guerra u organización militar, como consecuencia de la formación de los Ejércitos permanentes y la necesidad de mantener la disciplina”, GARCÍA GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho*

Sin embargo, si frente al resto de Europa España había sido un adelanto en cuanto a la concentración de la fuerza militar, en nuestro país se seguiría desde el siglo XVII el proceso inverso al continente, una continua *refeudalización* militar. Blanco Valdés, siguiendo a Thompson advierte que “La administración militar de España entre los reinados de Felipe II y Felipe IV fue la historia de una gradual devolución de funciones a asentistas privados y autoridades locales³⁰⁶. “ El reclutamiento se descentralizó en las autoridades locales que ganarían poder militar, se dio, en palabras de este autor una “refeudalización de la guerra” y una “remilitarización del señorío”, esto es, una “reafirmación general del dominio aristocrático dentro del gobierno y de la sociedad española que caracterizó al siglo XVII” ³⁰⁷, lo cual privó a la monarquía de actuar con firmeza e independencia en el seno del Estado³⁰⁸, la situación perduraría hasta el siglo XVIII. En resto de Europa, por el contrario se dio el proceso inverso.

español, Madrid, 1964, pág. 263, citado por SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. pág. 27.

Por orden del Duque de Alba, el Maestre de Campo Sancho de Londoño efectuaría en 1568 el “Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado”, en la que se definirían por primera vez los “grados y oficios de la milicia”, se señalarían sus obligaciones y se fijarían las penas en que incurrían quienes las quebrantaban (Ver, *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas...* cit. pág. 10).

En 1587 con Felipe II se dictarían las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 13 de mayo de 1587, adicionadas en 22 de mayo de ese año (ver, ORAA RODRÍGUEZ, Luis, “Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, págs. 39-70, pág. 50).

³⁰⁵ Con las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587 González-Deleito entiende nacimiento de la justicia militar. Así lo expresa. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. pág. 33, al respecto, págs. 33-39. Así pues, como sigue SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. pág. 29, la jurisdicción militar surgiría en la segunda fase estado absolutista, separándose nítidamente de la jurisdicción ordinaria.

³⁰⁶ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 25. Sobre el proceso seguido en España 25 y siguientes. THOMPSON, I. A. A. *Guerra y decadencia. Gobierno y administración en la España de los Austrias. 1520-1620*, Crítica, Barcelona, 1981, págs. 134-164.

³⁰⁷ THOMPSON, I. A. A. *Guerra y decadencia*. pág. 339, ahora citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 97 y ss.

³⁰⁸ El resultado final no fue otro que la dependencia total de Ejércitos semif feudales, instituciones provinciales, municipales y asentistas privados. Los cargos militares estaban en venta, lo cual, como es obvio restaba calidad a la fuera. Además, no se seguía una línea jerárquica con generales, pues los cuerpos locales sólo se obedecían a sí mismos. Mientras en el resto de Europa se nacionalizaba la empresa militar, el reclutamiento, pago, suministro, industrias bélicas, es decir, se tenían las armas y el control efectivo sobre las

b) *La centralización político-militar en Europa a través de la disciplina y la burocratización*

Hasta la mitad o finales del siglo XVI los Ejércitos tendrían un fuerte carácter privado, mercenarios a disposición de las monarquías. No obstante, se nacionalizaría la industria del Ejército y sería la administración quien se haría cargo de la función militar, siendo Francia el paradigma del proceso. En la etapa final de las señaladas por Howard, desde la paz de Westfalia de 1648, se dio una radical expansión en el número y sustantiva modificación en la estructura de la mayor parte de los Ejércitos de las monarquías europeas. Hasta la Revolución francesa y el Ejército napoleónico los avances organizativos registrados especialmente en Prusia y Francia se adoptan estos cambios con Ejércitos formados por mercenarios, campesinos pobres y sectores marginales de la población.

En Francia³⁰⁹, hasta Luis XVI los Ejércitos eran “un revoltijo de negocios privados, y la guerra un embrollo de empresas, mercados y especulaciones”³¹⁰, “la bancarrota, la indisciplina y la corrupción eran las características de los Ejércitos franceses, como la de la mayor parte de los demás, antes de 1648 y aun antes de que Luis XVI ascendiera al trono en 1660³¹¹. “La nobleza copaba los mandos y su fidelidad a la propia corona no era muy fuerte, fueron los burócratas los que nacionalizaron la empresa privada montada sobre la guerra centralizando los mandos militares y extendieron la red administrativa civil. A finales del siglo XVII se reglamentaría la disciplina y la organización militar³¹² y al final “el Ejército, hasta

mismas, con los austrias sucedió lo contrario, la privatización. Ver, BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 25 y ss..

³⁰⁹ Al respecto DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 6, 1982, págs. 9-33, en concreto, págs. 14-16 o BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 15 y ss.

³¹⁰ GOUBERT Pierre, *El Antiguo Régimen. 2. Los poderes*, Siglo XXI, Madrid, 1979, pág. 139, así citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 16.

³¹¹ HOWARD, Michael, *La guerra en la historia europea*, FCE, México, 1983, pág. 117, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 17.

³¹² Burócratas como Michel le Tellier, el Marqués de Louvois o el Marqués de Vauban serían quienes romperían estos círculos viciosos. Se fue nacionalizando la empresa privada montada sobre la guerra, rescatando cargos antiguos para centralizar el mando militar

entonces reserva de los grandes de la provincia, llegó a ser, como las provincias mismas, el dócil sirviente del Rey de Versalles. Por primera vez la teoría de la forma de gobierno se correspondía, más o menos con la actualidad: la monarquía absoluta³¹³.” Vergottini señala al respecto la existencia de una supremacía civil entendida como sumisión de la organización militar a la cúpula de la organización administrativa en cuyo vértice se situaban funcionarios civiles³¹⁴.

En Alemania³¹⁵, Federico Guillermo I, el *Rey Sargento*, en su testamento político (1667) dejó constancia de lo fundamental para la monarquía absoluta del Ejército. De un Ejército nobiliario en la que reinaba la anarquía total, Federico logró de los nobles, a cambio de concederles terribles derechos sobre el campesinado, que aceptaran la creación de un Ejército real mínimo. Impuso un férreo y preciso sistema de instrucción, a la par de importantes logros estratégicos y empleó el avance que suponía la bayoneta³¹⁶. Cuando por medio de una sólida organización militar a manos del monarca éste ganó fuerza sobre los nobles, derogó las concesiones que había establecido para con éstos³¹⁷.

(Gran almirante de Francia, generalato de las galeras), reemplazando nobles gobernadores por fieles a la corona, pero sobre todo, la base fue la extensión de una red administrativa civil francesa controlada por el Rey. Ver, RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz “Ejército”, cit. pág. 195 y BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 17-18.

³¹³ FINER, Samuel E. “State and nation-building in Europe: the role of military”, en TILLY, Carles, (comp.) *The formation of national States in western Europe*, Princenton University Press, 1975, pág. 134, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 20.

³¹⁴ DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La supremacía del poder civil... cit. pág. 15.

³¹⁵ Sobre el modelo militarista de Brandemburgo-Prusia, BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 20 y ss., quien cita básicamente a GORDON A. CRAIG, *The politics of the Prussian Army. 1640-1945*, Oxford University Press, 1979.

³¹⁶ RUSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., Voz “Ejército”, cit. pág. 195.

³¹⁷ A base de concesiones se logró primero la formación de un pequeño Ejército de ocho mil soldados y poco más tarde de veintisiete mil, fuerza con la cual se procedió a derogar sus limitaciones constitucionales en nombre de la emergencia bélica y recaudar impuestos ya sin contar con aristocracia. Con la guerra de 1672-1678 el comisariado general de guerra pasó a erigirse en pieza central de toda la maquinaria del Estado y tras la guerra los militares pasaron a controlar toda la administración (inmigración, gremios, comercios, empresas nacionales, etc.), el Comisario general pasó a ser jefe del Estado mayor, Ministro de Guerra, de Hacienda. Sobre estos presupuestos organizativos surgió además el funcionariado nacional, distante de los particularismos locales. BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 22.

El proceso de concentración de la fuerza en Inglaterra fue particular respecto del resto del continente. En la isla los Tudor llevaron un complejo proceso de concentración de los mecanismos de violencia y desmilitarizando los Ejércitos de los poderosos nobles. Con Enrique VIII se consiguió que las milicias locales pudiesen ser empleadas en el extranjero³¹⁸, ello facilitaba independencia de los poderes de los que se quería liberar el monarca. La milicia sería también baluarte fundamental para la represión de los conflictos internos. No obstante, el control político de la milicia no fue, en modo alguno tarea sencilla³¹⁹. La guerra civil de 1642 fue militarmente distinta a todo lo habido hasta entonces, ya no nobles con castillos y Ejércitos privados, ahora había que hacerse con los depósitos públicos de armas y con el control de las bandas entrenadas; la iniciativa privada ya nunca más valdría³²⁰. Los republicanos avanzaron en la centralización del Ejército, caerían los condados con su importancia militar. Con los Estuardos se transformó el formato militar inglés, creándose el germen de un futuro Ejército regular formado por voluntarios nativos pagados. Pero ya era muy tarde para la monarquía absoluta, y el Ejército perramente se incardinaría en el parlamentarismo que lo controlaría efectivamente, lo que quedó plasmado en la *Bill of Rights* de 1689³²¹. A diferencia de la Europa continental, cuando se consiguió centralizar el poder militar es precisamente cuando llegó el parlamentarismo.

c) *De los Ejércitos del Rey con funciones exteriores a la Administración del Estado, el militarismo del Antiguo Régimen*

Los Ejércitos pasaron a ser permanentes, aunque no en el sentido actual, sino en tanto cuadros de expertos y organización de

³¹⁸ Así fue en 1544, con María Tudor se constitucionalizó con un *Act* de 1557 tal posibilidad de reclutamiento, y que este fuese incluso para el extranjero. Al respecto BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 10-15; DE VERGOTTINI, Giuseppe, "La supremacía del poder civil ...", cit. en concreto, págs. 10-14.

³¹⁹ Crf. BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 13.

³²⁰ Así lo afirma BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 14.

³²¹ Donde se afirmaba, "La formación y sostenimiento de un Ejército en el Reino en tiempo de paz, sin la autorización del Parlamento son contrarios a la Ley."

suministros³²². Las tropas eran del Rey: “mis Ejércitos”, “mis regimientos”, “mis fuerzas del mar”, eran las expresiones siempre utilizadas en los documentos y disposiciones relativos a la fuerza militar³²³. La confusión entre lo público y lo privado, producto del precedente feudal, persistiría por largo tiempo³²⁴. De ahí que se confundiese el dominio con la autoridad sobre los Ejércitos que en todo caso ostentaba el monarca a quien se profesaba obediencia ciega³²⁵. No en vano el monarca había logrado la concentración y el control de la fuerza militar y la existencia misma del Estado en un mismo proceso.

A decir de López Henares³²⁶:

“El nacimiento de las Fuerzas Armadas permanentes, de forma lógica, habría de coincidir en las postrimerías del siglo XIV con la aparición del concepto de Soberanía como elemento integrante del Estado, al liquidar éste las luchas seculares contra los poderes supraestatales del Papado y el Imperio y los polos de poder infraestatal detentados por la nobleza feudal. Éste es el motivo y explicación de cómo la milicia organizada permanentemente coincide en su origen y nacimiento con la idea del Estado moderno, siendo aquélla el instrumento que asegura el carácter soberano de la institución Estado al impedir, en la esfera interna la aparición de cualquier otro grupo social que disminuya la irresistibilidad de su fuerza, o la existencia de focos de poder externo que detenten una

³²² MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, cit. pág. 6.

³²³ En efecto, “mis Ejércitos”, “mis regimientos”, “mis fuerzas del mar”, eran las expresiones siempre utilizadas en documentos y disposiciones referentes a los Ejércitos (ver CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, EDERSA, Madrid, 1982, en concreto, pág. 33).

³²⁴ Sobre la confusión que se daba entre el patrimonio público y el real, entre otros, PESET, Mariano, *Dos ensayos sobre la propiedad de la tierra*, (2ª ed.) Ed. Revista de Derecho Privado, Valencia, 1988, págs. 17 y ss.

³²⁵ Así, en las Reales Ordenanzas de Carlos III, Tratado VII, Título I se disponía que “cuando Yo resolviere que con determinado objeto se forme Ejército destinado a obrar defensiva u ofensivamente dentro o fuera de mis dominios contra enemigos de mi Corona, señalaré el paraje de asamblea en que mis tropas han de unirse”, citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, cit. pág. 32.

³²⁶ LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “La Administración militar”, cit. pág. 71.

reprensibilidad sobre sus decisiones, haciendo desaparecer su independencia.”

Por ello no se diferenciaría de la persona del monarca del *Leviatán* hasta el final del absolutismo. De este modo, como señala Olmeda, “Los Ejércitos sirven primero al Rey y, luego, a la idea abstracta del Estado”³²⁷.

Y las fuerzas del Rey serían puestas, obviamente, al servicio de sus intereses, centrados en las guerras dinásticas exteriores. Como recuerda García Marín “la aparición de los primeros síntomas de un Ejército profesionalizado y más o menos permanente, representará ante otras formaciones políticas coetáneas la imagen exterior del Rey absoluto, del monarca autoritario y soberano, aquél que no reconoce superior ni dentro ni fuera de sus fronteras” y los intereses dinásticos del monarca absoluto tenderían al expansionismo³²⁸. Una vez asentado mínimamente su poder interior, como afirmaría Rohan en el marco de la monarquía absoluta francesa “El medio, empero, más importante y eficaz contra las guerras civiles es mantener guerras en el exterior. Las guerras exteriores hacen desaparecer el ocio, dan ocupación a todo el mundo, especialmente a los espíritus ambiciosos e inquietos, eliminan el lujo y mantiene al Estado en tal reputación entre sus vecinos, que le convierten en árbitro de las contiendas entre ellos³²⁹.” El Ejército, tal y como señala Baena sería “necesario para realizar una política exterior de interés nacional, para las guerras de religión, y sobre todo para la política dinástica³³⁰.”

Ahora bien, primero había de consolidarse el poder efectivo del Monarca ya sobre el territorio, ya sobre la población gracias a la

³²⁷ Ver, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas...” cit. pág. 34.

³²⁸ GARCÍA MARÍN, José, “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)” cit.en concreto, págs. 52-53.

³²⁹ Ver, MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, (1ª ed. alemana de 1952, trad. Felipe González Vicen, con estudio preliminar de Luis Díez del Corral), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 194 en el marco de las teorías de los intereses del Estado.

³³⁰ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, (2ª ed.) vol. 1, Tecnos, Madrid, pág. 89.

fuerza militar, tal y como señalan Vergottini³³¹ y Hauriou³³². En el marco interior el Ejército sería empleado para reprimir las autonomías y contener el desarrollo de las asambleas representativas ya en las Comunidades castellanas o las Germanías valencianas³³³, ya por Felipe V para mantener la unidad del Reino dos siglos más tarde³³⁴. No obstante, como recuerda Cruz Villalón, “El restablecimiento del orden público en el antiguo régimen no podrá venir de unas fuerzas de orden interior inexistentes, ni casi nunca, del Ejército del Rey”³³⁵, instrumento muy costoso que sólo se emplearía muy esporádicamente. A decir de Porras Nadales “durante el largo período de decadencia feudal del *absolutismo* [...] el Ejército es un instrumento incontrolado al servicio del monarca, sin que exista la más mínima separación entre fuerzas militares para la seguridad y defensa exterior, y fuerzas para el orden público interior.” Sin embargo, la misma gestación y existencia de los Ejércitos permanentes conferirían, indirectamente, la paz interior. Y es que, tal y como afirma Giddens, la existencia de la fuerza

³³¹ DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983, pág. 293.

³³² HAURIOU “ el período de guerras continuas que acompañó a la formación de las naciones y a su fijación en el suelo, hizo necesaria la extensión del régimen de Estado y el carácter permanente de éste”(ci *Principios de Derecho Público y Constitucional*), Madrid, Instituto Ediciones Reus, 1927, págs. 171-176, citado por varios autores.

³³³ Así, por ejemplo en el caso de las Comunidades castellanas o las Germanías levantinas durante el primer tercio del siglo XVI. Ver, TUSELL, Javier y otros, *Historia política...* (Vol. I) cit. págs. 77 y ss.

³³⁴ En este sentido ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, Editora Nacional, Madrid, 1974, pág. 30.

³³⁵ Con relación al orden público en el Antiguo Régimen, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit., págs. 23 a 58, cita de la pág. 31, donde también se recuerda el número de agentes de la autoridad era reducidísimo. En tiempos de Felipe V el Alguacil Mayor de Madrid tenía a sus órdenes cuarenta alguaciles, el de París, sólo llegó a disponer de un máximo de mil quinientos hombre en los últimos años del absolutismo y “esto eran excepciones y París la mayor de ellas”, “el restablecimiento de l orden público en el antiguo régimen no podrá venir de unas fuerzas de orden interior intexistentes, ni casi nunca, del Ejército del Rey”.

Sin embargo, la atención inicial del mantenimiento del orden público a la hora de consolidar el poder monárquico con los Reyes Católicos fue mayor. En las Cortes ded Madrigal de 1476 nacería la primera milicia permanente con esta función, la *Santa Hermandad*, organizaión militar para orden pico interno y paz publica, compuesta por unos dos mil hombres. RUSELL, Don y ORBAÑAÑOS, José M., Voz “Ejército”, cit. pág. 194 y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág.

permanente implicaría la gestación de un poder administrativo que resultaría a la postre, pacificador³³⁶.

Como se señaló de los romanos, la existencia de una fuerza militar organizada y permanente desencadenaría por diversas vías la gestación de una Administración con algún grado de organización. De una parte, resultaría precisa la implantación de una Administración que recaudara impuestos para satisfacer las necesidades militares de los monarcas, que reclutara personal y, progresivamente, que diera satisfacción a las necesidades logísticas de avituallamiento, vestuario, etc. Eran necesarios técnicos para los avances, funcionarios que tomaran decisiones para realización, fabricación, abastecimiento y sufragar los gastos. Así, como recuerdan Giannini, Baena de Alcázar o Tusell, el engrosamiento del aparato administrativo fue producto de la existencia misma de un Ejército permanente³³⁷. Y aún es más, dicha Administración que iría gestándose emularía los principios que habían tenido su origen en el ámbito militar (jerarquía, centralización, desconcentración, demanialidad, expropiación y requisa, etc. ³³⁸). Como recuerda

³³⁶ Así lo subraya GIDDENS, Anthony, *The nation-State and violence*, cit. págs. 112-113 quien afirma:

“En el Estado absolutista, por primera vez, comenzó a producirse una situación en la cual el Ejército no era el medio básico de preservación del orden interno [...]. La otra cara del desarrollo en los medios de hacer la guerra fue el proceso de *pacificación interna* [...]. Este no fue ocasionado por el crecimiento numérico de los Ejércitos o por la elaboración de tecnologías militares. Más bien, la existencia de grandes Ejércitos permanentes y la progresión de la pacificación interna son expresiones complementarias de la concentración de fuentes administrativas del Estado. En ambos casos se contenía un salto hacia delante en la expansión del poder administrativo. En ese salto la organización militar jugó un primer papel influyendo tanto el aparato de Estado como otras organizaciones [...]. Por ello fue en gran medida en la esfera militar en donde el poder administrativo, en un moderno sentido, fue pionero.”

Citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 7 nota a pie nº 19.

³³⁷ En este sentido, GIANNINI, Severo, *Derecho Administrativo*, volumen I, (trad. Luis Ortega), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991, pág. 46. Ver también TUSELL, Javier y otros, *Historia política...* (Vol. I) cit. págs. 118 y ss. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, cit., en general, pág. 89.

³³⁸ Respecto de la importancia de las instituciones consolidadas -como lo eran la Iglesia y la Institución militar- en el proceso de institucionalización de la Administración civil, véase CARRASCO CANALS, Carlos, “Influencia de la Administración Canónica y Militar en el Derecho Administrativo”, en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, CUNEF- Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, págs. 463-507; véase también HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público...* cit. págs. 140-147, recogidos por GUAITA, Aurelio, “La Administración militar...” cit. págs. 110-111 y OEHLING, Hermann, *La función política...* cit., págs. 41-42; así como MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho*

Parada, “los cuerpos de funcionarios civiles, que a imagen de los franceses se reproducen en España, Italia y Bélgica, no son otra cosa que una copia del modelo de los cuerpos militares³³⁹.”

Como consecuencia, “la guerra y los preparativos para la guerra fueron elementos materiales que suministraron algunos de los más potentes estímulos en el proceso de concentración de fuerzas administrativas y de reorganización fiscal que caracterizó el ascenso del absolutismo³⁴⁰.” La influencia del Ejército se revela, pues, en el nacimiento de la Administración y del régimen administrativo³⁴¹. Hasta el siglo XIX la Administración civil no comenzó a consolidarse como tal y su asentamiento vino justamente por la vía del *hurto* de las competencias ejercidas por el poder militar³⁴².

El poder del rey y el mismo Estado se generó a partir de la existencia de un Ejército, y la propia estructura de éste fue la base para hacer efectivo el poder especialmente a nivel territorial. Además, el Ejército no sólo desempeñaría funciones que hoy se

administrativo militar, vol I (Introducción. Organización administrativa), Montecorvo, Madrid, 1988, págs. 161-162. En estos trabajos se recuerda como elementos que serían más tarde de la Administración civil tienen su origen en el ámbito militar: la “vis coactiva”, la teoría de la organización basada en la jerarquía, disciplina, competencia, coordinación y colegialidad, la distinción entre la Administración activa, de mando y ejecución y la Administración consultiva, de consejo, la noción de cuerpo, siendo los militares previso, las mismas prestaciones nacieron antes en el ámbito militar, la contratación militar (contrato de suministro militar), la expropiación y la requisa, la vinculación de bienes y propiedades a n fin público y, por último la división territorial, que aparecieron antes en el ámbito militar que en el propiamente civil, así como la desconcentración por Capitanías, Departamentos Marítimos y Gobiernos militares, previos a las manifestaciones homólogas civiles. (Dicha síntesis puede seguirse cómodamente en el último autor de los citados, pág. 162).

³³⁹ PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Estudio preliminar sobre función pública y globalización económica” a libro de NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 15-32, en concreto, pág. 23.

³⁴⁰ GIDDENS, Anthony, *The nation-State and violence*, cit. pág. 112, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 9.

³⁴¹ Respecto de la importancia de las instituciones consolidadas -como lo eran la Iglesia y la Institución militar- en el proceso de institucionalización de la Administración civil, véase CARRASCO CANALS, Carlos, “Influencia de la Administración Canónica y Militar en el Derecho Administrativo”, en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, CUNEF- Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, págs. 463-507; véase también HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público...* cit. págs. 140-147, recogidos por GUAITA, Aurelio, “La Administración militar...” cit. págs. 110-111 y OEHLING, Hermann, *La función política...* cit., págs. 41-42; así como MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar, vol I (Introducción. Organización administrativa)*, Montecorvo, Madrid, 1988, págs. 161 y ss.

³⁴² Ver, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. pág. 95.

denominan de seguridad del Estado, sino que sería también el brazo ejecutor de la política del monarca³⁴³. En este sentido puede señalarse el militarismo del Antiguo Régimen. Desde un inicio los agentes territoriales ejercerían el mando de los Ejércitos, además de procurar que éstos dispusieran los medios personales y materiales necesarios³⁴⁴. En España, una vez superado el proceso de descentralización del poder debido a la refeudalización militar de los Austrias, tras la Guerra de Sucesión, los virreyes desempeñaban su cargo como capitanes generales; capitanes y comandantes generales aunaron en su mano el poder militar y civil en su zona de jurisdicción. Incluso escalones administrativos intermedios estaban ocupados por mandos militares³⁴⁵, quienes desempeñaban ordinarias funciones de administración y gobierno, e incluso de tipo judicial, junto a las propiamente militares³⁴⁶. No obstante, en Francia el engrosamiento de una Administración que trajo como causa la existencia de la fuerza permanente, implicó un proceso de acantonamiento jurídico del poder militar: los órganos “civiles” fueron asumiendo la plenitud de competencias e imponiendo sus orientaciones a la organización militar³⁴⁷. Como recuerda Guaita sólo una Administración fuerte puede lograr el respeto de los órganos militares³⁴⁸. Sin embargo, siguiendo a Senechal, es característico del Antiguo Régimen la confusión de los poderes civil y militar, pues todo queda sintetizado en la persona del rey³⁴⁹. Y

³⁴³ GARCÍA MARÍN, José, “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, cit., en concreto, pág. 53.

³⁴⁴ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, cit., pág. 87.

³⁴⁵ Ver, CHRISTIANSEN, E, *Los orígenes del poder militar en España, 1800 - 1854*, Aguilar, Madrid, 1974, págs. 10-11. Las capitánías generales de provincias y el Virrey de Navarra ejercían su función por medio de gobernadores militares y tenientes del rey; a ellos se subordinaban todos los funcionarios civiles (a excepción del intendente en asuntos fiscales), a diferencia de Francia, donde a los gobernadores militares sólo concernían las misiones policiales y militares, en España su actuación versaba sobre todos los ámbitos políticos, administrativos y jurisdiccionales.

³⁴⁶ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. pág. 35, al respecto, también, ver PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, cit. págs. 247 y ss, los dos relativos al reinado de Felipe V.

³⁴⁷ DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La supremacía del poder civil...” cit. pág. 15.

³⁴⁸ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “La Administración militar”, cit. pág. 111, con relación, concretamente, a la Administración francesa del final del absolutismo.

³⁴⁹ SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1964, págs. 78-79 “cette époque est

claro, al estar concentrado unitariamente el poder y siendo que hasta las postrimerías del período absolutista no se distingue el poder civil del militar, no resulta factible una posible colisión entre ellos. No se obedece a la ley, sino al rey.

Alonso, respecto de la monarquía de Felipe V señala que era “una monarquía militar desde sus orígenes”³⁵⁰. Christiansen, refiriéndose a la evolución española, afirma que “el papel del militar en la España del siglo XVIII era tan importante en la Administración como después lo sería en la política”, de ahí que “suponer que la importancia social de los militares era una consecuencia de su intervención activa en los asuntos públicos, después de 1808, es olvidar cómo ha gobernado la antigua monarquía”³⁵¹.

c) La situación de la fuerza militar y el militarismo en la España previa al Estado liberal burgués

El largo período de refeudalización de la fuerza militar que se dio con los Austrias implicó un largo declive del Ejército en España que perdió su hegemonía desde la mitad del siglo XVII. Como recuerda Domínguez Ortiz “La profesión militar cayó en un descrédito hasta el punto que, sin escándalo de nadie un escritor podía apellidar a los soldados “una sentina de perdidos, facinerosos, crueles, lujuriosos, piratas, robadores, perjuros y blasfemos’ es lógico que ninguna persona de estimación deseara entrar en tal compañía. La necesidad de conservar los efectivos obligaba a los jefes a buscar a los más perdidos y cerrar los ojos a sus atrocidades, con lo que el círculo vicioso se estrechaba cada vez más [...] pedir limosna los militares, incluso los de graduación, era cosa corriente, y que ‘asombraba a los extranjeros’”³⁵². Alonso señala

caractérisée par la confusion des pouvoirs civils et militaires: on assiste bien à la distinction des fonctions et de leurs titulaires mais leur synthèse se fait dans la personne du Roi”.

³⁵⁰ ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 30.

³⁵¹ Ver, CHRISTIANSEN, E, *Los orígenes del poder...* cit. pág. 10.

³⁵² Recuerda denostación del Ejército DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 76-77, cita, citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 101.

en este sentido que bajo el reinado de Felipe IV se había visto “salir a robar a los caminos” a la famosa caballería de Flandes³⁵³.

Se afirma que en 1666 “todo el Ejército que tenía España se reducía a 4781 soldados de caballería y 1475 infantes³⁵⁴ y el dicho popular rezaba “Marina de España, cuatro navíos y una tartana”. Al final de siglo recuerda Cánovas del Castillo que el Ejército no era más que un mero auxilio de alemanes y holandeses³⁵⁵. Frente a los trescientos mil soldados de Luis XVI, España contaba con unos veinte mil, todos en Italia y Países Bajos³⁵⁶.

Con Felipe V se reinició una dinámica centralizadora, se reorganizó la administración y los Ejércitos y aumentó el control real³⁵⁷. Desde el inicio del siglo XVIII se adoptaron diversas medidas organizativas militares a través del Derecho. La Ordenanza de Flandes de 1701, especialmente a partir de 1729³⁵⁸ regiría la organización militar hasta las Ordenanzas de Carlos III de 1768. Una Real Cédula de noviembre de 1704 hizo aparecer en España, aún rudimentariamente, el cuerpo de oficiales, sobre el esquema nacido en Prusia y seguido en la Francia de Luis XVI³⁵⁹. El Ejército a finales del reinado de Fernando IV alcanzaría el número de 111. 625 hombres³⁶⁰, si bien, Gerardo Lobo se lamentaría de la pobreza del militar en un poema³⁶¹. Tras la muerte de Fernando VI, bajo el reinado de Carlos III los Ejércitos y la marina “saldrían de su letargo”³⁶². Con el “ilustrado” se creó por decreto de mayo de 1755

³⁵³ ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. págs. 23-24.

³⁵⁴ BALLESTEROS GAIBROIS, *Historia*, vol. IV, pág. 150, citado por ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 21 quien afirma que el cálculo, no obstante, puede pecar de excesivamente bajo.

³⁵⁵ CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio, *Introducción a las “Memorias” del marqués de la Mina*, Madrid, 1898, vol. I, pág. 150, ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. págs. 21-22.

³⁵⁶ ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. págs. 21 y 23

³⁵⁷ VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 29 y ss.; ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 23 y ss. y BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, cit. págs. 171 y ss.

³⁵⁸ Según *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas...* cit. pág. 12 se tratarían de las ordenanzas aprobadas en 1728 que regirían hasta las de Carlos III, al respecto CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 33 y ss.

³⁵⁹ ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 24.

³⁶⁰ *Ibidem* pág. 47.

³⁶¹ *Ibidem* pág. 38.

³⁶² *Ibidem* pág. 39.

la Secretaría de Estado y del Despacho militar de la Guerra, órgano de ejecución de la voluntad real, con facultades militares, políticas y administrativas³⁶³. Asimismo mediante dicha norma el monarca ataba el nombramiento de oficiales que coparía la nobleza³⁶⁴. En 1767 se crea el sistema de quintas, que sería socialmente contestado en especial en algunas regiones (Cataluña, País Vasco y Navarra), con este sistema se preanunciaba el servicio militar obligatorio liberal³⁶⁵. Los resultados del reclutamiento no variaron la calidad y la base social de las tropas, que se nutrirían de campesinos pobres, ladrones y vagos, afirmarían Gómez de Arteche que “si en éstas [las levadas] caía lo más abyecto y criminal de las poblaciones, tropezando en las redes tendidas por la policía, no era lo mejor de cada casa lo que se enredaba en las seducciones groseras de la soldadesca”³⁶⁶.

En 1768 se aprobarían las Reales Ordenanzas de Su Majestad Carlos III, cuyos principios habrían de regir los Ejércitos hasta las actuales de 1978³⁶⁷, con carácter de código unificador propio de la

³⁶³ Lo cual supuso un claro fortalecimiento, si bien con Felipe V se dividieron las competencias en dos secretarías una para guerra y marina y otra para todos los demás asuntos, y en 1714, se crearon cinco secretarías, entre ellas las de guerra y marina, BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, cit., pág. 171.

³⁶⁴ Las Ordenanzas de 1768 en su Tratado II, Título XVIII, art. 1 señalaba respecto del acceso que “el que se recibiese de Cadete ha de ser hijodalgo notorio conforme a las leyes de mis Reinos, teniendo asistencia proporcionada (que nunca baje de cuatro reales de vellón diarios) para mantenerse decentemente; y de los que fueren hijos de oficiales, en quienes no concurra esa precisa circunstancia, sólo han de ser admitidos aquellos cuyos padres sean o hayan sido capitanes.” La exigencia de nobleza se daría también en las normas de Artillería de 1804 y de Ingenieros de 1802. De este modo se cerraba el círculo social de la cúpula militar, que más tarde conformaría la particular clase militar. Al respecto de lo afirmado, FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el siglo XIX*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1978, pág. 105.

³⁶⁵ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 101 y ss., en especial 105 y ss.

³⁶⁶ ARTECHE, *Guerra de la Independencia. Historia militar de España*, vol. I, sin referencia concreta a la página según la cita de ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 104.

³⁶⁷ Sobre éstas, entre otros, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. págs. 48 y ss. También, *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas...* cit. págs. 12-13, donde se señala que se aprobaron tanto estas Reales Ordenanzas de 1768 como en los años anteriores las particulares de la Marina, de 1748 para “el gobierno militar, político y económico de su Armada naval”, complementadas en 1802 con la “Real Ordenanza Naval para el servicio de los Baxeles de S. M.”, o las de 1802 de Artillería o 1803 del Cuerpo de ingenieros. Sobre todas estas normas se señala que “estos textos clásicos encerraban en sí principios filosóficos y morales tan adelantados a su época que lograron mantener su espíritu hasta nuestros días, superando con éxito los importantes cambios producidos en la sociedad española a lo largo de dos siglos que separan la Monarquía absoluta de la parlamentaria”, si bien, reconoce líneas más abajo que con el tiempo “la casi totalidad de sus artículos fueron quedando expresa o

ilustración recogían los principios de permanencia, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos³⁶⁸.

La política militar de Carlos III a decir de De Moxó “intentaba así erigir al Ejército en columna vertebral del Estado para “controlar” la transición al siglo XIX³⁶⁹.” Se trataba para Garrido Falla de una reconversión de la nobleza para la travesía del capitalismo, los intereses de clase quedaban salvaguardados si era el Ejército el protagonista de la transición³⁷⁰. De otra parte, las Ordenanzas conferían las facultades de orden público al Ejército ante la práctica inexistencia de fuerzas policiales civiles³⁷¹. “En definitiva, la política de orden público, como la política en general, estaba en manos del Ejército en pleno siglo XVIII³⁷².” Al final del siglo el Ejército sería un “Ejército real *par excellence*, que no podía ser de otra manera ni podía ser otra cosa”³⁷³ y la importancia de la organización militar a finales del siglo XVIII estaría fuera de toda duda, como señala Alonso³⁷⁴:

“Cuantos han creído que el Ejército no influyó en la vida política española hasta el siglo XIX, confunden la política de la defensa con los golpes de Estado, y menosprecian la realidad de que seis hombres de procedencia militar [...] se sucedieron en el poder o en la influencia palatina en el período central del siglo XVIII, dirigiendo los más variados aspectos de la defensa nacional y, en definitiva, de la política de España”

implícitamente derogados o con difícil aplicación a las actuales necesidades”, señalando en esta pág. y ss. revisiones desde el siglo XIX. Ver, también, CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit.

³⁶⁸ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 30.

³⁶⁹ DE MOXÓ, Salvador, “El Derecho militar en la España cristiana medieval”, cit. pág. 49.

³⁷⁰ LÓPEZ GARRIDO, Diego, *La Constitución y los orígenes del Estado centralista*, Crítica, Barcelona, 1982, págs. 19-20.

³⁷¹ No obstante, como recuerda CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Universitat de València, Valencia, 1992, págs. 19-22, durante el siglo XVIII el modelo policial evolucionó de forma notable, por medio del compeltamento de las fuerzas auxiliares, la creación del alcalde de barrio y la aparición de la Superintendencia General del Policía.

³⁷² DE MOXÓ, Salvador, “El Derecho militar en la España cristiana medieval”, cit. pág. 49.

³⁷³ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 31

³⁷⁴ ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 35.

La lectura de las *Cartas* de Cabarrús permite acercarnos a la realidad del Ejército previo al siglo XIX. El conde apunta el parasitismo social y económico de la Institución militar, así como su pésima organización, que les lleva a la pobreza mientras provocan un insostenible coste económico a la hacienda. Siguiendo los nuevos criterios económicos y utilitaristas, Cabarrús apostaría porque los Ejércitos tuviesen algún provecho social y se empleasen para las obras públicas pues “eso supondría “convertir en utilidad y en auxilio lo que ahora es sólo carga y ruina”³⁷⁵. Critica asimismo la pésima organización de los Ejércitos, el fenómeno de la hipertrofia de los cuadros de mando que persistiría hasta el presente e implicaba un Ejército ineficaz que pese a suponer enorme carga para la hacienda real tenía grandes dificultades para pagar a los soldados³⁷⁶. Cabarrús atacaría “una educación o nula o dañosa, que sacrifica millares de individuos a la holgazanería y a la corrupción, aunque algunos pocos triunfen de ella, yo propongo subsistir otra que proporcione a todos las mismas ventajas, aunque algunos las malogren³⁷⁷.” En este sentido sostendría propuestas bien novedosas para la época, como la necesidad de homogeneizar la formación militar para todas las especialidades³⁷⁸ y afirma la necesidad de la

³⁷⁵ CABARRÚS, Conde de, *Cartas, Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, Biblioteca Regeneracionista, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1990, pág. 70, en la pág. 68 afirma “¿No tiene en ese numeroso Ejército los ingenieros que han de proyectar, los brazos que han de ejecutar, los oficiales que han de inspeccionar, y hasta un sistema de economía tradicional de cuenta y razón, mucho más exacto que el de sus oficinas?”.

³⁷⁶ “nuestro Ejército [...] abunda en abusos, de que gimen los militares mismos: tales son la desatinada plana mayor, de noventa tenientes generales y de otros tantos mariscales de campo, etcétera; tales nuestros innumerables retirados, los gobiernos militares inútiles, comisarios de guerra de todos uniformes, controladores, etc., etc. Mucho hubiera reído Federico si hubiera sabido que un Ejército que apenas contaba de cincuenta mili hombres antes de las circunstancias actuales, en que el soldado era mantenido y pagado con mucha escasez, y en que la mayor parte de la oficialidad padecía de miseria; que este Ejército, digo, costaba más de doscientos millones de reales; y que mientras un soldado percibía sólo mil reales anuales de todo gasto, el erario satisfacía cuatro mil por cada uno.” CABARRÚS, Conde de, *Cartas*, cit. pág. 120.

³⁷⁷ *Ibidem*, pág. 91.

³⁷⁸ “¿Pero para que aislar estos conocimientos, cuando todos tienen una analogía íntima entre sí?”, “coman, vistan duerman, ejercítense, soldados todos los alumnos militares, lejos la distinción tan ridícula y tan impertinente de cadetes: sean todos alternativamente soldados y cabos, pasen a ejercer de sargentos cuando salgan del colegio a sus cuerpos

disciplina militar y la vida austera no sólo de los soldados, sino también de “nuestros oficialitos, tan peripuestos y tan lindos”³⁷⁹

De otra parte, Cabarrús incidiría en una cuestión que sería fundamental en el siglo XIX: la existencia de milicias o de Ejércitos regulares. Ya desde los Austrias las milicias se emplearon no como una simple reserva, sino como una vía para canalizar el reclutamiento; con los borbones se incrementaría su número³⁸⁰. Cabarrús advirtió sus posibilidades y señalaría que “la cuestión que si debemos tener Ejército o milicias provinciales, ya de a pie, ya de a caballo. Esta cuestión se resolverá por sí misma dentro de pocos años”³⁸¹ y aunque con dudas, se inclinaría a favor de las mismas³⁸². Finalmente, por un Decreto de 1802 “las milicias pasaban a concebirse como un cuerpo armado destinado a cubrir las bajas del Ejército permanente, que se reemplazaría por esta vía y no por las más costosas y menos eficaces de la leva, el voluntariado o la propia quinta”³⁸³, se vio en ellas instrumento útil y rápido para reemplazar el vacío del Ejército permanente.

e) *Un apunte sobre la jurisdicción militar en el Estado absoluto*

Como se vio en su momento los precedentes de la jurisdicción militar cabe encontrarlos en Roma³⁸⁴. Más tarde, con el feudalismo,

respectivos, y que en cualquier parte donde haya un oficial, allí se puede formar un plan de ataque y defensa por mar y tierra”, *ibidem*, 89-90.

³⁷⁹ “quiero que de este modo contraiga la costumbre de una disciplina exacta y rigurosa; quiero fortalecer su alma, no menos de su cuerpo, con el hábito de una vida frugal y austera, con la privación absoluta del lujo y de todas las comodidades, y que nuestros oficialitos, tan peripuestos y tan lindos, [...] hagan lugar a hombres robustos, útiles y provechosos a su patria”, *ibidem*, pág. 90.

³⁸⁰ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 102 recuerda que Felipe V formó treinta y tres regimientos de milicias provinciales, en Real Ordenanza de 1734 y Carlos III las aumentó hasta cuarenta y dos en 1766.

³⁸¹ CABARRÚS, Conde de, *Cartas*, cit. pág. 89.

³⁸² CABARRÚS, Conde de, *Cartas*, cit. pág. 120.

³⁸³ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 41.

³⁸⁴ Al respecto de la jurisdicción militar en Roma, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit., en concreto, págs. 15-18. Asimismo, alguna alusión a la misma se encuentra en PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 27, enero-abril de 1992, págs. 7-43, en concreto en la pág. 8.

Como señalan estos autores, inicialmente la potestad jurisdiccional, confundida con el *imperium* la ejercían los jefes militares en los territorios, más tarde, se crearon jurisdicciones

la disciplina y, por ende, la jurisdicción militar decayeron, cada señor ostentaría la jurisdicción en su señorío sobre su población que, a la vez, constituía sus huestes³⁸⁵. Con el renacimiento de la disciplina y los Ejércitos permanentes en el Estado moderno, surgiría de nuevo la jurisdicción militar a la par del Derecho militar. Pero la jurisdicción militar no sólo sería un marco por el cual seguir principios basados en la necesidad militar, es decir, el fomento de la eficacia y la disciplina, sino que, en el marco de los precedentes feudales y de la institucionalización de un sistema estamental la jurisdicción militar sería, básicamente, la expresión de todo un sistema de privilegios. Como señala Cruz Villalón, “en el antiguo régimen la jurisdicción militar es preponderantemente un fuero, un fuero privilegiado que protege a cierto grupo de personas”. Se trataba, más bien, de una innumerable cantidad de fueros privilegiados³⁸⁶, respecto de unas competencias amplísimas que se extendían no sólo a lo militar, sino también a lo civil y administrativo³⁸⁷ y sobre un vasto ámbito personal³⁸⁸, a decir de Parada, una justicia profesional y corporativa³⁸⁹.

Sin perjuicio de ello, el juicio de las tropas por sus mandos también perseguía la eficacia y disciplina, asimismo, también

especiales a cargo del prefecto del Pretorio y de los *legati*. Finalmente, en el Bajo Imperio Constantino creo los *magistri militum* para juzgar en apelación las infrecciones militares.

³⁸⁵ Como recuerda González-Deleito, nada se dice en el *Liber iudiciorum* sobre jurisdicción que no sea del Rey, sin perjuicio de su delegación en caso de guerra. Este autor siguiendo a Martínez de la Vega y Zegrí recuerda que fue la tónica la no particularidad de fueros, incluso en campaña, sin que ello fuera en perjuicio de la severidad de los castigos militares, que eran muy duros. Ver, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. pág. 21.

³⁸⁶ MUGA LÓPEZ, Faustino, “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884. (Conclusión)”, cit., sobre la heterogénea legislación que recogía los fueros ver págs. 32 y ss. señalando “como inmediata consecuencia una desmesurada multiplicación de las cuestiones de competencia de notoria complejidad y virulencia, fuente perenne, de otra parte, de la lamentada diversidad legislativa”.

³⁸⁷ Al respecto, SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. pág. 42 señala sobre tal competencia en el reinado de Felipe II era “amplísima” abarcando lo civil, penal, militar, y lo que hoy es administrativo. Con mayor concreción, ver, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, cit. págs. 20-23.

³⁸⁸ Al respecto MUGA LÓPEZ, Faustino, “Antecedentes del Código Penal Militar de 1884. (Conclusión)”, cit., págs. 36-37 señala que abarcaba “aparte de lo que puedan ser pensable, mujeres, hijos criados, dependientes de Artillería, con fuero de músicos y armeros, de cirujanos, y fuero de criados”, ob. cit., pág. 33. Sobre el particular, también, SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. pág. 43; ROJAS CARO, José, *Derecho procesal penal militar*, cit. pág. 44.

³⁸⁹ PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, cit. pág. 8.

quedarían en el marco de la jurisdicción militar delitos que afectaban a la seguridad de los Ejércitos y la seguridad interior del reino cometidos por no aforados³⁹⁰. No obstante, a diferencia de lo que ocurriría más tarde, la jurisdicción militar no sería el idóneo instrumento de represión política; el rey no lo precisaba pues para ello contaba con las “comisiones extraordinarias”³⁹¹. Precisamente se desaforaba a los privilegiados cuando se trataba de crímenes especialmente graves que podían quedar impunes en el marco de la jurisdicción militar³⁹².

Mientras, en Inglaterra los presupuestos serían bien diferentes, donde desde bien pronto se introduciría la prohibición de la jurisdicción militar sobre personas no sometidas a la disciplina militar y, de otra parte, esta jurisdicción no tendría el carácter de privilegio que implicaban en el continente. La jurisdicción militar sería repudiada no sólo como fuero privilegiado, sino también en cuanto susceptible de funcionar como una comisión especial. Coke llegó a afirmar que “condenar a un hombre a muerte por consejo de

³⁹⁰ Así se recogía en las ordenanzas (Tratado VIII, Título II, artículos 1 a 4), citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 35. Cruz recuerda también como la Novísima recopilación (12. 10. 10, sometía a la jurisdicción militar los delitos de bandidos, contrabandistas o salteadores que hiciesen resistencia a la torpa destinada a perseguirlos, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs.. 324.

³⁹¹ *Ibidem*, págs. 113-114, señala que estas comisiones perseguían fundamentalmente la sustracción de los privilegiados de los fueros de los que gozaban en beneficio de la autoridad real. En Francia, recuerda, se emplearían las évocations”, “cas royaux” y “cas privilégiés”, sustrayendo un número progresivamente mayor de casos de todo tipo de jurisdicciones independientes.

³⁹² Así, en las ordenanzas Tratado VIII, Título III, ars 1, 2 y 3, se desaforaba a los que cometiesen delito de robo o amancebamiento dentro de la Corte y el que delinquiera en cualquier parte contra la administración y recaudación de rentas reales.

Mayor interés tiene el desafuero que se contiene en la Pragmática de Carlos III de 17 de abril de 1774, “Orden de proceder contra los que causen bullicios o conmociones populares, y privativo conocimiento de las Justicias Ordinarias.” (Novísima Recopilación, 12. 11. 5), cuyos artículos 2, 3 y 20 decretan el desafuero a todos los culpables de bullicio a favor de la jurisdicción real ordinaria. Según se disponía en el artículo 17 de dicha norma el procedimiento a seguir en tales casos sería el ordinario con las garantías existentes, si bien, según la Cédula de 2 de octubre de 1766 (Novísima Recopilación, 12. 11. 4), “si la gravedad lo exigiese” podría entender de tales delitos los “Delegados del Consejo... por particular comisión”, esto es, una comisión extraordinaria. Ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 162-165.

guerra es un asesinato”, por tales motivos quedó bien delimitada, reservada a delitos cometidos por militares³⁹³.

f) Los caracteres de los Ejércitos absolutistas

A grandes rasgos, se ha mostrado la profunda interrelación de la reaparición de la disciplina y los Ejércitos permanentes con el desarrollo del poder monárquico y la conformación del Estado. Cabe concluir este apartado relativo a la etapa moderna con los caracteres del Ejército en los momentos finales del absolutismo³⁹⁴. No serán pocas las alusiones a los mismos que se verifiquen posteriormente, estas notas figurarán en los inicios argumentales de diversas cuestiones.

- Los Ejércitos absolutos eran instrumentos dispuestos totalmente al servicio de los intereses personales o dinásticos del Monarca. Sobre ellos se confunde el dominio con la autoridad. Los Ejércitos venían a ser un conjunto de fuerzas armadas propiedad del Monarca, dispuestas a sus intereses frente a las apetencias de otros, ya extraños, ya sus propios súbditos.

- Regía el principio de obediencia ciega, los Ejércitos se estructuran jerárquicamente, en la cúspide figura el rey. El medio para alcanzar esta obediencia ciega es una disciplina férrea, que incluye los castigos corporales y una gran discrecionalidad, dicha obediencia se correspondería, por otra parte, por la relación estamental de la cúpula militar con las bases sociales de los Ejércitos.

- Los cuadros de mando estaban reservados al estamento nobiliario. Se ocupa así el hueco dejado tras la caída del feudalismo.

³⁹³ Respecto de la evolución de la jurisdicción militar en Inglaterra, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 102-105, la cita se incluye en la pág. 103, así como FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Justicia Militar en el Derecho comparado”, en *Revista General de Derecho*, números, 568-569, enero-febrero 1992, págs. 335-361, en concreto, págs. 337-338.

³⁹⁴ Caracteres basados en CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 18 y ss, sistematizados con lo afirmado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 33 y ss; . COSIDÓ, Ignacio, “Modelos de servicio militar”, en AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 231-244; BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, cit., págs. 20 y ss. y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit., págs. 94-106.

En compensación a una lealtad incondicional al Monarca, la nobleza monopoliza la jerarquía castrense. De este modo podía seguir rindiendo culto, al menos formalmente, a valores y actitudes de épocas pasadas.

- El Ejército era predominantemente profesional (en el sentido de retribuido). La tropa y marinería estaba integrada por mercenarios a sueldo -"soldados"-, entre ellos abundaban los extranjeros. Únicamente en el caso de insuficiencia de mercenarios, se recurría al reclutamiento de vagos y delincuentes, o bien por medio de sorteo, en el que quedaban excluidas las clases privilegiadas.

- Modelos de Ejércitos reducidos. La función militar se encara fundamentalmente al exterior y a las fronteras, en no pocas ocasiones el interior quedaba desguarnecido militarmente. Los enfrentamientos podían reducirse a "guerras de gabinete", que no llegaban, incluso, ni a librarse.³⁹⁵

- Fuero militar propio, el estamento castrense gozaba de jurisdicción particular, que más que por la búsqueda de la disciplina y la eficacia militar implicaba toda una serie de privilegios, exenciones e inmunidades. En virtud de ellos no pocos desmanes y abusos quedarían impunes en la realidad. La jurisdicción militar no era aún instrumento de represión política del monarca.

El devenir histórico determinó una evolución a finales del siglo XVIII de todos conocida. Los cambios revolucionarios, precedidos en Gran Bretaña con un siglo de antelación, afectaron en todos los órdenes y, especialmente, en el apartado militar.

³⁹⁵ Así, OEHLING, Hermann, *La función política...* cit., pág. 56 afirma que la guerra "es un juego matemático, un deporte de Reyes en el cual los soldados son piezas del tablero" juego "con "tempo" de chacona y ritmo de minué. Es aquello del "tirez vous les premiers, monsieurs les anglais".

B) EL PODER MONÁRQUICO Y EL ESTADO MODERNO SE
LEGITIMARON BÁSICAMENTE EN LA PAZ Y LA SEGURIDAD

a) *El pensamiento de Santo Tomás como punto de partida de la secularización del poder. La paz y el orden como fin de la organización política*

Santo Tomás (1225-1274) importaría Aristóteles al cristianismo, casi un milenio después de que San Agustín lo hubiera hecho con Platón³⁹⁶. Para Santo Tomás el hombre habría, en la medida de lo posible, de emplear su razón para acercarse a la ley eterna, al plan divino. Tal plan divino sería inaccesible directamente, sin embargo, el mismo quedó parcialmente revelado en la Biblia así como reflejado en las cosas creadas por Dios y sólo en este sentido el hombre por medio de la razón humana podría acceder a tales formas. De este modo, Santo Tomás descubre que a la naturaleza humana es propia la inclinación inherente a los hombres en vivir en sociedad así como su inclinación a conservar sus vidas. Y la ley natural ordena lo necesario para dar a esas inclinaciones humanas el mayor campo de acción posible, y las leyes propiamente humanas no habrían de ser más que un corolario de tal ley natural³⁹⁷. En consecuencia, la importancia de la paz en la organización política habría de ser sensible, así afirmarí­a que “el bien y la salvación de la sociedad organizada está en que se conserve la unidad, cuya expresión sensible es la paz, de suerte que si la paz es proscrita, perece la utilidad de la vida”³⁹⁸. De ahí en su pensamiento “es función del gobernante terreno poner los cimientos de la felicidad humana manteniendo la paz y el orden, conservarla vigilando todos los servicios”³⁹⁹. El orden en Santo Tomás ya no es sólo expresión divina, sino, también, expresión de la naturaleza humana

³⁹⁶ Sobre el pensamiento de Santo Tomás, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 188 y ss.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 83 y ss.

³⁹⁷ Al respecto, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 191 y ss. en concreto 192.

³⁹⁸ “Bonum et salus consociatae multitudinis est ut eius unitas conservetur, quae dicitur paz; qua remota socialis vitae perit utilitas”, Santo Tomás de Aquino, *De reg. princ. I, 2*, así citado en OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit. pág. 40.

³⁹⁹ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit., págs. 188 y ss. cita de la pág. 190.

(Aristóteles) que conduce a la organización de la sociedad en la búsqueda del bien general que incluye para su logro el necesario mantenimiento de la paz y el orden. De otra parte, con Santo Tomás se sigue preconizando la obediencia a la ley, pero ya se señala la existencia de límites *morales* al poder si se infringe la ley, en tanto que la ley natural y la ley humana quedaban conectadas con la superior divina.

Santo Tomás supuso una quiebra del exclusivismo de la razón divina que había prevalecido durante muchísimo tiempo en el pensamiento político. Su tenue apertura a la razón humana acabaría más tarde arrinconando a la divina. Las justificaciones del poder volverían a secularizarse, pero la paz y la seguridad continuarían figurando de forma central en todas las justificaciones del poder político, incluso se intensificaría su presencia. Dante (1265-1321) “no veía otra esperanza de paz que la unidad del Imperio bajo la autoridad omnicomprendiva del emperador”⁴⁰⁰, cuyo poder provendría directamente de Dios. Y es que dado que el hombre tiene razón, el fin o función de la especie es llevar a cabo una vida racional, y esto sólo es posible si hay una paz universal, que es la mejor de las cosas para la felicidad humana y un medio necesario para el fin último del hombre, “es imposible la existencia de la paz entre los hombres, a menos que haya un juez supremo”, el emperador⁴⁰¹. Marsilio de Padua (1280-1343), en su *Defensor Pacis* apostaría radicalmente por la completa secularización del poder, e incidiría en la concepción del Estado como un ser vivo cuya salud era la paz, que consistía en el ordenado funcionamiento de cada una de sus partes⁴⁰². La organización política era, una vez más, el único camino para alcanzar la seguridad, si bien, la primera seguridad requerida sería la de la propia organización política, se trataba más de rechazar la divinidad religiosa que de subrayar la individualidad humana. De otro lado, Marsilio de Padua señalará que la ley

⁴⁰⁰ Al respecto de Dante, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 195 y ss., cita de la pág. 195.

⁴⁰¹ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 196.

⁴⁰² SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 219 y ss., en concreto, pág. 221. Sobre Marsilio de Padua, también, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 164 y ss.

humana proviene de todo el pueblo, si bien persiste la concepción no democrática seguida a lo largo del medievo por la que la ley es producto de la comunidad.

b) La concentración del poder político del Monarca a través de la concentración de la fuerza. De la seguridad de la comunidad a la razón de Estado

En los contextos de Maquiavelo o Bodino el poder no está muy institucionalizado de forma que se separe nítidamente de la persona del monarca, hay aún “muy poco Estado”⁴⁰³. Y es precisamente el Monarca quien tiene la elevada misión de construir y consolidar la organización política que es la que confiere la seguridad. Y para ello, todo vale, por encima de la moral, la ética o el Derecho. Todo lo que suponga el fortalecimiento del poder del Príncipe redundará en beneficio último de la seguridad. Si “el Estado soy yo” (Luis XVI), el mantenimiento del dirigente es el mantenimiento del Estado, ésta será la verdadera razón de Estado que viene a surgir con Maquiavelo y persistirá hasta nuestros días. Como recuerda García Marín el “Ejército será el responsable no sólo de lo que hoy se llamaría la “seguridad del estado” -un Estado que, no lo olvidemos, se identifica ahora plenamente con la persona del monarca- sino también el brazo ejecutor de una política que, para el mayor servicio del monarca absoluto, tiende además a ser expansionista⁴⁰⁴.”

Maquiavelo (1469-1527)⁴⁰⁵ sería gran admirador de la obra de Fernando el Católico y la concentración del poder político a través de los avances militares. Con Maquiavelo la organización política

⁴⁰³ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 96 nos recuerda que Maquiavelo, Bodino y Hobbes repondieron a necesidades políticas de su tiempo, reinos más potentes o más importantes querían crear nuevas creencias que consintieran en la supremacía de los grupos dominantes mediante una justificación de su papel dominante, pero “hay muy poco Estado en la Europa renacentista y barroca”.

⁴⁰⁴ GARCÍA MARÍN, José, “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, cit. págs. 52-53.

⁴⁰⁵ Sobre Maquiavelo, en general SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 249 y ss.; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 27-50; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 202 y ss.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 85 y ss.; SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, cit. 64 y ss.

adoptaría su nomenclatura definitiva de Estado⁴⁰⁶. A su concepción pesimista y realista de la naturaleza humana egoísta y tendente a la violencia habría de corresponder una justificación del poder político centrada en la seguridad, seguridad que sería de la vida y de la propiedad. Pero a diferencia de autores anteriores, su extremo realismo le llevaría a afirmar la seguridad individual únicamente como punto de partida de un sistema político no guiado por la razón humana, sino por la razón del poder, la razón de Estado. Si la seguridad individual era el principio que fundamentaba el poder, no obstante, no iba a ser el fin del mismo, puesto que el fin último del poder no sería otro que el éxito de éste, su consolidación. En consecuencia, el fin último (la consolidación del poder) acabaría pasando por encima del principio (la seguridad). El poder no era un orden, sino una realidad.

Como recuerda Sabine, para Maquiavelo todo “gobierno que quiera tener éxito debe aspirar ante todo a la seguridad de la propiedad y la vida, ya que éstos son los deseos más universales que hay en la naturaleza humana⁴⁰⁷.” La única forma de protegerse el individuo contra las agresiones de los demás sólo podía encontrarse a través del Estado, y la seguridad sólo es posible cuando el gobierno es fuerte. Aunque sabe que la fuerza no lo es todo, sí que es fundamental, de ahí su exaltación de lo militar y de la guerra como el norte de su política: “Un príncipe no debe tener otro objeto, otro pensamiento, ni cultivar otro arte más que la guerra, el orden y disciplina de los Ejércitos, porque es el único que se espera ver ejercido por el que manda. Este arte es de tan gran utilidad que él no solamente mantiene en el trono a los que nacieron príncipes, sino que también hace subir con frecuencia a la clase de

⁴⁰⁶ No obstante como dijera POSADA, “El viejo mundo -clásico-, Grecia y Roma; el Cristianismo, la Edad Media, legan *ideas y nociones* políticas de persistente vitalidad, y que constituyen en buena parte el patrimonio ideológico característico del mundo que llamamos *occidental*. No será posible *interpretación* alguna en ningún momento, del Estado, sin tomarlas en cuenta”. Ver, POSADA, A. : *La idea pura del Estado*, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 40. Al respecto de la terminología griega, romana y de la Edad Media, así como sobre el origen de la palabra “Estado”, ver, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, págs. 157-165

⁴⁰⁷ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 256-257, cita de la pág. 257.

príncipe a algunos hombres de una condición privada.”⁴⁰⁸. La influencia de la organización militar en el Estado sería palpable. Como señala González Casanova, para Maquiavelo “La seguridad se logra allí donde *todo está previsto*... Para Maquiavelo, el modelo de ese tipo de orden es el orden militar... El Estado no es el Ejército, ni mucho menos, pero responde a los mismos principios de cálculo racional, de fuerza y de unidad al servicio de la seguridad⁴⁰⁹. Con este autor se harían expresas en la teoría política algunas dinámicas que siempre habían estado presentes en la historia y a partir de él se reforzarían: la razón de Estado. Como la ha definido Pistone, “tesis según la cual el estado, cualquiera que sea su forma, es decir su régimen y sus dimensiones, tiene una tendencia orgánica a buscar el continuo incremento y consolidación de su propia potencia, en detrimento, en último análisis, de cualquier otra finalidad [...] si aparece útil para el fin, a violar las normas de la moral y el derecho, es decir a usar los medios de la violencia más despiadada⁴¹⁰.” La “razón de Estado” unificaría estas dos tendencias: la tendencia a la permanencia de todo dirigente y la defensa de la organización política a toda costa, de modo que, en no pocas ocasiones, el individuo y su seguridad, punto de partida de la organización política, quedarían anulados. Ya no se trataría de la seguridad de sus componentes, sino de la pervivencia del poder.

El término de la “razón de Estado” surgió viciado desde su inicio. Pues de lo único que se trataba no sería de la seguridad de la comunidad -mero punto de partida para justificar al poder dirigente- sino la necesidad de consolidar el poder del Príncipe fuera de toda sujeción a la moralidad o al Derecho, siguiendo únicamente la lógica propia del poder. Con anterioridad ello ya se hacía, no había que justificar más que razones divinas o la *majestas* del monarca para matar al antojo, pero como apunta Clavero, ahora la alusión de la razón de Estado serviría para todo aquél que ostentase poder y ansiase preservarlo, desde ahora todo poder

⁴⁰⁸ MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, cit. pág. 93 (palabras con las que inicia el Capítulo XVI “De las obligaciones del príncipe en lo concerniente al arte de la guerra”).

⁴⁰⁹ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado*... cit. pág. 86, sobre este autor dedica las págs. 85 y ss.

⁴¹⁰ PISTONE, Sergio, voz “Razón de Estado”, cit., en concreto, pág. 1338.

podría matar y saltarse las más elevadas leyes divinas o humanas con la sola justificación de hacerlo en beneficio de la paz y el orden⁴¹¹. Como señala García Pelayo, con Maquiavelo y su razón de Estado se descubre la existencia de un mundo que ya “no gira en torno a Dios ni al diablo, ni a lo bueno ni a lo malo, ni a lo bello ni a lo feo, y tanto la teología como la ética o la estética son irrelevantes para comprenderlo”, sino que se rige por unas normas propias ajenas conducentes a un solo fin, dominar⁴¹², y la paz y el orden será la coletilla final que, digámoslo así, *decorará* estas acciones, en el entendimiento de que un poder fuerte implicará seguridad.

Asimismo, Maquiavelo advertiría el valor instrumental del Derecho para el poder, y en este sentido ensalzaría su papel. Pero ahora la ley ya no será algo anónimo, sino un producto del gobernante, el gobernante no sólo manifiesta el Derecho, sino que lo crea. Y en tanto producto de su decisión, lo podrá variar a su antojo y, en su caso, desobedecerlo sin problema. Todo ello porque el poder fuerte del Príncipe sería la verdadera garantía de paz: la buena y mala razón de Estado son lo mismo. Como se vio, la razón de Estado justificará desconocer por completo la ley, hecho que, con

⁴¹¹ CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, cit. pág. 22, se pone a buscar ingenuamente cómo y para qué y qué significa la razón de Estado acudiendo al contexto italiano. Así señala que “Con la razón de estado se podría matar sin mucha consideración para con la religión y ningún miramiento para con el derecho. Podía hacerse por el interés y la necesidad del estado más o menos colectivo de la república, más o menos personal del príncipe en su caso.” Sin embargo observa que “para matar lo religioso y moral y el propio derecho no exigía mucho en aquellos tiempos, entonces para qué, pues para “la posibilidad de que se hiciera sin los miramientos de la religión y sin las formalidades del derecho?” (pág. 24). Por ello, de una parte concluye que “La razón del estado podía aprovechar a más sujetos que la justicia de la majestad” (pág. 26) puesto que “majestad” no lo eran todos los príncipes por lo que “La razón del estado era razón de los estados... podía extenderse a entidades políticas no imperiales.” De otra parte, recuerda (pág. 28) que “Con la razón de estado no sólo se trataría de que otros pudieran hacer las cosas nada nuevas que algunos ya hacían; también se trataba de que, para hacerlo, habría de razonarse de otros modo.”... “donde no alcanzaban legitimidad religiosa y legitimación jurídica, pudieron entrar razonamientos desnudamente políticos y argumentos francamente económicos.” Así pues, “No sólo se trataba por supuesto de poder matar, sino también de poderse hacer otras cosas que sirviesen para potenciar un Estado, como procurarse recursos al margen de usos y acuerdos de unos estados y todo alejamiento de la justicia y la religión, del gobierno económico, no era por “alguna forma de barbarie y desorganización, sino que se promovía por la búsqueda de una paz y un orden.” (pág. 29).

⁴¹² GARCÍA PELAYO, Manuel, “Sobre las razones históricas de la razón de Estado”, en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 246-247.

mayor o menor intensidad, se ha mantenido, cuanto menos, hasta el presente.

Tras la Edad Media, en virtud de la mayor complejidad social y de las dificultades de hacer creer invocando a Dios, el Derecho iba a recobrar gran importancia como instrumento de dominación, como lo hubiese sido especialmente en el Imperio Romano. Pero como recuerda Sánchez Ferriz, el Derecho es, además “el fundamento de las pretensiones monárquicas que, no en vano oponen al Derecho romano (considerado el Derecho del Imperio) sus propios Derechos nacionales⁴¹³. El Derecho conformaría el poder, pero su función limitadora del mismo iba a quedar fuertemente relegada a un segundo plano. Habría que eliminar esta *peligrosa* idea de que el Derecho rige también para el gobernante de modo que lo limite y para el caso que se entendiese tal limitación, la razón de Estado se encargaría de desconocer el Derecho.

Así pues, aparecerá bien pronto una tradición que perdura a lo largo de la historia: todo lo que se estimase preciso para el poder dirigente aparecería justificado en última instancia por la razón de Estado, sinónimo último de paz, orden y seguridad, cuando de lo que se trataba no era más que de la satisfacción de los intereses dirigentes.

c) Poder, fuerza, Derecho y límites al poder en Bodino y autores humanistas

También la necesidad de la seguridad estaría implícita en la formulación de la idea de la soberanía de Bodino (1530-1596)⁴¹⁴, el recto gobierno que era la república incluía la defensa de los

⁴¹³ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit., pág. 29.

⁴¹⁴ Sobre Bodino, en general en general SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 297 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 227 y ss.; también, GARCÍA MARÍN, José, “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, cit. págs. 60 y ss.

La referencia a la seguridad en Bodino en razón del alterado contexto que le tocó vivir la aprecian diversos autores, así BRAVO, Pedro, en “Introducción” a *Los seis libros de la república*, cit. quien recuerda las facciones en lucha ante las que la monarquía francesa de la época se esforzaba –sin éxito– en contener, dado lugar a matanzas (noche de San Bartolomé, 23-24 agosto de 1572), por ejemplo, (págs. XVI-XXI), también, en este sentido, SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, cit. págs. 68, 69 y 70.

súbditos⁴¹⁵ pero sobre todo, la concentración del poder sería la mejor garantía frente a la convulsión de su tiempo. Como señala Meinecke respecto de Maquiavelo y Bodino, “Ambos sintieron la profunda necesidad de dar a su tiempo, sacudido por la fiebre, un médico que utilizara el poder total para su curación⁴¹⁶.” Bodino no duda en afirmar que “es evidente que será señor del estado quien sea señor de la fuerza”⁴¹⁷, pero la fuerza no legitimaría el poder, de ahí que rechazara a Maquiavelo, su negación de los límites al poder y su militarismo⁴¹⁸. Aunque Bodino parece preferir la monarquía frente a la aristocracia y el Estado popular, dado el carácter y naturaleza misma del poder soberano, no obstante, distingue nítidamente la tiranía y el Estado de la fuerza de una Monarquía legítima, la única que constituye verdaderamente una república “aquella en la que los súbditos obedecen a las leyes del monarca y el monarca a las leyes naturales.”⁴¹⁹ Los límites del poder para Bodino son básicamente el Derecho divino, la ley natural y el respeto a las

⁴¹⁵ “la principal razón para que los hombres se uniesen en sociedad y comunidades, fue para la tutela y defensa de cada uno en particular y de todos en general [...] Dado que la defensa de la vida y la persecución de lo ladrones es de derecho divino, natural y humano, es necesario adiestra a los súbditos en las armas defensivas y ofensivas, para defensa de los buenos y sujeción de los malos. Llamo ladrones y males a todos los que promueven injustamente la guerra y a los que se apoderan injustamente de bienes ajenos”, BODINO, J., *Los seis libros de la república*, cit. Libro quinto, Capítulo V, págs. 182-183. Ver también Libro I, pág. 17.

⁴¹⁶ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 59-60.

⁴¹⁷ BODINO, J., *Los seis libros de la república*, cit. Libro quinto, Capítulo V, pág. 186.

⁴¹⁸ Como señala SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. 57, también en la 67, Bodino está políticamente entre la tecnicidad de Maquiavelo y el Estado de derecho de los monarcómacos. Cabe recordar en este sentido que se denomina monarcómacos a diversos autores que en la segunda mitad del siglo XVI coinciden que la causa y finalidad del poder político está en el pueblo y el bien común y que es el consentimiento popular quien hace al rey. En muchos de sus textos hacen referencia al “contrato” y al “pacto”, considerándose, incluso, a estos autores como los inventores de la “teoría del contrato”, que implica el compromiso del rey a respetar las leyes fundamentales y quien lo quebranta es un “tirano”. En todo caso, si el tirano lo es de origen es un fuera de la ley a quien todo el mundo puede oponerse. Entre estos autores destaca Théodore de Bèze, así como François Hotman, o Philippe du Plessis-Mornay. Al respecto, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 221-224.

⁴¹⁹ Define la monarquía real o legítima como “aquella en la que los súbditos obedecen a las leyes del monarca y el monarca a las leyes naturales, gozando los súbditos de la libertad y de la propiedad de sus bienes”) de la señorial y, sobre todo, de la tiránica (“aquella en la que el monarca, menospreciando las leyes naturales, abusa de las personas libres como de esclavos y de los bienes de los súbditos como de los suyos propios”). Libro segundo, Capítulo II, pág. 82, sobre el tema, todo este Libro segundo sobre las diferencias entre un rey y un tirano.

Leyes Imperii: la Ley sálica y la inviolabilidad de la propiedad, su violación supondría la desaparición de la propia soberanía⁴²⁰. Así, aunque de una manera muy laxa, persistía alguna faceta del Derecho como límite del poder en el marco del decisionismo del monarca. Sin embargo, señalaría Bodino que la primera ley es siempre el bien del pueblo, “No hay, por eso, ninguna ley tan sagrada que no pueda ser modificada cuando así lo pide la necesidad” en beneficio de la *salus populi*, en este sentido, efectuaría no pocas aportaciones por cuanto a la institución de la dictadura comisarial⁴²¹.

Bajo presupuestos humanistas como los de Erasmo (1467-1536), Vitoria (1480-1546) e incluso Suárez (1548-1617) las construcciones políticas seguirían fortaleciendo el poder monárquico. Pese a que en algunos casos tuvieran apariencias democráticas, en tanto que se afirmaría la emanación popular del poder o se reconocerían los derechos naturales, los límites al poder serían de índole moral, sólo para la conciencia del Monarca⁴²². No obstante, cabe mencionar la idea de control del poder monárquico en aras de la paz, tal y como la formulase Erasmo. A su juicio, un régimen belicoso no puede ser un buen régimen y es preciso limitar la arbitrariedad del capricho real, siendo necesario obtener el consentimiento de la nación para emprender una guerra. Ahora bien, se trataba de una exigencia moral⁴²³.

En el siglo XVII autores como Clapmar teorizarán sobre la idea del arcana imperii, esto es, el reconocimiento del empleo de ciertos ardides, incluso la astucia y el fraude, para alcanzar un fin. El cálculo del príncipe y de su Consejo secreto es lo que mueve la historia universal. Es preciso un plan bien meditado de los gobernantes, que tratan de mantenerse a sí mismos y al Estado, por lo que el poder de los gobernantes, el bien público y el orden y la

⁴²⁰ Sobre tales límites ver los capítulos VIII y XI, del Libro primero, págs. 46-65.

⁴²¹ Al respecto, SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. págs. 57-70.

⁴²² En este sentido, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 210 y 213, respecto Erasmo o Vitoria, respectivamente. Con relación a Suárez, págs. 236 y ss. para quien el poder reside en la comunidad, si bien se confiere de forma irrevocablemente al Monarca quien queda limitado en la línea de los principios al bien común cuya estimación se hace depender de la liberalidad del gobernante.

⁴²³ TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 209-210.

seguridad públicos son naturalmente una y la misma cosa (1. I. Cap. 5)⁴²⁴.

d) El inicio del individualismo en la legitimación del poder: la seguridad justifica el poder absoluto en Hobbes

La más completa justificación del poder como garante de la paz y la seguridad vendría de la mano de Hobbes (1588-1679)⁴²⁵, y tras él esta idea ha permanecido sólida en todas las construcciones políticas, aunque se rechazase⁴²⁶. Leviatán (el Estado) sería la única forma de evitar a Behemoth (la guerra civil):

“La causa final, fin o designio de los hombres [...] es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que [...] es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo. [...] Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre”.⁴²⁷

⁴²⁴ CLAPMAR, Arnold, en *De Arcanis rerumpublicarum*, Bremen, 1605, citado por SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. págs. 45-46.

⁴²⁵ Sobre Hobbes, se sigue HOBBS, Thomas, “Del ciudadano”, cit. y “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit.. Sobre el significado de su obra, se sigue, en general SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 337 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 259 y ss., SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 71 y ss.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 94 y ss.; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 215 y ss. y CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 35 y ss.

⁴²⁶ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 169 señala que el modelo de Hobbes “ha dominado, por su simplicidad y su rigor, toda la filosofía política sucesiva, aunque haya sido rechazado polémicamente.”, pues su sociedad civil es estado de paz, frente al natural, de guerra, considerados como mal y bien absolutos, desde aquí surge la negación de la paz fáctica por a injusticia que acarrea, negada por Hobbes.

Su construcción valdría para todos porque como señala SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 348, para Hobbes “cualquier gobierno es mejor que la anarquía, y cualquier gobierno capaz de conservar paz y orden es mejor, por lo cual su pensamiento era fácilmente adaptable a otras formas de gobierno”.

⁴²⁷ HOBBS, Thomas, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. inicio de la Parte segunda “Del Estado”, Capítulo XVII, “De las causas, generación y definición de un Estado”, págs. 143-144.

Una vez más, la concepción más individual y negativa de la naturaleza humana (“el hombre es un lobo para el hombre”) sería la causa de la existencia del poder político. El miedo es la causa del Estado⁴²⁸. El Estado iba a ser producto racional del impulso psicológico que informa toda conducta humana, la propia conservación⁴²⁹. Y la razón humana habría de conducir a través del pacto a garantizar la conservación por medio del Estado. Todo poder se justificaría por la satisfacción de la seguridad, pues la seguridad era la única empresa del Estado⁴³⁰. “Los hombres, para alcanzar la paz y, con ella, la conservación de sí mismos, han creado un hombre artificial que podemos llamar Estado”⁴³¹. Finalmente Hobbes lo define como “una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y la defensa común”⁴³².

Como recuerda Meinecke “Y por muy paradójico que pueda parecer: este *Leviathan* de potencia gigantesca tiene cierta afinidad

⁴²⁸ Así lo subraya BOBBIO, Norberto, “Equilibrio del terror”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a “Derecho, paz, violencia”, págs. 5-17, pág. 6 donde señala que con Hobbes el miedo pasa a ser factor benéfico, el *Leviathan* nace de la necesidad de salir del temor recíproco y evitar el monstruo Behemoth de la guerra civil, si no fuera por el miedo el Estado no habría nacido nunca.

⁴²⁹ En su “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit., en especial en su Parte primera “Del hombre”, capítulo X “Del poder, de la estimación de la dignidad, del honor y del título de las cosas” afirma: “El afán de tranquilidad y de placeres sensuales dispone a los hombres a obedecer a un poder común, porque tales deseos se les hacen renunciar a la protección que cabe esperar de su propio esfuerzo o afán. El temor a la muerte y a las heridas dispone a lo mismo y por idéntica razón” (pág. 116), “El temor a la opresión dispone a prevenirla o a buscar ayuda en la sociedad; no hay, en efecto, otro camino por medio del cual un hombre pueda asegurar su libertad y su vida” (pág. 117). Sobre el instinto de conservación, en concreto, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 342.

⁴³⁰ “La causa final, fin o designio de los hombres [...] es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres”. Así se inicia la Parte segunda, “Del Estado”, Capítulo XVII “De las causas, generación y definición de un Estado”, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. pág. 143.

⁴³¹ “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. pág. 161 (Parte segunda, Capítulo XXI).

⁴³² “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. pág. 146 (II, XVII).

interna con aquella inene [¿?]construcción política de la última época del racionalismo liberal y filantrópico, que se suele designar con el nombre de 'Estado policía'. La diferencia entre ambos se encuentra en los medios, no en el fin. Aquí, como allí, el fin estaba dirigido al bienestar, la seguridad y la comodidad de los individuos⁴³³."

Con Hobbes el Derecho deja de constituir límite alguno del poder, el Derecho sólo existe en el Estado, la ley no es una norma de justicia, sino un *mandatum* de quien tiene poder supremo, la decisión del monarca soberano habrá de ser la única que valga y la ley sólo será una de sus decisiones, "la autoridad, no la verdad, hace la ley" ⁴³⁴. Se trata de la dictadura continua que en modo alguno puede quedar obstaculizada por el Derecho, en tanto en cuanto el Estado es la continua evitación de la guerra. De nuevo la paz (buena y mala razón de Estado) justifica toda relegación de un Derecho que, en todo caso, no implica límite alguno al poder. Su bien construido decisionismo será retomado por los pensadores no liberales. Ahora bien, como recuerda Sánchez Ferriz, incluso para Hobbes "el nacimiento del Estado coincide con la aparición del Derecho: el paso del "estado de naturaleza" al "estado civil" no es otra cosa que el paso del reinado de la fuerza, donde no hay seguridad, al imperio de la ley, donde las relaciones humanas están reguladas por normas determinadas" ⁴³⁵. Si en el Derecho se daba una connotación de límite al poder, a manos de filósofos y juristas, ésta fue languideciendo hasta prácticamente desaparecer al final del Antiguo Régimen⁴³⁶. Con las monarquías y la concentración del poder, el Derecho se había erigido como perfecto instrumento de dominación, aunque, de no ser suficiente, el poder mismo podría superar sin problemas el Derecho gracias a una indistinguida

⁴³³ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 218.

⁴³⁴ Sobre el Derecho, HOBBS, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", en especial Parte Segunda, Capítulo XXVI "De las leyes civiles", págs. 168-174. Sobre el tema, entre otros ver, SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar en la ciencia jurídica*; con estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero), Clásicos del Pensamiento (Tecnos), Madrid, 1996. pág. 29 y ss.

⁴³⁵ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, cit. pág. 181.

⁴³⁶

buena-mala razón de Estado, es decir, la paz interesada del gobernante –la paz del terror–.

De otra parte, cabe significar que el poder del monarca ya estaba consolidado y ahora, con Hobbes, se despersonifica por completo. Se trata de una creación artificial, la institución de Leviatán, si bien, se atribuye todo el poder al rey porque, como individuo, será el primer interesado en la salud del Estado, que es la paz. De nuevo, lo que sea para bien del Monarca es para bien del Estado, que es el que nos confiere la seguridad. Así, quien va contra el monarca torpedea la seguridad que justifica su poder. La razón de Estado será, de nuevo, el mantenimiento del poder del dirigente, el Monarca que es garantía de la seguridad de la comunidad. Y ello justificará toda acción del poder, aun cuando tenga que atentar contra la seguridad de los individuos que conforman la comunidad.

No obstante, con Hobbes el pensamiento vira hacia el individuo como punto de partida. Pese a que la solución final no diste de la atribución del poder al monarca absoluto la justificación ahora parte del individuo; como señala Clavero, a partir de ahí nacen dos razones “la razón de Estado con la razón del Individuo”⁴³⁷. A partir de ahora la razón de Estado habrá de incorporar este matiz.

⁴³⁷ CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, cit. pág. 35.

CAPÍTULO III. TEORÍA Y REALIDAD LIBERAL. LA GESTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIBERALES DE UBICACIÓN Y LIMITACIÓN DE LA FUERZA MILITAR EN EL MARCO COMPARADO

I. Los postulados liberales: buena razón de Estado, Imperio de la ley, antimilitarismo y pacifismo

A) UNOS PRINCIPIOS POLÍTICOS ADECUADOS PARA LA PUJANTE CLASE BURGUESA

El Estado Absoluto dio paso a la configuración de un Estado basado en unos principios diferentes. Una nueva clase imperante - la burguesía- pugnó por tomar las riendas del poder, de modo que obedeciese más certeramente a sus fines. Emergió entonces el Estado liberal⁴³⁸, basado en el individualismo y el capitalismo, y lo hizo removiendo todos los esquemas teóricos anteriores y, entre ellos, aquellos relativos a la fuerza militar. Sin embargo, la total disociación entre la teoría y la práctica fueron características del nuevo sistema. Estas disfunciones dieron paso bien a unos sistemas totalitarios, bien al Estado constitucional democrático, continuador del liberal. Ha sido el constitucional democrático el que heredó el legado teórico del liberal y es el que ha determinado efectivamente muchos de los postulados teóricos de su predecesor.

El emergente poder económico de la burguesía ansiaba un poder político que le librara de las ataduras que imponía el Antiguo Régimen para alcanzar sus intereses. Y para ello recurrió a una nueva ideología adecuada a tal fin. Su búsqueda de libertad económica había de venir de la mano de una libertad e igualdad política, pero esta demanda no legitimaba el acceso al poder sólo a ellos, sino -en la teoría- a todos. Así pues, el transcurso de la historia llevaría a una situación en la que quienes querían alcanzar

⁴³⁸ Al respecto, véase SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado...* cit. págs. 87-115; GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado...* cit. págs. 96-136; DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional...* cit. págs. 213-230; GARCÍA COTARELO, Ramón y PANIAGUA SOTO, José L., *Introducción a la Ciencia Política*, UNED, Madrid, 1987, págs. 175-184.

el poder (la burguesía) hubieron de acudir a unos argumentos que abrían la puerta del poder a todos, pero aún es más, para lograr el poder habrían de reconocer que éste era un poder mínimo, limitado desde un inicio.

En el pensamiento se volverían a retomar las ideas del Derecho natural que tanto peso tuvieron inicialmente en Roma, pero progresivamente la lectura sería en clave individualista. El Derecho natural conducía a ideas como la de dignidad y derechos individuales del hombre (Altusio, Grocio) y estos principios naturales habían de regir el Derecho (Grocio), asimismo, la hipótesis del estado de la naturaleza y el pacto social constitutivo de la comunidad y la organización política serían los instrumentos por medio de los cuales se afirmarían las bases del nuevo sistema político liberal. De forma paralela, renacen las ideas que desde el fin del medioevo sitúan al poder originariamente en el pueblo (Marsilio de Padua, pensadores españoles, monarcómanos, Altusio). Se encontraba ahí el germen de un pensamiento del todo interesante para la clase burguesa, que tomaría cuerpo en Inglaterra a manos de Locke y que pasaría a la filosofía política del continente con efectos mucho más radicales que en la isla.

B) LA SEGURIDAD COMO PRINCIPIO Y FIN FUNDAMENTADOR DE LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA LIBERAL

Con Locke (1632-1704)⁴³⁹ la seguridad persistiría de un modo particular, vinculándose necesariamente a la libertad y la propiedad, la seguridad era precisa para ejercer éstos y otros derechos inherentes al hombre. En su concepción del estado de la naturaleza previo al pacto social, los conflictos surgirían (dado que el hombre es egoísta) y cada individuo haciendo la justicia por su mano generaría una dinámica de violencia que privaría de la libertad y la propiedad. En consecuencia era preciso crear una organización política a través de un pacto social a la que conferir únicamente este derecho de tomarse la justicia por su mano. El Estado, una vez más, tendría la misión, casi única, de preservar la seguridad, concebida esta vez como seguridad-libertad-propiedad⁴⁴⁰. Adam Smith (1722-1790), en esta línea escribía cómo “según el sistema de libertad natural, el soberano tiene sólo tres deberes que cumplir: el primero, el de proteger a la sociedad contra la violencia y la invasión de otras sociedades independientes”⁴⁴¹. Hume (1711-1776) desde su empirismo sensitivo afirmaría que “Es evidente que si el gobierno fuera totalmente inútil, nunca habría tenido lugar; y que el único fundamento del deber de obediencia a la autoridad pública es la ventaja que procura a la sociedad,

⁴³⁹ Sobre Locke, se sigue su obra LOCKE, Jonh, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, (con prólogo de Carlos Mellizo, págs. 7-27), Alianza, 1990. Asimismo, en general SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 386 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 295 y ss., SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 97 y ss.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 105 y ss.

⁴⁴⁰ Hay que remitirse al estado de guerra natural tal y como lo concibe el inglés, en especial ver LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit. en el Capítulo III de la obra (págs. 46-51) y, en especial, a su concepción de la propiedad vinculada a los derechos (págs. 55-75).

⁴⁴¹ SMITH, Adam en *The Wealth of Nations*, 1778, así citado por OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit., pág. 41. Como recuerda GARCÍA COTARELO, Ramón y PANIAGUA SOTO, José L., *Introducción a la Ciencia...* cit. págs. 177-178). los teóricos liberales del “Estado mínimo” (Nozick), como Adam Smith, reducen las funciones del poder político únicamente a la garantía interior (orden público) y exterior (defensa militar) así como a la realización de obras y servicios de interés público no acometidos por la iniciativa privada; como no podía ser de otro modo, la función militar persistía como una función básica del Estado. Al respecto de este autor puede seguirse también LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 10-11.

manteniendo la paz y el orden entre los hombres”⁴⁴². El calado de estos pensamientos sería patente en autores españoles como Cabarrús quien afirmaría como “derechos sacrosantos los de seguridad y propiedad, a cuya conservación, inspiraban pacto y leyes”⁴⁴³.

La libertad política que impulsa las construcciones de Montesquieu (1689-1755) y, en particular, la división liberal de poderes, en modo alguno se desvincula de la seguridad, pues la libertad política la identifica con “cierta tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad”⁴⁴⁴, que había de provenir de la confianza que ni el gobierno ni los ciudadanos hagan temer al individuo. Para liberales radicales como Bentham o Ricardo la organización política tenía por finalidad maximizar la felicidad, y ante la lucha de los egoístas intereses individuales del hombre se subrayaría la importancia del mercado y la legislación⁴⁴⁵; de nuevo la seguridad para la libertad y la propiedad quedaba implícita en el sustento de la organización política⁴⁴⁶.

Como recuerda Salcedo “Esta defensa colectiva es, sin disputa, uno de los fines esenciales del Estado, que no se han atrevido a negar ni los más audaces individualistas: Kant [1724-1804] lo incluyó en su fórmula famosa: *el fin del Estado es realizar el Derecho*”⁴⁴⁷,

⁴⁴² HUME, David, *Investigación sobre los principios de la moral*, Sección 4ª, “De la sociedad política”, cita que inicia la obra de FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit.

⁴⁴³ CABARRÚS, Conde de, *Cartas...* cit., en concreto, “Carta al Excelentísimo Señor Príncipe de la Paz”, pág. 37. En la Carta segunda afirma “lo que exijo es la seguridad de las personas, la propiedad de los bienes y la libertad de las opiniones, éste fue el objeto de toda sociedad.” Ver, ob. cit. pág. 75.

⁴⁴⁴ “cette tranquillité d’esprit qui provient de l’opinion que chacun a de sa sûreté”, en *El espíritu de las leyes*, así citado por PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. pág. 333 y CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 181-182. Sobre Montesquieu, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 406 y ss.

⁴⁴⁵ Así, sobre el liberalismo y radicalismo filosófico utilitarista, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 489 y ss.

⁴⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 178-179, recuerda que Bentham identifica la libertad en la seguridad, así como la propiedad en la seguridad: “... under the head of security, liberty might have been included, so likewise property: since security for liberty... may be spoken of as a branch of security: security for property... as another...” así cit..

⁴⁴⁷ Sin perjuicio del mayor o menor acierto de Salcedo Ruiz en este aspecto, hay que señalar que desde el punto de vista de Kant la cuestión se aborda de manera completamente

y sus más extremos discípulos creyeron conveniente manifestar esta inclusión en términos explícitos y categóricos. Así, Molinari señala como la función propia y quizá única del Estado el ejercicio de la *industria de la seguridad*; dice Bastiat que el oficio del mismo Estado es *mantener la seguridad*, y Guillermo Humbolt, que el Estado *debe mantener la seguridad interior y defender la patria contra los extranjeros*⁴⁴⁸.

La seguridad seguiría estando presente –aun de forma más tenue– en la justificación del Estado para autores no propiamente liberales como Rousseau (1712-1778)⁴⁴⁹. No obstante, el ginebrino se desligaría del individualismo psicológico y del egoísmo natural de otros autores y la filosofía política comenzaría a sustentarse más que en la razón en el sentimiento y el Estado adquiriría una superioridad moral que lo desligaría del individuo. A resultas del pacto y del paso del estado natural al estado civil “aunque se prive [al hombre] en este estado [el civil] de muchas ventajas que le brinda la Naturaleza, alcanza otra tan grande al ejercitarse y desarrollarse sus facultades, al extenderse sus ideas, al ennoblecarse sus sentimientos”⁴⁵⁰. Sin perjuicio de ello, no hay que olvidar la causa que esgrime inicialmente para el necesario paso de un estado a otro en virtud del contrato: “‘Encontrar una forma de asociación que *defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado*, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes’. Tal es el

diferente a la de autores como Hobbes, Locke o los utilitaristas, sin perjuicio que la paz siga siendo una finalidad básica. Y es que la paz se perfila como un imperativo moral que no parte en modo alguno del instinto de conservación, sino del “imperativo categórico” kantiano. La paz no es una necesidad vital más que como necesidad moral.

Sobre el pensamiento de Kant se volverá en diversos momentos, del mismo se ha seguido su *Introducción a la Teoría del Derecho* (con introducción y traducción de Felipe González Vicen), Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978. Sobre Kant, entre otros, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 381 y ss. Un breve resumen del pensamiento político de Kant puede seguirse en GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 112-115.

⁴⁴⁸ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, cit. pág. 32.

⁴⁴⁹ De Rousseau se sigue su *Contrato social*, cit. en general, sobre su pensamiento SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 423 y ss.; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 328 y ss., SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 103 y ss.

⁴⁵⁰ ROUSSEAU, Jean J. *Contrato social*, cit. Libro I, Capítulo VIII “Del estado civil”, págs. 46-47.

problema fundamental, al cual da solución el Contrato social”⁴⁵¹. De ahí que la existencia de la organización política a través del pacto se justificaría también como medio de gozar de la libertad civil y la propiedad de lo que posee: “Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar: lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee”⁴⁵². Así pues, sin perjuicio de las importantes connotaciones no individualistas de Rousseau el fin del contrato era, esto es, en cierta medida, la existencia de la organización política se identifica con la libertad-propiedad-seguridad esgrimida por Locke.

C) LA RAZÓN DE ESTADO EN APUROS: LOS POSTULADOS LIBERALES LIMITAN EL PODER Y LA GUERRA A TRAVÉS DEL DERECHO. ANTIMILITARISMO Y PACIFISMO TEORÍCOS

a) *La seguridad no se alcanza reforzando el poder, sino limitándolo por medio del Derecho*

Bajo los postulados liberales, la comunidad había renunciado al derecho a tomarse la justicia por su mano, y la comunidad confiaría el ejercicio del poder, en tanto que el poder mismo era medio necesario para velar por el ejercicio seguro de los derechos. El pacto tiene como fin el logro de la seguridad-libertad-propiedad⁴⁵³ (buena razón de Estado). Así, el poder resultante del pacto también iba a estar fundamentado en la seguridad, ahora bien, esta vez en un sentido matizado, seguridad *para* la vida y la libertad, pero, en especial, seguridad de la propiedad. El poder tenía así un carácter mínimo y meramente garantista; por el pacto la comunidad confiere un poder limitado desde un inicio, esto es contrario a la mala razón de Estado. La Constitución será el instrumento que exprese tales

⁴⁵¹ *Ibidem*, Libro I, Capítulo VI, “Del pacto social”, pág. 42.

⁴⁵² *Ibidem* Libro I, Capítulo VIII “Del estado civil”, pág. 47.

⁴⁵³ Al respecto, ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 180 y ss.

derechos inviolables por el poder y la forma de organizarlo para que éste aparezca limitado.

La buena y mala razón de Estado quedaban aparentemente escindidas y contrapuestas, la deseada paz y seguridad se conferiría de modo antagónico a siglos anteriores, no reforzando el poder, sino limitándolo. El Estado no habría de impedir los derechos y libertades de los ciudadanos, sino únicamente encargarse de velar por ellos. Precisamente el ejercicio de los derechos políticos y las libertades públicas constituirían tanto un límite al poder como el mecanismo generador del mismo a través de la representación de la nación y el pueblo. A la abstracción de la soberanía se le iba a dar una vuelta de tuerca, se trataba ahora de la soberanía de la comunidad política, de todos. Esto implicaba conceptos tales como la nación, el pueblo, de soberanía nacional o soberanía popular. Y una de las expresiones del poder, el Derecho (que antes no era más que la decisión del monarca, un mero instrumento de dominación) iba ya a pasar a ser el instrumento básico del poder en el que había de residir toda su legitimación.

Con la revolución liberal-racionalista el poder supremo será el Derecho, llegando incluso a identificarse plenamente la idea del Estado con el Derecho (Kelsen). El Estado de Derecho no sólo iba a implicar un Estado en el que el Derecho monopolizase la violencia legítima, a resultas de la renuncia al derecho a tomarse la justicia por su mano. La Ley sería la forma racional de expresión de la voluntad general de la nación, que en el marco liberal se producía a través de la representación por medio del ejercicio de los derechos políticos. De esta manera, obedeciendo a la ley se obedecía a uno mismo y, en todo caso, se respetaba al individuo. El Imperio de la Ley suponía que el Derecho ya no sólo era expresión del poder, sino límite del mismo, la ley no era sólo para los gobernados, sino también para los gobernantes. El Derecho ya no sólo iba a constituir un mero instrumento de dominación sino que por su contenido, en él pasaba a residir el objeto de legitimación del poder en tanto constituía un límite al mismo. El Estado de Derecho sería aquél en el que se garantizasen los derechos y libertades, que no sólo suponían el reconocimiento de los derechos inherentes a la dignidad humana,

sino que constituían en sí un límite al poder mismo. Del mismo modo, el Estado de Derecho era aquél en el que se daban los mecanismos de división de poderes, donde se institucionalizaba la limitación del poder ya por medio de una división general en tres poderes, ya por medio de toda una serie de mecanismos jurídicos de organización del poder por el sistema de pesos y contrapesos. Como consecuencia, de seguirse efectivamente los principios formulados, habría de resultar más complejo confundir de nuevo la buena y mala razón de Estado y, por ende, desconocer el Derecho.

b) La limitación del poder del monarca y de la fuerza militar

El Estado liberal fue, desde la perspectiva militar, el origen de los principios rectores que ubican al poder militar en un Estado democrático⁴⁵⁴. El pensamiento liberal sería pacifista. En el marco interior la fuerza militar, tan unida al poder regio, sería considerada como enemiga natural de la libertad⁴⁵⁵, se entiende que los Ejércitos permanentes son una amenaza para la paz y para el gobierno constitucional. Como recuerda Huntington “El liberalismo generalmente es hostil al armamentismo y a los Ejércitos permanentes. Ambos son una amenaza para la paz y para el gobierno constitucional. Cuando la organización militar sea

⁴⁵⁴ Sobre estos principios liberales y su evolución se trata en los apartados posteriores, para un acercamiento básico, véase DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional...* cit. págs. 293-302.

⁴⁵⁵ Destaca especialmente Kant a la hora de mantener un fuerte pacifismo en su breve obra, *La paz perpetua* (prólogo de Antonio Truyol y Serra, traducción de Joaquín Abellán), Tecnos, Madrid, 1985. Este pensamiento más tarde quedaría postergado a raíz, principalmente del peso de Hegel en el pensamiento. Afirmaba Kant: “Los Ejércitos permanentes son una incesante amenaza de guerra para los demás Estados, puesto que están siempre dispuestos y preparados para combatir. Los diferentes Estados se empeñan en superarse unos a otros en armamentos, que aumentan sin cesar. Y como, finalmente, los gastos ocasionados por el Ejército permanente llegan a hacer la paz aún más intolerable que una guerra corta, acaban por ser ellos mismos la causa de agresiones, cuyo fin no es otro que librar al país de la pesadumbre de los gastos militares. Añádese a esto tener gentes a sueldo para que mueran o maten parece que implica un uso del hombre como mera máquina en manos de otro -el Estado-; lo cual no se compadece bien con los derechos de la Humanidad en nuestra propia persona.”

BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 39, resumen el pensamiento pacifista liberal con las siguientes palabras: “afirmación tajante de que el orden militar es negativo, pues cercena la libertad y, en consecuencia, hay que reducir al mínimo la expresión de ese orden, los Ejércitos permanentes”. Sobre el pacifismo liberal, entre otros, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 336-339.

necesaria deberá reflejar los principios liberales. Para el liberalismo el control civil significa la encarnación de las ideas liberales en las Instituciones Militares”⁴⁵⁶. Surgiría la proclamación de toda una serie de técnicas jurídico-políticas de limitación tanto del poder del rey cuanto de la existencia, configuración y empleo de la fuerza de las armas.

Tras un lento período de diferenciación de la concepción del Estado de la propia figura del rey, se entendió que la mejor forma de que el Estado garantice la libertad era mediante la división de poderes⁴⁵⁷. En el continente, esta división aparecía como el mejor modo de limitar el poder absoluto del rey, que pasará a ocupar únicamente uno de ellos, el Ejecutivo. Las Fuerzas Armadas, tan unidas por el absolutismo a la figura del rey y encuadradas básicamente en la función ejecutiva, fueron temidas por la nueva clase burguesa. Sería desde el poder Legislativo controlado por la burguesía el lugar político desde donde controlar la fuerza de las armas, conformando su existencia y empleo. En este sentido se irían asentando toda una serie de principios, a saber: sumisión del Ejército a la ley y, en concreto a la regulación de la fuerza militar, determinación de su alcance y permisión de su permanencia, fiscalización de su empleo. Asimismo, se advirtió el peligro que suponía que la fuerza militar ejerciese las misiones interiores de mantenimiento del orden público, por lo cual cabía discernir la fuerza militar de la fuerza policial. Más tarde se expone de forma espacio-temporal concreta la proclamación y seguimiento de dichos principios en el marco anglosajón, francés y, particularmente en España.

⁴⁵⁶ HUNTINGTON, Samuel P. “Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles-militares en teoría”, en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, cit. págs. 235-253, en concreto 245-246.

⁴⁵⁷ Al respecto de las teorías de la estructuración del poder en orden al logro de la libertad -fin del Estado-, véase, entre otros SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado...* cit. págs. 96-101 y SABINE, George, *Historia de la Teoría Política...* cit. págs. 394 y ss. y 408 y ss. Locke, partiendo de que la sociedad capitalista y el libre mercado permitiría la autorregulación del sistema, entiende en principios que el uso de la fuerza armada quede excluido del interior del sistema, por lo que queda encuadrada la defensa militar dentro de su “poder federativo”, de vocación netamente exterior. Montesquieu, consciente de la inestabilidad interior del Antiguo Régimen y de las diferencias geoestratégicas entre la Francia continental y la insular Gran Bretaña, incluye este poder federativo dentro del poder Ejecutivo.

Dichos principios implicaban un proceso de constitucionalización y regulación legal de no pocos elementos básicos del ámbito militar, de normativización de su régimen y organización. “De este modo, el ordenamiento de la defensa sufre un proceso paralelo de ampliación, complicación y transformación de su objetivo y de su sistema o ámbito de actuación”⁴⁵⁸. Como advierte Gomes “Primitivamente incluida [la fuerza armada] entre las prerrogativas del soberano en los regímenes de gobierno absoluto, la organización de las Fuerzas Armadas pasa más tarde a la órbita del Parlamento en los sistemas constitucionales y es por fin definida en la propia constitución política en aquellos países de Constitución escrita.”⁴⁵⁹ Sin embargo, el incondicional y arraigado apego militar al rey, y por ende, al Ejecutivo, supuso una relativa ajenidad de los Ejércitos al ámbito constitucional y legal. La racionalización jurídica era naturalmente extraña al ámbito militar, que actuaba sin limitación legal alguna.

c) Savia nueva en el pensamiento político: los postulados liberales eran pacifistas en el orden exterior

c. 1. La tradición beligerante del pensamiento político anterior

A lo largo de la historia del pensamiento y de las legitimaciones del poder la paz ha estado casi siempre presente. Sin embargo, por lo general se trataba de una paz interna, la paz de la comunidad. De una parte, muy pocas organizaciones políticas se han abstenido del expansionismo y, de otra parte, todo aquello fuera del marco de la organización política ha considerado muy negativamente y, en consecuencia, de forma enemistosa y beligerante.

En el pensamiento griego, quien no formase parte de la *polis* era o una bestia o un Dios, un enemigo y un potencial esclavo gracias a

⁴⁵⁸ Ver, PORRAS NADALES, Antonio, “La Defensa, poder militar... cit. pág. 187.

⁴⁵⁹ TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, “Los elementos fundamentales del Derecho militar (Concepto, contenido, codificación, enseñanza)”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 181-206, cita de la pág. 181.

la Guerra (Aristóteles⁴⁶⁰); ahora bien, como recuerda Touchard, se dio una ausencia de una doctrina y práctica imperialista en la Grecia antigua, pese al sentimiento de superioridad de la *polis*⁴⁶¹. En Roma la acción y la eficacia fueron siempre por delante del pensamiento y de las legitimaciones del poder, por ello la *universitas* romana justificaría *a posteriori* el continuo expansionismo militar⁴⁶², que tendría por fin –teórico– humanizar e integrar en la organización política a la humanidad. Para Cicerón, no obstante, la guerra sólo cobraría sentido para preservar el honor y la seguridad de la República⁴⁶³. Este proyecto fraternal humano se tornaría más tarde en proyecto divino: la empresa moral y religiosa de salvar del pecado. Sería la Iglesia de San Agustín quien habría de seguir esa misión expansionista frente a quienes no siguieran el orden divino, la guerra contra el no creyente sería desde entonces una guerra *justa*⁴⁶⁴. “Toda guerra, sin distinción, se transformaba en mala cuando violaba el orden cristiano. Toda guerra se convertía en legítima y santa cuando tenía por objetivo la restauración de la paz de Dios”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ Así lo recuerda MOORE, John N. “Development of the International Law of Conflict Mangement”, en MOORE, John N., TIPSON, Frederick S. y TURNER Robert F., *National Security Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1990, págs. 47-84, quien en las págs. 51-52 reproduce una cita de *La Política* de Aristóteles en la cual considera guerra justa la que sirve para evitar que el hombre de la *polis* se convierta en esclavo, la que sirve para conformar el poder del líder para evitar un sistema de esclavitud general y la que sirve para hacer esclavos a aquellos que naturalmente lo son.

⁴⁶¹ Sobre el particular, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 50-52 donde recuerda que en diversos momentos se pretendió hacer valer la superioridad de la civilización helena para justificar acciones imperialistas, especialmente con Pericles o las postulaciones de Demóstenes o la unidad griega perseguida por Isócrates pero tanto los desastres militares como las reacciones del pensamiento en contra (Aristófanes, Jenofonte, Platón o el mismo Aristóteles por lo que respecta a las distintas Ciudades) frenaron tendencias expansionistas-imperialistas griegas.

⁴⁶² Al respecto, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 64 y ss. Al margen de las consideraciones generales del autor, cabe destacar la doctrina de Polibio con relación al imperialismo romano (en concreto, pág. 69).

⁴⁶³ Así lo recuerda MOORE, John N. “Development of the International Law of Conflict Mangement”, cit., en referencia a las obras de Cicerón *De officiis* y *La república*, pág. 53.

⁴⁶⁴ Al respecto MOORE, John N. “Development of the International Law of Conflict Mangement”, cit. págs. 53-54, quien sintetiza la posición de San Agustín y Santo Tomás sobre la guerra justa.

⁴⁶⁵ BONNAUD-DELAMARE, Roger, “Fondement des institutons de paix au XI siècle”, en *Mélanges L. Halphen* así citado por TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, pág. 137.

Con la generación del Estado moderno otros Estados serían amigos o enemigos sólo en la medida en la que ello fuera conveniente para el Estado y el monarca (Maquiavelo, Bodino, Bousset, Hobbes). Sin embargo, desde corrientes humanistas pacifistas como las de Erasmo se proclamaba que “No existe paz, por injusta que sea, que no resulte preferible a la más justa de las guerras”⁴⁶⁶, este humanismo pacifista calaría en la Escuela española de Derecho natural⁴⁶⁷, si bien se justificaría la defensa contra la agresión pero se percibiría que lo que primaban eran los intereses dinásticos. El mantenimiento de guerras exteriores que irían definiendo las fronteras del Estado resultaba un medio del todo útil para evitar las guerras interiores y consolidar el poderío del Estado⁴⁶⁸, además, los intereses del monarca absoluto tenderían hacia el expansionismo⁴⁶⁹.

c. 2. El pacifismo teórico liberal

En líneas generales, esta somera lectura histórica nos da muestra de la preponderancia de la continua belicosidad entre las organizaciones políticas. El pensamiento liberal quebraría esta tendencia histórica constituyendo el primer pensamiento no beligerante para con otras organizaciones políticas. Paralelo a la concepción antimilitarista en el foro interno, en el pensamiento liberal prevalecía un ideal armónico en las relaciones humanas y de los Estados. Ello se correspondía con las ideas iusnaturalistas que ya habían imperado en la República romana, si bien, ahora los Estados ya se encontraban bien asentados en Europa.

⁴⁶⁶ Así citado por TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. pág. 209.

⁴⁶⁷ Para una rápida consulta, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit., págs. 93 y ss. TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 213 y ss. y 236 y ss.

⁴⁶⁸ Así lo señala MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 194 en el marco de las teorías de los intereses del Estado especialmente de Rohan: “El medio, empero, más importante y eficaz contra las guerras civiles es mantener guerras en el exterior. Las guerras exteriores hacen desaparecer el ocio, dan ocupación a todo el mundo, especialmente a los espíritus ambiciosos e inquietos, eliminan el lujo y mantiene al Estado en tal reputación entre sus vecinos, que le convierten en árbitro de las contiendas entre ellos.”

⁴⁶⁹ Así lo recuerda GARCÍA MARÍN, José, “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, cit. págs. 52-53.

Así pues, “La paz es el hijo legítimo, el derecho constitucional y la guerra un producto bastardo”⁴⁷⁰. Se parte de la ingenuidad de que las guerras son causadas únicamente por la ambición monárquica, por lo cual, neutralizando al poder y a la ambición regia se eliminan necesariamente los conflictos bélicos⁴⁷¹. La guerra, se piensa, sólo interesa a los tiranos, no al pueblo y al Parlamento, que defenderá la paz⁴⁷². El mismo capitalismo habría de conducir a la paz pues es el primer interesado en el desarrollo normal del comercio. De este modo, cambiarían –teóricamente- las tornas de la historia y en adelante la fuerza se reservaba para la defensa, no para la agresión.

Mirkine-Guetzévich es uno de los autores que reparan en este pacifismo liberal, íntimamente unido a la aparición del Derecho como regulador fundamental de las relaciones interestatales, como señala, aportación de la Revolución Francesa⁴⁷³. No obstante, dicho pacifismo había comenzado previamente, pero no salió de los libros de los humanistas hasta llegar a la conciencia jurídica de las masas, y con la Revolución este pacifismo se impregnó en el Derecho democrático⁴⁷⁴. Para Mirkine, “La Revolución no proporciona a la comunidad internacional la idea de paz bajo la forma de un ideal abstracto, sino que la hace depender de la organización jurídica internacional.” Y “La idea de la renuncia a la guerra ha sido infiltrada por la Revolución en los textos constitucionales⁴⁷⁵.” Así, en la Constitución de 1791, en su Título VI se afirma que “La nación francesa renuncia a emprender ninguna guerra de conquista y no empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo”. Grégoire profundizará en esta nueva doctrina internacional, en su proyecto de la “Declaración del Derecho de Gentes” –se aprecia la clara influencia romana- en cuyo art. 15 se afirma que “Las empresas contra la libertad de un pueblo son un atentado contra

⁴⁷⁰ Ver, ALONSO BAQUER, Miguel, “Las Fuerzas Armadas en la tradición... cit. págs. 2418-2419 en relación con el pensamiento liberal.

⁴⁷¹ Ver, OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit. págs. 89 y ss.

⁴⁷² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional* (trad. Sabino Álvarez Gendin), Ed. Reus, Madrid, 1934, pág. 61.

⁴⁷³ *Ibidem*, págs. 60 y ss.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pág. 223.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, pág. 60

todos los demás”, de modo que, como rezaba su artículo 17 “Un pueblo puede emprender la guerra para defender su soberanía, su libertad, su propiedad.” Esta tendencia se integró en el constitucionalismo, si bien fue debilitándose. En el Proyecto de Constitución girondina, algo más laxa, se afirmaba en su Título XIII que “1. La República francesa no tomará las armas más que para el mantenimiento de su libertad, la conservación de su territorio y la defensa de sus aliados. 2. Renuncia solemnemente a anexionar a su territorio regiones extranjeras, a no ser por el voto de la mayoría de los habitantes de éstas libremente emitidos”. En la Constitución de 24 julio 1793 se tenían ya en cuenta las guerras de la Europa monárquica coligada⁴⁷⁶, algún resquicio quedó en la Constitución consular del año VIII.

A este proceso lo denomina Mirkiné “La penetración del Derecho internacional en los textos constitucionales”⁴⁷⁷, *ius gentium pacis* sobre el que se volverá en su momento.

II. La realidad liberal: mala razón de Estado frente al Derecho, militarismo, excepcionalidad y beligerancia

A) LA IMPERFECCIÓN DEL TEÓRICO ORDEN LIBERAL Y EL DESCONOCIMIENTO DE SUS PROPIOS POSTULADOS EN EL PLANO INTERNO

La paz y la convivencia sociales no se hicieron efectivos tal y como se prometía. Ello se debía bien porque los principios que legitimaban el poder no se harían efectivos por quienes lo ejercían, bien porque el mismo orden político que debía conducir a la armonía llevaba disfunciones en su mismo seno teórico que impedían lograrla.

⁴⁷⁶ Así, en la Constitución de 1793, en su artículo 118 se preceptuaba que “El pueblo francés es amigo y aliado natural de los pueblos libres” y en el 119 que “No se entromete nunca en la gobernación de las otras naciones; pero no consiente que éstas se inmiscuyan en la propia”. En el art. 121 se disponía que “No hará tampoco la paz con ningún enemigo que esté ocupando su territorio.”

⁴⁷⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit., pág. 67

De un lado, el orden liberal era imperfecto, no podía llevar a la paz y convivencia social no impuesta. Aquel orden que había de conducir a la armonía social llevaba en su seno irrealidades que impedían que se produjese, efectivamente, tal armonía. Por ello, cuando el orden no surgía del modo presupuesto en la teoría, había de recurrirse a la imposición del mismo, una vez más, por la represión y la fuerza de las armas. Y este orden liberal presentaba internamente desajustes porque la libertad y la igualdad política que proclamaban perdían su sentido ante la natural e histórica desigualdad social. Y ante la desigualdad social la aplicación del sistema era como gasolina al fuego, agudizaba tales diferencias sociales. Las diferencias sociales se traducían en una clara diferencia política entre la minoría propietaria y la mayoría desfavorecida. Así, sólo una minoría era la que ejercía –de algún modo– los derechos y libertades y accedía al poder. La libertad seguía siendo un privilegio elitista y quienes ejercían el poder sólo defendían sus intereses. Para el resto, lejos quedaban aquellos postulados que proclamaban dignidad, libertad e igualdad. La agudización de las diferencias sociales en un sistema que formalmente proclamaba la igualdad había, necesariamente, de quebrar la convivencia social.

De otra parte, el poder ni siquiera hizo efectivos los postulados que le encaramaron al mismo, la expresión del Pacto social, la Constitución, en muchos casos no pasaría del papel. La legitimación que se hacía residir básicamente en la Constitución no se traspondría efectivamente ni en el Derecho ni en la sociedad. El contenido del Derecho había de integrar efectivamente los fundamentos de los que emana el poder, pues son éstos los que provocan realmente la limitación del mismo. La Constitución es la que debe expresar fundamentalmente cuáles son tales contenidos, en principio residenciados en el respeto de los derechos y libertades y la división de poderes (art. 16 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791). La integración efectiva de tales contenidos en el Derecho es la única vía que dota de efectiva legitimación al sistema político, de lo contrario tal legitimación se pierde. El problema para las oligarquías dirigentes en el Estado liberal residía en que se había erigido una organización política

basada en el Derecho que proclamaba que éste habría de ser un límite al poder, y el argumento habría de pesar a los propios dirigentes. De otra parte, la buena y mala razón de Estado se habían escindido en la teoría, pues la buena razón se lograba precisamente limitando la mala razón de Estado. Si el poder quería mantenerse tenía dos salidas que continuamente se dieron: bien desconocer de hecho sus propios postulados, bien acudir, una vez más al argumento de la paz y la seguridad para no limitar su poder y eludir el Derecho.

a) El formalismo y la abstracción como medios idóneos de eludir los propios principios liberales

El Derecho a manos de las clases dominantes iba a ser, una vez más, un puro instrumento de legitimación por su abstracción y despersonalización así como técnica idónea de organización y dominación. Los elementos ideológicos de los que se habían valido y que teóricamente conferían el poder a todos habrían de ser silenciados.

Una de las vías para lograrlo sería el formalismo jurídico, es decir, la afirmación de la legitimación del Derecho únicamente por la solemnidad y forma de éste y no por sus contenidos. Este alejamiento de la consideración del Derecho como limitador del poder se apreciaría, entre otros, en el pensamiento de Kant. El modo de ser libres sería únicamente obedecer la *forma* del Derecho, sin perjuicio de los contenidos de éste⁴⁷⁸. El racionalismo kantiano o la

⁴⁷⁸ La libertad individual estaría muy presente en la construcción kantiana, pero su idealismo moral haría de ella un blanco perfecto de cualquier poder opresor con forma legal.

Su construcción racional de la obediencia a la forma del Derecho parte del "imperativo categórico" que hace una obligación moral tal obediencia. El Derecho positivo no se ha de cumplir porque queramos alcanzar un fin concreto ("imperativo hipotético"), sino que al ser un orden cierto e inviolable de la convivencia, es condición para el ejercicio de una abstracta e ideal libertad humana en el mundo real -sensible-. Así el Derecho positivo -la forma del Derecho- queda dotada de una justificación ética incondicionada. En *Introducción a la Teoría del Derecho* considera que "El Derecho es [...] el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad." (Ob. cit. pág. 80) "Una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general" (págs. 80-81) y "El convertir en máximo para mí el obrar de acuerdo con el Derecho es una exigencia que la ética me formula" (pág. 81). La obligación de cumplir

concepción del *Rechtstaat* alemán⁴⁷⁹ resultan buenos ejemplos de la afirmación de que el Derecho legitima por su mera existencia. Una concepción sólo formal del Derecho, como la que se pronuncia con la escuela de Derecho público alemán⁴⁸⁰ o con el austríaco Kelsen⁴⁸¹, lo reduce a lo que había sido éste antes del Estado liberal, la tecnología de dominación más perfecta. De ahí a la vuelta del decisionismo absolutista, pese a ser en principio el polo opuesto, no iba tanto (Schmitt)⁴⁸². El desarrollo liberal burgués en no pocos casos implicaba un puro formalismo jurídico en el que se exaltaba el valor del Derecho pero no del contenido ideológico que necesariamente éste debía incorporar. El pacto formalmente persistiría, pero sustancialmente quebraba a favor del poder.

A parte del formalismo jurídico, el mejor camino para silenciar esta *peligrosa* ideología sería forzando la abstracción para esconderla detrás de conceptos distantes como el del mismo Estado, el Derecho y, sobre todo, en el de la soberanía de la nación o del pueblo. Habría que acudir a sofisticados recursos teóricos para diluir esta peligrosa concepción del Derecho como límite del poder. Rousseau concebiría un magnífico artificio, como señala Tomás Ramón-Fernández, Rousseau “pretende decirnos con el mayor desparpajo que la ley, en cuanto voluntad general, es también nuestra propia voluntad,

la ley es, por ello, una obligación moral que exige de la coacción pues “todo lo que no es conforme al Derecho es un obstáculo a la libertad según las leyes generales” por lo que la coacción es conforme a Derecho (págs. 82-83). Así pues, se legitima totalmente la coacción por incumplimiento de la forma del Derecho, puesto que su seguimiento es un deber moral.

⁴⁷⁹ Una breve apreciación de esta noción, distinta del Rule of Law inglés puede seguirse en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado...* cit. págs. 111-114, quien recuerda que la noción del *Rechtstaat* alemán viene a implicar que con el mero reconocimiento del principio de legalidad se está aceptando el autosometimiento del poder estatal a la forma del Derecho, esto es, un Estado legal, sin que implique el autosometimiento a límites naturales o “tradicionales” preexistentes, como implica el Rule of Law inglés.

⁴⁸⁰ Destacan en la misma autores como Gerber y Laband. Una famosa visión crítica del formalismo de dicha escuela puede seguirse en el conocido discurso de toma de posesión del Rectorado de la Universidad de Berlín de Heinrich Triepel, en 1926. Ver, TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, en concreto, págs. 38 y ss.

⁴⁸¹ Entre otros, KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, (14ª ed. española), Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1976, desde el punto de vista de su formalismo y la apreciación del Estado, el Derecho y la soberanía, WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit., en concreto págs. 264 y ss.

⁴⁸² Decisionismo que puede seguirse en SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar...* cit. Sobre su superación del formalismo puede seguirse, entre otros, WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit., en concreto págs. 270 y ss.

obedeciendo a la cual nos obedecemos”⁴⁸³. La idea-base no es nueva, como se ha seguido estaba bien presente en el pensamiento romano: obedecer la ley es obedecernos a nosotros mismos, esto es, ser libres. De otra parte el poder, la soberanía, sería de una “nación” etérea, impersonal, casi objeto de estudio teológico⁴⁸⁴, que “se abstraigo so pretexto de su vocación juridizante”⁴⁸⁵ fácil de manipular e identificar con la clase burguesa dirigente a través de una representación limitada. El resultado no sería otro que la ley, expresión de la voluntad general, no sería más que la expresión de la voluntad de la propia clase dirigente, por lo que difícilmente constituiría un límite a ésta. De lo único que se trataba era de limitar el poder del monarca⁴⁸⁶, en modo alguno de debilitar el poder, como diría el mismo Siéyes “si la soberanía de los grandes reyes fue en su momento poderosa y terrible, la soberanía de un gran pueblo no debería quedarle a la zaga⁴⁸⁷.”

⁴⁸³ NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés...* cit. pág. 52.

⁴⁸⁴ En este sentido, PUNSET, Ramón, “En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. págs. 329-360, en concreto, 336, señala que la soberanía de la Nación “sólo se deja aprehender con la dificultad propia de las arduas cuestiones teológicas.” Asimismo, Bastida recuerda cómo la identificación real de la Nación con la población sólo aparece muy esporádicamente en autores como Sieyès, en contradicción con su propia visión metahistórica de Nación de la soberanía nacional, así en *Qu’est-ce que le Tier Etat?*, PUF, París, 1982, Cap. V, pág. 28, a la pregunta ¿Donde encontrar a la nación?, responde “donde de hecho se encuentra; esto es, en las cuarenta mil parroquias que abarcan todo el territorio, todos los habitantes y todos los tributarios de la cosa pública: he ahí sin duda la nación”. Ver, BASTIDA, Francisco J., “La soberanía borrosa: la democracia” en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 381-460, en concreto, pág. 408.

⁴⁸⁵ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, “La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 295-328, en concreto pág. 325.

⁴⁸⁶ PUNSET, Ramón, “En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)”, cit. en concreto, 340-341.

⁴⁸⁷ SIEYÈS, E. J. “Fundamentos del Estado, en *Escritos y discursos de la revolución* (ed. trad. y notas de R. Máiz), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 258-259, citado en Ramón Máiz, “Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la Revolución Francesa”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y

Como consecuencia del desconocimiento de los propios principios liberales por medio del desconocimiento del Derecho, por el recurso a la abstracción y el formalismo jurídico, el Derecho no sería la expresión de la voluntad e intereses de todos, sino de unos pocos. De otra parte, no se daba el efectivo respeto de los derechos y libertades de todos, sino que su ejercicio por los grupos no dirigentes se reprimía; la división de poderes no pasaba de ser un marco de conflicto entre un monarca despojado de parte de su poder y la burguesía que había alcanzado una parcela en el mismo; no existían tampoco garantías para controlar el mismo respeto del Derecho por los poderes públicos. En consecuencia, obedecer al Derecho no era obedecerse a sí mismo, esta afirmación sólo había sido una trampa para alcanzar el poder y quienes lo habían hecho habrían de silenciarlo. Asimismo, la fuerza militar en modo alguno quedaría controlada y limitada por el poder de todos, ni sumisa a la Constitución y a la ley, ni siquiera al poder dirigente, como tampoco se resignó a no actuar en el orden interno. El militarismo acabó siendo una de las notas propias del desarrollo del Estado liberal.

b) La ley limita la fuerza, pero la razón de Estado burguesa limita la ley

Ante el caso de que se descubriera estos ardides de la abstracción y el formalismo, habría de surgir la otra faceta oscura del poder, la fuerza, que mostraría continuamente sus fauces. Las armas del Estado serían empleadas no para defender la buena razón de Estado que había dado lugar al teórico pacto social, sino a favor de la mala razón de Estado, esto es, para sostener el poder dirigente burgués. Para intentar legitimar este desviado empleo de la fuerza de las armas habría que confundir la buena y mala razón de Estado en una sola para poder desconocer el Derecho y eludir sus límites.

La mejor forma de escapar al Derecho sería, una vez más, acudir al ansiado bien de la paz y seguridad (de la propiedad y de la nación) que habría de quedar por encima de la ley misma. A decir

Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 167-202, en concreto pág. 200.

de Cruz Villalón, “el Estado advertirá pronto que no es necesario el disturbio callejero, mucho menos la violencia, para considerar en peligro la seguridad interna. El Estado demostrará no estar dispuesto a aceptar con sinceridad los instrumentos de expresión y de presión pacíficos reconocidos a los individuos; tales instrumentos siempre que adquieren caracteres de peligrosidad serán tachados de “subversivos” por el Estado y equiparados arbitrariamente a la violencia del desorden público [...] contra lo que los constituyentes hubieran deseado [...] El Estado va a considerar que, en determinados momentos la seguridad interna exige el sacrificio de las libertades constitucionales”⁴⁸⁸

El poder por medio del recurso a la antigua institución de la dictadura y las instituciones de excepción se desprendería de los límites jurídicos de la división de poderes y, sobre todo, del respeto de los derechos y libertades bajo la excusa de la protección de la convivencia, la seguridad del Estado y de la nación. Como señala García Rivas “no sólo no es extraña la institución que nos ocupa [los estados de excepción] en el seno del Estado liberal, sino que debe considerarse manifestación de la “razón de Estado” liberal⁴⁸⁹.” Esta razón de Estado se impondría con fuerza en el continente y especialmente en España.

Los intentos de justificar la seguridad del Estado por encima de la seguridad individual de la comunidad y de identificar al Estado con los grupos e intereses dirigentes no serán pocos, como más tarde se observa para el caso francés. Sin embargo, en esta ocasión, los verdaderos intereses del poder (mala razón de Estado) quedarían más fácilmente al descubierto, presa de sus propios argumentos. La cuestión se había tornado más compleja y se hacía más difícil mantener la realidad en el marco de la legitimidad. Y es que si se parte de que el Estado se justifica como marco en el que se garantiza seguridad de la libertad individual, será más difícil

⁴⁸⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 175-176.

⁴⁸⁹ Así, sobre el seguimiento de las técnicas de excepción y de la dictadura romana en virtud de la razón de Estado liberal, entre otros GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal. (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1990, págs. 35 y ss. bajo el epígrafe de “El autoritarismo del estado liberal de Derecho”, la cita es de la pág. 38.

atentar contra la misma en beneficio de la seguridad del Estado. No obstante, una vez superada la embriaguez liberadora –de la Monarquía- y los festejos de la proclamación de las libertades individuales, se subrayó sólo la otra vertiente que justifica la existencia del Estado: el Estado como garantía de la propiedad⁴⁹⁰. Incidiendo en la seguridad de la propiedad se acallan las iniciales justificaciones del Estado liberal que recordaban que tal propiedad no era sólo la material, sino la de los derechos y libertades. La conclusión es clara, todo atentado a la propiedad es un atentado a la seguridad y, por tanto, a la organización política que garantiza la misma⁴⁹¹. Y preservar la propiedad es preservar a quien la ostenta, la clase dirigente, la oligarquía capitalista. Así pues, la seguridad de la comunidad queda sometida a la preservación del Estado, que es quien asegura la propiedad. Todo ello justificará el empleo de la fuerza de la clase dirigente alegando la seguridad del Estado, por encima de la propia seguridad de la comunidad y de la libertad del individuo.

Como se ha adelantado, y como se verá con detenimiento, este fenómeno se daría en el continente, y de forma singular en nuestro país. En el marco español, como señala García Rivas, “La constante mención a la amenaza contra la seguridad interior del Estado como fundamento de la atribución de potestades extraordinarias por parte del rey en las Constituciones hispanas, contribuye a identificar el término con la mediación incontrolada del poder Ejecutivo en conflictos de toda clase para la salvaguardia de un *status* socioeconómico por parte de las clases gobernantes.” “La sociedad liberal del XIX se caracteriza por una neta separación entre

⁴⁹⁰ Sobre la cuestión, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. en concreto, págs. 194 y ss. El Estado debe perpetuarse a toda costa, no por sí mismo, sino en cuanto él es el artífice y el soporte de la “seguridad particular” (que se identifica con la seguridad en el disfrute de los bienes, la propiedad), sin él no puede haberla, y ello habrá de ser a costa de la “libertad individual”, a costa de la “seguridad frente al Estado” (ver, ob. cit. pág. 194). Así, “Entre la salvación del Estado (y, con él, de la “seguridad particular”) o el mantenimiento a rajatabla de una determinada “libertad individual” legalmente establecida, sólo hay una opción lógica y coherente, la primera.”

⁴⁹¹ *Ibidem*, pág. 175 recuerda que “el régimen censitario es considerado un buen número de años, con más o menos razón, como garantía insustituible del derecho de propiedad; de este modo los ataques al régimen censitario serán tratados como atentados a la seguridad del Estado (no digamos ya cuando lo controvertido es el derecho a la propiedad).”

gobernantes y gobernados [...] Por tanto, seguridad del Estado, en el siglo XIX, quiere decir, exactamente, seguridad de los gobernantes⁴⁹².”

El Estado liberal, que abrió el camino de mantener la ajenidad militar en lo político, supuso a la postre, especialmente en España, un *militarismo* político definido por Ballbé “no sólo como el predominio de los militares en el Gobierno y la Administración, sino fundamentalmente como la preponderancia de instituciones y técnicas castrenses enquistadas en la actividad administrativa y gubernamental y en su organización, específicamente en la vertiente de la seguridad y la policía”⁴⁹³.

La ubicación del poder militar en el Estado, de forma acorde a muchos de los postulados liberales, no arribó hasta los estados constitucionales democráticos y sociales, que, en buena medida, no son más que la evolución *natural* del Estado liberal en respuesta a sus disfunciones, en España habríamos de esperar hasta la muerte del General Franco.

B) UN PACIFISMO NOMINALISTA. BELIGERANCIA Y MILITARISMO DEL ESTADO LIBERAL

Qué poco acierto tendría el inglés Robins cuando en 1742 afirmase que “con el progreso de las técnicas militares la guerra llegará a ser cada vez más limitada, más rápida, menos mortífera”⁴⁹⁴. Todo hay que decir que no era sencillo de vaticinar por aquel entonces los radicales cambios que se avecinaban por una “coincidencia fatal”⁴⁹⁵, la explosiva combinación del nacionalismo, el capitalismo y el militarismo en el siglo XIX.

⁴⁹² GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal...* cit. pág. 121.

⁴⁹³ Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, pág. 21.

⁴⁹⁴ ROBINS, *New principles of gunnery*, 1742, así citado en TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. pág. 337.

⁴⁹⁵ “A ninguna de las tres grandes corrientes, militarismo, nacionalismo y capitalismo, podemos achacar exclusivamente el habernos llevado al abismo. Sólo por la coincidencia fatal de las tres -una coincidencia natural en sí- han sido impulsadas las grandes potencias europeas a las cimas del poder y empujadas, después, a la ruina.” MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 433, sobre el fenómeno, págs. 421-436.

El Estado liberal en modo alguno fue aquel Estado pacífico en las relaciones internacionales que sólo habría de emplear la fuerza con carácter defensivo y que tendría su punto de mira en el control de los Ejércitos. Este ideal se demostró completamente incierto⁴⁹⁶. El nacionalismo revolucionario haría posible la masificación de los Ejércitos, las técnicas militares impulsadas por el capitalismo harían que los medios con los que se librasen las guerras fueran mucho más potentes, el propio capitalismo también inspiró la tendencia al dominio territorial. Los colonialismos⁴⁹⁷ fomentaron el fortalecimiento de las fuerzas armadas, que también se vieron incrementadas para contener los problemas sociales surgidos con la revolución industrial y política. Como afirma Meinecke en el marco del Estado liberal surgirían “tres grandes potencias”, el militarismo, nacionalismo y capitalismo que “iban a llevar a los grandes Estados a cimas de poder y de eficacia antes desconocidas, pero que, en último término, iban a despertar tentaciones que no habían existido para la razón de Estado de siglos anteriores forzada a actuar con medios incomparablemente más modestos [...] Ahora, el aparente carácter ilimitado de los medios de poder iba a tener consecuencias funestas⁴⁹⁸.”

Y es que como nos recuerda este mismo autor, a lo largo del antiguo régimen las guerras eran bien reducidas, disputas dinásticas que por el carácter limitado de la fuerza y por su continuidad llevaban a convivir a la sociedad con las mismas⁴⁹⁹. Sin

⁴⁹⁶ Así, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. en la pág. 34 afirma que no es posible la materialización de los ideales liberales revolucionarios porque los hechos históricos lo han obligado. El necesario empleo para el orden público, los períodos de expansión colonial, y la dirección unitaria evidenciada en la guerra total hicieron que el espíritu pacifista no fuese más que uno de los ideales incumplidos por el Estado liberal.

HUNTINGTON, Samuel P. “Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles-militares en teoría”, cit. pone de manifiesto en la pág. 246 la contradicción del pensamiento liberal y la práctica frente a la ideología militarista y su proyección en la realidad. Esto es así pues “el liberal se opone a la guerra en general, pero a menudo otorga su apoyo a una en particular, mientras que el militar acepta la guerra en abstracto, pero se opone a sus manifestaciones específicas”

⁴⁹⁷ Al respecto se ha seguido TUSELL, Javier y otros, *Historia política...* cit. (Vol. I) págs. 158 y ss. y GARCÍA COTARELO, Ramón y PANIAGUA SOTO, José L., *Introducción a la Ciencia...* cit. 469 y ss. Para un estudio profundo de la materia, véase HOBSON, J. *Estudio del Imperialismo*, Alianza Universidad, 1981.

⁴⁹⁸ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 421.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, págs. 423 y ss. “la guerra proseguía, por así decirlo, también durante la paz, que la guerra y la paz no se diferenciaban estrictamente entre sí, sino que se mantenían

embargo, la importancia política de la Revolución sería decisiva en muchos sentidos. La exaltación del nacionalismo y la leva en masa conllevaron la nacionalización de los Ejércitos. Se dieron los factores oportunos para el sueño de Maquiavelo de la participación ciudadana en la fuerza armada⁵⁰⁰, pues, como señala Meinecke, “En la sociedad estamental no hubieran sido posibles los Ejércitos de masas del servicio militar obligatorio y de la conscripción, que iban a surgir ahora del seno de la revolución francesa.”⁵⁰¹ Las FAS pasaron a integrarse de nuevos Ejércitos mucho más numerosos, al incorporarse la población, y animados por un sentimiento nacional. Era la propia población la que tomaba las armas, la *nación en armas*. La expansión napoleónica avivaría el fuego del nacionalismo que las mismas tropas francesas propagaron. La Revolución que transformaba al vasallo en ciudadano se reflejaría en los Ejércitos. A decir de Pumarola “el soldado de oficio, cede su puesto al soldado hombre”, sociedad y políticos sienten la guerra y se preparan para ella con la entrega máxima⁵⁰². Surge “un Ejército de soldados y ciudadanos al mismo tiempo, que sepa armar la defensa del territorio con las leyes, que no sea más que la Patria armada para la defensa de los intereses nacionales”⁵⁰³. En Prusia se perfeccionaría el

insertadas la una en la otra constantemente”, “La guerra ardía casi secretamente en medio de la paz” y el tráfico ordinario y el comercio tampoco paraba por la guerra, “Todo esto acostumbraba a las gentes a la guerra, se la hacía soportable” “El confuso entrecruzamiento de guerra y paz, consecuencia de los escasos medios de poder por parte de los Estados, explica la escasa validez que se atribuía a las obligaciones internacionales, así como también la falta de escrúpulos y los violentos y evidentes desafueros de la razón de Estado y del maquiavelismo, que tienen lugar precisamente en esta época.”

⁵⁰⁰ Maquiavelo afirmaba en el Capítulo XII de *El Príncipe*, -intitulado “De las diferentes clases de milicia y de los soldados mercenarios”- que “la experiencia enseña que únicamente los príncipes que poseen Ejércitos propios y las repúblicas que gozan del mismo beneficio, triunfan con facilidad, en tanto que los príncipes y las repúblicas que se apoyan sobre Ejércitos mercenarios, no experimentan más que reveses” (Ver, MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, cit., pág. 83).

⁵⁰¹ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 426.

⁵⁰² PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit., págs. 17-18:

“Cuando la compenetración del pueblo y el Ejército existe; cuando el segundo es fiel reflejo del primero y con él armónico, cuando todos los organismos sociales y políticos sienten la guerra y se preparan para ella; cuando el Ejército se ve asistido de la ayuda y confianza públicas, gana en fortaleza y cohesión, e inflamado por el mismo ideal que al pueblo anima, se convierte en poderoso brazo armado de la Patria, llamado a obtener por la fuerza al resolverse los problemas internacionales, la solución no obtenida por la razón o por la diplomacia.”

⁵⁰³ Ver, COSIDÓ, Ignacio, “Modelos de servicio militar... cit. cita de la pág. 236.

sistema hacia el servicio militar obligatorio temporal que permitía tener adiestradas y preparadas para la guerra a grandes capas de la población⁵⁰⁴, por su eficiencia sería pronto copiado en el resto del continente. Con el servicio militar obligatorio, bajo la forma de participación popular se reunía un numeroso Ejército y se preparaba a la nación para la guerra, sin más costos que los materiales y alentado por la causa nacional, quedaba atrás el costoso e ineficiente mercenarismo absolutista. Sin perjuicio de los principios democráticos que vestían la leva de masas y el servicio militar obligatorio, como Blanquer recientemente ha demostrado, la realidad era que tal incorporación obedecía a las nuevas ambiciones y necesidades militares de aquella época⁵⁰⁵.

Ejércitos masivos con una potencia militar multiplicada por la técnica e impulsados por el fervor de un estrenado nacionalismo eran elementos que hacían que las guerras nada tuviesen que ver con las antiguas contiendas dinásticas. Si bien la masificación del Ejército surgió por las necesidades defensivas de la República francesa, pronto las ansias del poder de Napoleón hicieron de las fuerzas nacionales un arma ofensiva. “¡Cómo se habían equivocado aquéllos que habían creído que la participación de los pueblos en la vida estatal o, como Kant decía, que la republicanización de los Estados iba a reducir el número de guerras!”⁵⁰⁶. Y el resultado de una guerra ya no sólo afectaba a la continuidad de una dinastía o de un gobierno, sino al destino de toda la nación. “Guerra con servicio militar obligatorio equivalía a guerra popular, guerra nacional. Los instintos y pasiones de los pueblos enteros se vertían en la guerra y en la política [...] Antes un Estado vencido no tenía que lamentar más que la pérdida de provincias, es decir, un *minus* en sus medios de poder. Ahora había que lamentar la pérdida de hermanos y connacionales, y esta pérdida era incalculable [...] una derrota en la

⁵⁰⁴ La derrota de Prusia frente a Napoleón le obligó a firmar un armisticio en el que se obligaba a que su Ejército no superase los cuarenta y tres mil efectivos. Esta limitación llevó a reclutar temporalmente a este número e instruirlo periódicamente. De este modo, en breve se lograba que los varones de la nación en edad útil estuvieran preparados para la guerra en cualquier momento, un potencial militar hasta entonces desconocido. Ver, RUSSELL, Don y ORBAÑANOS, José M., *Voz “Ejército”*, cit. pág. 196.

⁵⁰⁵ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 78 y ss.

⁵⁰⁶ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 431.

guerra significaba ahora para una gran potencia algo completamente distinto a lo que antes había significado”⁵⁰⁷.

Como consecuencia de ello, como advertiría Clausewitz, los asuntos de la guerra debían de sustraerse de las manos de los militares profesionales, “el control de la política-militar, el control de la guerra, el diseño de la defensa nacional, [había de] forman una parte sustantiva, troncal, de la política del Estado, pues de las mismas depende su propia pervivencia en el ámbito de las conflictivas relaciones entre potencias continuamente en expansión, y debe, por tanto, corresponder, ser competencia, de los detentadores del poder político, de los gobernantes civiles, y no, como hasta entonces, de los detentadores del poder político, de los oficiales del Ejército y de los generales.”⁵⁰⁸

Así pues, el pacifismo y antimilitarismo liberales no pasaron de ser meros ideales. El propio capitalismo inspiraba la tendencia al dominio territorial, los colonialismos también fomentaron el fortalecimiento de las fuerzas armadas. Así pues, como señala Bañón y Olmeda, la realidad del Estado liberal derivó en la parcial efectividad material de algunos de sus postulados, si bien la mayor parte de estos principios quedaron reconocidos meramente en lo formal o simplemente fueron desvirtuados hasta la práctica contravención de los mismos. El antimilitarismo liberal fue nominalista y normativo⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ *Idem.*

⁵⁰⁸ BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* págs. 69 haciendo un análisis de la obra de CLAUSEWITZ, Karl von, *De la guerra*, Madrid, Labor, Punto Omega, 1984, págs. 68 y ss.

⁵⁰⁹ En este sentido BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas”, *cit.*, en concreto, págs. 29 y ss. donde señalan los autores que “la formación del Estado-Nación y su existencia se asocian al incesante crecimiento del número y calidad de las fuerzas armadas. El capitalismo es incomprensible sin la historia del desarrollo armamentista y de los conflictos bélicos.”. En este mismo sentido WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, *cit.* págs. 86 y ss.

III. Los principios liberales sobre la fuerza militar en los modelos anglosajón y francés

A) EL DESARROLLO HISTÓRICO LOS PRINCIPIOS LIBERALES RESPECTO DE LA FUERZA MILITAR EN EL MARCO ANGLOSAJÓN

a) Gran Bretaña

Los principios que habían de ubicar la fuerza militar en el Estado liberal se consolidaron en Occidente durante el siglo XIX, si bien, surgieron de un largo desarrollo histórico, cuyo origen más inmediato -como sucedió en general con los principios liberales- se encuentra en la Gran Bretaña del siglo XVII⁵¹⁰.

La supremacía del poder civil se consolidó al mismo ritmo de la afirmación del Parlamento y el vaciado de la prerrogativa real⁵¹¹. El mando regio sobre las fuerzas terrestres era aún reconocido en la *Militia Act* de 1661. La primera forma por la que se buscó la subordinación militar fue la *objetiva*, que suponía determinar un modelo de Ejército que convirtiese a las FAS en neutrales políticamente. En virtud de este pensamiento, en un primer momento se supuso que el mejor medio de controlar al estamento militar era evitando un Ejército permanente, y así se estableció en el *Bill of Rights* de 1689, dificultando que el Monarca pudiera buscar

⁵¹⁰ Al respecto, FIELDS, William S. y. HARDY David T., "The Militia and the Constitution: a Legal History", en *Military Law Review*, nº 136, vol. 1, primavera de 1992, 20745 palabras, base de datos jurídica Lexis-Nexis (septiembre de 1999) sobre Inglaterra, las primeras 934 líneas (20 págs.); DI VERGOTTINI, Giuseppe, "La supremacía del poder civil ...", cit. en concreto, págs. 11 a 14; CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 20 a 22; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit. págs. 12 a 13, y 247-250; PORRAS NADALES, Antonio, "La Defensa, poder militar y régimen constitucional", *Revista de Estudios Políticos* nº 35 (1983), págs. 183 a 234, en concreto, pág. 190 y BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 10-15 y 42-45. Se sigue también el estudio de FIELDS, William S. y. HARDY David T., "The Militia and the Constitution: a Legal History", cit. sobre Inglaterra, las primeras 934 línea (unas 20 págs.)

⁵¹¹ Para Locke sería el Legislativo quien tenía el derecho a dirigir como debía ser empelada la fuerza del Estado para preservar la comunidad. LOCKE, John *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit. en su capítulo XII, parágrafo 143 en el que recuerda que "El poder legislativo es aquél que tiene el derecho de dirigir la fuerza de la comunidad que habrá de ser empleada para preservar el Estado y sus miembros".

un apoyo en la fuerza militar⁵¹². A partir de entonces se consolidó la práctica de la anual *Munity Act* que contenía la requerida autorización parlamentaria para sostener el Ejército. Esta idea fue concretada en la *Mutiny Act* de 1689 (y ya en la *Naval Act* de 1661). El Parlamento renovaba periódicamente la existencia de fuerzas organizadas, ni en situación de paz ni en guerra se le daría al Monarca más dinero que el estrictamente necesario para mantener al Ejército durante el período de un año.

Asimismo, en estas disposiciones se fueron forjando los medios *subjetivos* para el efectivo establecimiento de la supremacía civil. En virtud de ellos, no se actuaba directamente sobre el modelo de fuerzas, sino sobre su ubicación en el Estado y su estatuto. Para ello, se dotó a las FAS de un estatuto compatible y superpuesto al de todo ciudadano inglés⁵¹³. Se configuró un nuevo modelo de obediencia, situando por encima de todo a la ley, incluso sobre el mando del Monarca. El rey tendría la facultad de mantener la disciplina con tribunales marciales, si bien, ni ello implicaba un privilegio ni, en modo alguno, estos tribunales podían ser empleados con civiles⁵¹⁴. Así, como recuerda Blanco Valdés, “el soldado pasaba a ser un ciudadano que si bien, en tanto que militar, estaba sometido a las leyes militares, en ningún caso estaba exento de sus deberes como ciudadano. Ello suponía la pulverización del antiguo principio de obediencia ciega al superior, incluso cuando éste fuera el rey, principio que había jugado históricamente a favor

⁵¹² En su declaración VI se disponía “Que el reclutamiento o mantenimiento de un Ejército, dentro de las fronteras del reino en tiempo de paz, sin la autorización del Parlamento, son contrarios a la ley”.

⁵¹³ En la *Munity Act* de 1689 se disponía que “Nada de lo que se contiene en esta ley será interpretado como exceptuando al oficial o al soldado, quien quiera que fuese, de la aplicación ordinaria de la ley.” Sobre el particular, ver CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 36, julio-diciembre de 1978, págs. 7-42, en concreto, pág. 21 y ss.

⁵¹⁴ En el Preámbulo de la *Munity Act* de abril de 1689 se señalaba que “Teniendo en cuenta que ningún hombre puede ser privado de su vida o mutilado, ni ser sometido a ninguna clase de castigo, en virtud de la ley marcial o de cualquier otra manera, más que por el juicio de sus pares y siguiendo las leyes comunes establecidas en estos reinos; pero, teniendo en cuenta, sin embargo, que para mantener en sus deberes a las fuerzas que existen, o que puedan ser reclutadas por las necesidades del país debes ser observada una exacta disciplina; teniendo en cuenta que los soldados que se amotinaron, formantaran una sedición o desertaran del servicio de sus Majestades, se hacen merecedores de un castigo más ejemplar y más expeditivo que el que permiten las formas ordinarias de la ley...”

del último, y la afirmación del principio alternativo de sometimiento a la ley, característico del Estado constitucional. Suponía a la postre, que en la batalla entre el Rey y el Parlamento, también en esta materia, básica y de indudable trascendencia política, había ganado el Parlamento⁵¹⁵." Poco a poco se fue vaciando la prerrogativa regia de mando supremo de las FAS, con el nombramiento de un General Comandante en Jefe (desde 1793) y la responsabilidad parlamentaria del Secretario de la Guerra (desde 1783)⁵¹⁶.

Cabe señalar también que el Derecho de excepción en Gran Bretaña no adquiriría nunca las connotaciones que tendría en el continente y especialmente en España⁵¹⁷. Se partiría del principio afirmado por Locke que la coacción que no se amolda a la ley, que no es más que fáctica, es animalidad, *the way of beasts*, sólo la ley da autoridad⁵¹⁸. Ahora bien, la indefinición del inglés se apreciaba para los casos comprometidos en los que la necesidad y los imprevistos o las cuestiones de política internacional y guerra superaban el marco legal⁵¹⁹. En estos casos parecía apostar por la prerrogativa regia, si

⁵¹⁵ BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* pág. 42.

⁵¹⁶ Ver, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit. pág. 13, quien recuerda que, no obstante, hasta finales del siglo XIX no se aseguró un efectivo control parlamentario de la conducta del Comandante en Jefe por la vía del Ministro responsable. Sobre la prerrogativa regia británica, recientemente, CANDO SOMOANO, María José, "La prerrogativa real británica", en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 18/19, invierno-primavera de 1997, págs. 131-160.

⁵¹⁷ Desarrolla y analiza este pensamiento del inglés SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. 73-74, sobre las situaciones de excepción para Locke, págs. 178 y ss. en referencia a la dictadura militar de Cromwell y el carácter soberano de su dictadura y, en especial, págs. 221-224 sobre las medidas constitucionales de excepción en el marco anglosajón, en concreto en Gran Bretaña.

Asimismo, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. en concreto su seguimiento del precedente de las leyes marciales continentales, los *rior acts*, págs. 123 y ss., la visión del pensamiento de Locke, págs. 73 y ss. y sobre las medidas de excepción constitucionales, págs. 197 y ss.

⁵¹⁸ SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. 73. Sobre el tema, ver también, TURNER, Robert F. "The constitutional framework for the division of national security powers between the congress, the President, and the Court", en MOORE, John N., TIPSON, Frederick S. y TURNER Robert F., *National Security Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1990, págs. 749-893, en concreto, pág. 751.

⁵¹⁹ Tanto Schmitt como Cruz Villalón recuerdan cómo éste es uno de los aspectos donde el pensamiento de Locke se delata como sólo ser claro aparentemente. Cruz Villalón, sitúa a la prerrogativa para Locke en el marco de los silencios de la ley y las alternativas entre la elección de la ley y la salvación del Estado (*El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 198). En todo caso, señala este autor que la necesidad no tiene mayor relevancia para Locke

bien señalando que ante su abuso sólo cabía “recurrir al cielo”, es decir, a la rebelión a la que dedicó parte de su “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”⁵²⁰. En la práctica, cabe señalar de un lado las *riior acts*, que si bien fueron precedentes de las leyes marciales continentales, no llegaron a alcanzar la dimensión política de éstas⁵²¹. De otra parte, las *Munity Acts* sólo permitirían facultades extraordinarias de martial law sólo para guerra y para fuera de la isla⁵²² y las comisiones extraordinarias ya fueron suprimidas por el *Bill of Rights*⁵²³. En la práctica británica lo que prevaleció fue el predominio absoluto del Legislativo, quien tendría la posibilidad de “legalizar la ilegalidad”, esto es, incluso *a posteriori* el Parlamento podía ratificar todo tipo de medidas adecuadas en casos de necesidad aun adoptadas por el Ejecutivo, todo ello a través de los *Bill* o *Act of indemnity*⁵²⁴. Ninguna medida de necesidad podría ser adoptada por derivarse de la prerrogativa real⁵²⁵.

haciendo mención de ella sólo para la adecuación a la realidad de los distritos electorales. (ob. cit. pág. 200).

SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. págs. 73-74, advierte de forma más concreta que en su pensamiento Locke señala que el mismo legislador debe prever la posibilidad de que él no puede preverlo todo y en el marco del poder federativo, relativo a la guerra y al extranjero el inglés admite el obrar de una comisión siguiendo su recto entender de lo que es lo propio.

⁵²⁰ El Capítulo XIX “De la devolución del Gobierno” en LOCKE, Jonh, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit. págs. 206-233, en especial, parágrafos 227 y ss. (págs. 217-233).

⁵²¹ Si bien las leyes marciales francesas partirían de los *riior acts* británicos, poco tendría que ver el desarrollo y la práctica de unos y otros. Los *riior acts*, cuyo origen data de 1714 suponían el reconocimiento de unas garantías para las autoridades, un procedimiento al que debía ajustarse la autoridad que va a tomar la decisión de emplear la fuerza armada para que sus actos quedaran exentos de responsabilidad. Se leía el *riior act* señalándose las penas estipuladas y si persistía la reunión tumultuosa una hora después los agenes quedaban fuera de responsabilidad. Ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 123 y ss.

⁵²² SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. 222.

⁵²³ Señala el alemán no obstante, como excepción que en los desórdenes de 1780 se hizo la declaración de que los civiles con armas en la mano serían tratados como sometidos al derecho de la guerra, “tal vez no a la jurisdicción militar”, ob. cit. págs. 222-223.

⁵²⁴ Al respecto CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 293-294 y ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit. págs. 124 y ss. Tal terminología de la “legalización de la ilegalidad”, como recuerdan ambos autores, sería empleada por Dicey.

⁵²⁵ Así quedó expresado en la Sentencia de 1 de mayo de 1916, asunto *Zadig*, de la Cámara de los Lores donde Lord Shaw recogiendo el parecer mayoritario afirmaría: “El poder de promulgar disposiciones dirigidas a la seguridad pública y la defensa del reino está conferido por la ley a Su Majestad en Consejo. En el curso de la discusión, se ha aludido a este poder como ligado a la Prerrogativa Real. Si alguna vez, incluso de la manera más ligera, se asociase esta Prerrogativa con los actos ejecutivos dictados fuera de la voluntad del Parlamento, claramente manifestada, ese día sería un día nefasto: esta vía conduce a la

Por cuanto a la separación de la fuerza militar de las funciones de orden público y de la seguridad ciudadana también en Gran Bretaña se percibió la necesidad de separar las funciones policiales del Ejército. La llamada doctrina de Lord Mansfield, proclamada por éste en 1780 tuvo pronto arraigo en el marco anglosajón. Tal doctrina se basa en que internamente sólo en los casos extremos actuaría la fuerza militar. Además, para llevar a cabo estas funciones interiores los militares precisaban del expreso requerimiento de la autoridad civil local y de ser así requeridos, la actuación de la fuerza militar se consideraba civil y fiscalizable por la jurisdicción ordinaria⁵²⁶. Asimismo, ya en el siglo XIX bajo un Gobierno comandado por un ilustre militar como Wellington fue creada una fuerza de policía civil de carácter local en toda Inglaterra con funciones de tipo preponderantemente preventivo, llenando un vacío hasta entonces ocupado por militares⁵²⁷

De este modo, se perfilaron en Gran Bretaña todas las pautas que ubicaban a las FAS en el Estado liberal democrático. Éstas se consagraron definitivamente en la *Army Act* de 1881.

b) Estados Unidos

En Estados Unidos⁵²⁸ los medios objetivos de control al poder militar tuvieron también un importante peso, si bien inicialmente

Revolución.” Resolución citada por ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit. págs. 123-124.

⁵²⁶ Al respecto, ver CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, cit., pág. 59-60 y BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. págs. 70 y ss.

⁵²⁷ Ver, CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación...* cit. pág. 60, relativa a la creación por el ministro del Interior Robert Peel de una policía metropolitana mediante ley de 1829, luego extendida a toda Inglaterra.

⁵²⁸ Al respecto, véase, TURNER, Robert F. “The constitutional framework for the division of national security powers between the congress, the President, and the Court”, en MOORE, John N., TIPSON, Frederick S. y TURNER Robert F., *National Security Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1990, págs. 749-893, en concreto, págs. 817 y ss.; FIELDS, William S. y HARDY David T., “The Militia and the Constitution: a Legal History”, cit. sobre Norteamérica, las últimas 673 líneas (unas 15 págs.) En España, XIFRA HERAS, Jorge, “Los poderes de guerra del Presidente de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 5, 1958, págs. 101-134; CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 22-25; Hermann OEHLING, *La función política...* cit. págs. 81-82; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. pág. 11 y

adquirieron una forma diversa respecto del modelo británico: se exaltaron las milicias populares frente a unidades regulares. El control objetivo dejó de sustentarse únicamente por medio de licencias anuales, pues no sólo se trataba de evitar un Ejército permanente. La noción del “pueblo en armas” pasó a configurarse como la mejor garantía frente a un supuesto cesarismo militar⁵²⁹. No obstante, poco más tarde la idea de la milicia pronto hubo de combinarse con el Ejército regular⁵³⁰.

En todo caso, de los procesos anglosajones cabe destacar que se perfiló la distribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo en la materia militar. El pensamiento de Hamilton en este sentido puede, incluso, parecer simplista: los planes para destruir las libertades precisan tiempo, para llevar a cabo un Ejército numeroso se exigen diversas autorizaciones continuas, autorizaciones que concede el poder Legislativo a propuesta del Ejecutivo. No resulta posible que todo representante de las cámaras se tornase traidor a la nación y a sus electores; es por ello por lo que el control del poder civil sobre el militar es responsabilidad de todos los órganos representativos de la soberanía popular⁵³¹.

Por cuanto al mando militar, en Norteamérica la Constitución dispone la atribución de la iniciativa militar al Congreso (artículo 1, sección 8ª. 12) y la conducción de la guerra al Presidente, comandante en jefe de las FAS (art. 2, sección 2ª. 1). En la práctica constitucional los poderes de guerra del Presidente se han ido

BARCELONA LLOP, Javier, “Profesionalismo, militarismo e ideología militar”, en *Revista de Estudios Políticos* nº 51, 1986, págs. 127- 161, en concreto, págs. 141-142.

⁵²⁹ Así se entiende el punto 13 de la Declaración de Virginia de 1776, donde se establece que una milicia bien regulada, reclutada entre el pueblo y entrenada en el manejo de las armas es la defensa adecuada, natural y segura de un Estado libre; y que los Ejércitos permanentes en tiempo de paz deben ser evitados como peligrosos para la libertad; y que en todo caso las FAS estarán bajo la estricta subordinación y gobierno del poder civil. Se propugna, pues, el mínimo Ejército permanente preciso con la idea liberal de la milicia.

⁵³⁰ Once años más tarde de la Declaración de Virginia fue necesario permitir los Ejércitos estables en la Constitución federal aprobada por la Convención el 17 de septiembre de 1787. En la Sección 8ª del Artículo I se habilitaba al Congreso para reclutar y *sostener* Ejércitos, si bien limitando las autorizaciones a un máximo de dos años. Por otra parte, en relación con los medios objetivos de control civil pueden ser concebido el conocido derecho de poseer armas en virtud de la II Enmienda.

⁵³¹ Ver, BARCELONA LLOP, Javier “Profesionalismo, militarismo... cit., págs. 139-141.

ampliando haciéndose árbitro absoluto de los recursos de la nación, si bien, los controles del Congreso resultan determinantes⁵³²

Por cuanto al derecho de excepción, cabe señalar que la Constitución americana únicamente señala la suspensión del *Writ of Habeas Corpus*⁵³³. La *martial law* de 1795 para el caso de invasión permitía la concentración de poderes por el mando militar y fue empleada especialmente por Lincoln⁵³⁴. También se da la técnica del *Bill of indemnity* para legalizar las medidas de emergencia adoptadas por el Presidente. Sin embargo, toda medida adoptada por uno u otro poder quedan sometidas a la fiscalización del Tribunal Supremo que no ha dudado en condenar atribuciones extraordinarias del Presidente o del Congreso acudiendo al recurso de la necesidad y subrayando la primacía absoluta de la Constitución tanto en paz como en guerra⁵³⁵.

⁵³² Al respecto de la distribución de los poderes entre el Congreso, el Presidente y el Tribunal Supremo, recientemente, en la doctrina norteamericana, TURNER, Robert F. "The constitutional framework cit., en concreto, pág. 827 y ss. donde se recuerda a HAMILTON, A. *The Federalist*, Jo. Cooke, ed. 1961, números, 69, 72 y 74 con relación a la atribución del cargo de Comandante en Jefe al Presidente, que para Madison se justificaba en que no cabía temor al poder Ejecutivo en tanto que era el más débil de los poderes en Estados Unidos (ver, ob. cit. pág. 829).

La evolución ha sido bien significativa, destacando, en especial, la Resolución de Poderes de Guerra de 1973 (ver, ob. cit. pág. 834-836), como respuesta a la insatisfacción por lo acaecido en la guerra de Vietnam, donde se recogen las necesarias consultas del Presidente al Congreso para iniciar y continuar hostilidades, así como, entre otras, el plazo de 60 días (como máximo de 90) (secc. 5) tras el cual las actividades sólo podrán continuar con la específica autorización del Congreso o su declaración formal de guerra.

⁵³³ En especial, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 249-252.

⁵³⁴ Sobre el contenido y aplicación de la misma, SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág., págs. 223-225.

⁵³⁵ Así, por ejemplo el Tribunal Supremo en el asunto *Ex parte Milligan*, de 1866 señaló que "La Constitución de los Estados Unidos es la ley tanto para los dirigentes como para el pueblo, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz... Nunca se inventó por el espíritu humano ninguna doctrina provocando consecuencias más perniciosas que aquella que permitiese que una cualquiera de las disposiciones constitucionales sea suspendida en razón de una necesidad gubernamental. Tal doctrina conduce directamente a la anarquía y al despotismo y la teoría de la necesidad sobre la que se funda es inexacta, puesto que el Gobierno encuentra en la Constitución misma todos los poderes necesarios para la defensa de su existencia [...] El Presidente no puede, ni en tiempo de guerra ni en tiempo de paz, inmiscuirse en la competencia propia del Congreso, ni el Congreso en la competencia propia del Presidente. Ambos son los servidores del pueblo cuya voluntad está expresada en la ley fundamental.", citado en español por ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit. págs. 116-117, sobre el tema ver págs. 114-120, donde se contienen diversas referencias jurisprudenciales sobre la cuestión. También en SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. 224. El original en inglés puede seguirse en TURNER, Robert F.

B) LA UBICACIÓN CONTINENTAL REVOLUCIONARIA DE LA FUERZA MILITAR: FRANCIA

a) *División conformación y estatuto de la fuerza armada y reparto de poder tras la Revolución*

En los sistemas continentales como Francia⁵³⁶ hay que partir del hecho de que las necesidades geoestratégicas imponen una presencia militar en el territorio mucho más importante que en el caso británico, dada su insularidad. Tal presencia, obviamente, incrementa el temor al abuso de la tenencia de los instrumentos de la violencia y al desvío de la utilización de los mismos por parte del poder. Todo ello unido, claro está, al peso del principio monárquico.

Los postulados de la ley como voluntad general suponían la necesidad de garantizar su cumplimiento, incluso por las armas. Por ello, la fuerza armada no podía quedar a merced de voluntades particulares y, especialmente, a voluntad del Monarca. Así, ya en el art. 12 de la Declaración de 1789 se afirmaría que “la garantía de los Derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; ésta se instituye para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada”. Ahora bien, como recuerda Cruz Villalón, si bien en el continente no se dudaba que una fuerza armada debía existir y que ésta debía atender tanto a la seguridad de las fronteras como a la seguridad interna, lo que no era tan evidente era si la misma fuerza armada debía cumplir ambas misiones o debía haber una fuerza armada diferente para cada misión, a las órdenes de quién debía o debían encontrarse y cómo se compondrían cada una de ellas⁵³⁷.

“The constitutional framework... cit. pág. 833, donde también se contienen diversas resoluciones sobre el particular.

⁵³⁶ Al respeto de los principios consolidados por la Revolución francesa en el orden militar, DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La supremacía del poder civil... cit. págs. 14-24; CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 25-32; Fernando LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 14-23; BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit., págs. 73-84; CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 105-120.

⁵³⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 107.

El poder militar era enemigo natural de la libertad conseguida y o bien se le relegaba completamente a las solas funciones de seguridad exterior, como propugnaba Sieyès⁵³⁸, o bien se le sometía plenamente a la autoridad civil para el caso de su actuación interna. Esta última tesis, sostenida por Mounier⁵³⁹ fue la que prevaleció, si bien la historia demostraría las dificultades de alcanzar la subordinación militar a la autoridad civil. De este modo, los Ejércitos debían ser un órgano secundario al servicio de la soberanía de la nación. De ahí que la Constitución francesa de 1791, en el título IV relativo a la fuerza pública, art. 12, estableciera que la “fuerza pública es esencialmente obediente, ningún cuerpo armado puede deliberar”⁵⁴⁰. Asimismo se distinguirían diversas fuerzas⁵⁴¹: un Ejército de tierra y de mar (de carácter voluntario⁵⁴²) destinados “esencialmente” a “actuar contra los enemigos de fuera” y unas

⁵³⁸ Sieyès es quien más radicalmente exige la separación del ejército del orden interno: “El poder militar no ha sido creado, ni existe, ni debe obrar, sino en el orden de las relaciones políticas exteriores. Así, pues, el soldado jamás debe ser utilizado contra el ciudadano. No puede ser mandado, sino contra el enemigo exterior” (Art. 13 de los Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano. Leído los días veinte y veintiuno de julio al comité de constitución por el señor Abate Sieyès, en SÁNCHEZ, Viamonte C., *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, México, 1956, pág. 125, citado por CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 107. Este último autor recuerda como ek presupuesto de Sieyès es que el poder militar es por sí irreductible, por lo que hay que desterrarlo a las fronteras más que intentar su transformación (ver, Ob. cit. págs. 107-108).

⁵³⁹ Este autor influiría decididamente en el art. 16 del proyecto de Constitución, en el que se afirmaba que “La fuerza militar, destinada a la defensa del Estado no puede ser empleada para el mantenimiento de la tranquilidad pública sino bajo las órdenes de la autoridad civil”, SÁNCHEZ, Viamonte C., *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, cit., pág. 146.

⁵⁴⁰ Así, se incluyó este principio en los Reales Decretos de 28 de febrero y de 21 de marzo de 1790, pasando luego a la Constitución de 1791 en el art. 12 del Título IV. Este precepto constituye el principio de neutralidad y apoliticidad de las FAS como exigencia básica de sujeción a la voluntad general. Tuvo su continuación en los textos constitucionales revolucionarios del Año I, del Año III y de 1799. La tradición constitucional francesa ha seguido manteniéndola en la Constitución de 1848 y en las leyes constitucionales de 1875, pasando a entenderse consuetudinaria sin ser referida expresamente en las constituciones de 1946 y 1958.

⁵⁴¹ Ver, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 78 y ss. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 104 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. pág. 15.

⁵⁴² El Ejército regular era voluntario según disponía el Decreto de 16 de diciembre de 1789 y más tarde el Decreto de 7-25 de marzo de 1791 o de 24-25 de enero de 1792. Como recuerda Blanquer éste se compuso básicamente artesanos y gentes de oficio y para sufragar gastos de la torpa se implantó la economía dirigida fundada en la requisa, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 79.

fuerzas de seguridad interna para “actuar contra los perturbadores del orden y de la paz”. Para la defensa exterior quedarían a las órdenes del rey, para actuar en el interior precisarían del requerimiento de las autoridades civiles. Subsidiariamente se añadía la “guardia nacional”⁵⁴³, para “restablecer el orden en el interior” y “armarse para la defensa de la libertad y de la patria” de ser requeridos, como lo fueron ante las presiones de las monarquías europeas y la ausencia de los huidos nobles, mandos de los Ejércitos permanentes⁵⁴⁴. Se iniciaba una división de la fuerza armada del Estado que quedaría, más tarde consolidada en el pensamiento de Constant. En el siglo XIX se perfilarían estas divisiones de la fuerza pública en el futuro sobre la idea de la existencia de un Ejército de línea, una Gendarmería y una Guardia Nacional⁵⁴⁵. Este sistema, pese a la posterior decadencia de las milicias nacionales, se fue implantando en toda Europa. Sin embargo, el peso del principio monárquico en España y la débil estructuración civil del Estado, no permitió la implantación efectiva de este modelo.

En 1792 se aboliría la monarquía por la Convención y se daría paso al Ejército republicano que del reclutamiento voluntario

⁵⁴³ Como recuerda Blanquer, la “guardia nacional” tendría sus antecedentes en la constitución de una milicia burguesa formada por la municipalidad de París el 12 de julio de 1789 para enfrentarse al Ejército real que retendría disolver a la Asamblea, más tarde se extendería de París a otras ciudades. La Guardia Nacional iría eclipsándose en el Directorio y renacería con la Monarquía de 1831, hasta desaparecer en 1871. BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 77 y 79.

⁵⁴⁴ La huida de los nobles que monopolizaban los Ejércitos reales hizo asumir a la Guardia nacional la defensa frente al exterior BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 79.

⁵⁴⁵ Constant apostó por unas fuerzas militares permanentes. Sin embargo, afirmó la conveniencia de dividir a las FAS, en tres clases, “con una línea fija que no pudiesen salvar”. De una parte, un *Ejército de línea* que llevaría a cabo las funciones armadas propias, las de defensa exterior. El Ejecutivo únicamente prodría recurrir a su empleo interno en el caso de una sublevación manifiesta, y con las debidas explicaciones a una Comisión de exámen nombrada por las Cámaras. En segundo lugar, existiría una *Gendarmería* que “garantizara la seguridad privada”, que no podría adolecer de los vicios de una gran Institución militar (en referencia expresa a la obediencia ciega y los valores militares). Este cuerpo sólo podría emplearse militarmente en los referidos casos de sublevación o invasión, controlados por una Comisión de exámen. Por último, en tercer lugar, se recogía la existencia de una *Guardia Nacional* (al modo de nuestra milicia nacional), que “sofocase las turbulencias y sediciones”; cuerpo éste directamente entroncado con la ciudadanía en la defensa del régimen. La referencia a este autor se realiza en relación con la extracción de los postulados básicos de su obra realizada por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 23-30.

pasaría a la conscripción y a la leva en masa del terror⁵⁴⁶, que sería *vestida* de “nación armada”, de “ciudadano-soldado” y de “Ejército nacional”. Y es que, en especial tras la decapitación del Monarca en 1793, ante las presiones militares de las monarquías extranjeras y las dificultades del reclutamiento voluntario, se impuso el sistema de la conscripción forzosa. La Constitución de 1793, dispondría que “todos los franceses son soldados” (art. 109). Ante la insuficiencia de la conscripción se dispuso, finalmente, la leva en masa por Decreto de 23-24 de Agosto de 1793⁵⁴⁷. Más tarde, en 1798 (Ley *Jourdan*) se estableció el sistema de quintas y de voluntariado; desde la Constitución de 1814 se volvía a un sistema mixto, ya no basado en la conscripción, sino en el servicio militar emulando el sistema prusiano que se concretaría por ley de 1818 (Ley *Gouvion Saint-Cyr*). Finalmente esta sería la versión definitiva de un Ejército nacional y permanente idóneo para evitar la amenaza de la libertad que implicaban los Ejércitos permanentes absolutistas⁵⁴⁸. Ahora bien, hay que estar con Blanquer en cuanto insiste en que “La medida no respondía a un teórico principio de participación democrática, sino a las empíricas y reales necesidades de la Defensa Nacional, como consecuencia del acoso de las monarquías legitimistas contra la República francesa”. “En definitiva, la leva en masa no es tanto una institución democrática de la Revolución como del terror revolucionario de Robespierre y Saint-Just”⁵⁴⁹. Ahora bien, del modelo absolutista de Ejército, que era profesional, mercenario y con una cúpula militar marcadamente aristocrática se pasó a un Ejército nacional en el que el consagrado principio de igualdad en la esfera castrense, exigiría el cese del monopolio de la jerarquía militar por la nobleza⁵⁵⁰. La cúpula militar dejaría de estar

⁵⁴⁶ Sobre la regulación BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 79 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 15-16.

⁵⁴⁷ En dicho decreto se preceptuaba que “Desde este momento hasta que los enemigos hayan sido expulsados del territorio de la República, todos los franceses están en situación de requisita permanente para el servicio de los Ejércitos.”

⁵⁴⁸ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 16-17.

⁵⁴⁹ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 80 y 82, respectivamente.

⁵⁵⁰ De ahí que el art. 6 de la citada declaración estableciera los principios de igualdad y capacidad para la accesión a los cargos públicos. El Decreto de 28 de febrero-21 de marzo de 1790 fue básico para el acceso al mando militar por quienes no ostentasen *sangre azul*. Del

monopolizada por la nobleza y la burguesía accedería a los mandos militares.

Resulta del todo interesante atender también al juego de poderes entre el Monarca y el Ejecutivo y el Parlamento que se dio en el sistema francés. Inicialmente, se trataba de limitar el poder del Monarca sobre las armas y subordinarlas a las autoridades civiles. Si bien la Constitución de 1791 mantuvo el Ejecutivo en manos regias⁵⁵¹, se arbitraron no pocos mecanismos que aumentaban el poder del Legislativo soberano sobre el ámbito militar. Así, el rey no podía nombrar libremente a los oficiales, ni era de su competencia la regulación de lo militar ni el reclutamiento; la decisión de guerra dependía también del Legislativo y se positivaba en el art. 6 del Título III un *ius resitendi* por el cual se entendía la abdicación automática por el hecho de dirigir las tropas contra la nación. Se formulaba así uno de los primeros límites continentales a la obediencia ciega. En este sentido cabe recordar la pronta institucionalización del juramento de fidelidad del militar, que inicialmente sería conjuntamente a la Nación, a la Ley y al Rey⁵⁵². También, con el fin de evitar el uso desviado de las armas en el interior, desde un inicio se exigió la importante institución del *requerimiento* de actuación militar por parte del poder civil⁵⁵³. Por la evolución propia del proceso revolucionario, la Constitución jacobina de 1793 atribuyó los máximos poderes al Legislativo, aunque más tarde la esfera castrense volvió al predominio del Ejecutivo, que se mantendría finalmente⁵⁵⁴.

mismo modo, se instituyó el carácter electivo de los empleos de oficial que se desvinculaban del estamento nobiliario.

⁵⁵¹ Ya el Decreto de 28 de febrero-21 de marzo-28 de abril de 1790 se erigía al Rey como jefe supremo del Ejército, reiterándose esta consideración en el art. 1 del Título III de la Constitución de 1791.

⁵⁵² Así, el Real Decreto de 28 febrero - 21 de marzo de 1790 que reorganizó los cuerpos armados proclamó que todos los años las tropas habían de prestar juramento de fidelidad a la Nación, a la Ley y al Rey, al respecto CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española", cit. pág. 23.

⁵⁵³ El mismo pasó a ser un principio constitucional que fue recogido en el Decreto 6-12 de diciembre y en las Constituciones de 1791, de 1793, del año III, y de 1848.

⁵⁵⁴ Así, cabe mencionar las distintas Constituciones de 1795 (año III) que conferiría el Ejecutivo al Directorio, si bien no el mando directo de la fuerza militar, la de 1799 (año VII) que dotaba de todos los poderes militares al gobierno, en un régimen típicamente pretoriano. Tras la Restauración borbónica, la Carta otorgada de 1814 concentró los poderes militares en el Rey al igual que la de 1830. La Constitución de 1848 atribuyó al Presidente de

Resulta también interesante apreciar cómo desde el primer momento se reconocieron las libertades públicas a los militares⁵⁵⁵. El inicial liberalismo romántico no estableció distinción en el reconocimiento de estos derechos y libertades tanto a civiles como a militares, e incluso el reconocimiento de derechos a los militares sustentó su existencia para los civiles⁵⁵⁶. No fue mucho el tiempo preciso para recabar los problemas que derivaban de la atribución de libertades políticas a los militares. Se reaccionó y comenzó a sentirse como incompatible la exigencia de la neutralidad política con el reconocimiento de las libertades públicas del militar. Se percibió el riesgo que suponía que las FAS forjasen una voluntad distinta a la general y la proyectasen a través del ejercicio de las libertades políticas. De este modo, comenzó a predicarse un principio de neutralidad política que justificaba las progresivas limitaciones de derechos en el estatuto del militar. Surgió así la distinción de las relaciones generales y las relaciones especiales⁵⁵⁷.

la República la disposición de la fuerza armada si bien con límites para su mando directo, así como al servicio militar obligatorio, la guardia nacional o el requerimiento. En la Constitución de 1852 así como en la de 1870 el mando -directo- se atribuyó al Presidente (luego Emperador). Ver, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 20-23.

⁵⁵⁵ El Decreto de 28 de febrero atribuyó los derechos del ciudadano activo a todo soldado. Los Decretos de 30 de julio de 1792 y de 28 de febrero supusieron el reconocimiento de derechos de ciudadano activo a todo francés que defendiese la Patria. Sobre el tema, CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 223-246 y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 76-77.

⁵⁵⁶ La entrega a la Nación de los que visten el uniforme impulsó la universalización de algunos derechos que en un primer momento no se reconocían a todos los franceses. Se dio pie a que otros ciudadanos que no eran militares adquirieran derechos que no tenían. Esto se aprecia con claridad en el caso del derecho de sufragio, pues precisamente la condición de militar era un medio para alcanzar su titularidad (se reconoció a los militares que hubiesen prestado 16 años de servicio e 1790 -Decreto de 28 de febrero-). Las necesidades de defender la Revolución exigieron más tarde acudir a los ciudadanos pasivos, reconociendo a todo francés que defendiese la Patria el derecho de voto. Ocho días más tarde se reconoció, por el Decreto de 11 de agosto de 1792 el sufragio universal. Al respecto, véase CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 223-246 y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 76-77.

⁵⁵⁷ Al respecto véase, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, número 34, 1961, págs. 11-51; GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un

Los derechos pasaron a ser reconocidos en la esfera de las relaciones básicas humanas, mas no en las particulares relaciones del sector sometido directamente al dominio del poder Ejecutivo.

b) Una cuestión de especial relevancia: la legitimación y desarrollo de las medidas de excepción

Ahora bien, en el continente adquiriría una singular importancia el desarrollo y la práctica de las instituciones de excepción. No en vano éstas serían empleadas en un primer momento para mantener el fin del Antiguo Régimen, consolidando el poder de la burguesía. Más tarde, una vez la revolución burguesa no tenía marcha atrás, éste fue el medio burgués de parapetarse frente a la amenaza de la *cuestión social* que atenazó el continente desde la segunda mitad del siglo XIX. Las instituciones de dictadura y la negación de las libertades no eran en modo alguno algo nuevo, eran lo propio del ejercicio absoluto del poder⁵⁵⁸. No obstante, sí habría de ser novedoso su establecimiento, legitimación y juridificación en un sistema basado en la vigencia del Derecho, la división de poderes y el reconocimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos. Sin perjuicio de las reflexiones anglosajonas, serían básicas las aportaciones de autores como Montesquieu, Mably, Rousseau y más tarde de Constant.

El primero de ellos, destacaría en orden a la legitimación de las medidas de excepción. Montesquieu⁵⁵⁹ justificaría que en beneficio de la seguridad no tendría sentido atacar el derecho de propiedad, pero sí “cubrirlas con un velo la libertad [las libertades individuales], como se tapan las estatuas de los dioses” (XII, 19)⁵⁶⁰. En el plano orgánico cabe subrayar a Mably, su construcción de

estudio jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en *Revista la Ley*, tomo 2, año 1988, págs. 989-993.

⁵⁵⁸ Al respecto, SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. 57-133.

⁵⁵⁹ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 200 y ss. y SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. págs. 137-145.

⁵⁶⁰ Cabe recordar con Schmit que precisamente dicha sentencia “no se refiere a la justificación del estado de sitio, sino a la cuestión de si es lícito un *attainder-bill*” [una ley singular], Ver, SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. 143. Para CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 200 Montesquieu es “el autor que más claramente ha formulado la razón de ser de la protección extraordinaria del estado”.

1756 señalaba que en los casos excepcionales de defensa de la libertad el pueblo debía asumir totalmente por sí el Ejecutivo, decayendo toda competencia y la función de todas las magistraturas. Se trataba de un poder absoluto no únicamente referido al mando de la guerra y la represión de la sublevación. Este modelo sería seguido básicamente en la dictadura jacobina⁵⁶¹. Rousseau, amén de su afirmación de la posible necesidad de forzar a ser libres⁵⁶² no pasó de seguir todos los estereotipos existentes sobre la dictadura siguiendo el modelo romano: para que el Estado no perezca debe dejarse dormir las leyes que por su naturaleza son lentas y pueden convertirse en un obstáculo a la conservación del Estado⁵⁶³. Para él la dictadura es un apoderamiento extraordinario previsto con arreglo a la Constitución otorgado por corto tiempo, para la solución de una situación de necesidad. Constant, contando ya con la experiencia del intenso empleo y desarrollo de las instituciones de excepción mostraría su horror por lo arbitrario, que en un régimen constitucional se introducía siempre en nombre de la seguridad pública. Dispuesto a cerrar el paso a la arbitrariedad subrayaría que en el momento en el que se viola una Constitución ésta deja de existir, siendo imposible ya restablecerla, bien porque

⁵⁶¹ Sobre su construcción, SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. págs. 148-153 para quien este autor sería especialmente original.

⁵⁶² Así, ROUSSEAU, Jean J. *Contrato social*, cit. en el Libro I, Capítulo VIII afirmarí que “a fin de que este pacto social no sea una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso: que sólo por sí puede dar fuerza a los demás, y que quienquiera se niegue a obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo. Esto no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre”, (pág. 46).

Otras manifestaciones de esta voluntad general tiránica, pueden verse en el Libro III, Capítulo VI “De la ley”, donde afirmaba:

“El pueblo, de por sí, quiere siempre el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; mas el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca; librarle de las voluntades particulares [...] es preciso obligar a los unos a conformar sus voluntades a su razón; es preciso enseñar al otro a conocer lo que quiere”. (ob. cit. pág. 65.)

Aunque esto no constituía dictadura para el ginebrino, sobre el tema, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 196 y ss. Especial atención le confiere SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. págs. 154-172, en especial, 164 y ss.

⁵⁶³ *IBIDEM*, pág. 165. Schmitt resume todos los tópicos empleados por el suizo “en los casos extraordinarios se necesitan medidas excepcionales en interés de la *sûreté* y del *ordre public*; las leyes no han de ser “inflexibles”, las formalidades circunstanciales de la ley resultan perjudiciales en un caso de peligro inminente; el legislador debe preveer que el no puede preverlo todo; en resumen, las frases procedentes en parte de la teoría de la *epikie*, que ya había repetido Locke” SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. pág. p. 164.

esta había demostrado ser mala, bien por falta de voluntad de continuar con ella, por ello la Constitución no habría de ser suspendida jamás y las medidas de excepción habrían de estar contenidas en ella⁵⁶⁴.

La experiencia francesa es buena muestra del desarrollo de las medidas de excepción en el continente desde el mismo comienzo de la Revolución⁵⁶⁵. Emulando las *riot acts* inglesas desde 1789 se adoptarían medidas extraordinarias que pronto se advertirían bien convenientes para el sostenimiento del proceso revolucionario⁵⁶⁶. Constitucionalizadas en 1791 una ley de este mismo año prorrogaría la excepcionalidad indefinidamente⁵⁶⁷. También en 1791 surgiría la ficción legal del estado de sitio que habría de desarrollarse formidablemente a lo largo del siglo XIX; sus efectos básicos: la asunción militar del orden público, la extensión de este concepto y la sumisión de los civiles a la jurisdicción militar⁵⁶⁸. Con la agravación de la situación desde 1792 surgía también la fórmula de la “patria en peligro” que permitiría una rápida movilización

⁵⁶⁴ Ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 236 y ss., en concreto, 240-241. También recuerda este autor que Destutt criticaría la frase de correr un velo sobre la libertad de Montesquieu, selañando que “Voilà jusqu’ou l’anglomanie ha conduit ce gran homme.” y Daunou rechazaría el típico argumento de las circunstancias peligrosas. (ob. cit. pág. 242).

⁵⁶⁵ A continuación se sigue de forma bien resumida la larga referencia al desarrollo histórico de las medidas de excepción en Francia desde la Revolución contenidas a lo largo de las obras de Schmitt y Cruz Villalón. SCHMITT, Carl, *La dictadura*, cit. págs. 193-219 y 225-252 y CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 121-161, 235-247, 277-291, 302-318, 367-398 y 434-440.

⁵⁶⁶ Ley de 1789 exige requerimiento para actuación de toda fuerza armada (art. 2), que regula en los arts. 4, 8 y 10 que pasarían al título IV de la Constitución de 1791. Las leyes de 23-26 de febrero y de 2-3 junio 1790, serían dirigidas a las provincias, una y otras podía ser aplicadas en cualquier momento pues la situación a la que debe aplicarse estaba prácticamente sin definir.

⁵⁶⁷ Ley de 26 julio de 1791 y el “artículo adicional”, que prorrogaban indefinidamente la excepcionalidad en tanto no se dijese lo contrario, si bien se concretaban los presupuestos del requerimiento.

⁵⁶⁸ La ficción del estado de sitio surge con la *La Loi sur la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires* de 8-10 de julio de 1791. En la misma se señalaban tres estados en los que podían encontrarse las plazas y fortificaciones, dos de ellos resultaban una concreta descripción de la realidad, pero uno de ellos, el de guerra, no implicaba una situación de hecho, sino que se disponía por un decreto del legislativo a propuesta del Rey (art. 8), o sin actuación del legislativo, sólo por el Rey bajo la responsabilidad de los ministros, siendo que en la primera reunión legislativa se confirmaría o no (art. 9). En este estado, las autoridades civiles seguían ejerciendo las funciones en orden público, pero obedeciendo instrucciones militares.

militar de toda la nación⁵⁶⁹. Hasta el momento, no obstante, las medidas aún no resultaban contrarias a los presupuestos constitucionales.

La suspensión de la Constitución de 1793 y la formación de un gobierno revolucionario permitían la concentración del poder político para llevar a cabo la leva en masa y la planificación de una economía de guerra. Pero en esta ocasión la lucha contra la vuelta del Antiguo Régimen sí que sería a costa de las libertades y la división de poderes⁵⁷⁰. Las medidas extraordinarias siguieron extendiéndose conforme desaparecía el régimen constitucional. Tras el Directorio, en la Constitución de 1799 se regulaba por primera vez la “suspensión del imperio de la constitución” (art. 92)⁵⁷¹. Bajo el régimen de Bonaparte se pulirían todos los instrumentos excepcionales, se extenderían los presupuestos de su aplicación y se consolidaría y legalizaría la sumisión de civiles a la jurisdicción militar⁵⁷². Napoleón afirmaría que “La Justicia es una en Francia. Somos ciudadanos franceses antes de ser soldados. Todos deben, pues, sujetarse a la jurisdicción común, siempre que ella está

⁵⁶⁹ Las tensiones se irían agudizando y en julio de 1792 (de 4 y 5-8 de julio) surge la fórmula de la *patrie en danger*, ya para rebeliones ya para agresiones exteriores. La Asamblea nacional podía decretar el estado de emergencia nacional con el cual podía promover la formación de una fuerza armada en breve tiempo.

⁵⁷⁰ La suspensión de la Constitución de 1793 y la proclamación del Gobierno revolucionario de la República suponía en palabras de Robespierre “la guerra de la libertad contra sus enemigos”. Éste afirmaría que había de guiarse por el principio de la limitación mínima y necesaria de las instituciones de la libertad. El Gobierno revolucionario, para éste “debe acercarse a los principios ordinarios y generales de todos los casos en que pueden ser rigurosamente aplicados sin comprometer a la libertad pública... Cuanto más rigor impongan las circunstancias, tanto más debe abstenerse en medidas que molestan inútilmente la libertad, y que hieren los intereses privados, sin ningún beneficio público.” CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 282. Como señala este autor era la negación del régimen constitucional, pero se trataba de la lucha contra la vuelta del Antiguo Régimen, en modo alguno implicaba una vuelta al mismo. El gobierno revolucionario, subraya, “sólo se legitima en razón de un momento histórico muy caracterizado, un momento revolucionario, el de la instauración de una nuevo orden social, frente al antiguo régimen”, “ha sido objeto de más de un malentendido de quienes vieron una vuelta al antiguo régimen., se trataba no obstante de su superación”. Ob. cit. págs. 283 y 284.

⁵⁷¹ Desde 1795 se intensificarían las medidas extraordinarias, llegando, al fin a ser permanentes, se regularían por medio de leyes de 1795 y 1796). Hasta el 18 fructidor el régimen al menos pretendía ser constitucional, o lo aparentaba, luego pasó ya a ser un régimen de excepción. Las leyes de 27 de agosto y 5 septiembre de 1797 ponían fin a un régimen constitucional sincero.

⁵⁷² Ello se efectuaría por medio del Decreto imperial de 24 de noviembre de 1811.

presente”, sin embargo, la normativa permitía la existencia de comisiones militares con poderes amplísimos⁵⁷³.

Más tarde, los levantamientos de París que acabaron con el monarca Carlos X demostrarían la inconveniencia de dotar al Ejecutivo de la facultad de ser él quien adoptara las facultades excepcionales, tal y como se había recogido en la Carta Constitucional de 1814⁵⁷⁴. El pensamiento de Constant calaría en este sentido negando tal atribución al Ejecutivo en la Constitución de 1830; asimismo, en la Constitución belga de 1831 siguiendo su doctrina se negaría la posibilidad de suspender la Constitución⁵⁷⁵.

Sería un año después de la Revolución de 1848 y la Constitución de este año cuando se aprobaría la ley sobre el estado de sitio⁵⁷⁶. La fórmula de la cesión por el Legislativo del orden público a la autoridad militar y la sumisión civil a la jurisdicción militar se demostraba como el más práctico instrumento frente a los altercados que motivaría desde ahora el movimiento obrero⁵⁷⁷. Ahora ya no se trataba de medidas de legítima defensa en situaciones de guerra o alteración, sino, especialmente, de institucionalizar la persecución política y la eliminación de los vencidos a manos de la justicia militar⁵⁷⁸. La ley de 1878, no haría

⁵⁷³ GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. cita de la pág. 56.

⁵⁷⁴ La Carta Constitucional de 1814 en su art. 14 reconocía al Rey la competencia de realizar los reglamentos y ordenanzas necesarias para la seguridad del estado. Aquello era importante por cuanto hasta el momento la legalidad parecía indiscutible, se trataba de una facultad extraordinaria por lo que era una monarquía constitucional.

⁵⁷⁵ La Carta de 1830 en su art. 13 negaría por completo expresamente facultades del Ejecutivo de reconocer medidas de excepción. En Bélgica, la Constitución de 1831 señalaría en su art. 13 que la Constitución no podía ser suspendida ni en todo ni en parte.

⁵⁷⁶ Se trata de la ley de 8 de agosto de 1849.

⁵⁷⁷ Así lo subraya especialmente GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal. (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1990, págs. 40 y ss., epígrafe relativo a la “Revolución de 1848 y constitucionalización del estado de sitio como instrumento para combatir la insurrección obrera.”

⁵⁷⁸ Señala CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 370 que “la jurisdicción militar constituye la espina dorsal del estado de sitio, aplicado a las insurrecciones urbanas. El estado de sitio se convierte en una necesidad cuando la insurrección es vencida.”, no había sitio para custodiar a decenas de miles de prisioneros de 1848, hacía falta rapidez para deportar y ajusticiar, de una justicia pronta, ejemplar con ejecuciones en caliente. “Pero esta represión ya no tienen nada de legítima defensa [...] se trata de la eliminación de los vencidos: para ellos no hay más juez natural que el militar.” (ob. cit. pág. 371).

sino seguir esta línea⁵⁷⁹. La línea francesa de la extensión de las medidas extraordinarias se recibiría con agrado en España, si bien, como se verá, en nuestro país se haría de una forma casi descontrolada y supondría una de las máximas expresiones de un claro militarismo político.

Respecto de la justicia militar en Francia, nos recuerda GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, cit. pág. 56 que se mantendría en el Código de Justicia Militar de 1890, fruto de la refundición del Código Penal del Ejército de 1884 y la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de guerra del mismo año, así como de la Ley de enjuiciamiento militar de 1886.

⁵⁷⁹ Ley de 3 de abril de 1878, bajo la Constitución de 1875

CAPÍTULO IV. EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS LIBERALES DE UBICACIÓN Y LIMITACIÓN DE LA FUERZA ARMADA EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

El influjo en el continente del pensamiento liberal, en especial en su versión francesa, sería indudable. No obstante, habría que esperar a la invasión napoleónica para que en nuestro país se diese el pistoletazo inicial a un constitucionalismo como se sigue, marcado por el infortunio⁵⁸⁰. La Constitución de 1812 sería el punto de partida de la recepción de los postulados políticos liberales y, por ende, del recogimiento de algunos de los nuevos principios de ubicación de la fuerza militar. Sin embargo, la experiencia española fue particularmente negativa respecto del resto de Europa. Así se sigue en la evolución histórica, política y jurídica del desarrollo del fenómeno militar en la España⁵⁸¹ previa a la Dictadura militar del General Franco. En las siguientes páginas se ha optado por un desarrollo cronológico, en las mismas se puede seguir la evolución política y jurídica de los elementos basilares relativos a la fuerza

⁵⁸⁰ Se sigue en buena medida el trabajo realizado por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, y COTINO HUESO, Lorenzo, "La Constitución de 1978, punto de inflexión en el constitucionalismo español", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, páginas 43-70.

⁵⁸¹ Como se apreciará, se atienden básicamente estudios de CASADO BURBANO, Pablo *Las Fuerzas Armadas en el inicio...* cit. págs. 45-103; BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. *in toto*; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 33-203; GARCÍA RONDA, Ángel, "Estudio comparativo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 y en los anteriores textos constitucionales", en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2553-2560, y, en la misma obra, ver MARTÍ COLL, Antonio, "Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas y del comportamiento de estas respecto a aquéllas", págs. 2653- 2698, en concreto, 2664-2670; CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. y BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit..

Como referencias históricas relativas al ámbito militar, se siguen básicamente ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit.; FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el siglo XIX, Siglo Veintiuno*, Madrid, 1978; PAYNE, Stanley G., *Los militares y la política en la España contemporánea*, (trad. ed. 1967), Ruedo Ibérico, 1986; HEADRICK, Daniel R. *Ejército y política en España (1866-1898)*, Tecnos Madrid, 1981; CHRISTIANSEN, E. *Los orígenes del poder militar en España, 1800 - 1854*, (1967), Aguilar, Madrid, 1974 y ALONSO BAQUER, Miguel, *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971.

armada y su asentamiento en el marco constitucional: servicio militar, milicias, atribución de competencias sobre la fuerza armada, subordinación y neutralidad militar, misiones de la fuerza militar, ejercicio de las funciones de orden público, alcance y funciones de las medidas de excepción y de la jurisdicción militar. Previamente se entiende oportuno advertir de la peculiaridad del desarrollo constitucional histórico español.

I. Unas notas sobre el constitucionalismo español

A) LAS PRIMERAS MARCAS Y LA NECESARIA DESMITIFICACIÓN DE NUESTRO INICIAL CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo liberal entra en España por la *puerta grande* con un texto que supera ampliamente la desafortunada propuesta napoleónica de Bayona. No le falta razón a De Esteban cuando subraya que España recibió tempranamente los aires del constitucionalismo liberal revolucionario; con la Constitución gaditana de 1812 nuestro país se situó entre los cinco primeros países del mundo en poseer una Constitución escrita⁵⁸². Aquella primera Constitución fue ejemplo y estímulo de movimientos constitucionales foráneos y mito constitucional entre nosotros al que nunca se pudo retornar, y esto contribuyó, tal vez, a alimentar esa sensación de fracaso constitucional que nos acompañó todo el siglo XIX.

Ahora bien, con la “crueldad de la historia administrativa”⁵⁸³ Nieto nos recuerda cómo la gaditana no pasó de ser un “tigre de

⁵⁸² Recientemente, DE ESTEBAN, Jorge, *Las Constituciones de España*, BOE-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, con estudio preliminar, págs. 29-43.

⁵⁸³ Al respecto, NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 17-18, señala que en el modelo prefijado por nuestra cultura política reposa la idea de que el actual régimen democrático-constitucional fue fruto de la Revolución francesa e instaurado en España cabalmente durante la regencia de María Cristina con los antecedentes de Cádiz y del Trienio; y sobre el axioma de que este régimen es el mejor de los posibles y el único admisible. A ello añade que “La Historia, no obstante, puede ser cruel y llegar a destruir toda clase de modelos preconcebidos. Cuando los historiadores ponen los pies en la tierra (e incluso descienden a las alcantarillas) constatan fenómenos incompatibles con el axioma. [...] Cuanto más pequeña es la letra que emplean los historiadores, más accidentes se van poniendo al descubierto. Por esto es peligrosa la historia administrativa –tanto o más que la constitucional–: porque, apegada a la tierra, puede observar la miseria que se esconde detrás

papel"⁵⁸⁴, un arma política arrojadiza. La del 19 de marzo de 1812 fue un admirable producto de unas "usurpadoras" Cortes de Cádiz, que importaron la matriz revolucionaria francesa contra la que, precisamente, el pueblo combatía. A la vez, aquellas Cortes iniciaron un camino que seguiría nuestro constitucionalismo: la imposición de ideologías elitistas ajenas al pueblo llano. Como afirmase Tierno Galván, en Cádiz "quisieron hacer su revolución sin el pueblo"⁵⁸⁵. Todo ello, como era lógico, tendría en el futuro secuelas incalculables⁵⁸⁶.

Nuestro primer constitucionalismo es decididamente revolucionario y avanzado, digno de constituir en sí mismo un referente como en nuestro caso, en el marco militar. Su inserción ideológica y filosófica en la atmósfera política transpirenáica no es óbice para que nazca, también, teñido de particularidades propias para las que no se rehuirán esfuerzos en buscar las más recónditas raíces históricas en el Discurso Preliminar⁵⁸⁷. El profesor Sevilla Andrés⁵⁸⁸ subrayaba las diferencias entre nuestro primer constitucionalismo y el francés, destacando la religiosidad y el sentimiento monárquico de una Constitución hecha "en ausencia", pero para el "Deseado". Como se verá, el peso del principio monárquico recaería en el marco castrense, de ahí que sucesivos textos no tuvieran excesivos problemas en recoger algunos preceptos de los ahí incluidos.

de las fachadas... La historia administrativa –como el fuego– convierte en ceniza casi todo lo que toca y aventaja sin piedad los conocimientos acumulados en los libros."

⁵⁸⁴ NIETO, Alejandro, *ibidem*, pág. 20.

⁵⁸⁵ TIERNO GALVÁN, Enrique, prólogo a *Actas de las Cortes de Cádiz*, Madrid, 1964, vol. I, pág. 10, así citado por ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, Editora Nacional, Madrid, 1974, pág. 130.

⁵⁸⁶ NIETO, Alejandro, *ibidem* págs. 64 – 65. Donde se afirma que por más que se tratase de "una "admirable" Constitución, no tenía legitimidad democrática alguna. Y además aquellas Cortes "traicionaron al pueblo", al imponer la ideología de las clases cultas y no la del pueblo llano, que era decididamente contraria. Doble usurpación –de forma y de fondo– que había de tener secuelas incalculables. Porque la mitad de los españoles no se identificó con tal Constitución y, gracias a ella, quedó España dividida para mucho tiempo en dos mitades irreconciliables.". De ahí "la contradicción en que incurrieron los constituyentes al aprobar un texto de inspiración francesa en medio de una guerra contra los franceses".

⁵⁸⁷ ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, con introducción de Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

⁵⁸⁸ SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Historia Política de España (1800-1963)*, , Editora Nacional, Madrid, 1968, págs. 37 y ss. págs. 37 y ss.

No en vano, ya en Cádiz, más que discutir la Monarquía, se apela a su significado histórico y asentimiento popular; lo mismo cabe decir de la religión. No en vano, serán dos cuestiones problemáticas durante todo el siglo: la segunda, como freno al progreso de las ideas; la primera, como símbolo de un Estado nunca bien forjado, ni discutido, ni seriamente “sentido”, sino oculto bajo el manto de una realeza politizada y, por ende, sacudida y desprestigiada por los vaivenes de la política.

Siendo ello así, no debería resultar tan sorprendente para nosotros, ni para los historiadores del constitucionalismo, la aceptación de la soberanía compartida y la idea de la Constitución interna. Si Cánovas la formula abiertamente, nada innovaba que no estuviera ya, desde sus inicios, en el escenario de nuestra historia constitucional. Nuestro constitucionalismo vino marcado desde un inicio por su sentido monárquico (sincero o no, pero situado como quicio del primer constitucionalismo español). A decir de Cánovas, (y ello no es sino herencia del pensamiento del doctrinarismo que le precedió⁵⁸⁹) “la Monarquía era la verdadera Constitución”⁵⁹⁰. Ello, como puede inferirse, degradaba el valor de las Constituciones escritas, puesto que “no todo estaba por debajo de la Constitución”⁵⁹¹. Y la Institución militar, tan apegada a la monarquía que había sido su dueña durante varios siglos, quedaría también al margen de las constituciones, sometiéndose a ellas –si es que lo hizo en algún momento– según lo hiciese el monarca.

B) EL SELLO DE UN PACTO ENTRE OLIGARQUÍAS DESDE 1837 Y LOS CARACTERES DE NUESTRO “PROBLEMA CONSTITUCIONAL”

Dejando de un lado nuestra primera Constitución, sería tras Fernando VII cuando se consolidó nuestro régimen constitucional, o

⁵⁸⁹ Al respecto, DÍEZ DEL CORRAL *El liberalismo doctrinario*, IEP, Madrid, 1945.

⁵⁹⁰ Véase, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, “La Monarquía en el pensamiento político de Cánovas del Castillo”, en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*; Universitat de València, 1989, págs. 921-937.

⁵⁹¹ Así, TOMAS y VALIENTE, Francisco, “Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español”, en su obra *Códigos y Constituciones*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, págs. 153-174, en concreto, pág. 164.

como acertadamente señala Peña, nuestro “problema constitucional”⁵⁹², en un primer momento con el Estatuto Real de 1834 y, básicamente, con la Constitución de 1837. Si no fueron pocas las marcas negativas de la Constitución de Cádiz, más dañosos para el futuro fueron estos primeros pasos del Estado constitucional; y es que lo que se impuso fue un “Estado constitucional en su variante más falseada e hipócrita”⁵⁹³. Bien es posible que se debiera a “malas pasadas de la historia”⁵⁹⁴, mas lo cierto es que, como señalan Solé Tura y Aja “la historia constitucional de nuestro país, es la historia de la formación de unos aparatos y de unas instituciones estatales particularmente impermeables a la reforma democrática”⁵⁹⁵.

Ricardo Macías Picavea en 1899 resumía en breves palabras las notas que mejor definen nuestro constitucionalismo decimonónico. Macías decía de la Constitución que era⁵⁹⁶ “Obra de escuelas y partidos en perpetua transacción con la corte y sus elementos; ficción puramente escrita, nunca realidad viva; reflejo postizo de la última novedad parisién, el pueblo es completamente ajeno a ella y ni influye en la vida nacional, ni conocida ni amada, resulta totalmente infecunda; como engaño contrahecho y amañado, origen de muchos males. De aquí su inercia amovible, su fábrica inestable, su fácil naturaleza jamás intangible y santa”. Nuestra doctrina constitucional⁵⁹⁷ ha constatado todas y cada una de estas afirmaciones.

⁵⁹² PEÑA GONZÁLEZ, José *Historia Política del Constitucionalismo Español*, Biblioteca Universitaria, Madrid, 1995, pág. 27, donde afirma que “el régimen constitucional de España, con su vaivenes y partidismo, ha sido muchas veces más un “problema constitucional” que un régimen propiamente dicho”.

⁵⁹³ NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*. cit. pág. 56.

⁵⁹⁴ PEÑA GONZÁLEZ, José, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, cit. pág. 22. donde señala que “Siempre que ha tenido lugar un intento de apertura social o política ha surgido en el horizonte algún nubarrón que ha enfriado los ánimos más optimistas.”

⁵⁹⁵ SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, (17ª ed.) Siglo veintiuno editores, Madrid, 1997, pág. 4.

⁵⁹⁶ MACÍAS PICAVEA, Ricardo, en *El problema nacional*, (1ª ed.) Madrid, 1899, reeditado por el IEAL, Madrid, 1979, págs. 180-181, citado por TOMAS y VALIENTE, Francisco, en “La Constitución de 1978 y la historia... cit. pág. 132.

⁵⁹⁷ Peña resume en términos cuantitativos la “espasmódica” historia constitucional española: “cuatro guerras civiles, más de cien pronunciamientos militares, nueve constituciones y varios proyectos, dos dictaduras institucionalizadas, dos cambios en la forma de gobierno, un cambio dinástico, dos modificaciones en la estructura territorial del estado, varias guerras internacionales, etc.”. PEÑA GONZÁLEZ, José, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, cit., pág. 12, donde afirma el carácter “espasmódico”, en palabras

En este marco, algunos han querido ver en la historia de nuestras normas fundamentales una “ley del péndulo” (Sánchez Agesta, Ferrando Badía, Lalinde⁵⁹⁸), es decir, una oscilación cíclica de tendencias políticas opuestas. No obstante, gran parte de la doctrina parece coincidir hoy en que *sólo hubo una sola Constitución* basada en el pacto tácito de un sistema constitucional controlado por las oligarquías, sin papel efectivo de la burguesía⁵⁹⁹, centralista y donde se limitaba escasa e ineficazmente el poder de la Corona⁶⁰⁰. Tales oscilaciones pendulares tendrían un recorrido bien corto, serían disputas entre más y menos conservadores, y la legitimidad de los sables, en vez de la de unos partidos políticos representativos, la fuerza que haría balancearse a aquél péndulo.

de Santos Julia. La cita se contiene en las págs. 25-26. Esta inestabilidad se tradujo en una “fiebre devoradora”⁵⁹⁷ de textos constitucionales. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las constituciones históricas españolas. (Un análisis histórico jurídico)*, (4ª ed.) Civitas, Madrid, 1986, pág. 34. La inestabilidad político-constitucional comanda, pues, nuestro pasado.

⁵⁹⁸ Así, SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 494, quien afirma la “vertiginosa sucesión de soluciones constitucionales contrapuestas” o FERRANDO BADÍA, Juan, *La Primera República Española (Historia Político Parlamentaria de la República de 1873)*, Edicusa, Madrid, 1973, págs. 19-20, donde afirma “Será la auténtica política del péndulo, en la que, a mayor revolución, corresponderá mayor reacción, y viceversa”.

⁵⁹⁹ La totalidad de la doctrina señala la carencia de una revolución burguesa en España, motor del progreso del constitucionalismo europeo. Entre otros, SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y periodos constituyentes...* cit., señalan en las págs. 120-121 que la burguesía ejerció más como mero “enlace y proyección del capital bancario extranjero que como burguesía portadora de un proyecto propio de sociedad.”, con la única excepción de la burguesía catalana que “regresó pronto al redil de la oligarquía, aceptó el compromiso que proponía Cánovas, se integró en el bipartidismo y aceptó resignadamente su papel de clase dominante subordinada a la oligarquía.”

⁶⁰⁰ Así, ARTOLA GALLEGO, Miguel, *El modelo constitucional español del siglo XIX*, Fundación Juan March, Serie Universitaria, texto en offset, Madrid, 1979, pág. 3.

“vigencia casi centenaria de una única Constitución basada en el pacto tácito de un sistema constitucional que la Monarquía acepta a cambio de obtener una desorbitada influencia política que acabará por dar al traste con el sistema cuando la Corona no sea capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales y permita que su influencia quede minimizada gracias a la utilización de artificios legales o a las practicas extraconstitucionales.”

Contrario al entendimiento pendular como única explicación de nuestro constitucionalismo histórico, también TOMAS y VALIENTE, Francisco, en “La Constitución de 1978 y la historia...” cit., págs. 133-134, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, “Cánovas y la Constitución de 1876”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 101 (Nueva época), julio-septiembre de 1998, págs. 9-44, en concreto en la página 16.

GONZÁLEZ CASANOVA, José A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, cit. pág. 405, señala que hay una “falsa idea tan extendida de que en el constitucionalismo español se dan ciclos de alternancia”.

Pero aún es más, y con ello ponemos de manifiesto otra de las notas apuntadas por Macías Picavea, resulta incluso desmedido centrar la atención en las Constituciones decimonónicas, en tanto que ni fueron normativas, ni estuvieron nunca cerca de la sociedad. Es cierto que existió un “mito constitucional”⁶⁰¹ que supuso que no se renunciara una y otra vez a generar una nueva Constitución. Ahora bien, la irracionalidad de aquél mito sólo se transmitía relativamente a las capas populares en el momento de aprobar un nuevo texto, motivo simbólico⁶⁰², mera festividad transitoria y pasajera que, en modo alguno, resultaría un útil medio con el que afrontar la dura realidad política, cultural, social y económica de la España del siglo XIX. Las Constituciones, incluso las moderadas que estuvieron mayor tiempo vigentes, nunca llegaron a ser “carne social”⁶⁰³ que pudiera, de ningún modo, generar sentimiento constitucional alguno⁶⁰⁴; esto supuso una más de las graves lacras

⁶⁰¹ Resulta bien interesante reproducir en este sentido las palabras de GONZÁLEZ CASANOVA, José A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, cit. págs. 399-400:

“Estado, oligarquía, centralismo y Corona confunden y hacen del liberalismo una farsa para la pequeña burguesía de las ciudades y villas para el proletariado rural y el de la incipiente industrialización. Y ante este panorama, precisamente, el mito de la Constitución”, ayudó a mantener cierta unidad, “cumplieron una función irracional de acuerdo y de esperanza milagrera en la resolución mesiánica de los más dolorosos problemas”.

⁶⁰² Así lo afirma SÁNCHEZ AGESTA, Luis, en su introducción a la obra de PADILLA SERRA *Constituciones y Leyes fundamentales de España*, Granada, 1948, pág. VII y ss. : “y es que el constitucionalismo, aparte de un mito, se nos va a aparecer como un “símbolo”, como el símbolo de la nueva estructura política y la nueva actitud mental del hombre contemporáneo, que quiere racionalizar el orden y limitar la monarquía, definiendo sus poderes en una ley fundamental.”

⁶⁰³ TOMAS y VALIENTE, Francisco, en “La Constitución de 1978 y la historia... cit., pág. 146, quien afirma que “unas y otras constituciones coincidieron entre sí en un mismo trascendental aspecto: apenas pasaron de la letra legal a la práctica real, apenas se hicieron *carne social* ni llegaron a tejer una red de prácticas constitucionales complementarias [...] lo cierto es que la historia de nuestro constitucionalismo se nos presenta como la trayectoria de una frustración interrumpida por momentos de esperanzas pronto disipadas.”

NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*. cit. subraya la irrealidad constitucional; en la pág. 48 respecto del primer constitucionalismo señala que “el Estado de la Regencia fue un Estado pseudoconstitucional en el que la Constitución nunca fue respetada, ni siquiera formalmente, [...] la Constitución fue, en verdad, un simple verbalismo y la práctica constitucional del Estado una farsa en la que colaboraron con igual cinismo todos los partidos.”

⁶⁰⁴ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, José A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, cit., pág. 400 señala que el constitucionalismo se dio de bruces con “el desencanto de las capas populares, a quienes el mito constitucional de libertad, igualdad y fraternidad había movilizadado en apoyo de las oligarquías. De estos inicios del Estado liberal arranca el escepticismo popular respecto a la eficacia transformadora de las constituciones,

de nuestro recorrido histórico. Lo que se acaba de esbozar puede apuntarse como la esencia del constitucionalismo decimonónico español que, por su propia debilidad, en la presente centuria acabó agonizando a manos de la Institución militar⁶⁰⁵.

Es menester, por último, indicar otra característica relevante de todo nuestro pasado constitucional: su falta de originalidad. Como punto de partida no puede desconocerse que, pese a las particularidades propias, el proceso constitucional español no se desmarca por completo del contexto evolutivo europeo, pese a que acoja aquellos avances con retraso y, por ende, con la relativa maduración de su experiencia⁶⁰⁶. De ahí que no pueda extrañar que la “moda parisién” (en palabras de Macías Picavea) se importase con frecuencia. Y no se olvide tampoco que el fenómeno del exilio que acompaña a cada cambio constitucional facilita tales influencias, en este caso directas, traídas por quienes regresan cuando les llega su *ocasión* política. La escasa identidad propia quizá se debiese a la falta de interés hacia los propios textos, según apunta Peña, para quien “llegado el momento de elaborar un código político se opta

las cuales serán casi siempre consideradas “papel mojado” y mera retórica que oculta la dominación de una oligarquía sobre los ciudadanos.”

TOMÁS DE VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (9ª ed. 1ª de 1981), 1990, este autor achaca a la inestabilidad la falta de tal sentimiento constitucional. En la pág. 10 de su obra afirma “La inestabilidad constitucional ha producido una consecuencia negativa que debe señalarse: entre nosotros no ha existido auténtica devoción y afección a la Constitución. [...] La de 1978 ha sido elaborado con el propósito de superar esta penosa tradición: sólo el tiempo dirá si tal propósito llegará a cumplirse.”

⁶⁰⁵ COTINO HUESO, Lorenzo, “El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional.”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 17, otoño de 1996, aunque publicado en septiembre de 1997, págs. 89-136, respecto del fin del sistema político de la Restauración a cargo de la Institución militar, en concreto, págs. 104-108.

⁶⁰⁶ Y es que como recuerda GONZÁLEZ CASANOVA, José A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, cit., pág. 395 “Las diferencias del caso español son decisivas para España (porque explican su propio desarrollo histórico y su situación actual), pero no permiten diferenciarla fundamentalmente del resto de los Estados europeos occidentales.” En este sentido, MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel, “La Constitución de 1978 en la Historia del constitucionalismo español”, cit., considera en la pág. 51 que no hay que olvidar una “tradición evidente: la del paralelismo significativo entre la evolución política española y la general europea continental por lo menos desde la crisis del sistema político del Antiguo Régimen en la mayoría de los países del Occidente europeo”.

De ahí que, como puede verse en SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit., págs. 246-252, las fases de expansión del constitucionalismo comparado pueden advertirse en nuestro proceso histórico constitucional.

por copiar del extranjero antes que elaborar un texto propio con más arraigo en nuestra cultura política. De esta mala característica no se ha librado ni nuestra Constitución más reciente”⁶⁰⁷.

En efecto, la fuerza cultural, jurídica y política de Francia⁶⁰⁸ en todo el siglo pasado la situó como centro de referencia constitucional, aun sin desconocerse el modelo británico (tal y como se aprecia en el Estatuto de 1834). Esta referencia continental impuso que se introdujese la “lengua de los derechos”⁶⁰⁹, aunque sólo se hiciera de manera puramente nominal y formal, como exigencia del artículo 16 de la Declaración francesa. En el ámbito de nuestro interés, el de la defensa y lo militar, del país vecino se importarían desde Cádiz sólo algunos de los principios de ubicación de la fuerza militar y, más tarde, la nefasta práctica de las medidas excepcionales, si bien, prácticamente fuera de control de un parlamentarismo degradado⁶¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, esta falta de creatividad de nuestras constituciones se reflejó también en un continuismo formal entre textos sucesivos, que seguían las formas de la Constitución precedente como disimulo de nuestras carencias⁶¹¹. Este fenómeno, como se verá, se reproduce particularmente en la parcela militar.

Cabe advertir que de tal falta de innovación no quedaron eximidas siquiera nuestras normas básicas más reformadoras; no en

⁶⁰⁷ PEÑA GONZÁLEZ, José, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, cit., pág. 26.

⁶⁰⁸ Entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las constituciones históricas españolas*, cit., pág. 50.

⁶⁰⁹ Se hace así clara alusión al trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994. En el mismo sólo se recoge una breve referencia al marco español en un breve epílogo bajo el título “Una nota sobre la lengua de los derechos en España”, págs. 209 y ss.

⁶¹⁰ Cruz Villalón, a la hora de comparar la evolución de las medidas excepcionales en Francia y España a lo largo del siglo XIX, señala entre otros que frente a un continuo reforzamiento de las cámaras en el país vecino para la adopción y control de estas medidas, en nuestro país este papel sería casi inexistente.

En España, “la degradación de esta legislación no es más que un aspecto del degradado parlamentarismo de nuestra Restauración y la consecuencia necesaria de un régimen político que se ha acostumbrado, para sobrevivir, al recurso regular a los estados de excepción”, recuerda en este sentido que la autorización en España no se pedía ni estando abiertas las Cortes, algo ya de por sí, inusual. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 437 y ss. cita de la pág. 439.

⁶¹¹ En este sentido, DE ESTEBAN, Jorge., GARCÍA HERNÁNDEZ, Javier y ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *Esquemas del constitucionalismo español, 1808-1976*, cit. pág. 50.

vano, no eran más que una recepción asincrónica, si bien radicalizada, de las revoluciones burguesas que, años antes, se sucedían en el viejo continente. Así, textual y contextualmente las tres Constituciones españolas de 1812, 1868 y 1931 suponen puntas de lanza del constitucionalismo europeo (y mundial en tanto que se trata de un fenómeno “occidental” más) sin que, en cambio, podamos afirmar la originalidad de sus contenidos.

No cabe dudar de la espléndida obra intelectual de Cádiz (como se ha afirmado, ejemplo y estímulo de movimientos constitucionales foráneos y mito constitucional entre nosotros), que con su carácter propio, ya señalado, no puede desconectarse del movimiento revolucionario francés. La Constitución de 1869, manifestación tardía de la corriente revolucionaria de 1848, ofreció la más sincera, completa y generosa concepción de los derechos constitucionales al introducir auténticas revoluciones en el mundo europeo, ya fueran de carácter político-social (el propio sufragio universal) o privado (la reforma del régimen matrimonial ha de valorarse desde la condición católica de España). En referencia a este enfoque de la falta de originalidad no es menester siquiera profundizar en lo que sólo fue un proyecto (el proyecto federal de 1873), que nada innovaba jurídicamente (el federalismo de los años 70 es ya una realidad en América y Europa). Por último, la Constitución de 1931 introdujo en su texto todas las novedades jurídicas que el constitucionalismo de entreguerras incorpora en Europa.

Tal y como señalan Solé Tura y Aja, “la construcción del sistema de aparatos e instituciones que denominamos Estado español contemporáneo se hizo fundamentalmente durante el período de vigencia de dos Constituciones: la de 1845 y la de 1876”⁶¹². No obstante, este proceso constituyente quedó marcado por diversos factores propios en nuestro país, pues como recuerda De Esteban⁶¹³, España se diferencia de otros países europeos por ser una entidad nacional muy compleja, la unidad prontamente

⁶¹² SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes...* cit. pág. 132.

⁶¹³ DE ESTEBAN, Jorge, *Las Constituciones de España*, cit. pág. 24 y ss.

conseguida no significó como en Francia, homogeneidad; los hechos regionales se habían mantenido vivos, pese a la Nueva Planta.

Jiménez Asensio, analizando la historia constitucional llega a preguntarse si España era un Estado débil o un país sin Estado, en este sentido señala que “El Estado español del siglo XIX –como reconocía Juan Pablo Fusi-, fue un Estado débil, pobre e ineficiente; lo que en parte explica –a juicio de este autor- dos cosas: a) la debilidad del nacionalismo español como fuerza de cohesión social; y b) la apropiación de funciones del Estado por el caciquismo y las oligarquías locales”⁶¹⁴. Y el instrumento de un poder así instituido no sería otro que la Institución militar y el particular fenómeno español de la Guardia Civil.

C) CONSTITUCIONES PROGRESISTAS Y MODERANTISTAS, PROGRAMÁTICAS Y TRANSACCIONALES

Así pues, sin negar el criterio distintivo de constituciones “progresistas” (la de 1812, la de 1869 y la republicana de 1931) que vienen a continuar el liberalismo radical de Cádiz, frente a las “moderantistas” conservadoras de 1837, 1845 y 1876, a nuestro juicio parece más adecuado acudir a la triple clasificación realizada por Martínez Cuadrado de los textos de nuestro constitucionalismo histórico.

Este autor distingue, de una parte, las constituciones programáticas (1812, 1869 y 1931), “ensayos constitucionales que proyectaron actualizar, dinamizar y modernizar la sociedad al mismo tiempo que variaban en profundidad el sistema de poderes públicos del Estado.”⁶¹⁵ No cabe duda que la actual Constitución comparte tales *propósitos* esenciales que tenían dichas constituciones programáticas, *sin embargo, en modo alguno siguió los medios* por los que aquéllas pretendieron su normatividad.

⁶¹⁴ Jiménez Asensio, cita de la página 24, correspondiente al epígrafe, “¿Un Estado débil o un país sin Estado?”, págs. 24-27.

⁶¹⁵ MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel, “La Constitución de 1978 en la Historia del constitucionalismo español”, cit. pág. 8

No en vano, aquellas Constituciones no pasaron del papel y del mero simbolismo, con la excepción de la Constitución de 1931, y en todo caso, se demostraron inefectivas vías de racionalización de la vida política en favor de la libertad. Como recuerdan Solé Tura y Aja, “Democratizar los aparatos y las instituciones del Estado no es cosa de un día, sino obra de todo un período histórico.”⁶¹⁶ Así, intentar acortar este período a golpe de Constitución programática no sólo resultaba un medio poco expeditivo, sino que con ello se provocaba la reacción y el enfrentamiento por parte de quienes ostentaban la hegemonía política, retrasando, incluso, el posible desarrollo constitucional democrático.

Martínez Cuadrado, por otra parte, distingue otro grupo de textos constitucionales históricos, los “*actos o transacciones de amplia convergencia doctrinal y política expresados en un texto constitucional*”. Destaca entre estos las “*Constituciones pactadas de 1837 y 1876*”.

La Constitución de 1837 recogía, aunque en su Preámbulo, el principio de Soberanía nacional, así como una tabla de derechos y libertades; parecía pues, una Constitución relativamente progresista que presuponía el acuerdo con la Monarquía, que aceptaba una atenuada limitación. Sin embargo, no se trató de un texto progresista, sino que ocultaba un pacto que iba mucho más allá⁶¹⁷: se trataba de la concurrencia de intereses de la burguesía con la aristocracia. La burguesía cambiaba su anterior estrategia y rol progresistas para conservar la propiedad a la que había accedido⁶¹⁸. Esta transacción, en apariencia progresista y de breve duración externa (hasta 1845) ni más ni menos que generó aquella *única Constitución* que duró casi un siglo, de la que se habló a la hora de negar el verdadero carácter pendular de nuestro constitucionalismo.

Con mayor claridad se aprecia la relativa estabilidad que se obtuvo con la Constitución de 1876. De todos es conocida la

⁶¹⁶ SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes...* cit., pág. 5.

⁶¹⁷ En este sentido, por TOMAS y VALIENTE, Francisco, en “La Constitución de 1978 y la historia...” cit. págs. 139-140, en relación a las constituciones moderantistas señala que “El pacto social entre esas fuerzas fue el auténtico pacto constituyente de aquel momento, mucho más profundo que el llamado “pacto con la Corona”.

⁶¹⁸ PEÑA GONZÁLEZ, José, *Historia Política del Constitucionalismo Español*, cit., págs. 123-124.

habilidad de Cánovas en la generación de aquel texto⁶¹⁹, que supuso una renovación de aquel pacto burguesía-oligarquía ante las presiones de los excluidos, que no eran otros que las clases populares y las demandas regionales. Quienes tenían las riendas del poder en aquellos momentos acabaron aprobando un texto que resultó cauce jurídico institucional durante varias décadas. La Constitución de 1876 supuso un claro punto de inflexión en el proceso histórico con relación a la inestabilidad. A ello contribuyó, de forma indubitable, su carácter transaccional.

Ahora bien, no fue ni mucho menos un pacto completo, ni la Constitución canovista produjo, en modo alguno, una estabilidad como la actual. No en vano, siguiendo precisamente nuestra línea argumental y como se ha adelantado, la proyección práctica del texto de 1876 marginó políticamente a la inmensa mayoría de la población⁶²⁰, así como excluyó las demandas territoriales del ruedo político oficial. De ahí que la Restauración supusiese un período de estabilidad relativamente artificial, un régimen que acabó ahogado por quienes durante el inicio de aquel pacto que duró casi un siglo, habían sido los garantes del mismo: la Institución militar.

⁶¹⁹ Al respecto, entre otros, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, "Génesis del Proyecto Constitucional: la Comisión de los Notables", en *Revista de Derecho Político*, nº 8, 1981, monográfico sobre "El sistema político de la Restauración", págs. 33-54. Puede verse, también, "Cánovas y la Constitución de 1876", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 101 (Nueva época), julio-septiembre de 1998, págs. 9-44.

⁶²⁰ En esta dirección SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes...* cit., pág. 124 recuerdan que hasta 1931, "los aparatos y las instituciones del Estado español contemporáneo han sido forjadas históricamente bajo la dirección exclusiva de una minoría ínfima y cerrada. La inmensa mayoría de la población española y, muy especialmente, la gran masa de los trabajadores del campo y de la ciudad, no han podido tener ningún papel en la forja de dichas instituciones." Por lo cual, pág. 135, "en la medida que las constituciones conservadoras excluían de la vida constitucional a las fuerzas democráticas carecieron de un consenso amplio."

II. Guerra de independencia, Constitución de 1812 y fuerza armada

A) LA GUERRA DE INDEPENDENCIA Y LOS PUNTOS DE PARTIDA EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUERZA MILITAR

El complot del Escorial y el motín de Aranjuez determinarían en Napoleón la ocupación de España. Felipe VII obligaba a su servidumbre a jurar “obediencia a la nueva Constitución de su país y fidelidad al Rey de España, José I” y el dos de mayo moría un madrileño de cada cien⁶²¹. Tras estos sucesos un Ejército de algo más de cien mil hombres “habitado a la obediencia pasiva y que de pronto se quedaba sin rey iba a unirse al pueblo para salvar a la nación”, puesto que “aborrecía al príncipe de la Paz y a su despotismo”⁶²². En España, la honda revolucionaria francesa se volvió contra Bonaparte en forma de exacerbación del nacionalismo frente a la invasión napoleónica⁶²³. En todos los rincones libres de franceses los generales tomaban la dirección de los acontecimientos. Comenzaban las Juntas, que pronto demandarían un mando único, si bien, dicha necesidad militar escondía “la necesidad de consolidar una forma de poder alternativo y sustitutivo del antiguo soberano”⁶²⁴. Y es que las decisiones militares, con reclutamiento y cargas económicas, afectaban al status civil, se trataba de un nuevo poder sin más legitimidad que la expresada por el pueblo con las armas, algo impensable en el Antiguo Régimen.

Con las Juntas se dio pie a un nuevo Ejército basado en los llamamientos populares que incrementó en buena medida su fuerza numérica, señalando una clara ruptura con el viejo aparato absolutista⁶²⁵. Con la Guerra también se iniciaba un proceso de clara

⁶²¹ ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. págs. 117-118.

⁶²² *Ibidem*, señala que el Ejército en 1808 se componía de ochenta y siete mil infantes y dieciséis mil oficiales, pág. 103. Las citas son de las págs. 111 y 110, respectivamente.

⁶²³ Al respecto del sentimiento nacional como fruto principalmente del período revolucionario francés y la expansión napoleónica, véase SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, págs. 138 y ss.

⁶²⁴ BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 71 y ss.; ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 123.

⁶²⁵ Se trataba de un Ejército “radicalmente novedoso respecto de los reclutados históricamente por el Rey y sus agentes, en los momentos de crisis bélica exterior. El carácter revolucionario de los órganos que ordenarían y realizarían el llamamiento militar,

renovación de las bases sociales de la fuerza militar, a partir de entonces las cúpulas militares ya no serían únicamente los nobles apegados al monarca. El Decreto de 17 de agosto de 1811 preceptuaba que “en todos los colegios y academias de mar y tierra fuesen admitidos los españoles hijos de familias honradas”⁶²⁶, se abría la puerta a la burguesía. Alonso califica a los nuevos mandos surgidos desde la guerra “más que militares políticos”⁶²⁷; su incorporación sería decisiva. Así pues, como concluye Blanco Valdés, “En suma, la guerra de la Independencia incoó un proceso de profunda transformación estructural en el seno del Ejército borbónico, que de realista mental devino incipientemente nacional y formalmente igualitario. Pero sus consecuencias fueron más allá: la guerra provocó, también, un giro sustancial en las tradicionales relaciones entre poder político y dirección de los asuntos militares”⁶²⁸.

Unas Cortes sitiadas aprobarían el 19 de marzo una Constitución que, como en tantos otros órdenes marcaba un punto de inflexión por cuanto al tratamiento de la fuerza armada⁶²⁹. Ahora bien, como recuerda Alonso “la relación con las Cortes fue siempre una pesadilla para el Ejército, ya que los improvisados “Padres de la

las Juntas, preanunciaba ya el propio contenido, igualmente revolucionario, de la nueva fuerza armada que este llamamiento dio a luz.” Este llamamiento popular se tradujo “en un impresionante incremento de la fuerza numérica del Ejército, que fue en sí misma la más clara manifestación de la ruptura con el viejo aparato militar absolutista.” BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* págs. 63 y 65, respectivamente.

⁶²⁶ Respecto de la radical importancia de la composición social de los cuadros de mando del Ejércitos cabe remitirse a lo señalado en el marco de la segunda mitad de este siglo, donde se atiende detenidamente este aspecto.

⁶²⁷ Así define ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 146 a la nueva generación de nuevos mandos militares entrados en la Guerra de Independencia y tras la desaparición de las pruebas de sangre.

⁶²⁸ BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* pág. 68.

⁶²⁹ Sobre el primer liberalismo español y la constitucionalización de la fuerza armada, se siguen especialmente las obras de CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio...*, cit., págs. 45 a 103 y BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza en los orígenes de la España liberal, 1808-1923*, IVEI-Siglo XXI, Valencia-Madrid, 1988. Se siguen también los trabajos de GARCÍA RONDA, Ángel, “Estudio comparativo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 y en los anteriores textos constitucionales”, cit.; en la misma obra, MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas y del comportamiento de éstas respecto a aquéllas”, págs. 2653 a 2698, en concreto: 2664 a 2670. Un breve resumen puede apreciarse también en MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar*, vol I (Introducción. Organización administrativa, Montecorvo, Madrid, 1988, págs. 38-43.

Patria" en todo intervenían, dando poquísimo, pero siempre exigiendo"⁶³⁰. En sesión del 15 de julio de 1811 el Conde de Toreno habría de recordar que "sin Ejército no se puede hacer la guerra; sin Juntas sí"⁶³¹. Agustín de Argüelles, a quien se le daría el apelativo de "El Divino" tuvo una influencia bien clara en todos los ámbitos de la obra constitucional, y especialmente en el ámbito de la constitucionalización de lo militar. No obstante, para los militares sería visto como alguien que vivía en la luna, y no en la realidad de aquellos terribles años de extrema penuria de los Ejércitos⁶³². A juicio de Alonso las exigencias parlamentarias y constitucionales sobre la fuerza armada eran un despropósito y más en tiempo de guerra, por lo cual el recelo de las Cortes hacia el Ejército fue creciendo hasta 1814⁶³³. De ahí que no quepa extrañarse de que "las aclamaciones frenéticas de los pueblos, la adhesión de los altos mandos y el entusiasmo de oficiales y soldados probaron a Fernando VII que, con Cortes o sin ellas, él era árbitro de España."⁶³⁴.

En la Constitución, se trataba de llevar a cabo una verdadera redefinición tanto de poderes como de estructura respecto de la fuerza militar, las posiciones variarían sobre el mayor o menor predominio del Parlamento en la materia frente a cualquier otra instancia del poder. Como afirma Blanco Valdés "La relación entre poder Ejecutivo y fuerza armada se articulaba en el Proyecto a partir de una idea fuerza que ha de permanecer en el futuro como un elemento vertebrador de la ideología liberal: la desconfianza hacia el posible uso abusivo que aquél pudiera hacer de los cuerpos armados establecidos con la sola finalidad de la defensa nacional⁶³⁵."

⁶³⁰ ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 130.

⁶³¹ Idem.

⁶³² Idem.

⁶³³ Por las derrotas militares se castigaba y los mandos tenían que pasarse al enemigo para no ser ajusticiados, sólo se premiaba a quienes defendían Cadiz, "donde las granadas francesas llegaban muertas y sin mayor peligro que el estruendo que causaban", ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 132

⁶³⁴ ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 145.

⁶³⁵ BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* pág. 84.

Los trabajos de la Comisión plasmados en el *Discurso* relativos a la defensa estaban impregnados del modelo continental definido por la constitución francesa de 1791, en el cual, como se ha visto, se articulaban no pocos mecanismos de control asambleario de la fuerza armada. Ahora bien, en España no se iba a seguir una radical tendencia francesa asamblearia, a costa del Ejecutivo. En Cádiz se optaba por una posición algo más moderada, y todo sea dicho, algo más realista, tendente a la búsqueda de unos Ejércitos eficaces, reduciendo al máximo los riesgos que conllevaban frente al poder civil no real. Se pretendía básicamente que los poderes Ejecutivo y Legislativo mantuviesen las facultades propias a su naturaleza. Al rey de forma general se le reconocía el poder Ejecutivo⁶³⁶, si bien, con no pocos límites⁶³⁷ entre los que destaca la aparición de la responsabilidad y el refrendo⁶³⁸ y se pretendía que “las Cortes ordinarias o constitucionales conservasen en rigor el carácter de un cuerpo legislativo”⁶³⁹. No obstante, como también este autor

⁶³⁶ A juicio de ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit., pág. 89, la atribución del poder Ejecutivo al Monarca se basaba en la “verdadera autoridad para ser querido y venerado en su reino y respetado por naciones amigas y enemigas.”

⁶³⁷ Restricciones como el consentimiento de las Cortes en tratados internacionales u otras restricciones -que se dice- provenían de los fueros de Aragón. ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 91. Igualmente, el papel del Congreso cobra gran importancia en materia de sucesión a la corona, nombramiento de la regencia, control de su crianza y educación, nombramiento de tutor a falta de tutela testamentario o legítima, etc. (ob. cit. pág. 91). Del mismo modo, se exige el juramento ante las Cortes “de defender la religión católica, apostólica, romana, guardar la Constitución y obedecer al Rey” (ob. cit. pág. 92).

En esta dirección, se hace renacer lo que sí fue una esencia de las instituciones representativas de otros tiempos: el consentimiento en materia tributaria. Ahora se afirma que la Nación “debe ser libre en determinar la cuota y la naturaleza de las contribuciones, de donde han de provenir los fondos destinados a ambos sujetos [dignidad del trono y el servicio público]”, “las Cortes establecerán o confirmarán anualmente todo género de impuestos y contribuciones. Su repartimiento se hará entre todos los españoles sin distinción ni privilegio alguno, con proporción a sus facultades, pues que todos están igualmente interesados en la conservación del Estado.” (ob. cit. págs. 120-121).

⁶³⁸ A la par de dichas restricciones, aparece la importante idea de la responsabilidad. Para el *Divino* “Este inmenso poder de que el monarca se halla revestido sería ineficaz e ilusorio si su persona no estuviese cubierto de una inmediata responsabilidad.” (ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 93). Tal responsabilidad se hace efectiva en los Secretarios de Despacho, “pues que en el hecho reside toda [la autoridad del Rey] en las manos de los ministros” (ob. cit. pág. 93). Es de este modo como surge la idea del refrendo, por la que se obliga a los Secretarios de Despacho a autorizar con su firma cualquier orden del Rey; “De este modo las Cortes tendrán en cualquier caso un testimonio auténtico para pedir cuentas a los ministros de la administración respectiva de sus ramos.” (*ibidem*).

⁶³⁹ ARGÜELLES, Agustín de, *Reflexiones sobre el texto gaditano*, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 141.

señalase, se iba a producir una cierta quiebra de aquel principio, al concederse al Congreso algunas pocas facultades no propiamente legislativas, siempre ante esta desconfianza hacia el rey. Se trataba de “facultades que tampoco una nación libre puede delegar sino al cuerpo de sus representantes⁶⁴⁰.” Y es que la idea de frenar el poder Monárquico estaría presente en todo el Discurso Preliminar y en la Constitución.

B) LA REGULACIÓN DE LO MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812

a) *El rechazo de los Ejércitos permanentes y la conflictiva cuestión de la milicia*

En la Constitución se rechazó el “fatal” modelo de Ejércitos permanentes, a los que había que dirigir y vigilar bien de cerca, en tanto tradicional herramienta de los déspotas para dominar sus naciones; era la nación precisamente quien debía orientar sus designios⁶⁴¹. Tal y como se señalaba en el Discurso Preliminar, el Congreso había de fijar el número de tropas y el modo de levantarlas, lo cual se tradujo a la Constitución (artículos 131. 10º, 357 y 358)⁶⁴².

⁶⁴⁰ ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 123.

⁶⁴¹ “[M]ientras que subsista en Europa y fuera de ella el fatal sistema de Ejércitos permanentes, y sea éste el objeto principal del gobierno de sus Estados, y en tanto que la ambición desapoderada de los conquistadores siga alucinando a los pueblos con la supuesta necesidad de defenderlos de los enemigos exteriores para cohonestar así sus opresores designios, preciso es que la Comisión introduzca en su Proyecto las bases del sistema militar que deberán adoptarse por Constitución. Se ha separado para ello de la situación actual de la nación. Porque sólo el entusiasmo, el odio a la dominación extranjera y el característico orgullo de los indómitos españoles puede dirigir una guerra, que por lo extraordinario de sus circunstancias desconocen las reglas comúnmente recibidas entre las potencias más militares. Los principios de la Comisión son relativos a un Estado de perfecta independencia.”, ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 123.

⁶⁴² Artículo 131: “Las facultades de las Cortes son: [...] 10º Fijar todos los años a propuesta del Rey las fuerzas de tierra y de mar, determinando las que se hallan de tener en pie en tiempo de paz, y su aumento en tiempo de guerra.”

Artículo 357: “Las Cortes fijará anualmente el número de tropas que fueren necesarias según las circunstancias y el modo de levantar las que fue de más conveniente.”

Artículo 358: “Las Cortes fijarán asimismo anualmente el número de buques de la Marina.”

Especial significación iba a tener la regulación sobre las milicias⁶⁴³. *Renacidas* significativamente desde la Guerra de Independencia, las milicias supusieron un intento objetivo de controlar al poder monárquico. De hecho, el absolutismo fernandino las abolió y posteriormente, fueron perdiendo fuerza a lo largo del siglo, acabando por extinguirse. La causa de la desaparición de las milicias no fue otra que la progresiva molestia que venía suponiendo para la clase burguesa, una vez consolidada ésta en el Estado liberal⁶⁴⁴.

A la fuerza armada, tras la Guerra de Independencia, le competía no ya la defensa de los tradicionales intereses monárquicos, sino la defensa del territorio y la población y ello implicaba también la asunción de la necesaria defensa de la consagrada soberanía nacional. La coexistencia de las milicias nacionales con las fuerzas regulares del Ejército supuso una diversificación de papeles: el Ejército se encargaba de la defensa exterior de la nación y la milicia de la defensa de las conquistas liberales frente a los posibles adversarios internos⁶⁴⁵. La división de

⁶⁴³ Sobre las milicias véase fundamentalmente la obra de PÉREZ GARZÓN, J. I. *Milicia nacional y revolución burguesa. El prototipo madrileño. 1808 -1874*, Madrid, CSIC, 1978.

⁶⁴⁴ Sobre su evolución concreta, véase, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 59 y ss, y, especialmente CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio...* cit. págs. 115 y ss. Las iniciativas de disolución de las milicias nacionales vinieron siempre del bando moderado, teniendo, en todo caso, la connivencia progresista. Se disolvió en 1843, creándose, un año más tarde la Guardia Civil. Resurgió en etapas "progresistas" (1854-1856, 1868-1874) pero desde la primera disolución su sentencia parecía dictada.

⁶⁴⁵ "El Ejército permanente debe considerarse destinado principalmente para la defensa de la patria en los casos ordinarios de guerra con los enemigos. Mas en los de invasión o de combinación de Ejércitos numerosos para ofender a la nación, necesita ésta un suplemento de fuerza que la haga invencible. Este recurso, verdaderamente extraordinario, sólo puede hallarse en una milicia nacional bien organizada, que en caso necesario pueda oponer al enemigo una fuerza irresistible por su número y pericia militar. Una ordenanza especial podrá arreglar en cada provincia un cuerpo de milicias proporcionado su población, que haciendo compatible el servicio análogo a su institución con las diversas ocupaciones de la vida civil, ofrezca a la nación el medio de asegurar su independencia si fuese amenazada por enemigos exteriores y su libertad interior en el caso de que atentase contra ella alguna ambicioso.

Como la milicia nacional ha de ser el lugar de nuestra libertad, sería contrario a los principios que sigue la Comisión en la formación de este Proyecto dejar de prevenir que se convirtiese en un perjuicio de ella una institución para su defensa y conservación. El Rey, como jefe del Ejército permanente, no debe disponer a su arbitrio de fuerzas destinadas a contrarrestar, si por desgracia ocurriere, los fatales efectos de un mal consejo. Por lo mismo, no debe estar autorizado para reunir cuerpos de milicia nacional sino otorgamiento expreso

poderes parecía, al fin, traducirse en una división de los poderes de las armas. Si los Ejércitos podían fácilmente emplearse contra la voluntad del pueblo (“ante un mal consejo del Gobierno al Rey”), era imprescindible compensar este poder con la milicia nacional, “el baluarte de nuestra libertad”⁶⁴⁶. La duplicidad de fuerzas armadas actuaría como frenos de los dos fundamentales órganos del Estado, evitando el predominio de uno sobre otro, evitando tanto el despotismo absolutista como la democracia. Si bien el artículo 356 de la Constitución de 1812, confiaba al Ejército “la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior”, en realidad se depositaba toda la confianza en la Milicia Nacional por la conservación de las libertades constitucionales. El artículo 363 de la Constitución las creaba sin otorgarles una misión concreta⁶⁴⁷. El problema residiría en la posibilidad de su empleo por el monarca. Para su utilización debía gozarse de consentimiento expreso de las Cortes, pues “el menor descuido sería fatal la nación”⁶⁴⁸. En esta dirección, si bien al Rey corresponde mayormente la dirección de los Ejércitos, sólo le cabe el empleo provincial de las milicias (art. 356), cuya dirección y ordenación corresponde a las Cortes⁶⁴⁹.

Por el contrario, en el marco del principio monárquico, el Rey tenía una serie de facultades sobre la fuerza armada: la libre disposición del Ejército permanente y la limitada disposición de las

de las Cortes. En punto tan grave y trascendental toda precaución parece poca, y el menor descuido sería fatal la nación.” ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 124.

⁶⁴⁶ Ver lo afirmado en la nota anterior.

⁶⁴⁷ Artículo 363: “Se arreglarán por una ordenanza particular el modo de su formación, su número y especial constitución en todos sus ramos.”

Artículo 364: “El servicio de estas milicias no será continuo, y sólo tendrá lugar cuando las circunstancias lo requieran.”

⁶⁴⁸ ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 124.

⁶⁴⁹ Se constitucionalizó finalmente el necesario consentimiento de las Cortes para otorgar o denegar al Rey la utilización de la milicia nacional fuera de su provincia respectiva. Artículo 365: “En caso necesario podrá el Rey disponer de esta fuerza dentro de la respectiva provincia, pero no podrá emplearla fuera de ella sin otorgamiento de las Cortes.”

Como afirma SEVILLA ANDRÉS, “su adscripción a los Ayuntamientos, la convierte en un instrumento precioso para la lucha contra supuestos desvíos de poder”, ahí se aprecia la concepción en las Cortes gaditanas de las milicias como fuerza política, no para cometidos ordinarios de defensa exterior, sino frente a invasiones, combinación de Ejércitos numerosos y contra los posibles desvíos del poder real motivados por “un mal consejo”. SEVILLA ANDRÉS, Diego, “Comentario al Artículo 8 de la Constitución”, cit., págs. 265- 280, en concreto, pág. 271.

milicias nacionales en el marco de la provincia⁶⁵⁰. El mando “pleno” del Rey (que tampoco era tal) era sobre el Ejército y la armada, como recogía el artículo 171. 8^o⁶⁵¹. Este mando se concretaba también en la facultad de nombrar a los generales (artículo 171. 8^o) y proveer los empleos militares (171. 5^o). Lo último resultaba especialmente conflictivo, sobre todo porque se daba la aparente contradicción con el artículo 359, que establecía que los ascensos se determinarían por medio de una ordenanza de las Cortes, sin embargo esta facultad quedaba sometida a la responsabilidad y refrendo⁶⁵².

En este marco, cabe señalar que la Constitución de 19 de marzo de 1812 no incluyó referencia alguna a la obediencia de los cuerpos militares a la Constitución, a la ley o a las autoridades políticas. La inercia histórica seguiría empujando a los Ejércitos a obedecer ciegamente al monarca y a los mandos del Ejército. Para contrarrestar dicha fuerza quedaba la milicia, de modo que no se incluyó en la Constitución de 1812 la necesaria obediencia a la Constitución de la fuerza armada. En los debates constitucionales únicamente se puso de manifiesto el peligro que entrañaba la obediencia irreflexiva, pero no obstante se afirmó que la menor

⁶⁵⁰. El artículo 171. 9^o señalaba que corresponde al Rey “disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga”. La “fuerza armada” no era solamente el Ejército, sino que incluía también a la milicia, no obstante, su disposición quedaba limitada a la provincia.

Es por ello por lo que sólo se aceptó este párrafo tras una final intervención de Argüelles, que cerró el debate, (sesión de 15 de octubre de 1811). El “Divino” recordó que este precepto sólo podía entenderse en relación con lo dispuesto en artículo 365, que limitaba el mando real de la milicia a la provincia.

⁶⁵¹ Precepto que atribuía al Rey “Mandar los Ejércitos y armadas, y nombrar los generales.”

⁶⁵² De nuevo fue Argüelles quien incidió en la importancia que tenía distinguir lo que era el nombramiento de los cuadros en una monarquía absoluta y en Estado constitucional. El problema devendría en el control de este mando regio. Ello no podía menos que vincularse a la responsabilidad del gobierno por los actos del Rey, establecida de modo general. En consecuencia, si bien el ámbito de la fuerza armada quedaba bajo el poder Ejecutivo hay que acudir al principio genérico de responsabilidad gubernativa del artículo 226. Este sistema permitió un estricto control sobre las decisiones del gobierno y las de la propia dirección del aparato armado nacional a lo largo de la corta vigencia de la Constitución en esta primera fase (hasta 1814). Sobre el debate parlamentario, BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* pág. 153.

reflexión de la orden recibida “destruiría en su fundamento a la Institución militar”⁶⁵³.

b) Los poderes de las Cortes sobre la fuerza militar y las cuestiones de defensa

También se constitucionalizó desde 1812 el servicio militar⁶⁵⁴, cuya limitación temporal correspondía a las Cortes, en tanto prestación equiparable a los impuestos⁶⁵⁵. Asimismo, los

⁶⁵³ En el tenso debate en el pleno sobre la disposición del Rey de la milicia, en memorable *Discurso* el “Divino” puso énfasis en la verdadera arma de doble filo que suponía la férrea obediencia militar.

La disciplina es medular a la organización militar por lo que no cabe reflexión alguna sobre la orden impuesta, ello es necesario a la par de peligroso, pues los Ejércitos podrían fácilmente (“ante un mal consejo del Gobierno al Rey”) emplearse contra la voluntad del pueblo. Afirmaba Argüelles que “El soldado, por el rigor de la disciplina, queda sujeto a la más exacta subordinación: su obligación es obedecer y este principio esencial de la Institución militares es cabalmente el que tiene una tendencia al abuso por parte de los jefes o de la autoridad que manda la fuerza. Al Ejército no le toca ni puede tocarle el examinar la razón de las órdenes que le pone en movimiento. Su obediencia lo exige por constitución. La menor deliberación acerca del objeto de su destino, destruiría en su fundamento a la Institución militar. Por lo mismo es un axioma que la fuerza armada es esencialmente obediente. Más -terminaba preguntándose el divino- ¿Quién no percibe el peligro que envuelve esta teoría? De aquí se sigue la grande dificultad de conciliar los perjuicios y las ventajas de una institución, que debiendo ser por su naturaleza obedientes, quede expuesta a verse convertida en un instrumento de opresión contra su propia voluntad, y siempre contra sus verdaderos intereses”. BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* pág. 193 y CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. págs. 183-186.

⁶⁵⁴ Artículo 9: “Está asimismo obligado todo español a defender la Patria con las armas, cuando sea llamado por la ley.”; artículo 357: “Las Cortes fijará anualmente el número de tropas que fueren necesarias según las circunstancias y el modo de levantar las que fuere más conveniente.”; artículo 361. “Ningún español podrá excusarse del servicio militar, cuando y en la forma que fuere llamado por la ley.”

Sobre su constitucionalización y desarrollo, ver MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las FAS y del comportamiento de estas respecto a aquéllas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio ... cit.*, en concreto, págs. 2694 y ss.; GARCÍA RONDA, Ángel, “Estudio comparativo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 y en los anteriores textos constitucionales”, cit., y COSIDÓ, Ignacio, “Modelos de servicio militar... cit.”, págs. 237 y ss. Su constitucionalización se estableció en el artículo 9 del texto de 1812, en el artículo 6 de las de 1837 y 1845, en el artículo 28 de la de 1869, el artículo 3 de la de 1876 y en el artículo 37 de la republicana de 1931. En todo caso, la universalización real del servicio no se alcanzó ni durante la II República, las constituciones del XIX desde la de 1837 permitieron o bien la redención en metálico o bien la compra de una sustitución. A finales de la Restauración se restringieron mucho los privilegios, especialmente con Canalejas.

⁶⁵⁵ “Como el servicio militar es una contribución personal sobre los súbditos de un Estado, tanto más gravosa a quien la sufre cuando le sujeta a leyes más duras, disminuyendo en parte su libertad civil, es preciso que las Cortes la otorguen por un tiempo

representantes de la nación serían los que aprobarían las normas que regulaban al Ejército, la armada y la milicia nacional así como la enseñanza militar (art. 131. 11º, 359 y 363)⁶⁵⁶. Surgió así la importante visión del ciudadano-soldado, la regulación militar sería a cargo del Congreso⁶⁵⁷. Ello, como recuerda Blanco Valdés suponía “una ruptura, de extraordinaria transcendencia histórica, de la vinculación tradicional entre Monarca y fuerza armada, vinculación [... en la que el Monarca] había ejercido el monopolio, de ordenar y reglamentar todos los aspectos relativos al aparato militar”⁶⁵⁸.

De otra parte, en virtud del artículo 131. 7º resultaba necesario el consentimiento previo por el Congreso para los tratados de alianza ofensiva⁶⁵⁹ y también correspondía al Congreso “conceder o negar la admisión de tropas extranjeras en el Reino” (art. 131. 8º).

No obstante, el punto más conflictivo en las Cortes gaditanas fue el relativo a si la decisión de declarar la guerra por el rey precisaba o no el consentimiento previo de la cámara. Se trataba de facultades inherentes a la soberanía tal y como Bodino y Hobbes habían constatado⁶⁶⁰. La Comisión constitucional -en muy tensas

limitado, y en virtud de utilidad o necesidad de calificada.” ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 123.

⁶⁵⁶ “Por igual razón es propio de las Cortes la formación y aprobación de ordenanzas, establecimientos y arreglos de las escuelas militares, y todo lo que corresponda a la mejor organización, conservación y progresos de los Ejércitos y armadas que se mantengan en pie para la defensa del Estado.” ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 124.

Así, artículo 131: “Las facultades de las Cortes son: [...] 11º Dar ordenanzas al Ejército, armada y milicia nacional en todos los ramos que los constituyen.”; artículo 359: “Establecerán las Cortes por medio de las respectivas ordenanzas todo lo relativo a la disciplina, orden de ascensos, sueldos, administración y cuanto corresponda a la buena constitución del Ejército y armada.”; artículo 360: “Se establecerán escuelas militares para la enseñanza y instrucción de todas las diferentes armas del Ejército y armada.”; artículo 363: “Se arreglarán por una ordenanza particular el modo de su formación, su número y especial constitución en todos sus ramos.”

⁶⁵⁷ En este sentido en el *Discurso* se añade “sólo la ordenanza es capaz de arreglar este punto tan importante, de modo que se concilien el objeto de la Institución militar y el respeto debido a las leyes civiles y a las autoridades. El soldado es un ciudadano armado solamente para la defensa de su patria; un ciudadano que, suspendiendo la tranquila e inocente ocupación de la vida civil, va a proteger y conservar con las armas, cuando es llamado por la ley, el orden público en lo interior y a hacer respetar la nación siempre que los enemigos de afuera intenten invadirla u ofenderla” ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 100.

⁶⁵⁸ BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 141.

⁶⁵⁹ Artículo 131 “Las facultades de las Cortes son: [...] 7º “Aprobar antes de su ratificación los tratados de esta alianza ofensiva, los de subsidios, y los especiales de comercio.”

⁶⁶⁰ En concreto en el Libro primero Capítulo X Bodino señalaría que “dado que el vocablo *ley* es demasiado general, lo más conveniente será especificar los derechos de la

deliberaciones- había optado por no requerirlo, argumentándose que la rapidez y secreto en tomar una decisión de tal naturaleza era opuesta al funcionamiento propio de un órgano deliberatorio⁶⁶¹; también se afirmaría en las Cortes que “un Rey que no tiene esta prerrogativa no es un Rey” ⁶⁶². Del lado contrario, el “Divino” Argüelles consideraba que conceder tal prerrogativa al rey “venía a quebrar el completo sistema de distribución de competencias político-militares que el texto constitucional había establecido.” Señalaba también que los intereses egoístas dinásticos de un rey podían convertirse en guerra nacional y si de verdad había motivos para una guerra nacional, ni esto habría de ser secreto, ni habría problema alguno en apoyarla por la cámara⁶⁶³. En esta línea

soberanía, comprendidos, como he dicho, bajo la ley del soberano. Tal, declarar la guerra o negociar la paz, uno de los aspectos más importantes de la majestad, ya que, muy frecuentemente, acarrea la ruina o la seguridad del estado.”

HOBBS, Thomas, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. en su Parte segunda, Capítulo XVIII, “De los derechos de los soberanos por institución”, págs. 147-155, en concreto, págs. 152-153:

“Es inherente a la soberanía el derecho de hacer guerra y paz con otras naciones y Estados; es decir, de juzgar cuándo es para bien público y qué cantidad de fuerzas deben ser reunidas, armadas y pagadas para ese fin, y cuánto dinero se ha de recaudar de los súbditos para sufragar los gastos consiguientes. Porque el poder mediante el cual tiene que ser defendido el pueblo consiste en sus Ejércitos, y la potencialidad de un Ejército radica en la unión de sus fuerzas bajo un mando que a su vez compete al soberano instituido, porque el mando de las *militia* sino otra institución hace soberano a quien lo detenta. Y, por consiguiente, aunque alguien sea designado general de un Ejército, quien tiene el poder soberano es siempre generalísimo.”

⁶⁶¹ “Si para declarar con oportunidad una guerra fuese necesario esperar a la lenta e incierta resolución de un congreso numeroso, la potencia agresora o injusta tendría la más decidida superioridad sobre la nuestra, si a favor del secreto de una negociación conducida con habilidad, pudiese tomar por sí solo su gobierno las medidas convenientes para declararse con ventaja. La inmensa distancia que separa a nuestras provincias de ultramar las unas de las otras y los diversos puntos de contacto que en el día tienen con potencia respetable se hace indispensable este sacrificio en obsequio de la seguridad del Estado, el cual no es tan grande respecto a que en los tratados de que alianza ofensiva, de subsidios y de comercio en que pudiera perjudicarse a la nación, el Rey no puede proceder a formalizarlos sin consentimiento de las Cortes.” ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 91.

⁶⁶² Así lo afirmó el diputado moderado Aner. Las sesiones dedicadas exclusivamente sobre el particular fueron a partir del 9 de octubre de 1811. BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 158.

⁶⁶³ El 10 de octubre Argüelles afirmaba en la Cámara: “un Rey así facultado pudiese finalmente determinar el propio carácter de las guerras que el país debía sostener: acudiese a declarar y dirigir guerras *dinásticas*, que por el solo imperativo de mantener la independencia, acabarían transformándose en tierras *nacionales*.” Y añadiría que tampoco se puede acudir a la necesidad de secretos pues, “secreto, de que tanto se habla, los autoriza para comprometer a la Nación en una guerra que no pueden desentenderse a pesar de que

contraria, diputados como García Herreros no dudaban en concluir que “la autoridad de declarar la guerra es la llave maestra del despotismo; si se les deja a los reyes pronto sacudirán el yugo de la Constitución”. Finalmente, el artículo 171. 3º de la Constitución no exigiría el previo consentimiento de las Cortes⁶⁶⁴.

c) *Orden público, jurisdicción militar y medidas de excepción en la obra gaditana*

Como se ha señalado, a la fuerza militar nacional, al Ejército se le atribuía no sólo la defensa exterior del Estado, sino también la conservación del orden interior (art. 356). De este modo, en el constitucionalismo español desde un inicio no se recogería la existencia de una fuerza armada distinta del Ejército para el mantenimiento del orden público. No se seguía así ni el sistema anglosajón ni el francés. Cabe recordar en este sentido que el Estatuto de Bayona de José Bonaparte importaba el modelo policial del país vecino en el que la misión del orden público no sería desarrollada en circunstancias normales por el Ejército⁶⁶⁵

De otra parte, por cuanto a la jurisdicción militar, la recién proclamada unidad de fueros quedó excepcionada para la Iglesia y para los Ejércitos, según el art. 250⁶⁶⁶. A decir de Argüelles, se “ha creído indispensable dejar a los militares aquella parte del fuero

hayan reconocido su injusticia y mal resultado”. Ver, BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* págs. 160-161.

⁶⁶⁴ Así resultó de la votación por 98 votos contra 43. Ver, BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* pág. 163. El texto definitivo sería el siguiente: artículo 171. “Además de la prerrogativa que compete al Rey sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: [...] 3º “Declarar la guerra, y acceder y ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes.”

⁶⁶⁵ El modelo bonapartino copia literal del implantado por Fouché consistía en la existencia de un Ministerio de la Policía General del Reino, distinto del Ministerio del Interior, aunque en caso de guerra podían reunirse. El artículo 27 del Estatuto de Bayona de 7 de julio de 1807 recogía este modelo que se desarrolló por el Real Decreto de 6 de febrero de 1809. El sistema consistía en la existencia de diversos cuerpos de carácter civil: un Batallón de Policía y unas Milicias Cívicas encargadas de todos los asuntos de orden público en las ciudades, y una Gendarmería Nacional con tareas de policía rural. Ver, CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, cit. págs. 22-23. Sobre el Estatuto de Bayona, entre otros, SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes... cit.* págs. 9-12.

⁶⁶⁶ Artículo 250. “Los militares gozarán también del fuero particular, en los términos que previene la ordenanza como en adelante previniere.”

particular que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas en el Ejército y armada⁶⁶⁷.” Lo que parecía el mero mantenimiento de un privilegio histórico fue el comienzo de un constante camino por el cual la jurisdicción militar se emplearía como instrumento de represión política. El origen de este mal no estaba en el reconocimiento de esta jurisdicción especial, sino en la posibilidad de que los civiles también pudiesen juzgarse por esta vía.

También en Cádiz se constitucionalizó en su artículo 308 el derecho de excepción⁶⁶⁸, puesto que como diría Argüelles “si en la constitución no se dexase la puerta abierta para salir de lo ordinario, en estos casos raros sucedería con escándalo su ruina”⁶⁶⁹. Dicho precepto señalaba la posibilidad de “suspender algunas de las formalidades” relativas a las garantías de la detención “por un tiempo determinado”; no se fijaban garantías ni de orden temporal ni orgánico, por cuanto las Cortes no estuviesen reunidas. En su primer período de vigencia no se hizo uso de este precepto, al contrario que sucedería durante el Trienio liberal o en 1836⁶⁷⁰.

C) LA INFLUENCIA FORMAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 EN UN POSTERIOR CONSTITUCIONALISMO FORMAL

La Constitución de 1812 recogió diversos postulados liberales que ubicaban a la fuerza militar en el Estado liberal. A decir de Alonso Báquer, aunque no aparezca claramente en la letra de la ley, de hecho se configuró un Ejército subordinado a la soberanía, a la

⁶⁶⁷ ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 100.

⁶⁶⁸ Art. 308: “Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de delinquentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado”.

⁶⁶⁹ Debate parlamentario reproducido por CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. pág. 260 nota a pie nº 142. Sobre este precepto, págs. 258-268.

⁶⁷⁰ Se aplicó dicho precepto al final del Trienio en un Cádiz sitiado en una España ya invadida por los Cien Mil Hijos de San Luis, por medio del Decreto de 6 de julio de 1823. En el último período de “vigencia” de la Constitución gaditana, se aplicó el artículo 308 por medio de la aprobación de la Ley sobre suspensión de las formalidades previstas en la ley fundamental para el arresto de delinquentes, de 22 de diciembre de 1836. Ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 262 y ss.

vez que nacionalizado y no personalizado⁶⁷¹. Sin embargo, una Constitución pensada para un monarca constitucional establecía en la letra del texto no pocas facultades para éste sobre la fuerza militar. Éste disponía de los Ejércitos, encargados del orden interior, declaraba la guerra, en él se residenciaba el nombramiento de generales y la provisión de empleos. Asimismo, la jurisdicción militar se mantenía y se recogían las medidas excepcionales casi sin garantías. Las Cortes, cuanto menos, pasaban a regular la fuerza militar, fijaban anualmente su número y controlaban las milicias, verdadero peso del principio democrático en España que poco a poco se disiparía. Asimismo, las Cortes habían de autorizar tratados internacionales relativos a la defensa y la entrada de fuerzas extranjeras en territorio español.

Para que se diese una verdadera limitación del poder monárquico y de la fuerza militar era indispensable la existencia de un verdadero poder parlamentario que no se dio en una España cuyo sistema constitucional no sería más que un formalismo para gobiernos dictatoriales. Asimismo, el principio de obediencia al poder civil no sería más que una entelequia que ni siquiera quedaba recogido en el texto constitucional. La obediencia ciega al monarca supondría, como recuerda García Macho, que únicamente se respetará la Constitución si éste lo hace⁶⁷².

Por todo ello, no sería excesivo problema que en los textos posteriores se recogiesen muchas de las disposiciones de la obra de Cádiz relativas a lo militar y la defensa, como más tarde se sigue. Todo ello, sin olvidar que los textos constitucionales tendrían una fuerza normativa más que relativa.

⁶⁷¹ ALONSO BAQUER, Miguel, "Las Fuerzas Armadas en la tradición...", cit., pág. 2429.

⁶⁷² GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit., pág. 128.

III. El militarismo hasta la Restauración, la lenta gestación de un poder suprapolítico

A) EL PERÍODO FERNANDINO Y LA DICTADURA DEL TRIENIO LIBERAL

Fernando VII volvió de la mano del General Elio y prolongó la agonía del absolutismo. Sin embargo, la renovación burguesa de las viejas cúpulas nobiliarias sucedida con la entrada de jóvenes “más que militares políticos”⁶⁷³ hizo aparecer la práctica del “pronunciamiento”⁶⁷⁴. Militares liberales y moderados emplearían la legitimación de la fuerza para alcanzar cotas de poder. El ruido de sables estaría presente en la vida política española hasta el último tercio del siglo.

El triunfo del pronunciamiento de Riego en Alcázar de San Juan daría comienzo al breve interludio del Trienio Liberal⁶⁷⁵, que en principio, sería aceptado por el Ejército con la misma pasividad que aceptó la vuelta de Fernando VII⁶⁷⁶. Una minoría activa de las nuevas cúpulas militares creyó “que una nación tiene resueltos sus problemas por la simple magia de una Constitución”⁶⁷⁷. La defensa del constitucionalismo implicó una completa militarización de todos los cargos y el surgimiento de no pocas medidas de excepción. En este sentido, este período recordaría en buena medida al gobierno revolucionario francés o al régimen de Bonaparte. Como

⁶⁷³ Así define ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 146 a la nueva generación de nuevos mandos militares entrados en la Guerra de Independencia y tras la desaparición de las pruebas de sangre.

⁶⁷⁴ José Luis Comellas opera una adecuada definición de pronunciamiento: “una forma de golpe militar asestado contra el poder para introducir en él reformas políticas, propia de la historia española del siglo XIX”, COMELLAS, José Luis, *Los primeros pronunciamientos en España*, Madrid, 1958, pág. 104, citado por ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 149.

⁶⁷⁵ A éste habían precedido los de Espoz y Mina, Díaz Porlier, Lacy y Miláns del Bosch y el de Vidal. Así lo recuerda MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas y del comportamiento de estas respecto a aquéllas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. pág. 2668.

⁶⁷⁶ ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 156.

⁶⁷⁷ “El pensamiento de una minoría muy activa hace liberal al Ejército, cuya nueva composición sociológica era incompatible con un viejo régimen caduco y agotado.” “[L]a situación del Ejército, cuyos jefes más populares, desentendiéndose de la suerte que corrían sus compañeros en América y del sentir del pueblo, se entregaron al frenesí político, creyendo que una nación tiene resueltos sus problemas por la simple magia de una Constitución”, ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 161.

recuerda Ballbé “La politización del Ejército y la militarización de la Administración civil del Estado fueron principios rectores del liberalismo español [...] La represión sin contemplaciones fue la medida aplicada a sectores que no se identificaban con el régimen constitucional, pero también a los simples expectantes”⁶⁷⁸. La “dictadura liberal”⁶⁷⁹ se instrumentaría a través de la excepcionalidad del Decreto de 17-25 de abril de 1821, que extendía la jurisdicción militar a los civiles para reprimir todo altercado de seguridad nacional, seguridad identificada con el mantenimiento del régimen⁶⁸⁰.

Asimismo, la primera Ley Constitutiva del Ejército de 1821, en su artículo 6 proclamaba como funciones del mismo “defenderse de los enemigos exteriores y (...) asegurar la libertad política, el orden público y la ejecución de las leyes”. De este período hay que destacar la primera quiebra del principio de obediencia ciega en los Ejércitos. Como se ha visto el problema se solucionó en Cádiz con la

⁶⁷⁸ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit., pág. 86.

⁶⁷⁹ BAROJA, Pío, *Van Halen*, pág. 281, así citado por ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 161.

⁶⁸⁰ Se trataba de una ley procesal para abreviar los procesos, que quedarían bajo la jurisdicción militar. La legislación absolutista ya sometía a civiles a esta jurisdicción, entre otros a bandidos y salteadores. El *sutil* instrumento empleado para extender este fuero sería asimilar por medio de una ficción jurídica a los reos de conspiración contra el régimen constitucional a aquellos bandidos y salteadores. Se aplicaba esta norma también a quienes efectuasen disturbios en el interior de las ciudades.

Esta norma quedaría vigente prácticamente durante todo el siglo, el Real Decreto de 30 de agosto de 1836 la restablecería y se aplicaría a lo largo del reinado de Isabel II. En el Decreto de 22 de julio de 1869 se ordenaría a los Gobernadores publicarla en los boletines oficiales, denominada como “sobre el procedimiento en las causas de conspiración directa y a mano armada contra la Constitución, la seguridad interior o exterior del Estado y los salteadores de caminos o ladrones en cuadrilla, en poblado o despoblado, previniendo que será inmediata y severamente aplicada.” Incluso regiría con la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870. También una Real Orden de 13 de marzo de 1875 especificó su vigencia para algunos delitos.

Se dieron también otros mecanismos jurídicos de excepción durante el Trienio, como el Código Penal de 1822, en los Capítulos 1, 2 y 3 del Título III sobre rebelión y sedición, que implicaba la juridificación de una ley marcial. Asimismo, la Ley reuniones patrióticas de 1 de noviembre de 1822 que incorporaba limitaciones de las garantías para las propias reuniones patrióticas que regulaba. (CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 165-169).

Al respecto del empleo de las medidas de excepción en esta etapa CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 165-169 y 320-328; BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. págs. 74 y ss. y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal. (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1990. 38 y ss.

distribución de papeles del Ejército y la milicia. Si el Ejército ante un mal consejo atentaba contra la Constitución, la milicia sería garantía de ésta. En el Trienio por primera vez en España se legitimó la necesaria reflexión de la orden recibida y la posible desobediencia de aquella orden dirigida a ofender a la persona del rey, impedir las elecciones o atacar contra las Cortes o la Diputación permanente⁶⁸¹.

Fernando VII volvería a reinar gracias a la ayuda de los Cien Mil Hijos de San Luis. Tras la completa depuración del Ejército del Trienio y la posterior presencia de fuerzas francesas unos años, el Ejército sería renovado a manos del Marqués de Zambrano para ser capaz de defender las instituciones y el orden político⁶⁸². De la mera protección de los intereses del monarca ésta había pasado a ser la

⁶⁸¹ Retomando labores parlamentarias sobre el tema en las Cortes de Cádiz previas a la vuelta de Fernando VII, en un primer momento se aprobó como ley el Decreto VI de 17 de abril de 1821, cuyo artículo 20 disponía que “Nadie está obligado a obedecer las órdenes, de cualquier autoridad que sea, para ejecutar cualquiera de los actos referidos en los cinco artículos precedentes [atentados contra el poder de representación de la nación]. Si alguno los ejecutase, sufrirá respectivamente las penas impuestas, sin que le sirva de disculpa cualquier orden que haya recibido.”

La primera Ley Constitutiva del Ejército, Decreto de las Cortes de 9 de junio de 1821 incluiría esta corriente. Su artículo 7 dispondría que “Es delito de traición el abuso de la fuerza armada cuando ésta se emplea en los casos siguientes:

1º Para ofender la persona sagrada del Rey; 2º Para impedir la libre elección de diputados de Cortes; 3º Para impedir la celebración de las Cortes en las épocas y casos que previene la Constitución; 4º Para suspender o disolver las Cortes o la Diputación permanente de las mismas.; 5º Para embarazar de cualquier manera las sesiones y deliberaciones de las Cortes o de su Diputación permanente”

El artículo 8 añadiría que “Ningún militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada en los casos expresados en el artículo anterior, bajo las penas que las leyes prefijaren.”

Ver, CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. pág. 190 y BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada... cit.* págs. 385 y ss. así como MUÑIZ VEGA, Gonzalo, “La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 54, julio-diciembre de 1989, págs. 119-166, en concreto, págs. 120-131.

⁶⁸² Al respecto, véase CHRISTIANSEN, E., *Los orígenes del poder...*, cit., págs. 33 a 48. Ahí se narra como el Borbón dispersó, disolvió o cautivó a todas las unidades que apoyaron la Constitución de 1812: hasta el Ejército realista fue desmovilizado en 1824, con lo que Fernando VII quedó con el Ejército francés de ocupación. Tras el Trienio Liberal comenzó el lento proceso de creación de un nuevo Ejército.

En palabras de Pérez Galdós, todo el Ejército estaba sometido a depuración, citado por ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. págs. 163 y ss.

De otra parte Ballbé recuerda que tras el trienio se dio una completa militarización del Estado absolutista, aunque se intentó una primera tímida intención de separar Administración civil y Administración militar, incluso afirma este autor el fallido intento de desmilitarización gubernativa y la generación de un ministerio del interior. BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit., pág. 88

misión fundamental de los Ejércitos⁶⁸³. El peso del absolutismo fernandino, que con agonía perduró hasta el primer tercio de siglo, se hizo presente a la hora de legar al constitucionalismo liberal unas instituciones civiles de gran debilidad, que no se fortalecieron hasta finales del XIX⁶⁸⁴.

B) UN PACTO OLIGÁRQUICO SELLADO POR LA FUERZA MILITAR. EL MILITARISMO PARTIDISTA HASTA LA RESTAURACIÓN

Tras la muerte del *nefasto* la “botella” de España se derramó⁶⁸⁵, la división entre carlistas y la regencia liberal sumieron al país en una nueva guerra. Desde 1793 el Ejército no había dejado de estar inmerso en ellas⁶⁸⁶ y ahora un Ejército plagado de divisiones entre liberales y moderados era la única esperanza del sistema liberal. Y un país en el que la institución distanciadamente más fuerte era la militar, que aspiraba más de la mitad de su presupuesto, sumido en las necesidades de una guerra de la que se hacía depender el sistema, quedaba inequívocamente abocado a la participación política en el poder⁶⁸⁷. Como señala Raymon Carr “En España la

⁶⁸³ Carlos Garrido López afirma:

“Andando el tiempo, la defensa de los elementos materiales del Estado tales como poder, territorio y población dejó paso a la tutela del órgano u órganos soberanos del mismo, hasta llegar a la defensa de la totalidad de los elementos institucionales, esto es, el ordenamiento constitucional. El objetivo de esta ampliación funcional no era otro que salvaguardar el régimen político frente a las agresiones violentas de carácter interno que, fuera de los cauces legalmente previstos, pretendieran subvertirlo [...] Responsabilidad constitucional que, además, permitía involucrar desde dentro a las Fuerzas Armadas cerrando así el sistema de su integración en el régimen”.

Ver, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, números 11/12, primavera - verano de 1995, págs. 213-240, pág. 184.

⁶⁸⁴ En este sentido PAYNE, Stanley G., *Los militares y la política...*, cit., págs. 3 y ss.

⁶⁸⁵ Afirma Alonso que en lo único que acertó Fernando VII en su reinado fue en su predicción de erigirse en corcho de una botella de cerveza, “por lo cual a mi muerte el líquido se derramará”. Ver, ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 234.

⁶⁸⁶ El Ejército español desde 1793 a 1844 no había conocido un solo año sin conflicto, primero contra Francia e Inglaterra hasta 1801, de nuevo contra la Francia napoleónica hasta 1814, en Hispanoamérica hasta 1826, frente a los Cien Mil Hijos de San Luis hasta 1823, contra los *agraviats* catalanes hasta 1827 y la primera guerra carlista, desde 1833 hasta 1844.

⁶⁸⁷ Como recuerda ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. págs. 216 las tropas desde 1700 costaban casi el 50% de recursos de la Nación. Afirma también este autor que “la irrupción del Ejército en el poder es el resultado de una inevitable revolución, en la cual lo que contaba eran las victorias, porque todo el sistema dependería de cuanto sucediese en los campos de batalla” (ob. cit. pág. 239). Señala Alonso que se

intervención militar se convirtió en un fenómeno crónico, debido a que el deseo de los políticos de contar con el apoyo militar se extendió más allá de su necesidad primaria en tiempo de guerra, conjugándose con la ambición de producir una serie de militares políticos. No se trataba simplemente de que el Ejército fuera el refugio del liberalismo y la defensa de éste contra el carlismo; era también la única institución sólida del Estado liberal”⁶⁸⁸.

El abrazo de Espartero y Maroto en Vergara pondría fin a la primera guerra carlista en 1844 y tras el Convenio, estas tropas se incorporaron al Ejército, hecho éste que fortaleció su carácter conservador⁶⁸⁹. Mientras tanto, diversos textos constitucionales habían ido sellando un pacto de concurrencia de intereses de la burguesía con la aristocracia conformando una única *Constitución* material que duraría casi un siglo⁶⁹⁰. En el texto de 1837 y en el más conservador de 1845 la regulación de la fuerza militar sería idéntica. Se incluía el reconocimiento del servicio militar obligatorio, el mando del monarca sobre la fuerza armada y su fijación anual por las Cortes. La milicia ya ni siquiera aparecería en el texto de 1845⁶⁹¹.

trataba del Ejército más político de toda Europa, Marx lo exculparía afirmando que “el Ejército resultó ser el único lugar en que podían concentrarse las fuerzas vitales de la nación española” (MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *Revolución en España*, Ariel, Madrid, 1960, pág. 26., ahí citado).

⁶⁸⁸ CARR, Raymond, *España, 1808-1939*, Ariel, Madrid, 1966, págs. 215-216.

⁶⁸⁹ Ver, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., pág. 57. También Alonso recuerda la perturbación que supuso la integración de los cuadros militares carlistas, hecho que no se repitió en la restauración tras la tercera guerra carlista, ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 388.

⁶⁹⁰ Al respecto ver lo afirmado sobre las notas de nuestro constitucionalismo histórico.

⁶⁹¹ Por cuanto a lo militar, la Constitución de 18 de junio de 1837 en su art. 6 señalaba que “Todo español está obligado a defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley”; el artículo 8 rezaba: “Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley. (el artículo anterior, el art. 7 señalaba las garantías de no detención ni separación del domicilio sino en los casos y formas prescritos en la ley). el art. 47 que señalaba que al Rey le corresponde 4º “Declarar la guerra y hacer ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes.”; 5º “Disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga”. En virtud del artículo 48º se exigía una ley para, “admitir tropas extranjeras en el Reino” (aptdo. 2º), así como “para ratificar los tratados de alianza ofensiva” (aptdo. 3º). El Título XIII estaba dedicado a la fuerza militar, el artículo 76 disponía que “Las Cortes fijarán todos los años a propuesta del Rey la fuerza militar y permanente de mar y tierra” y el art. 77 “Habrà en cada provincia cuerpos de milicia nacional, cuya organización y servicio se arreglará por ley especial; y el Rey podrá en caso necesario disponer de esta fuerza dentro de la respectiva provincia; pero no podrá emplearla fuera de ella sin el otorgamiento de las Cortes.”.

En los dos textos, en su artículo 8, con la misma laxitud que en Cádiz quedaban constitucionalizadas las limitaciones a las garantías de la detención por razones de “seguridad del Estado”.

Las medidas de excepción serían lo común en España desde la muerte de Fernando VII. Resulta baldío seguir a este autor o a Ballbé en su relato de la continua aplicación de medidas extraordinarias –más bien ordinarias- a lo largo del siglo XIX. Con retraso, pero en paralelo con nuestro país vecino, las mismas se desarrollarían con un régimen que quería implantar a la fuerza el régimen constitucional, luego darían cobertura a un país en guerra continua, para pasar, finalmente, a ser un instrumento idóneo con el que las oligarquías articularían los crónicos problemas políticos. Ahora bien, en nuestro país, las medidas de excepción serían la norma, no la excepción. Jurídicamente, cabe señalar la falta absoluta de control del empleo de las medidas extraordinarias ya en manos del gobierno ya de la propia discrecionalidad de los jefes militares, cuyos bandos se supeditaban a toda norma y su justicia era la que imperaba⁶⁹².

Cabe señalar que la etapa moderada condujo a una relativa tranquilidad que favorecería un notable y progresivo aumento de la Administración civil, parejo al incremento del intervencionismo estatal que, no obstante, no supuso tampoco una limitación del

La Constitución de 23 de mayo de 1845 repetiría el art. 6 por cuanto al servicio militar, el art. 8 relativa a las medidas de excepción. Los artículos 45 y 46 repetirían las facultades del monarca respecto del ámbito militar señaladas en los artículos 47 y 48 de la Carta anterior. Igual que en aquélla, el Título XIII versaría sobre la fuerza militar y repetiría el texto del anterior artículo 77 en el 79, pero en esta ocasión ya no se haría referencia alguna a la milicia nacional.

⁶⁹² La introducción del estado de sitio en España se dio con la Real Orden de 12 de enero de 1835, que declaraba a las provincias sublevadas en estado de sitio, quedando sujetas a la autoridad militar, que poco tardaría en aplicarse a ciudades. Un Real Decreto de 16 de agosto que derogaba todo tipo de norma contraria a lo que se dispusiese de este año significó el primer empleo plenamente político. El de cuatro días después cambiaría la terminología por la de “estado de guerra”, permitiendo que los capitanes generales lo apliquen en las provincias en las que entendiesen oportuno, levantándolo “cuando fuera posible”, no se precisaba ni dar cuenta al gobierno (ob. cit. pág. 334 y ss.). Al menos una Real Orden de 12 de enero de 1836 prohibía las comisiones militares en los lugares en los que no se hubiese proclamado el estado de sitio.

En concreto CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 328 y ss

poder militar⁶⁹³. Se prefirió la dictadura del sable del Gobierno de Narváez frente a la dictadura del puñal del proletariado⁶⁹⁴. A decir de Ballbé, “los moderados optaron casi por completo por la vía militarista para sustituir su incapacidad para gobernar con arreglo a los criterios liberales puros” por lo que los administrativistas deciden echarse para atrás, asumen el militarismo administrativo y colaboran con él⁶⁹⁵.

Conjuntamente con el proceso de disipación de las milicias nacionales, en 1844 surgió la fórmula –algo extraña en el marco comparado– de la Guardia Civil⁶⁹⁶. Mediante este cuerpo se institucionalizó la participación militar en las tareas de orden

⁶⁹³ Ballbé, por ejemplo, cita cifras de 1850 en las que, pese al crecimiento de la Administración civil, se aprecia su importancia presupuestaria frente a la Administración militar en el conjunto del Estado: un 8% frente a un 60%, (ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. pág. 175).

⁶⁹⁴ MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas... cit. pág. 2677 parafraseando a Donoso Cortés.

⁶⁹⁵ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. pág. 138.

⁶⁹⁶ En especial, LÓPEZ GARRIDO, Diego, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Crítica, Barcelona, 1982, págs. 82 y ss. y, siguiendo a éste, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. págs. 141 y ss. y 233 y ss., asimismo, MORALES VILLANUEVA, Antonio, “La Guardia Civil en el artículo 8º. de la Constitución”, en *Jornadas sobre el Título preliminar*, cit. págs. 2771-2807. Su desarrollo histórico -sin profundidad alguna- también puede seguirse en GIMENO DOMÉNECH, Francisco, y AYUSO SOTO, Arsenio, “Participación de la Guardia Civil en la Defensa Nacional en tiempo de paz”, “, en AA. VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, coordinado por Hermann Oehling, Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 337-381.

Su creación se anunció por el Decreto de 26 de enero de 1844, dos meses después de ser declarada mayor de edad la reina Isabel II se anunciaba “la organización de una fuerza especial destinada a proteger eficazmente las personas y propiedades” y se estableció dos meses después por el Decreto de 28 de marzo de 1844 por el que “Se crea un Cuerpo especial de fuerza armada de Infantería y como y descubra caballería, bajo dependencia del Ministerio de la Gobernación de la Península y con la denominación de Guardias Civiles”. Su organización fue encomendada al Mariscal de Campo D. Francisco J. Girón y Ezpeleta, segundo Duque de Ahumada. El mismo, dirigió a los ministerios de Estado y de la guerra un escrito sobre las “Bases necesarias para que un general pueda encargarse de la formación de la guardia civil”.

Pese al modelo civil inicialmente seguido, dos meses después, a los diez días que el militarista Narváez entrase en el Gobierno quebraría aquel modelo civil a favor de un modelo militarista que únicamente guardaría las formas. El Decreto de marzo por el de 13 de mayo, verdadero decreto fundacional de la Guardia Civil, en cuyo artículo 1º se disponía que “La guardia civil depende del ministerio de la guerra por lo concerniente a su organización, personal, disciplina, material y percibo de haberes, y del ministerio de la gobernación por lo relativo a su servicio peculiar y movimientos”. Esta dualidad sería completamente formal, desde entonces, hasta casi el presente –con la excepción republicana– la Guardia Civil dependería exclusivamente de las autoridades militares, y todas sus actuaciones quedaban bajo la jurisdicción militar. Su adscripción al Ejército se formalizaría en la Ley constitutiva del Ejército de 1879 (art. 23).

público y en el mantenimiento de cada gobierno en el poder. La doctrina liberal de Lord Mansfield quedaría definitivamente por tierra en España. La existencia de este cuerpo ciertamente fue clave en el militarismo español de los últimos dos siglos⁶⁹⁷. No se trataba de la existencia de un cuerpo armado con una intensa disciplina organizativa, sino de que el mismo se ubicaba dentro de las FAS⁶⁹⁸. Con la Guardia Civil se institucionalizó la militarización del orden público en España que había comenzado años antes⁶⁹⁹. Este cuerpo pasó a ser el brazo policial del Ejército, el soporte militar del poder político de cualquier momento, y ni siquiera en los tiempos de la Segunda República se dudó en recurrir a la misma⁷⁰⁰. Se descargaba a las FAS de la cotidianeidad del control político, pero en ningún caso se desprendían de esta materia, pues seguía siendo propia de la Institución militar, en la que se incluía al benemérito cuerpo.

Por unos años, un Ejército que volvía a cobrar, armarse y uniformarse regularmente iba a mantenerse unido, la Revolución vecina de 1848 intensificaría dicha unidad⁷⁰¹. Tras la caída de la

⁶⁹⁷ Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. págs. 155 y ss.

⁶⁹⁸ Pese a su dependencia del ministerio de gobernación por lo relativo a su servicio peculiar y movimientos, tanto la norma Constitutiva del Cuerpo de la Guardia Civil de 1844, como la Ley Constitutiva del Ejército Español de 1878 y su Ley Adicional de 1889, el Reglamento Militar de la Guardia Civil de 1942 y finalmente el art. 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, no dudaron en entender que la Guardia Civil formaba parte de las FAS (Ver, FERRANDO BADÍA, Juan, en el prólogo a la obra de CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, cit. pág. 13).

⁶⁹⁹ Entre los precedentes se cita a la santa hermandad, tal cuerpo general de gendarmería, semejante a la gendarmería francesa, sin que llegara a realizarse por José Bonaparte y, se cita también la milicia nacional fundamentalmente dirigida a la defensa del orden constitucional, creada en 1812, se cita también en 1820 El proyecto de creación de la legión de salvaguardias nacionales de no llegó ni si quiera discutir su; se quitó también en 1844.

En España, desde el Antiguo Régimen parecía confusa, en alguna medida, la seguridad pública y los Ejércitos, especialmente en el ámbito rural. Dentro del período liberal, las primeras reformas del modelo policial, *secularizado* de lo militar, tuvieron importantes fracasos. La Constitución de Cádiz en su artículo 356 reconocía que la fuerza militar conservaría el orden interior. Ya en 1821, por el Decreto de 17-25 de abril, se inmiscuía aún más al Ejército en materias de gobierno y orden público Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 74. En 1833, de forma inicialmente transitoria y excepcional, comenzó a militarizarse la seguridad pública; por medio de la Real Orden de 12 de marzo del año siguiente lo relativo a la policía paso a depender del poder militar, quedó bajo el mando de los Gobernadores militares.

CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación...* cit. págs. 18 y ss.

⁷⁰⁰ Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. págs. 74 y 319.

⁷⁰¹ Ver, ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 298.

mano dura de Narváez, un Ejército que dominaba la vida española se dividiría de nuevo como los partidos políticos que eran entelequias casi inexistentes que precisaban el apoyo de las armas⁷⁰². La tecnocracia ultraconservadora de Bravo Murillo anulaba por completo un régimen representativo cuya inexistencia poco a poco socavaba el trono⁷⁰³. Al llamado bienio progresista, que no era más que pugnas entre conservadores⁷⁰⁴, le seguiría el primer intento *canovista* de O'Donnell y la Unión liberal. A la cierta estabilidad inicial seguiría un nuevo reforzamiento del militarismo y la dictadura que ya sólo intentaba apuntalar una ya maltrecha monarquía, la crisis económica agudizaría la caída de ésta. El empleo de los mecanismos de excepción alcanzarían sus máximas cotas sometiendo al país, finalmente, a un permanente estado de sitio⁷⁰⁵. El levantamiento militar de Serrano, Prim, Dulce y Topete

⁷⁰² “El Ejército seguía siendo una institución que dominaba la vida española, porque los partidos eran entelequias casi inexistentes.... En una nación sin ciudadanía plenamente responsable de sus acciones, el Ejército tendía a sustituir a la vana apariencia de unas instituciones cuyo funcionamiento se apoyaba en un vacío de pueblo probado por las estadísticas y por las leyes electorales.” Ver, ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 324.

Por su parte MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas y del comportamiento de estas respecto a aquéllas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2653- 2698, en concreto, 2695, restando responsabilidad a los militares de su actuación afirma que los militares no actuaron solos y con objetivos diferentes a los de la sociedad en la que vivían, además una vez se conseguía el poder, actúan simplemente como hombre de partido.

⁷⁰³ COMELLAS, José Luís, *Los Moderados en el poder, 1844-1854*, CSIC, Escuela de Historia Moderna, Madrid, 1970, págs. 308-315, citado en AA. VV. *Geografía e Historia de España*, Ecir, Valencia, 1986, pág. 367.

⁷⁰⁴ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 175 califica al “bienio progresista” como una lucha de conservadores contra conservadores.

⁷⁰⁵ El Real Decreto de 20 de marzo de 1866 se mandaba que “rija como ley del Reino” la Ley de Orden Público de González Bravo. En dicha norma se regulaba el “estado normal, el de alarma y el de guerra”, como competencia exclusiva del Gobierno y de las autoridades dependientes de éste, con jurisdicción militar en todos los casos. A decir de Cruz “sometía al país a un permanente estado de excepción”. “es la misma Constitución la que es impuesta en estado de sitio” (ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 363-365, respectivamente).

El 17 de mayo de 1866 se promulgó el “artículo único”, que ni más ni menos señalaba:

“Se declara libre al actual Ministerio de la responsabilidad en que haya incurrido por todos los actos de su administración en que se haya arrogado las facultades del poder legislativo; se declaran, por consiguiente, leyes del Reino, y como tales se considerarán desde la fecha de su promulgación, y se guardarán en adelante, todas las resoluciones promulgadas por el actual Ministerio que con arreglo a la Constitución de la Monarquía hubieran debido someterse a la deliberación de las Cortes.”

gracias al desarrollo de las juntas revolucionarias darían pié al sexenio liberal." El Ejército, que había dado el trono a Isabel II, se lo arrebató cuando colectivamente creyó que no sabía ocuparlo con la dignidad precisa."⁷⁰⁶.

La Constitución de 1869 no variaría en demasía la regulación constitucional de la fuerza militar⁷⁰⁷. Como novedades, cabe apuntar la primera recepción constitucional de algún límite específico en los derechos y libertades para los militares⁷⁰⁸. De otro lado, la condición de máximo rango militar pasaba a ser uno de los supuestos para poder ser elegido senador⁷⁰⁹. En esta Constitución, destaca singularmente la constitucionalización de garantías de legalidad para la adopción y vigencia de medidas de excepción en razón de la

Asimismo, el 8 de julio de 1866 se aprobaba la ley de suspensión de garantías a discreción del gobierno, (CRUZ VILLALÓN, Pedro, *El Estado de sitio y la Constitución...* cit. págs. 275 y 362 y ss.).

Recuerda Ballbé que con el retorno al moderantismo en la última década de Isabel II, el orden público se seguía manteniendo por los habituales medios, en ámbitos estudiantiles y frente a libertades de reunión, autonomía universitaria, cátedra, etc. BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. págs. 181 y ss.

⁷⁰⁶ ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 349.

⁷⁰⁷ Así se repetiría la regulación ya usual respecto del servicio militar y las facultades del Rey y las Cortes:

Art. 28: "Todo español está obligado a defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley..."

Art. 69: "La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y las leyes."

Art. 70: "El Rey dispone de las fuerzas de mar y tierra, declara la guerra y hace y ratifica la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes."

Art. 73: "[Además...] corresponde al Rey: [...] 2º. Conferir los empleos civiles y militares con arreglo a las leyes."

Art. 74: "El Rey necesitar estar autorizado por una ley especial: [...] 3º Para admitir topas extranjeras en el Reino; 4º Para ratificar tratados de alianza ofensiva..."

Art. 106: "Las Cortes fijarán todos los años, a propuesta del Rey, las fuerzas militares de mar y tierra.

Las leyes que determinen estas fuerzas se votarán antes que la de presupuestos."

Art. 107: "No puede existir en territorio español fuerza armada permanente que no esté autorizada por una ley."

⁷⁰⁸ Art. 20: "El derecho de petición no podrá ejercerse colectivamente por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada sino con arreglo a las leyes de su instituto en cuanto tenga relación con éste."

Art. 26: "A ningún español que esté en el pleno goce de sus derechos civiles podrá impedírsele salir libremente del territorio, ni trasladar su residencia y haberes a país extranjero, salvas las obligaciones de contribuir al servicio militar o al mantenimiento de las cargas públicas."

⁷⁰⁹ Art. 62: "Para ser elegido Senador se necesita [...] 4º Reunir alguna de las siguientes condiciones: [...] Capitán general del Ejército o Almirante. Teniente General o Vicealmirante."

seguridad del Estado (art. 31)⁷¹⁰. Ahora bien, por cuanto a este tema, no cabe llevarse a engaño. Al igual que los liberales del Trienio, o más tarde en 1837, las medidas extraordinarias seguirían estando a la orden del día, incluso reforzándose en un período en el que la inestabilidad fue la nota predominante. Como recuerda Ballbé “los liberales revolucionarios del 68 que tantas veces habían criticado a los moderados el abuso de los estados de excepción, van a recurrir a él desde el primer momento”⁷¹¹, el empleo de la jurisdicción militar seguiría extendiéndose. A partir del Decreto de unificación de fueros de Prim de 5 de diciembre de 1868 en el que se exceptionaba la jurisdicción militar, como señala San Cristobal Reales, la jurisdicción militar empezó a ser de verdad especial, pues hasta entonces no se distinguía demasiado de la ordinaria, porque en ninguna había independencia e inamovilidad frente al dominio del Ejecutivo⁷¹².

⁷¹⁰ Art. 31: “Las garantías consignadas en los artículos 2, 5 y 6, y párrafos 1, 2 y 3 del 17, [garantías de la detención y el domicilio y libertades de expresión reunión y asociación] no podrán suspenderse en toda la monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias.

Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se reirá durante la suspensión, por la ley de orden público establecida de antemano.

Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio.

En ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley.”

Cabe señalar, asimismo, que el artículo. 19 disponía también que “Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometen la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley”.

⁷¹¹ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 196.

⁷¹² A decir de esta autora el Decreto de Prim fue la separación definitiva entre jurisdicción militar y la jurisdicción civil. Pese a que parecía un espaldarazo a la justicia ordinaria por razones de “decencia y justicia y fin de privilegios”, se afirmaba en su exposición de motivos que se “hace necesaria una excepción con respecto a los militares en activo servicio no otorgada a favor suyo, sino de la sociedad, que requiere medios más activos y severos de reprimir los excesos que perpetrados por militares, tienen mayor gravedad cuanto más libre sea la constitución política por la que se gobierna un Estado”.

Ver, SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996, págs. 48 y ss., en concreto 52 y ss.

Tras un proyecto en 1973 de Constitución federal⁷¹³, sería de nuevo el Ejército, a manos de Martínez Campos, quien daría fin a la I República.

C) RECAPITULACIÓN DE LA ÉPOCA DE LOS ESPADONES

Esta debilidad institucional civil fue relativamente paralela a la de unas FAS marcadas traumáticamente, tanto por los cambios revolucionarios y el absolutismo fernandino, como por una disgregación política partidista. Pero quizá uno de los motivos del específico intervencionismo político en España fue la incorrección – más bien la ausencia– de la política militar obrada⁷¹⁴, siempre diseñada por las necesidades de las continuas guerras. La abolición de todo un Ejército nacional por Fernando VII, la hipertrofia en la pirámide de mandos, el mal pago⁷¹⁵, y las recompensas y ascensos por las intervenciones *partidistas*⁷¹⁶ provocaron, tanto una total carencia de profesionalidad y una desunión palmaria, así como que

⁷¹³ El proyecto fue aprobado por las Cortes republicanas el 17 de julio. Por cuanto a lo militar, como es lógico se darían diversas novedades.

Se reiterarían los límites del derecho de petición para toda clase de fuerza armada (art. 20), así como la limitación del derecho de circulación por razón del servicio militar (art. 28) cuya obligación estaba recogida en los artículos 30 y 110. Sería el poder Legislativo federal el que declarase el estado de guerra bajo el cual se darían las garantías de legalidad (art. 33). Al poder de la federación correspondían los tratados de paz, declaración de guerra por medio de una ley, el mando de las fuerzas de mar y tierra así como la conservación del orden público federal y declaración de estado de guerra civil y el restablecimiento de la ley por medio de la fuerza. (Título V, apartados 2, 3, 6, 22 y 23). Al poder Ejecutivo competía la disposición de la fuerza armada y el empleo de las reservas llamadas por una ley (art. 72). Los Estados de la Federación no podrían “mantener más fuerza pública que la necesaria para su policía y seguridad interior” y “la paz general de los Estados se halla garantizada por la Federación, y los poderes federales podrán distribuir la fuerza nacional a su arbitrio, sin necesidad de pedir consentimiento alguno a los Estados.”, sin que pudieran “jamás apelar a la fuerza de las armas unos contra otros” (art. 101). Destaca el establecimiento en el Título XVI, artículos 112-114 de una Reserva Nacional forzosa. Según a la cual pertenecían todos los ciudadanos de 20 a 40 años, que según la edad habían de emplear un tiempo al año (un mes, quince u ocho días) en ejercicios militares.

⁷¹⁴ Ver, por ejemplo, SEVILLA ANDRÉS, Diego, “Comentario al Artículo 8 de la Constitución”, cit., pág. 267. Este autor aduce la carencia en España de una política militar desde el siglo XVII hasta la realizada por Manuel Azaña en el período republicano. Al respecto de ésta, véase ALPERT, Michel, *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, Siglo XXI, Madrid, 1982.

⁷¹⁵ Sobre las remuneraciones militares en el siglo XIX, véase FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el siglo XIX...*, cit., págs. 85 a 102.

⁷¹⁶ Por lo general, a los militares que apoyaban un alzamiento que hubiese sido fructuoso se les ascendía un grado; por contra, a quienes se hubiesen mostrado contrarios al mismo se les congelaba el grado superior.

las cúpulas militares no supieran quedarse al margen de la actuación política. El fracaso de la milicia, la gestación de la Guardia Civil y el vaciamiento del Parlamento, consolidaron los planteamientos militaristas, por lo cual no se llegó a llevar a cabo el modelo liberal.

En un primer período que alcanza hasta la Restauración –la llamada “época de los espadones”⁷¹⁷– fueron tan numerosos los alzamientos militares partidistas, que habituaron al militar al ejercicio del poder; el poder se alcanzaba bien por los generales moderados, bien por los generales liberales⁷¹⁸. Como recuerda Headrik, “Cuando los generales pretenden acceder al vértice del poder constituido a través de un “pronunciamiento”, lo hacen en virtud de cabezas de un partido y no como mando jerárquico de un solo cuerpo de Ejército”. En esta primera época, el “Ejército no actuó como cuerpo unitario exterior a la sociedad, sino que en todo caso intenta ser asumido e integrado por las fuerzas políticas dominantes.”⁷¹⁹

A la vez, el peso del principio monárquico en la esfera militar provocó también que todas las competencias militares resultasen propias a la Institución castrense manteniéndose, por contra, una muy débil posición del poder Legislativo en este área.

Desde la perspectiva de la constatación de la supremacía civil, se puede afirmar que esta primera época estuvo marcada por la participación militar en la vida política de modo directo y

⁷¹⁷ De los innumerables levantamientos militares en nuestro país cabe destacar los de Espoz y Mina en Pamplona en 1814; Porlier en La Coruña en 1815; el del coronel Quiroga en Alcalá de los Gazules y Riego en Cabezas de San Juan en 1820, que inicia el Trienio liberal; el Motín de los sargentos inspirado por Mendizábal en la Granja en 1836, que hace caer a Istúriz; el de los generales Serrano, Prim y Narváez en 1843, que da paso a la década moderada; la “Vicalvarada” de los generales Dulce y O'Donnell en 1854; el pronunciamiento del general Prim y el almirante Topete en Cádiz en 1868, que originará la caída de Isabel II; la sublevación del general Pavía en Madrid en 1874, que supondrá el principio del fin de la I República; y por último, el del general Martínez Campos en Sagunto a finales de 1874, que precipitó la vuelta de Alfonso XII y significó el comienzo de la Restauración.

⁷¹⁸ Estos posicionamientos se caracterizaron principalmente por el lugar ocupado en el período fernandino: los liberales, más próximos al liberalismo inglés, donde habían estado exiliados; y los moderados, más cercanos a la aristocracia y a la corte, cercanos a los intereses políticos oligárquicos. Ver, PORRAS NADALES, A. “La Defensa, poder militar y régimen constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, 35, septiembre-octubre de 1983, págs. 183-234. pág. 212.

⁷¹⁹ HEADRICK, Daniel R. *Ejército y política en España (1866-1898)*, cit. pág. 12.

personalizado; el poder militar se proyectó no sólo en el propio ámbito castrense, sino en todo lo civil. Esta etapa se caracterizó por la influencia directa en la vida política y social, adoptando una postura de tutela del orden político. Del mismo modo, se consagró para el futuro una influencia también directa en las esferas institucionales castrenses, así como en las áreas intermedias en relación con la sociedad civil (como lo es, por ejemplo, la materia del orden público). En dichos ámbitos, las FAS mantuvieron una definitiva autonomía hasta el actual régimen democrático. A ello hay que añadir que durante aquel período, tanto la doctrina de la época ⁷²⁰ como la práctica política fueron opuestas al corolario de efectos que supone la primacía civil.

Al final de esta época Pérez Galdós diría que “la fuerza pública, o sea el pueblo armado, ha sido el verdadero poder moderador, por ineptitud de quien debía ejercerlo”⁷²¹. Fernández de Córdoba afirmaría que “Este Ejército es el Ejército de los partidos políticos. Cuando los partidos prescindan de él para apoyar sus pretensiones, será muy fácil constituir un buen Ejército permanente”⁷²².

Irónicamente, en las normas se recibía el principio de apoliticidad de los militares, a quienes se les iría limitando el ejercicio de sus libertades políticas con el paso del tiempo. Sin

⁷²⁰ Es manifiesto el peso de Donoso Cortés, pionero del conservadurismo, a la hora de justificar las intervenciones militares en la política general. Por contra, Colmeiro, Oliván y Posada Herrera, desde la doctrina administrativista, o Alcalá-Galiano y Balmes, desde la política, se mostraron partidarios de excluir a los militares de la política y de ubicar a las FAS dentro del poder administrativo. Al respecto, véase LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 101 a 114.

En el año 1839, J. Escriche definía con acierto y claridad el principio de primacía civil que permanecía ausente de la práctica española, afirmando que “es un principio general establecido en todas las naciones, que la fuerza armada es un cuerpo que por su naturaleza debe estar subordinado y obediente al gobierno, sin que pueda ejercer el derecho de deliberar; pues de otro modo habría el riesgo de que trastornase la constitución del Estado y dispusiese a su gusto de la autoridad pública y de la libertad de los ciudadanos” (Ver, ESCRICHE, J., Voz “Fuerza Pública”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos, Madrid, 2ª edición, 1839, citado en NEVADO MORENO, Pedro T. *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 35.

⁷²¹ PÉREZ GALDÓS, Benito, en *La de los tristes destinos*, así citada por ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 349.

⁷²² Discurso de 6 de febrero de 1873, así citado por ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 359.

embargo, sólo la limitación del derecho de petición se incorporaría desde 1869 en el marco constitucional⁷²³, siendo las demás recogidas en normas legales o infralegales⁷²⁴.

Mientras tanto, se había ido gestando una clase social militar propia. El principio de igualdad formal abrió la puerta de los cuarteles a la burguesía al eliminarse la prueba de sangre con los Reales Decretos de 21 y 28 de septiembre de 1836⁷²⁵. De este modo, el Ejército dejó de ser un ente elitista y la mayoría de los militares pasaron a emerger de las clases medias⁷²⁶. Sin embargo, pese a la heterogeneidad de la procedencia, al adoptarse los valores aristocráticos como propios de toda la institución, las líneas generales del comportamiento castrense se unificaron, conformando

⁷²³ MORALES VILLANUEVA, Antonio, "Derechos y libertades del militar profesional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), nº 37, enero-febrero de 1984, págs. 89 - 109, pág. 95. Recuerda que en las discusiones en las Cortes de 1820 se advirtió que en la Constitución de 1812 no se hacía alusión alguna a las particularidades de los derechos y libertades de los militares.

⁷²⁴ La Ley Constitutiva del Ejército de 1821, en su artículo 132, preceptuó que "los militares gozarán de todos los derechos civiles lo mismo que los demás ciudadanos, y las Ordenanzas fijarán la diferente forma en que han de usar de ellos en los casos que así lo exija la naturaleza de su profesión".

Con la vuelta de Fernando VII volvía lo que había sido la tónica hasta entonces, la práctica negación de los derechos y libertades tanto en general como, en especial a las bases del Ejército, volviendo los castigos corporales.

GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit., pág. 127 afirma que "Ésta es la tónica que se mantendrá durante una gran parte del siglo XIX, con una organización de las Fuerzas Armadas en las que predomina ante todo una disciplina férrea, una instrucción rutinaria y el principio de obediencia ciega para soldados e, incluso, suboficiales. Los oficiales y mandos, más que derechos, gozarán de privilegios, y su continua intervención en la política, a veces instrumentalizados por la propia Monarquía, politizó el Ejército y los desprofesionalizó."

Más tarde, la Real Orden de 6 de agosto de 1841 prohibía a los militares entrar en polémicas por medio de la prensa, especialmente en lo referente a asuntos de servicio. Esta normativa se reiteró en 1848, 1861, 1869 y 1875. Una Real Orden de 31 agosto de 1866 sobre desarrollo de RD de 30 de julio, sobre expulsión del Ejército por escándalo o desprestigio del mando, con gran discrecionalidad. La Real Orden de 13 de junio - 22 de julio de 1871, motivada por consultas de oficiales elegidos para cargos municipales, negó el derecho al sufragio activo y pasivo para cargos municipales, en ella misma se reconocía la facultad de optar entre el empleo militar o el cargo electivo para poder participar en los comicios como elegible.

⁷²⁵ Si bien, ya durante la Guerra de Independencia por medio del Decreto de 17 de agosto de 1811 que preceptuaba que "en todos los colegios y academias de mar y tierra fuesen admitidos los españoles hijos de familias honradas". Para ver la evolución concreta de la exigencia de la prueba de sangre, ver FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el siglo XIX...*, cit., págs. 103 a 107; sobre la procedencia social, ver págs. 100 a 124.

⁷²⁶ Sólo un tercio de los cuadros de mando siguió procediendo de las clases aristocráticas, si bien con notable influencia.

una clase social particular, lo cual revertía positivamente en la unidad del Ejército, el corporativismo se fue haciendo más intenso y se generaron mecanismos en su defensa. Así, pasó a favorecerse cada vez más la entrada en el Ejército de los hijos de militares⁷²⁷. Señala Busquets que “después de mediados de siglo, la línea divisoria se trazó entre militares y civiles y no entre burgueses y nobles. La aristocracia de nacimiento había sido reemplazada por la *aristocracia de educación*. El resultado fue la aparición del espíritu de cuerpo”⁷²⁸. Como afirma Headrick, “en un tiempo la milicia era coto cerrado sólo accesible a la nobleza, luego se abrieron las puertas a la sociedad, especialmente a las clases medias, pero éstos pasaron a convertirse en una casta destinada a autorrenovarse, por lo cual se *cerraron* nuevamente estas *puertas*” y “al final, los oficiales del Ejército adquirieron conciencia de formar un grupo aparte, separado del resto de la nación”⁷²⁹. Los militares estaban destinados a separarse de la sociedad, pues como afirma Busquets “para que un tirano pueda utilizar un Ejército contra su propio pueblo, es preciso separarle de él, aislarlo, pues si el Ejército está unido al

⁷²⁷ En 1860 se becaron completamente a los hijos de militares fallecidos en servicio; en 1875 se ampliaron las becas para hijos de oficiales. En las academias se reservaba cierta proporción de plazas para los huérfanos. La Academia General Militar, creada con la Restauración, exigía que la mitad de los aspirantes fueran hijos de militares, y en algunas condiciones se les eximía de un examen de ingreso. Por contra, quienes no ostentasen esta condición se enfrentaban con una barrera económica que hacía prácticamente inaccesible la carrera militar. Los costes de matrícula, pensión o uniforme, sólo permitían que quien pretendiese ser militar ya formase parte de la institución o perteneciese a las clases adineradas.

⁷²⁸ BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, Ariel, Barcelona, 1984, 3ª ed., pág. 236. En la misma dirección, véase ABRAHAMSSON, Bengt, “La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo” en BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio (Comps.) *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 208 a 234, en concreto, pág. 223.

Históricamente, la *herencia ocupacional* (la posibilidad de que quienes ejercen la profesión militar sean a la vez descendientes de militares) jugó un papel fundamental a la hora de cohesionar socialmente a las FAS y crear una *clase militar*. Sobre este tema en la actualidad se han dedicado principalmente BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “Las Fuerzas Armadas en España: institucionalización y proceso de cambio (1939- 1975)”, en BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio (Comps.) *La Institución militar...*, cit., págs. 270 a 325 y BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, cit., págs. 46 y ss. Los datos más actuales los refiere este último: de ellos, a modo genérico, se infiere que alrededor de las tres cuartas partes de los militares en la actualidad provienen de familia militar.

⁷²⁹ Ver, HEADRICK, Daniel R. *Ejército y política en España (1866-1898)*, cit. págs. 83 y 77 respectivamente, sobre la cuestión, véanse las págs. 60 a 85.

pueblo resultará muy difícil poderlo usar contra él”⁷³⁰. Algunas medidas jurídicas delatarían esta tendencia “de procurar el menor roce con los paisanos”⁷³¹. Al final, la clase militar se erigió, como diría Pérez Galdós, en “un Estado dentro de un Estado”⁷³², desempeñando una posición suprapolítica que a la postre sería decisiva en el siglo XX.

IV. De la relativa desmilitarización de Cánovas al abandono del constitucionalismo por los militares en el siglo XX

A) UN MILITARISMO “RENOVADO” DESDE LA RESTAURACIÓN. LA POSICIÓN SUPRAPOLÍTICA DE LAS FUERZAS ARMADAS

El advenimiento de la Restauración⁷³³ ciertamente se produjo tras un nuevo alzamiento, el protagonizado por el general Martínez Campos en Sagunto. No obstante, también es cierto que no era éste el modo de lograr la vuelta de Alfonso XII previsto por Cánovas⁷³⁴. La idea no era la de un alzamiento partidista, sino “convertir al Rey en un Rey - soldado, y a la monarquía como fuente de supralegalidad”⁷³⁵. Cánovas escribía a Isabel II en 1874: “El país pide en altas voces un Rey soldado, y un Rey soldado lo más pronto posible”⁷³⁶. Se trataba de eliminar al caudillo que hasta entonces

⁷³⁰ Ver, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. pág. 209.

⁷³¹ Así García macho nos recuerda que una Circular de 23 de abril de 1845 el especial hincapié de los mandos de la Guardia Civil “en procurar por cuantos medios sean posibles, al menor roce con los paisanos.”, GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit., pág. 128.

⁷³² PÉREZ GALDÓS, en *Obras inéditas*, II, pág. 260, así citado por MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas y del comportamiento de estas respecto a aquéllas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. pág. 2697.

⁷³³ Al respecto de la Restauración española, véase SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: *La Restauración y su norma fundamental*, Universidad de Valencia, Valencia, 1978.

⁷³⁴ En este sentido, véase SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Historia política de España...*, cit., págs. 243 y ss.

⁷³⁵ DE MOXÓ, Salvador, “El Derecho militar en la España cristiana medieval”, cit., pág. 91.

⁷³⁶ ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 376.

había convivido con el monarca, de modo que “en el monarca mismo se halle representado mejor que en nadie el poder militar del país”⁷³⁷.

El gran pacto de las clases dominantes que fue la Restauración supuso, entre otras, la consolidación de las instituciones civiles. Y con el fortalecimiento de las estructuras civiles de la sociedad se abandonó lo que ya era una constante del período anterior: la necesidad de que cada tendencia política que pretendiese instalarse en el poder hubiese de captar sectores del Ejército⁷³⁸. Se logró que en los ámbitos puramente civiles –sociales– los militares pasaran a un segundo plano. Sin embargo los militares seguirían prevaleciendo en lo intermedio –orden público– y en lo institucional –lo atinente a las propias FAS-. Obviamente, esto no implicaba en modo alguno la preservación del principio de supremacía civil ni de los concretos principios liberales de ubicación de la fuerza militar en un Estado constitucional.

Como señala Headrick, el estilo de participación política militar fue “renovado”⁷³⁹, la presencia militar en la política ya no sería partidista, como hasta entonces. La Real Orden Circular de 4 de febrero de 1875 establecía “que los jefes, oficiales y soldados de la fuerza armada deben permanecer en total alejamiento de las luchas de los partidos y las ambiciones políticas” todo ello porque “la participación de los militares, cualquiera que su graduación sea, en las varias y continuas agitaciones de la vida pública tiene inconvenientes gravísimos en todo tiempo experimentados, y como

⁷³⁷ LEMA, Marqués de, *De la revolución a la restauración*, (dos vols.), Vol. II. Madrid, 1972, pág. 689, citado por ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 376 quien añade que la estancia del Rey Alfonso XII en Sandhurst como cadete respondía a esta preocupación por un Rey soldado.

⁷³⁸ El cambio de matices en la actuación política del Ejército es acertadamente descrito por Daniel. R. HEADRICK, *Ejército y política en España (1866-1898)*, cit. págs. 36-83.

⁷³⁹ Vid. HEADRICK, Daniel R. *Ejército y política en España (1866-1898)*, cit., quien en la pág. 218 afirma que “durante todos aquellos años, el Ejército se comportó con una discreción muy poco habitual. Los pronunciamientos fueron escasos y de poca monta, normalmente con escasos efectos sobre la vida de la Nación. Solamente un número reducido de generales tomó parte activa en la política dentro del marco de la legalidad constitucional. Sin embargo, el Ejército conservó su puesto en el seno de la nación, pero con estilo renovado”.

nunca y más que en ninguna otra parte, en España". Disposiciones de este tipo se reiterarían a lo largo de la Restauración⁷⁴⁰.

No obstante, la clase militar tendría un importante papel en la vida política, pero ahora ya como una unidad. Como recuerda Porras Nadales, Cánovas impuso una relativa desmilitarización de la vida política, sin embargo, "este intento de desvincular a las FAS de la vida política concreta iba a resultar a la postre mucho más peligroso para la estabilidad constitucional"⁷⁴¹. Y es que el Ejército iba a adoptar una unidad que le situaría en una posición suprapolítica. Sociológicamente se había consolidado la existencia de una clase militar distante del resto de la sociedad. Políticamente, lejos del partidismo entre liberales o moderados, la amenaza del proletariado y de las disgregaciones territoriales había unido a las filas militares en un frente común. De Moxó advierte que "el hecho de que desaparecieran los pronunciamientos no indica que los resortes de un determinado "orden público" no siguieran exactamente en las mismas manos que hasta entonces"⁷⁴². Con la Guardia Civil en la cotidianeidad política, el Ejército se podía dedicar a sus intereses corporativistas y colonialistas, pero la militarización de este cuerpo "no sólo aumentó la conflictividad por la utilización de técnicas marciales, sino que propició que el resto de los militares pusiesen su vista en los conflictos de orden público

⁷⁴⁰ Esta normativa se reiteró por la Real Orden de 7 de febrero de 1876. Algo más tarde, estas limitaciones se recogen con rango legal en la Ley Constitutiva del Ejército de 9 de noviembre de 1878, en su artículo 28, reconocía el derecho al sufragio activo, si bien, con la posibilidad de limitarlo legalmente. Por contra, no permitía la asistencia a reuniones políticas, incluyendo las electorales, prohibía cualquier opinión en la prensa sobre asuntos de servicio.

El Código de Justicia Militar de 1890 sancionaba en su artículo 329 la asistencia a manifestaciones políticas, o acudir a la prensa al respecto de los asuntos de servicio. Se reiteraron de estas disposiciones en 1897 y 1908. El Real Decreto de 9 de abril de 1900 y dos reales Órdenes de 6 de octubre de 1900 regularon restrictivamente la posibilidad de asociaciones de militares, o la pertenencia de militares a asociaciones. En la Real Orden Circular de 15 de abril de 1908, se permitía el ejercicio de la libertad de expresión para "trabajos o estudios de carácter profesional", siempre con la debida moderación.

El derecho de asociación también se encontraba restringido en 1918 por la Ley de 29 de junio de reforma de la Administración militar, como los cargos de concejal y diputado por la Ley de Régimen Local del mismo año (arts. 80 y 234).

⁷⁴¹ PORRAS NADALES, A. "La Defensa, poder militar y régimen constitucional", cit. pág. 213, sobre los elementos que conformaron tal unidad, 213 y ss.

⁷⁴² DE MOXÓ, Salvador, "El Derecho militar en la España cristiana medieval", cit., pág. 91.

interior, vía directa para aumentar la politización de las Fuerzas Armadas”⁷⁴³. Asimismo, la jurisdicción militar siguió empleándose como instrumento ya natural de represión política, extendiendo su ámbito hasta el absurdo⁷⁴⁴ incluso en períodos de relativa normalidad constitucional.

Como muy bien percibió Cánovas para el futuro, “los Ejércitos serán por largo plazo, quizá por siempre, robusto sostén del presente orden social, e invencible dique de las tentativas ilegales del proletariado”⁷⁴⁵. El problema social, así como el territorial, pasaba definitivamente a ser tutelado por la Institución militar desde una posición externa a la sociedad civil. De este modo, un Ejército superpuesto al sistema político quedaba identificado con los valores de la patria, se erigían como afirma Carr en “encarnación de la voluntad nacional”⁷⁴⁶. Y esa voluntad nacional no sería otra que el mantenimiento de un orden político burgués que, aunque podía calificarse de “constitucional”, poco o nada tenía de democrático.

Así pues, como afirma Ballbé, pese a pretendidas apariencias civiles, en ningún momento Cánovas prescindió del militarismo: “los generales dejaban la política a los civiles solamente a condición de que éstos no tocaran el Ejército y de que ellos mismos siguieran siendo figuras influyentes en la vida política”⁷⁴⁷.

⁷⁴³ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 304.

⁷⁴⁴ La Ley de 27 de septiembre de 1890 seguía los criterios de persona, delito y lugar, asimismo se creaba la Sala de lo militar del Tribunal Supremo, con dos magistrados y cuatro militares, de ellos, tres del Ejército y uno de la Armada. Más tarde la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906 extendió el ámbito de esta jurisdicción especial hasta extremos hasta entonces desconocidos. Sobre la normativa BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. págs. 225 y ss., ver también SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. págs. 60 y ss.

⁷⁴⁵ Palabras incluidas en el discurso pronunciado por Cánovas del Castillo en el Ateneo de Madrid en noviembre de 1890, y citadas, entre otros por BRAVO MORATA, F., *La República y el Ejército*, Fenicia, Madrid, 1984, pág. 24.

⁷⁴⁶ CARR, Raymond, *España, 1808-1939*, cit., pág. 541.

⁷⁴⁷ Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 225. En el mismo sentido PAYNE, Stanley G., *Ejército y sociedad en la España liberal (1808-1936)*, Akal, Madrid, 1977, quien en la pág. 86 afirma que en la Restauración “lo que se consiguió fue evitar que los pronunciamientos fuesen coronados por el éxito, con el sistema de mantener de su parte a los teniente generales. Ascensos, emolumentos, puestos en el Senado e influencia en el seno de los dos partidos políticos oficiales, ligaron a la alta jerarquía militar con el sistema”. El sistema de la Restauración se apoyó, una vez más, en el poder militar, si bien las formas se aminoraron en relación con las anteriores experiencias de este mismo siglo.

La Constitución de 30 de julio de 1876, la de mayor duración de toda la historia de España, poco aportaba por cuanto a lo militar⁷⁴⁸. No obstante, los esfuerzos de Cánovas por ligar lo más posible con la Constitución de 1869 supuso la recepción de los pocos avances sobre la materia que en aquella se registraron. Se trataba, como se dijo, de la constitucionalización expresa de algunas limitaciones de derechos a los militares⁷⁴⁹, así como del reconocimiento de garantías de legalidad por cuanto a las medidas de excepción⁷⁵⁰. La condición de alto cargo militar seguía siendo uno de los presupuestos para ser elegido senador y ahora los capitanes generales y el almirante de la Armada pasaban a ser senadores por derecho propio⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Así, en general se repetían fórmulas que bien poco habían variado desde 1837 o incluso desde 1812:

Art. 3: "Todo español está obligado a defender la Patria con las armas cuando sea llamado por la ley..."

Art. 52: "[El Rey] Tiene el mando supremo del Ejército y armada y dispone de las fuerzas de mar y tierra."

Art. 53: "[El Rey] Concede los grados, ascensos y recompensas militares."

Art. 54: "Corresponde además al Rey: [...] 4º Declarar la guerra y hacer ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes."

Art. 55: "El Rey necesitar estar autorizado por una ley especial: [...] 3º Para admitir topas extranjeras en el Reino; 4º Para ratificar tratados de alianza ofensiva..."

(Título XII De la fuerza militar) Art. 88: "Las Cortes fijarán todos los años, a propuesta del Rey, la fuerza militar permanentes de mar y tierra."

⁷⁴⁹ En este caso, sólo del derecho de petición. El art. 13 disponía que "El derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada sino con arreglo a las leyes de su instituto en cuanto tenga relación con éste."

⁷⁵⁰ Se venía a reiterar en buena medida lo que fuera el artículo 31 de la Constitución de 1869. Ahora el art. 17 rezaba lo siguiente:

"Las garantías expresadas en los artículos 4, 5 y 6, y párrafos 1, 2 y 3 del 13, no podrán suspenderse en toda la monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias.

Sólo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible.

Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo.

Tampoco los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley."

⁷⁵¹ Art. 21: "Son senadores por derecho propio:

[...] Los capitanes generales del Ejército y el almirante de la Armada."

Art. 22: "Sólo podrán ser senadores por nombramiento del Rey o por elección de las corporaciones del Estado y mayores contribuyentes, los españoles que pertenezcan o hayan pertenecido a una de las siguientes clases: [...] 6º Tenientes generales del Ejército y vicealmirantes de la Armada, después de dos años de su nombramiento."

Una vez más, la regulación constitucional de lo relativo a la defensa destacaba por su ausencia, en especial en tanto pudiera suponer un límite a la función militar y a su posición en el sistema. Como con ironía señala García Ronda, “acaso se debió a la consideración de que resultaba obvio el mencionado papel, teniendo en cuenta la dilatada historia anterior”⁷⁵². Por cuanto a sus funciones, en el artículo 2 de la Ley Constitutiva del Ejército de 9 de noviembre de 1878 y de la ley adicional a la misma de 19 de julio de 1889 se preceptuaba que era “sostener la independencia de la Patria y defenderla de los enemigos exteriores e interiores” y “mantener la independencia y la integridad de la Patria y el imperio de la Constitución y las leyes”. De otra parte, en el artículo 1 de esta norma se reconocía que “El Ejército constituye una institución nacional regida por las leyes y disposiciones especiales”. La excepcionalidad de lo militar para el ámbito constitucional seguiría siendo la tónica durante muchos años.

B) EL ABANDONO DE LA IDEA CONSTITUCIONAL POR LA FUERZA MILITAR EN EL SIGLO XX

Los desastres coloniales, aunque distrajeron a los militares de la política interna, dañaron fuertemente la dignidad militar. Desde el estamento castrense se acusó de los mismos a la clase política, y tras el desastre de Cuba en 1898, los militares estuvieron a punto de “tomarse la justicia por su mano”. Sin embargo, parecía que “la época de los pronunciamientos había pasado”⁷⁵³.

Con los acontecimientos de Marruecos de 1917⁷⁵⁴, las tensiones se fueron agudizando; al tiempo tomó fuerza la institucionalización

⁷⁵² GARCÍA RONDA, Ángel, “Estudio comparativo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 y en los anteriores textos constitucionales”, cit. pág. 2555.

⁷⁵³ Así, el general Weyler que afirmó que si los derechos y el honor militar no eran totalmente protegidos, los generales se tomarían la justicia por su mano. A ello el Ministro de la Gobernación Eduardo Dato replicó que la época de los pronunciamientos había pasado. Ver, PAYNE, Stanley G., *Los militares y la política...*, cit., págs. 74 a 75.

⁷⁵⁴ Sobre ello, véase PAYNE, Stanley G., *Los militares y la política...*, cit., págs. 89 y ss. y 133 y ss. y ALONSO BAQUER, Miguel, *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971, págs. 254 y ss. y 264 y ss. quien de dichas juntas señala que de forma benévola podían calificarse “como movimiento que cierra filas para salvar la unidad de las fuerzas armadas”, si bien “se precisan mejor las ideas si se dice que fue, además, un

de las Juntas de Defensa como grupos de presión militar⁷⁵⁵. Los militares africanistas encontraban dolido su orgullo militar, y los peninsulares apreciaban cómo los problemas internos del país minaban día a día la convivencia. Llegados a este punto, el cuerpo unitario del Ejército abandonó la idea de participar en el sistema constitucional que, día a día, parecía más distante a la realidad social⁷⁵⁶. Lejanos ya de las participaciones de carácter pretoriano del siglo anterior⁷⁵⁷, se optó por invertir el sistema y constituir otro nacional y apolítico. El general Miguel Primo de Rivera –que alcanzó el poder con un nuevo alzamiento de carácter decimonónico, pero sin el sustrato personalista y sectorizado de aquéllos– tuvo tras de sí, con sus postulados regeneracionistas, el apoyo de todo el Ejército y de importantes capas de la población⁷⁵⁸. Un rey con clara tendencia hacia lo militar y de poca abstención en la política daría finalmente su beneplácito⁷⁵⁹. La caída del general sería poco tiempo después la caída de la monarquía.

Ortega y Gasset describe esta evolución con bastante claridad, subrayando elementos que serán bien relevantes en otros momentos de este estudio:

movimiento sindicaloide y burocratizante” (ob. cit. pág 254). También, ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit., págs. 467 y ss.

⁷⁵⁵ Al respecto, véase PAYNE, Stanley G., *Los militares y la política...*, cit., págs. 107 y ss.

⁷⁵⁶ Sobre las causas que llevaron a la ruptura del sistema constitucional véase, por ejemplo, SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Historia política de España...*, cit., págs. 381 y ss.; y TUSELL, Javier y otros, *Historia política y social...*, cit., Vol. II, págs. 255 y ss.

⁷⁵⁷ MARTÍ COLL, Antonio, en “Análisis histórico de las constituciones...”, cit., afirma en la pág. 2695 que no fueron las reivindicaciones profesionales, la reforma de ordenanzas, o la búsqueda de un poder militar mayor los motivantes fundamentales de la definitiva participación militar en el siglo XX.

⁷⁵⁸ Al respecto, véase NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos *Ejército, Estado y Sociedad en España 1923-1930*, Gobierno de La Rioja, Logroño, 1991. La relación del general Primo de Rivera con el Ejército en absoluto fue pacífica, especialmente a partir de su intento de llevar a cabo la necesitada reforma militar.

⁷⁵⁹ ALONSO, José Ramón, *Historia política del Ejército español*, cit. págs. 448 y 503 recuerda la tendencia de Alfonso XIII hacia los temas militares y su formación militar. La toma del poder por los militares era algo que se advertía con claridad desde un año antes. La puesta a disposición de Primo de Rivera al Rey sorprendería a este último que “se frotó los ojos y dijo a su ayudante ¿Estoy despierto, estoy soñando o estoy loco? No comprendo una revolución que se pone a disposición de su Rey” Primo le hizo saber que “pretendía hacer una revolución bajo el signo de la monarquía, pero que si encontraba obstáculos se vería obligado a darle otro carácter”, (ver, ob. cit. pág. 503).

“En los individuos de nuestro Ejército germinó una funesta suspicacia hacia políticos, intelectuales, obreros (la lista podía seguir y aun elevarse mucho); fermentó en el grupo armado el resentimiento y la antipatía respecto de las demás clases sociales, y su periferia gremial [los *africanistas*] se fue haciendo cada vez más hermética, menos porosa al ambiente de la sociedad circundante. Entonces comienza el Ejército a vivir en ideas, propósitos, sentimientos del fondo de sí mismo, sin recepción y canje de influencias ambientes. Se fue obliterando, cerrando sobre su propio corazón, dentro del cual quedaban en cultivo los gérmenes particularistas [tras los sucesos de Marruecos y bajo estas circunstancias] ¿No era inevitable y consecuencia de este proceso que el Ejército cayese sobre la nación a conquistarla?”⁷⁶⁰

De este modo, a partir de 1923 se conquista el poder del Estado por las FAS con el apoyo de diversas capas sociales, que ya desconfiaron del sistema constitucional liberal. El breve interludio republicano no pudo contrarrestar el peso de una ideología y de una fuerte inercia histórica que privaron totalmente al sistema político español de la efectividad del principio de supremacía civil, hasta la consolidación efectiva de la democracia.

V. Un apunte sobre la Constitución republicana de 1931 y su redefinición democrática-pacifista de la defensa y lo militar

Como señala López Ramón, “la Segunda República constituyó un simple paréntesis en el proceso de conquista del poder del Estado por las Fuerzas Armadas”⁷⁶¹. No obstante, de dicho período interesa advertir básicamente la reformulación de los principios de ubicación de la fuerza militar en el Estado constitucional más de un siglo después de la aparición del constitucionalismo en España. El texto republicano importaba el constitucionalismo democrático de entreguerras que bien poco tenía ya que ver con los textos

⁷⁶⁰ ORTEGA Y GASSET, José, *La España invertebrada*, Revista de Occidente, Madrid, 1996, págs. 56-57.

⁷⁶¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. pág. 203.

decimonónicos⁷⁶². Además, la particular experiencia militar española había de ser objeto de especial atención. Asimismo, la Constitución de 9 de diciembre de 1931 incorporaría una novedosa tendencia pacifista e internacionalista. Pero como es sabido, el país quizá aún no estaba preparado para entrar en un sistema radicalmente diferente a lo que hasta entonces había conocido, y la fuerza militar tampoco.

En el texto constitucional, se recogía la posibilidad del Estado de exigir prestaciones civiles o militares sometidas a la reserva de ley⁷⁶³. El Estado central, en el marco del Estado integral asumía la exclusiva competencia en la legislación y ejecución directa de lo relativo a la fuerza militar y la defensa nacional⁷⁶⁴. Al Ejecutivo correspondería el predominio del ámbito militar y de la defensa, si bien sometido al fuerte peso del papel de un Congreso que, aparte de sus competencias legislativas sobre la materia, era quien elegía al Presidente de la República y éste, a su vez al del Gobierno. Al Presidente de la República le correspondía la declaración de la guerra, sometida a no pocas limitaciones como más tarde se sigue, y la firma de la paz. Asimismo, a esta magistratura competía conferir los empleos militares, siempre de acuerdo con las leyes y reglamentos⁷⁶⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, la Presidencia del Estado y el Gobierno sí que tenían atribuido un papel importante en el marco de las situaciones extraordinarias⁷⁶⁶, si bien, sometido a severos

⁷⁶² En general, sobre ésta la Constitución de 1931, entre otros puede seguirse a OLIVER ARAUJO, Joan, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991

⁷⁶³ Art. 37: "El Estado podrá exigir de todo ciudadano su prestación personal para servicios civiles o militares, con arreglo a las leyes."

⁷⁶⁴ Art. 14: "Son de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes: [...]7º Ejército, Marina de guerra y Defensa nacional. !

⁷⁶⁵ Art. 76: "Corresponde también al Presidente de la República: a) Declarar la guerra, conforme a los requisitos del artículo siguiente, y firmar la paz; b) Conferir los empleos civiles y militares y expedir los títulos profesionales, de acuerdo con las leyes y los reglamentos."

⁷⁶⁶ Art. 76: "Corresponde también al Presidente de la República: [...] d) Ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las Cortes."

Art. 42: "Los derechos y garantías consignados en los artículos 29, 31, 34, 38 y 39 [garantías detención, libertad de circulación, de expresión, reunión y asociación y sindicación] podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en

límites. A los límites objetivos del alcance de las medidas extraordinarias se añadía una limitación temporal y, sobre todo, un fuerte control *a posteriori* por las Cortes. Sería el Congreso, o en su caso la Diputación permanente, quienes en breve habrían de ratificar la suspensión de garantías y en todo caso prorrogarlas para que pudieran tener una vigencia superior a treinta días⁷⁶⁷.

Del todo novedosa sería la afirmación contenida en el artículo 6 del texto republicano, que rezaba que “España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional”. Lejos de tratarse de una declaración meramente formal pasaba a concretarse en una fuerte menoscabo de la facultad presidencial de la declaración de guerra. En efecto, el artículo 77, que tanto interés suscitara en Mirkiné Guetzévitch⁷⁶⁸, sometía al Derecho internacional y a la Sociedad de las Naciones la facultad presidencial de la declaración de guerra. A esta limitación general se añadía la limitación que había de ser autorizada por una ley⁷⁶⁹. Ahora bien, la técnica de la excepción

parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad.”

⁷⁶⁷ Art. 42: “Los derechos y garantías consignados en los artículos 29, 31, 34, 38 y 39 [garantías detención, libertad de circulación, de expresión, reunión y asociación y sindicación] podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad.

Si las Cortes estuvieren reunidas, resolverán sobre la suspensión acordada por el Gobierno.

Si estuvieren cerradas, el Gobierno deberá convocarlas para el mismo fin en el plazo máximo de ocho días. A falta de convocatoria se reunirán automáticamente el noveno día. La Cortes no podrán ser disueltas antes de resolver mientras subsista la suspensión de garantías.

Si estuvieren disueltas, el Gobierno dará inmediata cuenta a la Diputación Permanente establecida en el artículo 62, que resolverá con iguales atribuciones que las Cortes.

El plazo de suspensión de garantías constitucionales no podrá exceder de treinta días. Cualquier prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente, en su caso.

Durante la suspensión regirá, para el territorio que se aplique la ley de Orden público.

En ningún caso podrá el Gobierno extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio.”

⁷⁶⁸ De ahí que para sostener sus tesis internacionalistas del *ius gentium pacis*, sobre las que se volverá en su momento, prestara una especial atención a la Constitución española de 1931. Ver, MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit., págs. 215 y ss..

⁷⁶⁹ Art. 77: “El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones.

seguiría empleándose, esta vez para salvar un régimen constitucional democrático⁷⁷⁰.

De singular importancia sería la fuerte redefinición de la jurisdicción militar. A los tres días de la proclamación de la República se derogaba la Ley de jurisdicciones de 1906. Al poco tiempo se limitaba el ámbito de la jurisdicción militar, se privaba al mando militar de toda potestad jurisdiccional y se disolvía el Consejo Supremo de Guerra y Marina, con la subsiguiente creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo a la que se conferían las atribuciones de aquel consejo.⁷⁷¹ Buena parte de estas reformas las refrendaría el texto constitucional en su artículo 95⁷⁷² en el cual, asimismo, quedaban abolidos los Tribunales de honor militares⁷⁷³. Con todo, hay que decir con Segado o Ballbé que no se llegó al extremo de soluciones europeas como la de Francia o la alemana de Weimar, en la que se prohibió los tribunales de excepción y se suprimía la jurisdicción militar excepto para épocas de guerra o a bordo de buques de guerra⁷⁷⁴.

En el breve interludio republicano no fueron pocos los esfuerzos de mantener a los militares alejados de la política, fue abundante la normativa beligerante del régimen con este fin,

Cuando la Nación estuviere ligada a otros países por Tratados particulares de conciliación y arbitraje, se aplicarán éstos en todo lo que no contradigan los Convenios generales.

Cumplidos los anteriores, el Presidente de la República habrá de estar autorizado por una ley para firmar la declaración de guerra."

⁷⁷⁰ En especial, seguir BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. págs. 317 y ss., en concreto, 366 y ss.

⁷⁷¹ La derogación se establecía por el Decreto-ley de 17 de abril de 1931. El Decreto-ley de 11 de mayo de 1931 redujo el ámbito "a los hechos o delitos esencialmente militares de que aquélla conoce por razón de la materia, desapareciendo la competencia basada en la calidad de la persona o el lugar de ejecución."

⁷⁷² Sobre la constitucionalización de la jurisdicción militar, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia", en comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 11-102, en concreto, págs. 14-17.

⁷⁷³ Por cuanto a la evolución histórica de los mismos, en especial, ver DOMINGUEZ BERRUETA, Miguel, *Los Tribunales de Honor y la Constitución de 1978*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984. Este tema obviamente será posterior objeto de estudio.

⁷⁷⁴ Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. págs. 354 y ss. o FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El marco constitucional. La jurisdicción militar... cit., págs. 16-17.

aunque infructuosa⁷⁷⁵. Azaña, inicialmente Ministro de la guerra y bien conocedor del ámbito militar⁷⁷⁶, emprendió una reforma que a la postre tampoco tuvo muchos logros⁷⁷⁷. Con dicha reforma, amén de atacar los males crónicos que aquejaba la fuerza militar desde hacía un siglo mediante una modernización de la misma⁷⁷⁸, se pretendía configurar unas FAS neutrales y enteramente sometidas a las autoridades civiles.

En este marco, la Constitución de 1931 excluía a los militares de la Presidencia de la República y de la del Gobierno (arts. 70 y 87)⁷⁷⁹. No obstante, el texto constitucional únicamente recogería la limitación expresa del derecho de petición, tanto en su forma colectiva como individual, y una limitación implícita del derecho de asociación profesional para los servidores de armas (arts. 35 y 41)⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ Así, por ejemplo, cabe destacar el Decreto de 22 de abril de 1931, luego elevado a rango de ley por Ley de 16 de septiembre del mismo año en el que se exigía la promesa de fidelidad a la república. O la Ley de 11 de agosto de 1932 por la que el Gobierno podía separa a funcionarios civiles o militares que realizasen actos contra la República. La Ley de 9 de marzo de 1932 suprimió la “prensa militar” y cualquier manifestación pública que no tuviere el carácter técnico y la autorización del Ministerio. Los decretos de 19 de julio de 1934 y el de 2 de agosto del mismo año limitaban estrictamente al libertad de expresión e información, llegando a prohibir en establecimientos militares la entrada de cualquier publicación de contenido político o sindical.

⁷⁷⁶ No en vano fue el objeto de su tesis doctoral, mediante la cual se fijó especialmente en las reformas seguidas en Francia.

⁷⁷⁷ Como afirma BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. pág. 338 “Lo cierto es que si estaba en el ánimo del Gobierno la reforma tal como dice el biógrafo de Azaña, esta no llegó ni a apuntarse.” Al respecto del ámbito militar y la actuación del Ejército durante la Segunda República, ver BRAVO MORATA, F., *La República y el Ejército...*, cit., y ALPERT, Michel, *La reforma militar de Azaña...*, cit.

⁷⁷⁸ Se trataba, pues, de evitar la hipertrofia de los cuadros de mando del Ejército mediante una reducción de los mismos. Para ello, de modo paralelo a la acción socialista en el reciente período democrático, se ofrecía el pase a no actividad o retiro conservando íntegramente el sueldo. Asimismo en general se propugnaba un Ejército más reducido y operativo y una reestructuración orgánica y territorial del mismo.

⁷⁷⁹ Art. 70: “No podrán ser elegibles ni tampoco propuestos para candidatos [a la Presidencia de la República]: a) Los militares en activo o en la reserva, ni los retirados que no lleven diez años, cuando menos, en dicha situación.”

Art. 87: “El Presidente del Consejo de Ministros dirige y representa la política general del Gobierno. Le afectan las mismas incompatibilidades establecidas en el artículo 70 para el Presidente de la República.”

⁷⁸⁰ Art. 35: “Todo español podrá dirigir peticiones, individual y colectivamente, a los Poderes públicos y a las autoridades. Este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada.”

Art. 41: “[...] Los funcionarios civiles podrán constituir asociaciones profesionales que no impliquen injerencias en el servicio público que les estuviere encomendado.”

El texto de 1931 supuso la primera recepción seria –aun incompleta– del asentamiento de la fuerza de las armas en un sistema constitucional democrático: supremacía civil, neutralidad militar, desmilitarización del orden público, limitación del fuero militar y, sobre todo, limitación del empleo de la fuerza a través de los mecanismos de la división de poderes en el marco de un sistema efectivamente representativo. En este sentido, ya la limitación de la declaración de guerra y, en especial, el control de la adopción de las medidas de excepción resultarían bien significativas.

En una España ya en quiebra social, una guerra provocada por la insubordinación militar al poder republicano cerró un período democrático convulsivo en un país en el que el constitucionalismo sólo había hecho el más deficiente de los rodajes.

VI. Valoración final: poco que aprender de nuestro constitucionalismo histórico, en especial por cuanto a la ubicación de la fuerza militar en el Estado

En un “Estado constitucional en su variante más falseada e hipócrita”⁷⁸¹ como el que se dio en nuestro país en el siglo XIX, la recepción formal de sólo algunos principios de ubicación de la fuerza militar no supuso limitación alguna de la misma. A la fuerza armada, como había sucedido tiempo atrás, no le correspondió la misión de velar por la seguridad de la comunidad, en un Estado

⁷⁸¹ NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*. cit. pág. 56. En la página 17 escribe que “Se habla de democracia como gobierno del pueblo, y luego resultaba que la base electoral no llegaba al 1% de los varones y, cuando se ensanchaba el proceso, todos se detienen cautelosamente en el 15%, aunque sin dejar de hablar de democracia. Se habla de constitucionalismo, como gobierno regulado por una norma suprema, y luego resulta que nadie respetaba tal regla: quien fracasaba en las elecciones acudía a la revuelta callejera, de tal manera que, al margen de la Constitución, los gobiernos se nombraban y destituían en los clubes o en la camarilla palaciega y se vivía bajo la tutela de una espada militar. Se dice que el aparato público está al servicio de la nación y luego resulta que era de hecho un botín de influencias y sueldos que se repartía sin pudor por quienes estaban en el gobierno. Se dice que los tributos han de ser aprobados por la nación en las Cortes y luego se constata que las Juntas y los capitanes generales imponían y recaudaban contribuciones a su antojo. Se dice que los tribunales aplican al ley y que los jueces son independientes y al fin se constata que su nombramiento y destitución dependían de sus méritos políticos y de su mansedumbre en el ejercicio del cargo. El Estado incumplía con impunidad sus obligaciones políticas y no pagaba a sus acreedores más necesitados, etc.”. Ver también las afirmaciones contenidas en las págs. 66-67, no exentas de cierto dramatismo.

liberal que en teoría sólo había de velar por el ejercicio de los derechos y libertades de la nación. Por el contrario, la fuerza de las armas sólo garantizaría la seguridad de un orden político que pasaba a ser dirigido por la oligarquía aristocrática y burguesa. Una vez superado con no pocas dificultades el absolutismo, los movimientos más o menos liberales no pasarían prácticamente de ser disputas entre las clases dirigentes, bastante alejadas de un pueblo ignorante y oprimido. De este modo, las constituciones no serían más que la expresión de este pacto oligárquico, y la fuerza militar fue quien había de garantizarlo. Hasta la Restauración, ante la total debilidad de las instituciones representativas, el Ejército sería quien llevaría a la práctica estas disputas entre más o menos conservadores. Por mor de dicha politización y partidismo, la profesionalidad y la obediencia militar brillaron entonces por su ausencia. El mismo futuro profesional de las cúpulas militares se hacía residir en el éxito o el fracaso del pronunciamiento que apoyaban. La neutralidad política de las gentes de armas era absolutamente inexistente.

Aquel principio *tan democrático* del servicio militar, la nación en armas, sólo supuso una forma de reclutar personal de las bajas capas sociales a muy poco coste. El principio democrático, de alguna manera, sólo quedó en el marco de la existencia de la milicia nacional, por ello, una vez la alta burguesía alcanzó el poder y lo compartió con la aristocracia, la milicia fue ahogada, pues pasaba a ser un incómodo e innecesario peligro. La creación de la Guardia Civil sería el acta de defunción de una milicia que ya sólo reaparecería esporádicamente.

Con la creación del benemérito cuerpo se institucionalizaba la quiebra del principio de separación de los cuerpos militares de las misiones de orden público. Y las medidas excepcionales que conllevaba el empleo de la jurisdicción militar seguirían el rumbo de Francia pero en su vertiente más extrema e incontrolada. Un poder parlamentario inexistente dejaría en manos del Ejecutivo, y aún es más en manos de los mismos militares, la adopción de todo tipo de medidas limitadoras de unos derechos fundamentales que nunca pasarían del papel.

Una vez los poderes del absolutismo hicieron algunas concesiones a las oligarquías, la fuerza militar sería el medio de luchar contra el enemigo común del proletariado y las disgregaciones territoriales. En la Restauración, se lograría que los militares dejasen de ser quienes llevasen a cabo las disputas más directas por el poder a golpe de sable. Con la generación de estructuras civiles ya no serían los militares quienes habrían de librar las diferencias entre conservadores, sino que la Institución militar pasaba a ser el instrumento que velaba por el mantenimiento de aquel sistema. Ahora ya como unidad, el Ejército era la garantía última frente a las disgregaciones territoriales y la amenaza proletaria; la jurisdicción militar y la Guardia Civil serían los medios indirectos de la presencia militar en la esfera del orden público. La quiebra del sistema constitucional formal llevaría finalmente a la Institución militar a su asunción del poder, esta vez sin guardar forma constitucional alguna, y la República no pasaría de ser un breve paréntesis.

VII. Estados totalitarios y autoritarios y fuerza militar

A) PODER, DERECHO Y FUERZA MILITAR EN LOS REGÍMENES TOTALITARIOS

Bajo la nomenclatura de estados totalitarios se hace referencia a los modelos de Estado socialista o comunista, el fascista y el nacionalsocialista⁷⁸². Ideológicamente tienen no pocos caracteres antagónicos; sin embargo, en virtud de su desarrollo histórico, parece posible tratarlos conjuntamente al aparecer unidos por la supresión o deformación de las libertades individuales así como por

⁷⁸² La calificación conjunta del Estado de tipo nacional fascista y los estado socialistas o comunistas como estados totalitarios es realizada, entre otros por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado...* cit. pág. 122. Una valoración de los mismos en la que se recogen sus caracteres similares así como sus diferencias puede verse en SABINE, George, *Historia de la Teoría Política...* cit. págs. 657-663. Al respecto de estas formas de Estado, ver también, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado...* cit. págs. 137 y ss; TUSELL, Javier y otros, *Historia política...* cit. (Vol. I), págs. 189 y ss. y 293 y ss.; DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983, págs. 499-565 y 646-676 y DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, cit. págs. 370-379 y 394-439.

diversos caracteres⁷⁸³. Dicha conexión, como a continuación se sigue, se aprecia también en el pensamiento que puede considerarse el germen de estos regímenes.

a) *Poder, fuerza y Derecho en el pensamiento de Fichte y Hegel y en la práctica totalitaria*

La evolución del pensamiento adquiriría también rumbos diversos al individualismo liberal. La justificación del poder en la seguridad iría mitigándose o desapareciendo por completo en los autores no individualistas. A Fichte o Hegel cabe situarlos como el germen de los regímenes totalitaristas nazi y fascista, aun de modo indirecto⁷⁸⁴. Con ellos se volvía, en cierto modo, a Aristóteles y al reencuentro con la *polis*⁷⁸⁵. La comunidad política satisfacía la paz interior y la seguridad, pero era mucho más. Ahora se subrayaría ese *mucho más* que era la nación y el Estado, cúmulo de todas las aspiraciones humanas, donde el hombre lo era de verdad (sólo se es hombre en la *polis*). En consecuencia, los totalitarismos no prometen la paz, se libran de ese *error individualista* de Hobbes. No obstante, la

⁷⁸³ FRIEDRICH, C. J. y BRZENINSKI, Z. en "Las características generales de la dictadura totalitaria", en BLONDEL, J. DUVERGER, M., S. E FINER, LIPSET S. M. y otros *El Gobierno: Estudios Comparados*, cit., págs. 237- 248, en concreto en las págs. 242-243, resumen sumariamente los caracteres esenciales de los totalitarismos que coinciden en buena medida tanto en los regímenes fascista, nazi o comunista, sin perjuicio de las particularidades de cada uno, a saber:

- 1- Elaborada ideología cubre todos los aspectos vitales de la existencia del hombre, todos se adhieren pasivamente.
- 2- Partido único.
- 3- Sistema de terror, físico, siquico, control al partido mismo y policía secreta.
- 4- Monopolio tecnológico completo a masas, medios de comunicación.
- 5- "Un control también condicionado tecnológicamente y casi completo del uso efectivo de todas las armas de combate". Dominio tecnológico unido al de las armas hace que "el ciudadano se quede indefenso frente a la abrumadora tecnología moderna".
- 6- Dirección económica.

⁷⁸⁴ Cabe advertir con Sabine las importantes diferencias entre el pensamiento de Hegel y la práctica fascista y nazi, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 640-643. Ahora bien, no cabe duda que el germen de estos regímenes totalitarios influyó de forma indirecta a lo largo del espacio de tiempo que media entre su formulación y la aparición de tales regímenes. Claro está no obstante, que el vitalismo de Nietzsche, o la exaltación de la violencia del Maurras, entre otros pensadores, fueron también influyentes en estos regímenes de modo que la irracionalidad que los acompañaba poco tendría que ver con el pensamiento de Hegel, que como recuerda Sabine, en este sentido quedaría más próximo al comunismo.

⁷⁸⁵ Sobre este reencuentro de Hegel con la idea de la *polis*, entre otros, MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 359.

fuerza y la función militar en modo alguno cederían su protagonismo, como uno de los medios para satisfacer los fines primarios de la organización política, pero ya no para con el fin teórico de conferir la seguridad de los individuos, sino la del Estado y sus aspiraciones.

Los caminos de la razón que condujeron al individualismo liberal se escindirían desde Rousseau por la vía de los sentimientos. Y el primero de ellos, el sentimiento nacional, sería exaltado por autores como el alemán Fichte (1762-1814)⁷⁸⁶. El Estado sería la organización política que había de conformar la realidad divina del pueblo, la nación, algo preexistente y objetivo⁷⁸⁷. Y este empeño quedaría por encima de cualquier otro y disolvería por completo la importancia del individuo y de su seguridad personal. Por la nación había que morir y no porque ésta nos confiriera ningún interés personal –como la seguridad– sino porque el individuo sin la nación no era hombre: “Luego debe ser el amor patrio el que gobierne el Estado fijándole un fin superior al habitual de conservar la paz interna, la propiedad, la libertad personal, la vida y el bienestar de todos. Únicamente para este fin superior y para ningún otro reúne el Estado un poder armado [...] En el mantenimiento de la constitución heredada, de las leyes, del bienestar del ciudadano, no hay una vida verdaderamente auténtica ni una decisión originaria.”⁷⁸⁸. Así, la paz y la seguridad queda supeditada a la nación misma, para la que todo empeño de la fuerza estaría plenamente justificado. La función militar quedaría plenamente legitimada para la salvaguarda del organismo vivo del Estado, no para conferir seguridad a la población.

⁷⁸⁶ FICHTE, J. Gottlieb, *Discursos a la nación alemana*, (Introducción de Hans-Christian Lucas, traducción de Luis A. Acosta y María Jesús Varela), Orbis, Barcelona, 1984. Al respecto del pensamiento de Fichte, en general, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 383-384; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 121-125 y ss.; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 376 y ss.

⁷⁸⁷ Para Fichte el rasgo diferenciador de la Nación alemana, por encima de la raza –que había de reconocer que compartía con los escandinavos– era la lengua alemana. Ver, en especial, el discurso cuarto “Diferencia fundamental entre los alemanes y los demás pueblos de origen germánico”, FICHTE, J. Gottlieb, *Discursos a la nación alemana*, cit. págs. 93-108.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, discurso octavo “Qué es un pueblo en el sentido superior de la palabra y qué es el amor a la patria”, págs. 153-170, citas de las págs. 163-164.

Hegel (1770-1831)⁷⁸⁹ considera que la lucha de clases liberal (convergencia de intereses individuales) desaparece con el Estado. La finalidad última que queda por encima del mismo Derecho es la salvaguarda de la sociedad. Pero a diferencia de las construcciones liberales, se trata de la sociedad constituida en Estado⁷⁹⁰, no de la sociedad civil que Hegel desprecia⁷⁹¹. Y es que el Estado es la superación del hombre, es un “Espíritu objetivo”, “la marcha de Dios sobre la tierra” y no el refugio de sus intereses egoístas y desgarradores que el capitalismo pronuncia. La unión en sí misma es el fin verdadero para que el hombre sea algo más animal guiado por sus intereses egoístas, para que sea un ser universal y verdaderamente libre.

En consecuencia, el fin no es la seguridad del individuo, sino constituirse en Estado y permanecer en la historia⁷⁹², la única seguridad que importe será la del Estado. Y para la conformación, la consolidación y la defensa del Estado, el uso de las armas y la disolución de todo interés individual estarán plenamente justificados. Entre los Estados el más fuerte será el que tenga la razón histórica⁷⁹³. Esta concepción del Estado y de la función militar

⁷⁸⁹ Sobre Hegel, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 456-486; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 384 y ss.; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. págs. 379-385; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 125 y ss.

⁷⁹⁰ Señala Hegel en su *Filosofía del Derecho* que “El Estado crea el Derecho; se somete así mismo por interés; en consecuencia, no estará ya sometido a él cuando su interés es en sentido contrario. El Derecho no es, en efecto, más que un medio para alcanzar un fin, la salvaguarda de la sociedad entonces no hay ya Derecho cuando la regla jurídica no puede conducir a este fin; el Estado sacrifica este Derecho a la sociedad.”, así citado por ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 35.

⁷⁹¹ Al respecto de la sociedad civil y el Estado en Hegel, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 481 y ss. El Estado en Hegel es un Estado totalitario que tiende a absorber todas las formas de asociación humanas.

⁷⁹² Así citado de la *Filosofía del Derecho* de Hegel por GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 126:

“Si se confunde el Estado con la sociedad civil y se le destina a velar por la seguridad, a asegurar la protección de la propiedad privada y de la libertad personal resulta que es el interés individual el fin por el que los individuos se unen y, en consecuencia, se le deja a al libre voluntad de cada uno de ellos ser miembro del Estado.

Sin embargo, el Estado se halla en una relación con el individuo muy diferente a la anterior. Ya que el Estado es el Espíritu objetivo, el individuo no puede tener verdad, existencia objetiva y vida ética sin no es miembro del Estado.

⁷⁹³ Como recuerda GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 127 para Hegel la guerra es inevitable, sin acuerdo sólo existe la guerra, sólo ésta decide qué derecho soberano cede ante otro, “La Historia universal no es otra cosa que el tribunal que

se trasladaría plenamente a los totalitarismos fascistas, que tendrían un marcado carácter militarista⁷⁹⁴. En el pensamiento contemporáneo no liberal autores como Schmitt seguirían en buena medida los postulados hobbesianos de concebir al Estado como la perpétua guerra civil impedida, por lo que el soberano de excepción sería el que definiría el orden por medio de sus decisiones⁷⁹⁵. El decisionismo sería la fuente del Derecho, si bien no vendría motivado en la seguridad hobbesiana, sino en el liderazgo de la elite de la nación.

En estos pensamientos y en la práctica totalitaria fascista o nazi, el Derecho dejaba de suponer límite alguno al poder, sino mero instrumento de dominación, tal y como siempre lo había sido. Con

decide quien tiene razón en los conflictos entre las naciones. Y la tiene quien triunfa en la guerra.”

Por su parte, MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional”, cit. pág. 164 recuerda que para Hegel, en su *Filosofía de la Historia*, la guerra es juicio de Dios, el Estado es espíritu determinado de un pueblo, protagonista de la historia universal, estados soberanos, ante conflicto solo cabe guerra, la historia es tribunal mundo que en la misma realidad emite su sentencia, pues lo real es lo racional.

⁷⁹⁴ La ideología fascista exalta la guerra como elemento aunador de la Nación, la guerra como fin en sí mismo, que ennoblece el alma y el espíritu. Desde la perspectiva material, los estados fascista o nacionalsocialista tenían sus propios intereses expansionistas que justificaban esta tendencia belicista justificada por el hegelianismo político.

MUSSOLINI, Benito, *El fascismo*, Bau, Barcelona, 1976, págs. 17 y 18, afirmaba:

“Ante todo, el Fascismo, en lo que concierne de una manera general al porvenir y al desarrollo de la humanidad -haciendo abstracción de toda consideración política actual- no cree en la posibilidad ni en la utilidad de la paz perpetua. Rechaza el pacifismo, que oculta la lucha y una cobardía ante el sacrificio. Sólo la guerra lleva al máximo de tensión todas las energías humanas e imprime un sello de nobleza a los pueblos que tienen la virtud de afrontarla. Todas las demás pruebas son solamente secundarias y nunca colocan al hombre frente a sí mismo, en la alternativa de la vida y la muerte. Por consiguiente, una doctrina basada en el postulado de la paz, no está ya conforme con el Fascismo ni con el espíritu del Fascismo.”

Así citado por MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional”, cit. pág. 165.

⁷⁹⁵ Así se sigue, entre otras obras en SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar...* cit. en especial, págs. 29 y ss. donde recuerda la posición de Hobbes según el que “la decisión soberana a es una dictadura estatal que crea la ley y el orden sobre la inseguridad la anárquica de un estado de la naturaleza pre estatal e infra estatal”. HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, (reimpresión de la 1ª ed. en español de 1989), Tecnos, Madrid, 1994, págs. 67 y ss. nos recuerda, por su parte, el pensamiento de Schmitt sobre el particular, al igual que WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 203-293, en concreto págs. 270 y ss.

Hegel, conectado en este sentido a Savigny, en cierto modo se volvía a la tradición bárbara-medieval en la que el Derecho era una expresión histórica de la comunidad (la nación) pero nada democrática. Para Hegel el Derecho es la expresión racional de la voluntad dialéctica histórica, voluntad de la nación que culmina en Estado. En consecuencia, el Derecho en modo alguno puede limitar al Estado y los valores de la nación. La traducción histórica que de este pensamiento harían el nazismo y el fascismo forzarían, una vez más, que el Derecho sólo fuese el mero producto de la decisión del líder (Schmitt), que ahora ya ni siquiera prometía la paz, sólo Estado y Nación. El Estado de Hegel o Fichte ya lo era todo, y si su interés era opuesto al de otro Estado, sería el más fuerte el que tendría la razón histórica. Y la guerra es buena y necesaria, modo de remediar que los pueblos lleguen a ser esclavos de la vida, “la agitación de los vientos preserva a las aguas de los lagos de pudrirse”⁷⁹⁶. Otras organizaciones políticas serían, pues, natural enemigo del Estado puesto que éste tenía un interés expansionista.

En los Estados totalitarios nazi y fascista, por su coherencia, no será muy complejo identificar a la clase dirigente con el Estado, y éste siempre queda por encima de la seguridad de la comunidad y de la seguridad de los individuos, que no son nada sin el Estado. Y es que la nación y el Estado lo son todo, si bien, sustantivamente no son nada; su maximización y exaltación irracional permiten que con facilidad el grupo dirigente exaltador se identifique plenamente con el Estado. Así, la defensa del grupo dirigente en el poder es la defensa de la nación y el Estado, la seguridad de la comunidad es un valor ínfimo por debajo de aquel fin, no hay mayores problemas de legitimación del empleo de la fuerza en beneficio de la clase dirigente.

⁷⁹⁶ Así citado por TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. pág. 392 que recuerda la necesidad espiritual de las guerras para remediar la tendencia de los Estados a encerrarse en su individualidad.

b) *Poder, fuerza y derecho en el pensamiento marxista*

Por cuanto al pensamiento marxista⁷⁹⁷, cabe señalar que la finalidad perseguida es la erradicación de la continua lucha de clases que se ha dado a lo largo de la historia. El final de la opresión habría de significar el fin de las guerras y de los Estados. El marxismo pretendía acabar con la organización política del Estado, pues éste y su fuerza militar no habían sido más que los medios de opresión en la continua lucha de clases de la historia. El pensamiento socialista era contrario a los Ejércitos al igual que a la propia idea del Estado. Pero lejos de acabar con ellos, había de emplearse al Estado, al Derecho y a la fuerza militar para acabar de una vez por todas con la opresión capitalista sobre el proletariado y las naciones oprimidas por el imperialismo y colonialismo. Estado, Ejército o Derecho son meras *infraestructuras* que se ponen al servicio de la *estructura* que debe ser cambiada hacia el sistema económico socialista⁷⁹⁸. El Estado socialista establece a los Ejércitos el cometido de la justicia social⁷⁹⁹, configura las fuerzas armadas maximizando la genuina noción jacobina del pueblo en armas - ahora el proletariado- como defensores de la revolución. Si bien el fin ideal es la paz concebida como supresión de la lucha de clases, no existen problemas con los medios bélicos para su logro. Una vez más la fuerza cobraría plena legitimación. El pacifismo idealista del marxismo así como su antiestatalismo no pasaría de la construcción teórica. Para el marxismo, las naciones capitalistas serían el enemigo del proletariado, habría que liberar a las naciones oprimidas por medio de la fuerza⁸⁰⁰. Por último, con Marx el Derecho en modo

⁷⁹⁷ Sobre Marx y el pensamiento comunista, en general se siguen, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 545-631; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 475-503.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. págs. 125 y ss.

⁷⁹⁸ Así nos lo recuerda entre otros, ALONSO BAQUER, Miguel, "Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española", cit. págs. 2425-2426.

⁷⁹⁹ Sobre la concepción socialista de los Ejércitos, ver GUISCARDO, Rodolfo, *Forze armate e democrazia, Da Clausewitz all'esercito di popolo*, De Donato, Bari, 1974, páginas 65-95.

⁸⁰⁰ Así también en el marco de la guerra revolucionaria marxista, cabe señalar como ejemplo lo que afirmase Mao Tse-tung, *Escritos militares*, Rioplatense, Buenos Aires, 1972, pág. 61:

"La tarea central y la forma más alta de toda revoluciones la toma del poder por medio de la fuerza armada, es decir, la solución del problema por medio de la guerra. Este principio marxista-leninista de la revolución tiene validez universal." Así citado por

alguno es límite del poder, sino sólo instrumento de éste para ejercer la dominación, y al ser así no se da problema alguno para que la clase obrera lo emplee para acabar por fin con la opresión.

Asimismo, al igual que en los fascismos y el nacional socialismo, la defensa que importa es la de un régimen que se identifica plenamente con la clase dirigente. No se trata de la seguridad de la comunidad, sino del poder. La clase dirigente es la vanguardia del proletariado y la cúpula del partido. Como sucede en los totalitarismos fascistas y en especial, en el nacional socialista, el partido se confunde con el Estado, de ahí que atacar al partido y su cúpula dirigente sea atacar al interés general. De este modo, el empleo de la fuerza contra tales ataques está plenamente legitimado. Todo ello quedará por encima de la seguridad de la comunidad.

c) Supremacía civil y neutralidad militar en los regímenes totalitarios

Cabe señalar que el principio de supremacía civil, entendido como subordinación de la fuerza armada a los poderes legítimos de la organización política, fue un hecho tanto en los totalitarismos fascistas y nacional socialista como en los totalitarismos marxistas. La subordinación militar al poder civil no es exclusiva del Estado liberal democrático. En los Estados totalitarios –socialistas, fascistas o nacionalsocialistas– la preeminencia se reserva al partido-guía y a los órganos del poder estatal entendidos como expresión de toda la sociedad civil. Obviamente, los caracteres y los perfiles de la supremacía civil liberal democrática adquieren connotaciones antagónicas a la de las mentadas formas totalitarias. En los regímenes socialistas el Ejército quedaba también sometido a los designios del poder, la cúpula del partido que era la vanguardia del proletariado.

En los regímenes fascista o nazi las FAS son las primeras servidoras de la nación y por ende quedan sometidas a los designios

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, "Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional", cit. pág. 166.

del Partido y, por lo tanto, del líder. El Partido único pasa a participar, y dominar, el poder de la fuerza en el Estado⁸⁰¹. El Estado abdica en favor del partido, son dictaduras civiles en las que los instrumentos de acceso al poder no han sido ni el Ejército ni los militares, sin perjuicio de las connivencias. El acceso al poder se hace efectivo a través del partido y las milicias paramilitares, diferentes al Ejército regular. Aun es más, estos regímenes generarían milicias privadas paralelas a los Ejércitos en una muestra más de la fusión y confusión entre el partido y el Estado⁸⁰². En virtud de la existencia de dichas milicias, en estos regímenes cabe apreciarse, incluso, una relativa neutralidad política del Ejército, en tanto en cuanto la represión política se operaba básicamente a través de las milicias de los partidos⁸⁰³. No obstante, también es cierto que no se puede afirmar el respeto de los regímenes fascistas y nacionalsocialistas a la posición del Ejército; las conexiones de los núcleos fascistas o nacionalsocialistas con la cúpula militar resultaban evidentes. La fuerte socialización política del sistema incluía también al Ejército que, en un régimen político de aquellos

⁸⁰¹ Ver, FRIEDRICH, C. J. y BRZENINSKI, Z., "Las características generales... cit. pág. 243.

⁸⁰² En estos sistemas totalitarios, el medio de consolidación del poder está basado mayormente en la fuerza material. Así, emplean dos tipos de fuerza que permiten mantener el sistema: la tradicional –el Ejército–, y otra de naturaleza diferente y moderna –el partido único–. La efectividad material de estos sistemas nos hace advertir la ruptura del monopolio del uso legítimo de la fuerza en manos del Ejército.

Al respecto de las instituciones del fascismo y nacionalsocialismo y la milicia privada, véase DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, cit., pág. 364; J. Friedrich y Z. Brzezinski: "Las características generales de la dictadura totalitarista", en BLONDEL, J., DUVERGER, M., FINER, S. E., LIPSET, S. M. y otros *El Gobierno: Estudios Comparados*, cit. pág. 243.

⁸⁰³ El partido único pasa a participar, y a dominar, el poder de la fuerza en el Estado, y el Estado abdica en favor del partido: son dictaduras civiles en las que los instrumentos de acceso al poder no fueron ni el Ejército ni los militares, sin perjuicio de diversas connivencias para alcanzar el poder. El acceso al poder se realiza a través del partido y las milicias paramilitares, diferentes al Ejército regular. Por estos motivos se ha afirmado que "el Ejército es la única institución de Alemania que ha sabido mantener la estructura organizativa de la interferencia del partido nazi" (NAUMANN, en *Struttura e pratica del Nazionalsocialismo*. Behemonte, Milán, 1977, pág. 344, recogido por BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 430). En este sentido, cabe citar las elocuentes palabras de Mussolini: "si el Ejército ha de pelear algún día por la Patria, es preciso que ningún italiano vea entonces en sus generales, en sus oficiales y en sus soldados, un recuerdo de persecución política" (Cita de ALBA, Santiago, "El Ejército y la dictadura", artículo periodístico incluido en *Para la historia de España*, colección de artículos publicados por el diario *El Sol*, Madrid, 1930, recogida en BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. pág. 431).

caracteres, tampoco podía escapar de la ideologización. Al menos, la profesionalidad militar no sufrió padeceres como los que ocasionaron el liberalismo y los sistemas autoritarios a los Ejércitos.

El Estado fascista *secuestra* el propio bagaje ideológico militar. A su contenido axiológico interesaban valores y principios organizativos castrenses. El carácter esencialmente nacional y patriótico de todo Ejército coincide en parte con la exaltación nacionalista fascista. En el Estado fascista lo bélico alcanza permanentemente un carácter primario. Otra nota clásica de todo colectivo militar es la afirmación de la colectividad sobre el colectivo; es otro carácter que se justifica en buena medida funcionalmente. Esta nota es también adoptada -y llevada a sus últimas consecuencias- por el ideal fascista; se niega totalmente la individualidad frente a la colectividad. Igualmente, se emplean los principios organizativos de las FAS -la unidad, disciplina, fuerte cohesión basada en la jerarquía-; éstos pasan a ser los principales métodos de los regímenes totalitarios para mantener la unidad entre los súbditos y organismos subordinados. El método fascista consiste, por supuesto, en fijar a la sociedad un objetivo común, en función del cual consiguen movilizar todo recurso material y humano⁸⁰⁴.

Se han aludido brevemente algunos de los elementos del ideal castrense que son aprovechados, y a la vez desvirtuados, por el Estado totalitario fascista. No se quiere decir con ello que el ideal militar se identifique con el fascista, pero sí que el ideal fascista totalitario se sirve del ideal militar con unos fines determinados⁸⁰⁵, variando matices e intensidades a su interés propio⁸⁰⁶. Al Estado

⁸⁰⁴ Ver, FRIEDRICH, C. J. y BRZENINSKI, Z. "Las características generales de la dictadura totalitarista", en BLONDEL, J. y otros *El Gobierno: Estudios Comparados...* cit. págs. 237- 248.

⁸⁰⁵ Ciertamente el régimen franquista español no puede tacharse de totalitario, si bien, antes de finalizada la Guerra Civil española, se dictó el Decreto de 9 de marzo de 1938 que promulgó el Fuero del Trabajo. En su Preámbulo podemos leer que ". el Estado Nacional en cuanto es instrumento totalitario [...] emprende al tarea de realizar -con aire militar, constructivo, gravemente religioso-.". Resulta éste un buen ejemplo de como se manifiesta la utilización de los ideales militares en los estados totalitarios, o como en el caso, pretendidamente totalitarios.

⁸⁰⁶ HUNTINGTON, Samuel P., "Poder, ideología... cit. en la pág. 247 afirma que "la ética militar y el fascismo son similares en ciertos aspectos, pero con una diferencia fundamental, para el militar la lucha es inherente a las relaciones humanas; el fascista glorifica la lucha

fascista interesan tanto los métodos como los ideales militares; de ahí que le resulte conveniente el acercamiento y la total instrumentalización de las FAS.

B) RÉGIMENES AUTORITARIOS Y FUERZA MILITAR: EL MILITARISMO EN EL RÉGIMEN DEL GENERAL FRANCO

Una autocracia se caracteriza por la existencia de un único detentador del poder cuya competencia abarca la función de tomar la decisión política fundamental, así como su ejecución, y que además está libre de cualquier control eficaz⁸⁰⁷. Ahora bien, siguiendo a Loewenstein, cabe discernir los tipos totalitarios y autoritarios de autocracia. En un régimen totalitario se pretende dominar la totalidad de la vida moral y socioeconómica de la comunidad, moldeando la vida privada, el alma, el espíritu y las costumbres de los destinatarios del poder de acuerdo con la ideología dominante, hasta el último rincón de la sociedad. Por el contrario, un régimen autoritario se satisface con el control político del Estado sin pretender alcanzar a la esfera interna del individuo. En éste habrá una ideología, usualmente nacionalista, pero que por lo general ni estará consistentemente formulada ni ejecutada con todas sus consecuencias⁸⁰⁸. Asimismo, como se señaló con anterioridad, los regímenes autoritarios suelen legitimarse como medio de alcanzar la paz, estabilidad y el orden generalmente ansiados por la sociedad.

Pues bien, ahora se atiende someramente al régimen autoritario de Franco⁸⁰⁹, que si bien en sus primeros años tuvo diversas

como la actividad más importante del hombre". Así, tal diferencia de concepción se traslada en todos los ámbitos; del pensamiento militar (más cercano al del liberalismo clásico por el cual la seguridad del Estado es una materia imprescindible de necesaria asunción estatal) se pasa a la concepción fascista de la confirmación de las élites por medio de la lucha.

⁸⁰⁷ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 73.

⁸⁰⁸ *IBIDEM*, págs. 75-81.

⁸⁰⁹ Algunos autores, como, Ferrando Badía, al tratar de los "sistemas" políticos únicamente hace distinción entre los totalitarios monocráticos y los democráticos. Así, para este autor "la dictadura totalitaria no es en cierto sentido sino "una adaptación de la autocracia a la sociedad industrial del siglo XX" (Karl Friedrich), si bien aquélla supone un tipo histórico, *sui generis*, de monocracia". Este autor califica el régimen franquista como una cristalización menos rígida o "flexible" del sistema totalitario, en su versión paternalista. (Ver, FERRANDO BADÍA, Juan, *Del autoritarismo a la Democracia*, Rialp, Madrid, 1987, págs.

expresiones totalitarias, puede coincidir en su caracterización de régimen autoritario. El mismo es atendido no sólo como ejemplo de la posición de la fuerza militar en este tipo de régimen, sino, especialmente, como precedente inmediato del actual Estado constitucional español.

El régimen tuvo su origen ni más ni menos que en la insubordinación militar al poder legítimo entonces establecido. Es cierto que la militarización del régimen de Franco fue remitiendo paulatinamente mientras adoptaba formas civiles y surgía cierta disensión en las filas militares⁸¹⁰. No obstante, las FAS mantuvieron

3-9). Del mismo autor, también, *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos. El democrático, el social-marxista y el autoritario*, (2ª ed.), Tecnos, Madrid, 1989.

⁸¹⁰ La larga duración del período franquista incluyó variantes en la relación de la institución con el dictador y su posición en el poder político. Puede afirmarse que, en torno al bienio 1962-63, los militares pasaron a un segundo plano. Los motivos de este cambio básicamente respondieron al despegue de la industrialización con los cambios estructurales que ello comportaba. Al mismo tiempo, este proceso y la evolución tecnológica comenzaron a influir en el Ejército. Tanto desde el punto de vista de la influencia política como presupuestaria, hay quienes incluso han calificado al Ejército como el “pariente pobre de Franco” (Así, GONZÁLEZ GARCÍA, Manuel, “Las FAS, pariente pobre de Franco”, en PRESTON Y OTROS, Paul, *España en crisis: la evolución y decadencia del régimen de Franco*, FCE, Madrid 1977, págs. 59 a 84) En las págs. 61 y ss., este autor se hace eco del hecho de que, pese a la apariencia política de la importancia de la institución para el franquismo, durante el régimen una vez más la profesionalidad militar se resintió, y especialmente el Ejército se vio perjudicado por cuanto se vio sumido en un gran atraso, el cual se ha heredado hasta nuestros días. Para una referencia concreta a los males que afectaban a nuestro Ejército durante el régimen de Franco y las propuestas de cambio realizadas, ver AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 207 y ss.

Las tendencias políticas de los militares durante el franquismo no fueron monolíticas; las divergencias en el seno de las FAS se dieron especialmente a partir de esta década de los sesenta, si bien se mantuvieron mayoritariamente dentro de las coordenadas del régimen. Al respecto ver FERNÁNDEZ SANTANDER, Carlos *Tensiones militares durante el franquismo*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985. Como señala AGÜERO, Felipe, en *Militares, civiles y democracia...*, cit., págs. 181 y ss., las FAS no fueron inmunes a la fragmentación que se produjo en el régimen franquista a partir de mediados de los sesenta respecto de las concepciones sobre el propio futuro, que se polarizaron en las posiciones de “apertura” versus “inmovilismo”. Al respecto, ver también MORA RODRÍGUEZ, Fernando, “Ejército y transición política. Del Franquismo al Ejército constitucional”, en TUSELL, Javier y SOTO, Álvaro (Dirs.) *Historia de la transición y consolidación democrática en España (1975-1986)*, 2 vols., UNED/UAM, Madrid, 1995, págs. 127 a 140, en concreto págs. 133 y ss. Así se fueron fraguando diversos posicionamientos dentro de la Institución militar, desde los intransigentes y los conservadores, hasta corrientes más liberales y más minoritarias, llegándose poco a poco a gestar tendencias democráticas más radicales que culminarían en la formación de la famosa Unión Militar Democrática (UMD) en 1976. Los primeros, intransigentes y conservadores, frente a los liberales, eran bastante recelosos de los postulados democráticos y, a la vez, no propugnaban una apuesta por la modernización del Ejército hacia un modelo *ocupacional*. Se mantenían partidarios de un modelo de fuerza *institucional*, sensible a cualquier amenaza a los valores más preciados de los militares.

en todo momento una posición en el Estado que dista de la requerida en un sistema democrático: el estamento militar constituyó la *columna vertebral* de dicho régimen⁸¹¹, el *guardián armado de las instituciones*⁸¹², toda vez que el régimen se valió del Ejército para su mantenimiento. Sin embargo, a diferencia del modelo autoritario de Primo de Rivera, se logró “que mandaran los militares, pero sin que lo pareciera, sin comunicar la sensación de que así [era]⁸¹³.”

Pese su patente relegación a un segundo plano en virtud del proceso político franquista, las FAS mantuvieron en todo momento una presencia central, y no sólo en áreas civiles que tradicionalmente quedaban dentro de su competencia (como el orden público⁸¹⁴), sino también en todas las instituciones básicas del Estado (Jefatura del Estado⁸¹⁵, Ejecutivo y Administración⁸¹⁶,

⁸¹¹ En este sentido, entre otros, PORRAS NADALES, Antonio “La Defensa, poder militar...”, cit., pág. 220; HILLERS DE LUQUE, Sigfredo: “Las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n° 87, (1983), págs. 83 a 119, concretamente pág. 83; BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit., pág. 438.

⁸¹² Esta expresión la emplea PORRAS NADALES, Antonio “La Defensa, poder militar...”, cit., pág. 222.

⁸¹³ Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit., 449.

⁸¹⁴ Se hace referencia especialmente a la culminación del empleo de una administración del orden público militarizada (la Guardia Civil); y que a la vez los altos cargos en las gobernaciones civiles, en el Ministerio de la Gobernación y en la Dirección General de Seguridad, fueran desempeñados en muy buena medida por militares (véanse los datos ofrecidos por BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit., pág. 441). El ejercicio de estos cargos resultaba trascendental para el mantenimiento del régimen franquista. El principio liberal de la separación entre las FAS y las Fuerzas de Orden Público quebraba radicalmente en la Ley Orgánica del Estado de 1967 [en adelante, LOE], cuyo art. 37 –que encabezaba el Título VI dedicado específicamente a las FAS– disponía lo siguiente: “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”. Al respecto, ver GARCÍA ARIAS, Luis, “Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado”, en *Revista de Estudios Políticos* n° 151 (1967), págs. 137 a 156.

⁸¹⁵ Cabe destacar que el militarismo no fue el único rasgo diferenciador del régimen, en el que por encima de todo destacó el poder personal del general Franco. En este sentido ver BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit., págs. 397 y ss., o LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 203 y ss. AGÜERO, Felipe, *Militares, civiles y democracia...*, cit., pág. 103 y ss. mantiene este mismo parecer en tanto que afirma que la única decisión que tomó el Ejército como institución fue nombrar a Franco para la Jefatura del Gobierno en 1936; así, en pág. 104.

Sin perjuicio de la difícil distinción entre una militarización del Estado o de una *franquización* del mismo, es menester percibir la importancia que adquirieron los miembros de las FAS en las diversas instituciones del Estado (Jefatura del Estado, Gobierno, Administración civil, Cortes, Jurisdicción). Para ello hay que partir de que era un general

Cortes⁸¹⁷ y Poder Judicial⁸¹⁸). Ello no era más que una de las consecuencias que derivaban de la existencia de un régimen político basado en unos principios del todo incompatibles con los consagrados presupuestos de las democracias occidentales y, por ende, con la supremacía civil⁸¹⁹.

Consecuentemente, y en virtud del largo período histórico recogido con anterioridad, las FAS mantuvieron una posición suprapolítica que las hacía legítimas garantes de unas esencias patrias que ellas mismas definían. En consonancia con el papel político jugado en la historia, las FAS no permanecerían indiferentes

quien ostentaba, como tal, la *Jefatura del Estado*. Pese a la reticencia de algunos de los miembros pertenecientes a la Junta de Defensa Nacional, que ostentaba los poderes en virtud del Decreto de 24 de julio de 1936, Franco prontamente asumió todos los poderes el 29 de septiembre del mismo año. Por medio de la Ley de 30 de enero de 1938, Franco asumió el mando supremo de los Ejércitos, que ostentaría hasta el final del régimen, y así se mantuvo en el art. 6 de la LOE de 1967.

⁸¹⁶ Respecto de la participación militar en el *Gobierno*, Agüero (*Militares, civiles y democracia...*, cit., págs. 88 y ss.) nos ofrece cuantitativamente el grado de participación militar en los consejos de ministros: aproximadamente un tercio, dato que hay que apreciar teniendo en cuenta la existencia de un ministerio por cada Ejército. En relación también con el poder Ejecutivo cabe destacar la importante presencia de los militares en la *Administración civil*. En este sentido, fue común el empleo de técnicas jurídicas castrenses en la propia Administración civil (BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit., pág. 438). Al respecto, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "Las Fuerzas Armadas en España...", cit., pág. 282 afirma que "La victoria militar abre una sucesión de depuraciones, que es también un proceso de patronazgo político para recompensar a la base social ex-combatiente. Las administraciones públicas son consideradas, pues, como botín de guerra. Se pretende de esta forma asegurar la lealtad política o, al menos, la complicidad del personal que será el representante material de la estructura estatal. Así se realizó por medio del Decreto de 12 de marzo de 1937 y la Ley de 25 de agosto de 1939".

⁸¹⁷ También cabe hacer referencia a la institucionalización del poder militar en las *Cortes*. Como apuntan BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...*, cit., págs. 270 y ss. y BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, ("Las Fuerzas Armadas en España...", cit., págs. 310 y ss.), se acercaba a la centena en número de consejeros o procuradores militares durante las diversas legislaturas. Al respecto, ver también GONZÁLEZ GARCÍA, Manuel, *Poder de la burocracia y Cortes franquistas, 1943-1971*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978.

⁸¹⁸ El control político de la población desde el *poder judicial* fue ejercido por la jurisdicción militar hasta la creación, por Ley de 2 de diciembre de 1963, de los famosos *TOP*, Tribunales de Orden Público.

⁸¹⁹ Las lecturas que se han dado a la participación política durante el régimen de Franco son diversas; de un lado, se mantiene que el carácter civil o militar de quienes desempeñaran estos cargos no era relevante, al entenderse que la condición castrense de los mismos quedaba diluida dentro de las distintas "familias" y grupos del régimen franquista. En todo caso, para lo que aquí se pretende resaltar, no se puede negar el importante grado de participación militar en la vida política durante este período próximo al constitucionalismo actual. Participación que se sostuvo por autores como Oehling o García Arias (este último legitimaba tal proceso afirmando que se daba en todos los países, porque los principios de supremacía civil decimonónicos habían quedado desfasados (Ver, GARCÍA ARIAS, Luis, "Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica...", cit., págs. 141 a 143).

ante la Constitución española que fue aprobada en 1978. Pero lo que es más importante, la Constitución finalmente aprobada no pasaría por alto el fenómeno militar que había marcado la política española durante tanto tiempo.

CAPÍTULO V. DE LA PAZ DEL TERROR A LA PAZ DE LA DIGNIDAD HUMANA: EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

En las páginas anteriores se han apreciado diversos fenómenos y realidades relativas al poder, la fuerza armada y el Derecho directamente conectadas a fenómenos tan propios al ser humano como la querencia del poder, el instinto de conservación y la agresividad, pero, a la vez, vinculadas a las aspiraciones superiores del ser humano como el acercamiento a la divinidad, la justicia, la libertad, la igualdad, etc. Unas y otras realidades se han puesto de manifiesto a lo largo de la historia de forma repetida. En ocasiones, los fines superiores se antepusieron a las necesidades humanas, en otras ocasiones sucedía al contrario, pero siempre unas y otras pretensiones quedaban presentes en la organización política de cada momento.

La paz y la convivencia han sido ansiadas por lo general en todo momento histórico, si bien, en el caso de lograrse, sólo se han dado en términos muy relativos, en la forma de la *paz del terror* descrita por Kriele. Las ficciones creadas por el poder político generaron diversos órdenes políticos, en teoría conducentes a la paz de la comunidad (si bien sólo en contadas ocasiones conducentes a una paz universal). Estas legitimaciones del poder quedaban siempre orientadas a la satisfacción de bienes comunes o generales, si bien han sido siempre ficciones, pues el poder no se ha orientado efectivamente hacia el interés de todos los individuos del seno de la organización política. Como consecuencia, el orden que en teoría procuraba la paz social no sería el orden prometido, sino un orden impuesto; la paz no surgía del orden político, sino que el poder político imponía la paz para preservarse. De ahí que la única paz que se ha dado hasta el momento haya consistido en una paz de opresores y oprimidos, producto de un poder de un grupo o varios, pero no integrador de todos, por tanto ha sido una paz del terror. La paz y seguridad se genera en la medida en la que el poder dirigente

se imponga por la fuerza cuando no logre convencer a sus sometidos. Si el poder concentraba y controlaba la fuerza en torno a sus intereses, lograr esta paz del terror sería más sencillo, de lo contrario, habría de desaparecer o colaborar con otros grupos. Esta mala razón de Estado es la que ha imperado en la historia con mayor o menor intensidad. Sin embargo, el Estado liberal se generó bajo unos postulados que quebraban las tendencias anteriores, se partía de un poder limitado que sólo había de garantizar la seguridad en el ejercicio de nuestros derechos y libertades (buena razón de Estado). La limitación de la fuerza militar resultaba una importante novedad. No obstante, como se ha visto, la práctica degeneró en dinámicas repetidas anteriormente de preservación del poder dirigente a manos de la represión y la fuerza de las armas.

Ahora bien, sus postulados, si bien habían de ser corregidos, llevaban en su esencia un orden que podía conferir paz y seguridad. Y por primera vez, esta paz y seguridad no sería la clásica, la del terror y la dominación, sino la paz de los derechos fundamentales.

I. Del Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho

Una vez la interesada burguesía logró el poder ansiado, intentaron eludir sus propios argumentos, cerraron la puerta una vez habían entrado para evitar que todos los demás pudieran alcanzar el poder y perseguir otros intereses que los suyos, pero la tarea ya no sería tan sencilla. De una parte, los sometidos iban teniendo más fuerza para empujar la puerta, incluso en algunos casos para poder tirarla abajo acabando con los que intentaban contenerla. De otra parte, los situados en el poder dirigente iban a precisar a los propios sometidos para satisfacer sus propios intereses. Una y otra razones exigirían que finalmente la puerta se abriera para todos y, en consecuencia el poder habría de repartirse como se postulaba inicialmente, para todos y en beneficio de todos.

Para el alcance de los intereses de los grupos dominantes burgueses (imperialismo, colonialismo, desarrollo de la producción económica, etc.) la colaboración comenzaría a ser con los

dominados. Esta colaboración al inicio no sería más que nominal; a través de la nación y la Patria se exaltaba a todos para llevar a cabo empresas expansionistas (servicio militar obligatorio nacional). La vía liberal-burguesa advirtió la dificultad de dominar únicamente por la fuerza a los sometidos, además, siendo éstos pieza clave en la producción capitalista, la colaboración con los dominados iba a resultar el mejor medio para alcanzar los logros económicos ansiados por las oligarquías dominantes. Los peligros (socialismo) o fracasos (fascismos) de otras vías, condujeron a la definitiva colaboración con las amplias clases medias surgidas por el propio desarrollo y suavización del capitalismo liberal.

Los iniciales presupuestos liberales no sólo habrían de hacerse efectivos, sino también corregidos. Los derechos y libertades inherentes al ser humano por su propia dignidad estaban en el germen del Estado liberal y lo continúan estando en el Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo para lograr su efectivo ejercicio en seguridad no sólo era preciso un Estado mínimo garante de los mismos, sino un papel positivo del Estado, neutralizador de los efectos perniciosos que se había demostrado que se producían al dejar a la sociedad a su libre albedrío. El sistema dejado al libre albedrío de la sociedad había demostrado que encendía el conflicto. La sociedad y sus mecanismos autorreguladores (el mercado) llevaban a la irracionalidad. El Estado había de ser mecanismo corrector, neutralizador de tales vicios. El Estado no sólo tenía que intentar hacer efectivos los presupuestos liberales, sino hacerse cargo de una serie de cometidos sociales y, sobre todo, tenía que regular las disfunciones de una sociedad naturalmente desigual por medio de la intervención económica redistributiva y legislativa, pero siempre sin vulnerar los derechos y libertades que estaban en el germen del propio Estado.

Por todo ello, habría que establecer toda una serie de garantías para que los postulados reflejados en la Constitución adquirieran verdadero valor jurídico y fuesen efectivos. Asimismo, la representación de la nación habría de ser de todos los componentes de la misma por medio de la participación política. La diosa Nación, que estaba en las nubes había de descender a la Tierra por medio de

la participación de todos los individuos de la comunidad. De la soberanía de una nación etérea había que pasar a la soberanía de unos derechos y libertades reales.

La idea “volcánica”⁸²⁰ soberanía de la nación había de ser la soberanía de los derechos fundamentales del individuo⁸²¹. El poder se estructura como principio y fin a partir de los derechos y libertades del individuo. La democracia es la minoría, pues parte del individuo, la primera minoría, y en tanto se viene a más y deviene la minoría mayoritaria se cuenta con la legitimidad de ejercer el poder. Claro está, ello implica un sistema extraordinariamente complejo y atomizado, “extraordinariamente borroso... sin embargo, esta borrosidad es la que propicia la estabilidad del sistema, es la fuente de su legitimidad”⁸²². El hipotético pacto social implica la reserva absoluta de la dignidad del individuo en cualquier medida que se adopte. Para evitar el peligro roussoniano de una mayoría tiránica⁸²³, que condujo a los totalitarismos, no había más que concebir a la mayoría como una minoría temporal, una minoría que se viene a más y no una unanimidad que se viene a menos. Y estas minorías partirían del propio ejercicio de los derechos y libertades y su garantía por medio

⁸²⁰ Bastida siguiendo a Rawls, afirma que “La soberanía del pueblo no puede interpretarse como un principio metafísico de unidad sustancial de la que emanan todos los poderes del Estado. Hay que liberarse de esa mentalidad lineal y *volcánica* de pueblo, porque no responde a lo que es su plasmación jurídica, la constitución democrática.”, BASTIDA, Francisco J., “La soberanía borrosa: la democracia”, cit., en concreto, pág. 420.

⁸²¹ Se sigue lo expuesto por BASTIDA, Francisco J., “La soberanía borrosa: la democracia”, cit., en concreto págs. 411 y ss. en especial 423 y ss. 423 epígrafe “La reconstrucción del soberano democrático. Los derechos fundamentales como fragmentos de soberanía”

⁸²² BASTIDA, Francisco J., “La soberanía borrosa: la democracia”, cit. págs. 431-433, en concreto 433.

⁸²³ Así, ROUSSEAU, Jean J. *Contrato social*, cit. en el Libro I, Capítulo VIII afirmarí que “a fin de que este pacto social no sea una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso: que sólo por sí puede dar fuerza a los demás, y que quienquiera se niegue a obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo. Esto no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre”, (pág. 46).

Otras manifestaciones de esta voluntad general tiránica, pueden verse en el Libro III, Capítulo VI “De la ley”, donde afirmaba:

“El pueblo, de por sí, quiere siempre el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; mas el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca; librarle de las voluntades particulares [...] es preciso obligar a los unos a conformar sus voluntades a su razón; es preciso enseñar al otro a conocer lo que quiere”. (ob. cit. pág. 65.) Ya cit.

del Derecho sería el modo de evitar que toda mayoría temporal pudiera evitar la generación de nuevas minorías y que estas vinieran, también, a más. En cada individuo hay, pues, una fracción de soberanía nada abstracta.

De este modo, el Estado va a ser realmente un Estado de Derecho en el que rige el Imperio de la ley que implica necesariamente un límite al poder, pues está sometido a ésta que necesariamente incluye los derechos y libertades y los principios democráticos. Asimismo, el Estado ha de hacer efectivos los instrumentos institucionales necesarios para limitar el poder, ya siguiendo el esquema general de división de poderes enunciado por Montesquieu, ya descentralizando el poder, ya estableciendo los oportunos mecanismos de pesos y contrapesos y las garantías precisas para el sometimiento de todos, en especial, de los poderes públicos, a la Constitución y la ley. Del mismo modo el Estado ha de respetar los derechos y libertades inherentes al ser humano como ser social y hacerlos, en la medida de lo posible, reales.

El papel de la Constitución ahora ya no iba a ser únicamente seguir el artículo 16 de la Declaración francesa, reconociendo los derechos y libertades de la persona (parte dogmática) y la división de poderes (parte orgánica), amén de consolidarse el valor normativo de la Constitución y la construcción de diversas garantías. La Constitución es, como señalase Smend, ordenación de la integración de toda la sociedad⁸²⁴. El alemán captaría la necesidad de operar una visión dinámica de la unidad política, del Estado y de su Constitución. A través de los mecanismos de representación

⁸²⁴ Sobre la teoría de la integración, ver SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. Como recuerda Schmitt en la Teoría de la Constitución esta teoría trae por origen los esfuerzos de Von Stein, Schmitt, p. 8. Se trata, como señalase el alemán de una visión dinámica de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base, el Estado no es algo estático, sino como lo que surge siempre de nuevo. A través de la representación y el ejercicio de los derechos fundamentales, los intereses contrapuestos, opiniones y tendencias forman diariamente la unidad política, se “integra”, se trata, como diría el alemán de un “proceso de continua renovación y permanente reviviscencia”, el cuerpo político se forma a raíz de la misma pluralidad social. El propio Smend empleaba la célebre caracterización de la Nación por Renan, el plebiscito que se renueva cada día, así lo recuerda HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 43, 1998, págs. 11-27, en concreto, pág. 21.

política y del ejercicio de los derechos fundamentales por todos los individuos de la sociedad, los intereses contrapuestos, opiniones y tendencias forman diariamente la unidad política, ésta se “integra”; se trata, como diría el alemán, de un “proceso de continua renovación y permanente reviviscencia”, el cuerpo político se forma a raíz de la misma pluralidad social. La Constitución no es sólo una norma, ni el Estado es algo estático, sino una empresa permanente y colectiva sobre la base de un “vivir juntos” de la que la seguridad es el subsiguiente compromiso, como recuerda Herrero⁸²⁵.

II. La paz de los derechos fundamentales

A) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON FUNDAMENTO DEL ORDEN POLÍTICO QUE CONDUCE A LA PAZ SOCIAL

Como se ha visto, es posible alcanzar una paz relativa haciendo renunciar a los derechos y libertades inherentes al ser humano o, simplemente negando su existencia, pero esta paz sólo puede ser paz del terror. Sin embargo, es posible instrumentar una paz y convivencia que tiene como principio y fin la dignidad de todos y cada uno de los miembros que componen la comunidad política. Los derechos y libertades inherentes al ser humano por su propia dignidad estaban en el germen del Estado liberal y continúan estando en el Estado social y democrático de Derecho, son su principio y fin, son el núcleo de la integración de la sociedad. Para alcanzar la paz y la convivencia humana es precisa una organización política no sólo que respete los derechos y libertades y que se encargue de velar por ellos, sino que tenga por finalidad hacerlos efectivos para que se dé tal integración. Todo el sistema del Estado se construye sobre ellos en tanto en cuanto el mismo poder político es fruto de ellos mismos, del ejercicio de los derechos inherentes al hombre como ser social –las libertades públicas⁸²⁶–

⁸²⁵ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 21.

⁸²⁶ Libertades públicas como categoría jurídica diferenciable en el sentido especialmente atribuido por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, ver especialmente las págs. 213-236. Dicha autora distingue la categoría de las libertades públicas frente a los derechos fundamentales, que gozan de una

reside el núcleo duro de los principios democráticos. Éste es el orden político del Estado social y democrático de Derecho que conduce a la paz y la convivencia no del terror, sino de la dignidad, la paz deja de ser simplemente la no-guerra sino una obra de justicia “opus iustitiae, pax”⁸²⁷.

Se veía en su momento la posibilidad de lograr la paz por medio de la organización política. Se apreciaba entonces que los sistemas de organización política podían comprenderse como paz por medio del terror, a la que se llegaba por la colaboración entre quienes tenían la posibilidad de alterar la paz, que no eran todos. También se señalaba la posibilidad de alcanzar la paz por medio de un árbitro (la soberanía, el Estado), pero hasta el momento se trataba también de un falso árbitro que no era un tercero neutral, sino uno de los grupos sociales y sus intereses. Todo ello, conducía a la única paz posible, la paz del terror.

Sin embargo, el orden político del Estado social y democrático de Derecho, desde este punto de vista de la organización política como medio para alcanzar la paz, supone un *compromiso válido para todo individuo o grupo existentes o que puedan existir* a la vez que implica la *construcción de un verdadero árbitro*. El compromiso no es otro que el de reconocer la dignidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política y que toda medida que se adopte deba partir de dicha dignidad, hacerla efectiva y, en todo caso, respetarla. Y, asimismo, el verdadero árbitro es el necesario para garantizar las condiciones para que toda medida que se adopte haga efectiva y, en todo caso, respete dicha dignidad y los derechos y libertades que le son inherentes. Para ello dicho árbitro habrá de monopolizar la fuerza (monopolio de todos los medios coercitivos, concentración de la fuerza de las armas, prohibición de la violencia

especial relación con el principio de la dignidad de la persona. Destaca esta autora las siguientes notas que se dan en las libertades públicas: 1º la molestia o incomodidad en su reconocimiento para el poder; 2º resultar ser expresión de la natural sociabilidad de la persona y, por ello su naturaleza se haya a medio camino entre los derechos o libertades individuales y los políticos; 3º que no obstante no ser políticos sean los de más fácil politización y, por último, -4º- que su reconocimiento se vea acompañado de cautelas o condicionamientos o, en su caso, de remisiones hechas por los textos constitucionales a la ley.

⁸²⁷ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 166.

organizada) pues ha de garantizar que la única violencia posible, legítima, tenga por fin garantizar las condiciones necesarias de dicha dignidad de todos y cada uno de los individuos que conforman la comunidad política. Así, el poder que pueda ejercer A o B (o C, D, E... n) no puede evitar que los otros grupos puedan alcanzarlo sin recurso a la violencia y, de otra parte, la fuerza monopolizada en las manos de quien ostente el poder no puede ser empleada contra quienes disientan y pretendan alcanzarlo sin emplear la violencia.

Se trata, pues, del cuarto modelo esgrimido por Kriele para alcanzar una paz, el único que conduce a una paz que no sea del terror:

“Un tercero, Constitución, somete tanto a A como a B y fuerza a ambos mediante su poderío superior a renunciar a la victoria y a ejercer tolerancia respecto del otro: *paz por medio de la soberanía*. La condición para ello es la garantía de que Constitución no ponga su poder al servicio de los fines particulares de A o de B. Pues si Constitución se identifica con A o con B, la situación se reduce al modelo I (paz por medio de terror).

El modelo 4 -paz por medio de la soberanía- es el modelo de todo orden público, incluso del Estado constitucional democrático. Es característico de todo orden público el impedir la solución por medio de la fuerza de los conflictos entre particulares o entre grupos, porque el orden público *monopoliza la fuerza* y prevé procedimientos para evitar, regular y decidir los conflictos. En esta medida, la soberanía del Estado es la condición para la paz interna. Su formación como Estado constitucional democrático es entonces condición para que el modelo 4 no sea reemplazado por el modelo 1, es decir, por el terror⁸²⁸.”

B) NO HABLAMOS DE UNA PAZ CUALQUIERA, SINO DE LA PAZ
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA DEMOCRACIA

Cuando se operó una aproximación al concepto de paz, se insistió en la necesidad de discernir el concepto empírico o

⁸²⁸ KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado...* cit. pág. 255.

sociológico de paz de los conceptos políticos de la misma, es decir, se trata de la ausencia de conflicto entre grupos que emplean la violencia organizada. Y la paz del terror era una paz real en esos términos, pese a que se desconozca o ignore la dignidad humana.

Ahora bien, si se renuncia a la paz del terror, hablar de la paz es hablar de la paz constitucional, de la paz de los derechos humanos, de la paz de la dignidad, y siempre será recomendable operar esta matización si por paz entendemos tal. La dignidad del individuo, sus derechos inherentes son el fundamento del orden político que confiere la paz, por lo cual, tales derechos y libertades, y la organización política que los hace efectivos quedará, pues, por encima de la mera satisfacción de la paz en su sentido empírico. De este modo es como deben aprehenderse afortunadas manifestaciones que, no obstante, podrían llevar a cierta confusión, como las del excanciller alemán Kohl: “la libertad es condición indispensable de la paz, y no puede ser el precio que haya que pagar por ella; el que esté dispuesto a arriesgar la libertad por la paz perderá las dos”⁸²⁹. Herrera no duda en afirmar que “sin respeto a los derechos humanos no puede hablarse de paz; todo lo demás es maniqueísmo y demagogia”⁸³⁰. Soriano, por su parte, identifica plenamente la paz con la democracia y en este sentido afirma que “La paz viene a ser el sentimiento de tranquilidad ante la contemplación de un orden justo del Estado refrendado democráticamente”⁸³¹. Bobbio con gran acierto señala la convivencia democrática como único medio de no llegar a la paz del terror a la que conducía todo sistema político en una cita que bien merece la pena reproducir:

⁸²⁹ KOHL, Helmut, Discurso ante el Bundestag el lunes 21 de noviembre de 1983, recogido en *El País*, 22 noviembre de 1983, citado por HERRERA FLORES, Joaquín, “Presupuestos para una consideración de la paz... cit. pág. 112.

⁸³⁰ HERRERA FLORES, Joaquín, “Presupuestos para una consideración de la paz... cit. pág. 112.

⁸³¹ SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit., en concreto, pág. 98:

“la paz no puede derivar de cualquier orden político, por más que regímenes políticos interesados en su permanencia en el poder absoluticen el valor del orden muy por encima de otros importantes valores jurídicos, sino que exige un orden querido y establecido por el conjunto de la sociedad a través de unos cauces democráticos y participativos.”

“Ciertamente, el hombre no puede renunciar a combatir contra la opresión, a luchar por la libertad, por la justicia, por la independencia. ¿Pero es posible, y será productivo y decisivo, combatir con otros medios que no sean los tradicionales de la violencia individual y colectiva? Ése es el problema. El ejemplo más alto y más convincente del método de la no violencia para la solución de los conflictos sociales no hay que ir a buscarlo demasiado lejos. Por suerte, cada día lo experimentamos incluso en nuestro país: es la democracia. Desde el momento mismo de su aparición, la democracia ha sustituido la lucha cuerpo a cuerpo por la discusión, el tiro de gracia del vencedor sobre el vencido por el voto y la voluntad de la mayoría que permiten al vencido de ayer convertirse en el vencedor de mañana *effusione sanguinis*.”⁸³²

La paz en términos empíricos ha sido uno de los fines primarios de casi toda organización política y, tal y como se vio, especialmente allí donde predomina una concepción negativa e individualista del hombre, *lo único* que se busca es una paz del terror, y el único fin del Estado es el de evitar una guerra continua. En la antítesis se situaban pensamientos en los que el hombre debe alcanzar fines superiores para realizarse. En los casos extremos, el individuo queda relegado a un total segundo plano, por detrás de Dios, el Estado, la Nación, el interés general o el proletariado. Y precisamente en estos contextos la paz quedaba también relegada a estos fines superiores, imprescindibles para la realización del hombre.

A diferencia de tales extremos, el Estado constitucional parte del individuo y su dignidad inherente. Y la persona no es sólo un ser agresivo que a la vez tiene un fuerte instinto de conservación, sino algo más. Ya no sólo se trata de evitar la guerra continua, sino de establecer el marco a través del cual el hombre, por medio del ejercicio de sus derechos inherentes, pueda alcanzar los fines superiores que el individuo y los grupos consideren. Como consecuencia, la paz no es la finalidad última buscada por este

⁸³² Apuesta en esta línea BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. págs. 18-19.

sistema político, sino presupuesto, condición necesaria, punto de partida para la realización por el hombre de fines superiores y dotar su vida de dignidad. Tales fines superiores serán los que cada individuo o grupo considere y aspire a lograr a través del ejercicio de los derechos y libertades, que son, precisamente, los que dotan de fundamentación al sistema⁸³³.

Se trata, al fin, de una paz nada conservadora, sino que continuamente se renueva a través del ejercicio de tales derechos. En este sentido, Herrera afirma que:

“En toda formación social [...] que conciba la paz no como un bien en sí mismo y las libertades conseguidas no como el grado máximo que es posible conseguir, sino que entienda por aquélla el conjunto de condiciones que posibilitan la continua profundización de los contenidos materiales del resto de los valores fundamentales; en definitiva, para un tipo de sociedad con una cultura verdaderamente viva, la paz no es ni mucho menos esencialmente conservadora en el sentido político y tradicional del término⁸³⁴.”

En términos más genéricos, si bien sirven para aplicarlos al marco de la organización política, Bobbio afirma que “una vez realizada la paz universal y duradera, entendida sólo como ausencia de guerra, la humanidad no habrá entrado en el paraíso terrenal, sino que tendrá otros problemas que resolver, como la justicia social, la libertad, el hambre, la superpoblación, etc.⁸³⁵.”

Se ha advertido la necesidad de matizar cuál es la paz que se reclama, puesto que la mera demanda de paz puede esconder la paz de los calabozos, del terror y de los cementerios. Lo mismo habrá de

⁸³³ KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado...* cit. pág. 54:

“La paz interna no es ciertamente una condición suficiente para la vida en dignidad; para ello hacen falta otras cosas más. Pero es una condición necesaria. La paz interna es el presupuesto fundamental para el desarrollo y la imposición del derecho, que protege la libertad y crea justicia; es el presupuesto para una economía planificada, para la colaboración y la confianza en las relaciones interhumanas y es el presupuesto fundamental del hecho de que no todas las fuerzas espirituales se concentren en la supervivencia, sino que puedan desarrollarse la moral, la cultura, el arte, la ciencia y el bienestar.”

⁸³⁴ HERRERA FLORES, Joaquín, “Presupuestos para una consideración de la paz... cit. pág. 113.

⁸³⁵ BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit. pág. 168.

afirmarse de quienes se denominen pacifistas, pues la mera querencia de paz sin ningún condicionante implica admitir cualquier vía política por la que se logre la paz, incluyendo los sistemas que conducen a la paz del terror. Si tales pacifismos reniegan sinceramente de la paz del terror no pueden dejar de señalar que abogan por una paz fundamentada en un orden constitucional liberal democrático y, en el exterior, por la construcción de un sistema internacional fundamentado en el efectivo respeto de los derechos humanos y los principios democráticos.

III. La necesaria reconciliación de la buena razón de Estado con el Derecho. Hacia la plena incorporación de la fuerza militar en el Derecho

A) RAZÓN DE INDIVIDUO, RAZÓN DE ESTADO: LA BUENA RAZÓN DE ESTADO ES LA DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES Y DEL ÚNICO ESTADO QUE LOS GARANTIZA

El Estado se consolida como culminación de organización política precisamente cuando su justificación se basa en especial en la seguridad del individuo. No obstante, al principio, el individuo se desvanece y lo único que importa es consolidar el poder del monarca y el Estado y ésta es la única razón de Estado que se antepone al Derecho, a la ética o a la moral y, en la práctica, se antepone por completo a la dignidad del individuo. Más tarde, conforme los Estados se han consolidado gracias al propio poder de los monarcas, las figuras de éstos van cediendo ante el mismo protagonismo de los Estados y aunque el interés del monarca y del Estado sigan parejos, es el interés del Estado el que prevalece por encima de todo, ante ello el individuo no es nada.

Sin embargo, es con Hobbes con quien las construcciones políticas comienzan a plantearse seriamente a partir del individuo⁸³⁶. Como señala Clavero “El Estado se constituye para

⁸³⁶ No hay que olvidar la misma estructura del *Leviatán* del inglés (Parte Primera, “Del hombre” y de todo el análisis de las condiciones naturales del mismo deriva el Estado, que

que los estados decaigan y el individuo se alce”⁸³⁷. “La razón de Estado que servía para matar y someter servía finalmente para vivir y convivir⁸³⁸.” La razón de Estado ha sido la razón del individuo, la naturaleza del hombre ha determinado el orden de la sociedad. Este punto de partida individualista es el que predominó en el siglo XIX, aun con derivaciones del todo opuestas a las que tuviera para Hobbes dos siglos antes. También con modificaciones, éste es el punto de partida del Estado social y democrático de Derecho en el que, como se ha visto, la razón del Estado no es otra que la convivencia pacífica en el ejercicio de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana.

Ahora bien, ha sido la propia historia la que ha conducido a que el único modo en el que la dignidad de la persona quede efectivamente garantizada sea a través del Estado. Con independencia de que el Estado surgiera y se consolidase desde presupuestos bien diferentes al reconocimiento de la dignidad individual, sólo en su marco ha sido posible alcanzar las mayores cotas de efectivo respeto de la dignidad humana. Y aunque sólo sea por este motivo, resulta preciso asumir de modo positivo la existencia de este tipo de organización política. Así, el Estado no tiene otro sentido democrático que el de conformar un espacio físico, histórico, sociológico y político en el que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se han logrado hacer efectivos. Sólo en el marco del Estado constitucional es posible, pues, que se dé la paz de la dignidad. Y es que, como recuerda Herrero “si el Estado no es tal, no puede ser calificado por ningún adjetivo. No será, sin ser previamente Estado, ni de derecho, ni democrático, ni de bienestar”⁸³⁹ y como advierte más tarde, “la seguridad no es, pues, una obligación que la Constitución impone. Es una condición sin la cual la Constitución se extingue”⁸⁴⁰. En este sentido, aunque en términos no directamente relativos a la dignidad

es el objeto de la segunda parte de su obra “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit.

⁸³⁷ CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, cit. pág. 37.

⁸³⁸ *Ibidem*, pág. 36.

⁸³⁹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 20.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, pág. 24.

del individuo y sus derechos inherentes, la Corte Suprema Nacional argentina señalaría el principio de subsistencia y continuidad del Estado: “se trata de un principio general del Derecho público que, no obstante no hallarse expresamente formulado, existe en nuestra ley fundamental, está en la base del sistema y es su presupuesto ineludible [...] constituye el soporte natural de los fines que enuncia el preámbulo, ya que ni la unión nacional, ni la justicia, la defensa común, la paz interior o el bienestar general, podrían alcanzarse sin el estado que ha sido creado para garantizar el cumplimiento de estos objetivos, que vienen a constituir el desarrollo de este principio básico”⁸⁴¹.

Y será por estos argumentos, si bien centrados en la dignidad y los derechos y libertades, que, de nuevo, la seguridad del Estado habrá de quedar por encima de la del individuo concreto en las ocasiones en las que sea imprescindible para la supervivencia del único sistema que reconoce y hace efectiva tal dignidad de la persona. Pero en modo alguno ello supone legitimar, una vez más, que las ramas no dejen ver el tronco sobre el que se erige el Estado. A diferencia de las demás ocasiones, situar al Estado social y democrático de Derecho por encima del individuo no implica, como acusase Agirreazkuenaga que el fin inmediato (el mantenimiento de las estructuras de la vida social, seguridad y orden) eclipse el fin más lejano (la salvaguarda de las libertades)⁸⁴² como siempre ha sucedido. En esta ocasión no es así porque sin el mantenimiento del Estado democrático se hace imposible el verdadero fin de la salvaguarda de los derechos y libertades y la consiguiente integración de la sociedad.

Eso sí, habrá que adoptar todas las medidas necesarias -y el Derecho es el medio adecuado para ello- para que no se eclipse de verdad este fin último y, como siempre ha sucedido, para que la seguridad del Estado no sea más que la seguridad de los dirigentes

⁸⁴¹ Asunto Peralta, Luis Arcenio y otro c. / Estado nacional, en la decisión de 27 de diciembre de 1990 relativa al ejercicio de la adopción de decretos con fuerza de ley sin ningún soporte expreso constitucional o legal, citada en CASSAGNE, J. C., “Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 73, 1992, págs. 23 y 24.

⁸⁴² AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, pág. 344, ya cit.

y de sus intereses escondida tras conceptos falsos de interés o bien general o nación. Para prevenirse de la mala razón de Estado, habrá que diferenciar nítidamente cuándo se trata de situaciones reales de grave peligro de la seguridad estatal, es decir, del Estado social y democrático de Derecho. En estos casos, como señala Pistone, nos encontraríamos ante “comportamientos impuestos objetivamente por la razón de Estado” de los “comportamientos que utilizan como pretexto la razón de Estado”⁸⁴³, que no es sino el empleo partidista e interesado de quienes en nombre de la seguridad y la paz sólo pueden aspirar a generar la paz del terror por la represión del adversario político. Estos últimos no podrán tener cabida en el marco del Derecho, pero en cambio, aquello necesario objetivamente a favor de la buena razón de Estado no tendrá porqué tener difícil acomodación en el Derecho sin deslegitimar el sistema político.

Defender el Estado social y democrático de Derecho ya no implica aquel peligro porque, como señala Fernández García “*creo en las “bondades” del Estado y pienso que el Estado democrático de Derecho representa los intereses generales y la instauración de unas reglas de juego suficientemente justas, mejor que cualquiera de las alternativas que durante siglos y a lo largo de la historia de las ideas políticas se han elaborado. Y, además, que, por democrático y de Derecho, el Estado contiene las formas de prevenir y controlar y reprimir sus propias maldades*”⁸⁴⁴. Nos encontramos, pues, ante una auténtica buena razón de Estado que bien merece todo esfuerzo. Como diría Tomás y Valiente pocos días antes de ser asesinado “... el Estado es imprescindible, es instrumento, pero instrumento necesario, de manera que si se destruye, nos quedamos sin los

⁸⁴³ PISTONE, Sergio, voz “Razón de Estado”, cit. pág. 1340.

⁸⁴⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. pág. 1, en la pág. 6 recuerda que la historia del Estado moderno desde renacimiento esta plagada de violencia, fechorías, engaños, guerras y explotación, no distante de actividades ejecutadas en nombre de la razón de Estado, pero señala que esto sería injusto por olvidar que “también al lado de la historia del Estado moderno se encuentran un conjunto importante de resultados e intentos a favor de la paz y de controlar e impedir el ejercicio de la guerra, efectivos medios para regular jurídicamente la utilización de la violencia por parte del poder político y para evitar el uso privado de la fuerza, logros auténticos a favor de la seguridad personal y un largo etcétera de garantías al ejercicio de los derechos y libertades humanas, amén de un conjunto de prestaciones estatales nada desdeñables.”

objetivos que lo legitiman y que constituyen su razón de ser, la buena razón de Estado⁸⁴⁵.”

Y es que, a diferencia de toda situación histórica anterior, como afirmase el profesor valenciano en otro escrito ahora “La razón de Estado del Estado de derecho es el Derecho, o, mejor todavía, los derechos sobre todo los fundamentales de los ciudadanos”⁸⁴⁶, la buena razón de Estado serán los derechos y libertades que fundamentan al propio Estado y, en tanto éste es el único medio de preservarlos; la defensa del Estado será un fin primario puesto que ya no se trata de cualquier organización política, sino del Estado constitucional. Los derechos y libertades del individuo no se diluyen ni en la etérea nación liberal, ni en un interés general como con Rousseau ni, como sucedía con los pensamientos estatistas, en el ser supremo del Estado. Por el contrario, se trata del Estado social y democrático de Derecho que en su principio y fin no es otra cosa que tales derechos fundamentales y el único medio de hacerlos efectivos. Por ello, sólo por ello, su defensa se situará, incluso, por encima de los intereses y derechos del individuo mismo cuando de ello dependa su subsistencia. Los derechos y libertades de algunos, o incluso todos los miembros de la organización política de ser necesario habrán de ser limitados, incluso la vida de los propios miembros podrá ser exigida para llevar a cabo el fin último del sostenimiento del Estado constitucional. En los casos verdaderamente extremos en los que corre verdadero y grave peligro el sostenimiento de un sistema de derechos y libertades, el todo seguirá siendo superior a la parte, como rezaba la Enciclopedia francesa ya situada en un marco de comprensión individualista.

De ahí que la razón de Estado en el Estado constitucional persista, pero ya no tiene nada que ver con el pasado, ahora, como

⁸⁴⁵ Así en el artículo “Razones y tentaciones del Estado”, publicado *El País*, 15 febrero de 1996, días antes del asesinato, y proseguía “La primera tentación contra el Estado es el olvido de su legitimidad y de sus límites, es decir, la utilización del poder para, luchando contra los terroristas, emplear sus mismos métodos, sus crímenes. El mayor enemigo del Estado es la mala razón de Estado.” Citado en FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. pág. 41.

⁸⁴⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996, pág. 57 sobre el GAL, dice que “Justificarlos o disculparlos en nombre de la eficacia o de la razón de Estado sería, entonces y ahora, aberrante. La razón de Estado del Estado de derecho es el Derecho, o, mejor todavía, los derechos sobre todo los fundamentales de los ciudadanos.”

se verá, implica que sea el mismo Derecho el que se aparte legítimamente de los elementos que lo inspiran. Términos antiguos y paralelos como los de “interés nacional”, “seguridad del Estado”, etc. siguen justificando, una vez más, la contraposición de los propios principios que fundamentan el Estado. Como señala Fernández García “La razón de Estado, en lugar de desaparecer ante el desarrollo del Estado de Derecho, se ha modificado profundamente, pero convive con él. Es una convivencia, se dirá en varias ocasiones, muy difícil”⁸⁴⁷, “frente a las declaraciones retóricas que consideran que el Estado Constitucional ha acabado con la razón de Estado, parece tener razón Berki cuando escribe: “La razón de Estado ha sufrido un reciente descrédito puesto que se considera contradictoria con el Derecho Internacional y el Gobierno constitucional. Sin embargo, en casos de emergencia, la mayoría de los Estados actúan de acuerdo con ella”⁸⁴⁸.” A nadie se le oculta que en la práctica política el desarrollo del Estado democrático de Derecho no ha logrado acabar con las actuaciones de la razón de Estado. También nuestros Estados contemporáneos, de Derecho y democráticos, oscilan en su actuación, con relativa frecuencia, entre la luz y las tinieblas⁸⁴⁹.”

Eludir esta realidad es lo más cómodo, pero también es un acto de cinismo, de hipocresía⁸⁵⁰ y aún es más, en buena medida, de irresponsabilidad. Lo mejor será enfrentarse a esta necesidad de adoptar las medidas requeridas para preservar el Estado constitucional y poder limitar al máximo estas sombras en la actuación del poder. Será preciso establecer todas las garantías

⁸⁴⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. pág. 1

⁸⁴⁸ *Ibidem*, pág. 3.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, pág. 35

⁸⁵⁰ *Ibidem*, pág. 1:

“Si uno no quiere permanecer ciego ante determinadas actuaciones del Estado, tanto en su historia como en la vida cotidiana de los Estado democráticos contemporáneos; si uno prefiere cierto “aventurismo” intelectual a la estabilidad hipócrita y condescendiente de negar los hechos incómodos; si uno no se ha impuesto ciertas trabas a su trabajo de investigación o aún no ha caído en el interesado cinismo, tarde o temprano ha de enfrentarse con la razón de Estado. Pero hay que ser consciente de que, más en este tema de estudio que en otros sobre la filosofía del Estado, se corre el peligro de ser mal interpretado, de que algún lector u oyente, consciente o inconscientemente, bien intencionado o no, se muestre interesado en hacerte cargar sobre tus espaldas todos los cadáveres del Estado.”

posibles para que nos situemos siempre ante la buena razón de Estado, esto es, que, en modo alguno, toda actuación que se distancie de los principios del propio Estado social y democrático de Derecho sea realmente necesaria y no se desvíe del verdadero fin primario del Estado, su pervivencia como único medio de mantener o reemprender la paz de la dignidad.

Si se parte del convencimiento de la necesidad de una paz de la dignidad, no del terror, el Estado social y democrático de Derecho no podrá dejar de emplear los medios necesarios para este fin último. Ahora, no obstante, la pervivencia del Estado no es algo irracionalmente sagrado, ni se le atribuye al Estado más vida que la de un ser artificial creado por y para el hombre. En el marco del Estado constitucional no se pueden dar aquellos tradicionales recursos que eclipsen el verdadero fin, se tratará de la organización política cuya persistencia tiene razón de ser como único modo de que los derechos y libertades de todos puedan seguir siendo efectivos.

Antes de darse un idealismo de tipo kantiano por el que sea preciso seguir los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho aunque se hunda el mundo, más vale que no se hunda el mundo, esto es, el sistema democrático, aun si para ello sea preciso separarse de los propios presupuestos del Estado para preservar el mismo. En términos weberianos, frente a esta finalidad no habrá ningún principio moral superior⁸⁵¹. Las sociedades democráticas no

⁸⁵¹ Y es que, frente a un idealismo como el de Kant (hágase justicia y que se hunda el mundo - *fiat iustitia, pereat mundis*-), Weber formularía que precisamente el fin de la política es que no se hunda el mundo y frente a eso no hay ningún principio moral superior.

DÍEZ PICAZO, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 1996, págs. 30 a 33 señala la deslegitimación del Estado democrático de Derecho puede darse por los dos extremos, esto es, el *fiat iustitia, pereat mundis* de Kant o la desvinculación de la legalidad para la defensa del Estado democrático. El autor, p. 33 señala que "Ambas posturas extremas son inviables y, por ello, han de ser descartadas [...] Aunque suene duro, a veces un país tiene que elegir entre estar correctamente gobernado y hacer justicia en todo caso."

A mi juicio, la solución sólo puede venir de la mano de la tendencia del derecho a legitimar la separación de sus propios principios en la medida adecuada y, como se verá, con el conocimiento, asunción y respaldo social de tales separaciones de los elementos básicos del Estado democrático justificados en su propia pervivencia. La razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y todo tipo de técnicas jurídicas podrán dar cobertura a ello y la voluntad de la mayoría habrá de ser la que dote de legitimación última.

Por lo que toca a Weber, cabe hacer referencia a WEBER, Max, "La política como vocación", en *El político y el científico*, (trad. Francisco Rubio Llorente, con estudio preliminar de Raymond Aron), Alianza, Madrid, 1979, págs. 163-4.. Se trata de reconocer la necesidad

pueden permitirse demostrar en la historia que se trataron de sistemas débiles que no contaban con los medios suficientes para su sostenimiento, que la única paz posible sólo es la paz del terror.

Pero no se trata de una opción entre el cielo y el infierno, sino de una opción de la tierra, en la que el Derecho puede ayudarnos a no deslegitimar el propio Estado democrático de Derecho y conferir soluciones. No se tratará de que se actúe desconociendo la legalidad, sino que sea el Derecho, aun apartándose de sus postulados elementales, el que incluya los medios para no sacrificar la democracia misma.

B) ¿ES POSIBLE UNIR POLOS DE IMÁN DEL MISMO SIGNO? LA INCORPORACIÓN EN EL DERECHO DE LA RAZÓN DE ESTADO DEMOCRÁTICA

En el marco del Estado constitucional sólo valdrá la buena razón de Estado y ésta debe y puede incorporarse plenamente en el Derecho. Se tratará ahora de la “razón de Estado democrática”, como señala Fernández García “referida a aquellas situaciones en las que la razón de Estado es el único e indispensable medio de salvar la democracia⁸⁵².”

Y es que debe lograrse algo tan difícil como que polos de imán del mismo signo que se repelen aparezcan fundidos. El Derecho debe incorporar la razón de Estado que siempre ha servido para eludirlo. La posición en la que queda el Derecho resulta ciertamente muy compleja, casi esquizofrénica. El Derecho habrá de aprehender

de que la política confiera soluciones terrenales, sin que ello implique el desconocimiento total de la ética, y sin que ello sirva para justificar todo tipo de desmanes a cargo de una conducta que persigue únicamente lo pragmático y utilitarista.

⁸⁵² FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho...* cit. págs. 12-13. En la pág. 3 considera que:

“cada logro de la razón de Estado es, de alguna manera, un retroceso del Estado democrático de Derecho o, cuando menos, una llamada de atención acerca de su afectada vitalidad.” En éstos [los Estados democráticos] la verdadera razón de Estado debería ser la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no es extraño que las exigencias para la conservación del Estado, como medio de mantener la seguridad, la paz social o el orden público convivan con el ejercicio de estos derechos. Dicha convivencia dista mucho de ser armoniosa y en algunas ocasiones, además, quienes interpretan la razón de Estado consideran imprescindible saltarse las normas morales y jurídicas vigentes en esa sociedad. Ahí es cuando la razón de Estado aparece sin ningún tipo de envolturas, directamente.”

en lo posible esta razón de Estado, seguridad del Estado, interés nacional, términos que por su historia y naturaleza han sido opuestos a toda idea de límite que es lo que implica el Derecho en el Estado democrático. Sin embargo, en esta ocasión, el Derecho y la razón de Estado van embarcados en la misma nave, tienen este mismo signo que no es otro que el sostenimiento efectivo de los principios que el propio Derecho postula en el Estado constitucional. El afán por proteger el único sistema que reconoce y garantiza la dignidad de la persona debe impulsar todos los esfuerzos para unir estos polos del mismo signo, para reconducir en el Derecho este conjuro de palabras que ha convocado en la historia a todos los demonios del poder. Por primera vez la razón de Estado no habrá de ser el velo que se impone sobre las leyes, sino que habrá de quedar recogido en éstas. Y quien niegue esta posibilidad o su conveniencia estará afirmando que el Estado social y democrático de Derecho no es el orden político prometido porque no le es posible defenderse eficazmente ¿Es que acaso la democracia no tiene recursos suficientes para defenderse sin deslegitimarse⁸⁵³?

En el marco del Derecho es donde deben darse las alteraciones necesarias de los propios principios que configuran el orden político de los derechos fundamentales. El Derecho es idóneo instrumento para controlar, delimitar y reconducir aquello que es preciso para el mantenimiento de aquello que postula. Y será el mismo Derecho el que legitimará tales alteraciones de sus propios principios básicos. En la medida en la que se integren como instrumentos adecuados y necesarios orientados por la sola finalidad de preservar los propios fundamentos del sistema político tales alteraciones serán legítimas. El Derecho militar, como se verá a lo largo de este estudio, será la mayor expresión de esta separación permanente de los

⁸⁵³ *Ibidem*, pág. 36, y añade que esto no es sólo la razón de Estado democrática como derecho de excepción, sino la necesaria respuesta rápida y eficaz contra el terrorismo, narcotráfico, xenofobia, integrismos, etc. y añade “El reto irrumpe cuando esas acciones transgreden las normas morales y jurídicas consideradas imprescindibles para la convivencia democrática... Tarde o temprano surge la pregunta impertinente, molesta, pero necesaria, de si el Estado democrático de Derecho cuenta con los medios suficientes, rápidos y eficaces para responder a las ofensivas que contra él se lanzan... Francamente debo expresar que no tengo una respuesta totalmente clara al respecto, aunque por convicciones, y ante la duda, siempre estaré del lado del respeto a la ética y a la legalidad.”

presupuestos básicos del Estado constitucional legitimada en la misma pervivencia de éste.

No obstante, habrá siempre unos espacios difíciles de incorporar al Derecho por su excepcionalidad, la urgencia, conceptos, al fin, más ligados a los hechos que al Derecho, pero no por ello inaprehendibles por éste. El Derecho, y en especial el Derecho constitucional ha elaborado y elabora técnicas de reparto, límites y controles del poder y de la fuerza. Asimismo, cláusulas como la misma necesidad (en una sociedad democrática) o proporcionalidad serán del todo útiles para conformar las garantías y controles de que toda alteración de sus principios básicos sea adecuada para el fin último de la defensa del Estado social y democrático de Derecho. En estos casos en los que el Derecho no haya tenido la ocasión de aprehender los medios para su sostenimiento, “Los mecanismos o medios utilizados por la razón de Estado, debido a su actuación urgente y necesaria, se sitúan en oposición a la ética y al Derecho, pero son legítimos de acuerdo con los fines que persiguen: la conservación del estado y el bien de la sociedad”⁸⁵⁴, “de lo que se trata es de poner medios excepcionales en manos del Estado, pero sin salirse nunca de la legalidad ni de las normas de ética política vigentes en una sociedad democrática y siempre pensadas exclusivamente para esa determinada situación de suma gravedad”⁸⁵⁵. El Estado social y democrático de Derecho habrá, pues, de esforzarse continuamente para prever estas situaciones urgentes y necesarias y que en la medida de lo posible no queden al margen de la legalidad y culminar así un proceso de juridificación-racionalización que, como recuerda Soriano está todavía muy lejos de culminar⁸⁵⁶.”

⁸⁵⁴ *Ibidem*, pág. 35.

⁸⁵⁵ Y como señala Fernández García, *ibidem*, cit. pág. 12, los Estados democráticos ha ideado soluciones para evitar este uso segundo, partidista, por medio del “sometimiento de esas situaciones graves en las que el Estado es incapaz por medios normales de mantener la seguridad interna, el orden público y la paz social, a una reglamentación jurídica clara, concreta y precisa [...] de lo que se trata es de poner medios excepcionales en manos del Estado, pero sin salirse nunca de la legalidad ni de las normas de ética política vigentes en una sociedad democrática y siempre pensadas exclusivamente para esa determinada situación de suma gravedad”

⁸⁵⁶ SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit. pág. 103:

En sentido convergente, resultará fundamental que los componentes de la organización política asuman las necesarias desvirtuaciones de los propios principios del Estado social y democrático de Derecho como tales, instrumentos necesarios para la defensa de éste Estado y, por ende, de la paz de la dignidad. Los miembros de la comunidad política, lejos de caer en la hipocresía, habrán de hacer frente a los instrumentos necesarios para la preservación del único sistema que les reconoce efectivamente su dignidad. Se trata, siguiendo de algún modo la idea sostenida por del Águila, de transformar la razón de Estado en razón cívica⁸⁵⁷. En la medida en la que se niegue tal incorporación y falte el respaldo de los miembros de la comunidad, el Estado constitucional quedará en peligro. Ello será así bien porque no existan los medios suficientes para defenderse, bien porque la razón de Estado seguirá las vías que históricamente ha seguido, quedar fuera del Derecho, lo cual implica poder y fuerza fuera de límites: los demonios del poder quedarán convocados y quizá sólo la suerte y la buena voluntad será la que decida la permanencia del Estado democrático, ya sólo quedará como diría Locke “confiarse al cielo”, esto es, ejercer el derecho de resistencia por medio de la fuerza contra la autoridad no legítima⁸⁵⁸.

“La legitimidad de la fuerza empleada por el Estado democrático en situaciones de excepcionalidad política no borra otros supuestos de ejercicio de una violencia institucional afectante a determinados sectores de la sociedad especialmente desprotegidos. Es posible decir que, a grandes rasgos, el proceso de juridificación-racionalización de los poderes públicos es ya una conquista histórica, pero quedan todavía instituciones en las que este proceso de juridificación-humanización de las estructuras jurídicas está todavía muy lejos de culminar.”

⁸⁵⁷ DEL ÁGUILA, Rafael, “Razón de Estado y razón cívica”, *Claves de la razón práctica*, nº 52, mayo 1995, pág. 18. intenta contestar transformando el concepto de razón de Estado en el de razón cívica, que sería “la forma que la razón de Estado puede adoptar bajo condiciones democráticas.” “la forma en que la razón de Estado puede hacerse buena en un contexto democrático exige su transformación en razón cívica.” Para este autor, como último recurso sólo puede seguirse la deliberación pública sobre los asuntos políticos como único mecanismo de justificación de las acciones”.

⁸⁵⁸ Así señalaría Locke que “quien hace uso de la fuerza contra su pueblo sin autoridad y contra la confianza que se había puesto en él, se halla en estado de guerra contra el pueblo, el cual tiene derecho a restablecer el ejercicio de su poder legislativo ¿Cómo?”, “En toda situación y condición, el verdadero remedio contra la fuerza desprovista de autoridad es el empleo de la fuerza.” Capítulo XIX “De la devolución del Gobierno” en LOCKE, Jonh, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit. págs. 206-233, en especial, párrafos 227 y ss. (págs. 217-233).

C) UN ÁMBITO PROPIO DE PROYECCIÓN DE LA BUENA RAZÓN DE ESTADO: LA REGULACIÓN DE LA FUERZA MILITAR EN EL ESTADO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Se apreciaba en epígrafes anteriores que es en el Estado social y democrático de Derecho en el único en el que toda la fuerza debe entrar en el *redil* del Derecho, ahora se acaba de afirmar que en el Estado constitucional la razón de Estado debe, también, incorporarse plenamente al mundo jurídico. Pues bien, una y otra idea están íntimamente conectadas puesto que la fuerza, y en concreto la fuerza militar, no es sino el último recurso para la protección del Estado social y democrático de Derecho y por ello en ella se harán especialmente presentes las exigencias de la buena razón de Estado.

En el Estado social y democrático de Derecho la fuerza no queda en modo alguno excluida, pues resulta instrumento necesario para la realización de *este* Derecho. Por el contrario, hasta el último reducto de la fuerza, y en concreto de la fuerza militar, debe insertarse efectivamente en el Derecho de forma completa. A diferencia de lo que ha sido el Derecho militar, una mera ordenación a efectos técnicos y organizativos de la fuerza armada para servir mejor los intereses de la clase dirigente, sin limitación alguna de la fuerza en sí, el Derecho ahora será también el que limitará el empleo de la fuerza y ordenará la organización militar de forma acorde al sistema político democrático.

La fuerza militar no se empleará contra quien no comparta la legitimidad del sistema, sino contra quien vulnere el normal ejercicio de los derechos y libertades de todos (orden público), o quienes pongan efectivamente en grave peligro al sistema que garantiza efectivamente tales derechos y libertades (ordenamiento constitucional). Ubicar la fuerza militar en el marco jurídico –no

Sobre el “legítimo” derecho a la resistencia de Locke, ver SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 394 y ss. “Sociedad y Gobierno” quien recuerda que para Locke “Toda invasión de la vida, la libertad o la propiedad de los súbditos es *ipso facto* nula, y un poder legislativo que intenta llevar a la práctica tales desmanes pierde su fuerza. En este caso el poder revierte al pueblo, que tiene que establecer un nuevo poder legislativo mediante un nuevo acto de legislación constitucional.”

sólo su organización- podrá no ser cuestión sencilla por las exigencias que impone la buena razón de Estado, pero no será en modo alguno tarea imposible. Lo que sí verá parapetada su entrada en el Derecho será el empleo de la fuerza militar por mor de la mala razón de Estado, esto es, el empleo de la fuerza para inconfesables intereses ajenos a la justificación democrática de la organización política. Como se ha analizado en profundidad, el esquema básico de ubicación y limitación de la fuerza armada en un Estado constitucional nos lo proporciona el desarrollo del Estado liberal. En el Estado social y democrático de Derecho hay que perfeccionarlo, adaptarlo al contexto y, sobre todo, conseguir que se haga efectivo.

La fuerza militar habrá de ser regulada por completo, puesto que en la medida en la que quede fuera del marco del Derecho podrá ser empleada a favor de la mala razón de Estado. Ahora bien, la necesidad de defender eficazmente el Estado constitucional -la buena razón de Estado- impondrá que la regulación de la fuerza militar, de ser imprescindible, se separe de elementos basilares del propio Estado que debe defenderse, pero siempre de forma justificada y con todo tipo de garantías.

La fuerza armada, por sus naturales caracteres y su necesaria eficacia resulta difícil objeto de inserción en un Derecho que garantiza los principios democráticos, los derechos y libertades, la división de poderes, etc. Tales principios pueden suponer, en ocasiones, obstáculos a la eficacia que el Estado constitucional requiere de su fuerza militar. No obstante, esta primera dificultad no será del todo insuperable puesto que la buena razón de Estado justificará las necesarias separaciones de estos principios. En segundo lugar, íntimamente unido a lo anterior, la inserción de la fuerza en el Derecho liberal democrático implica limitación tanto de fines como de medios. Tampoco este obstáculo será del todo insalvable. Los fines de la fuerza militar estarán legítimamente limitados a las misiones que le compete en el marco de la legitimación del Estado constitucional. No hay nada que esconder que quede fuera de la legitimidad y, por ello, que no pueda ser objeto de integración en el Derecho. Por cuanto a los medios, ciertamente la fuerza militar se verá limitada por una traba que

posiblemente otras fuerzas no tengan si no quedan guiadas por el respeto de la dignidad humana. La solución no podrá ser otra que poner todos los medios disponibles para compensar esta pérdida de eficacia.

IV. La paz de los derechos fundamentales no es sólo paz interna, es también paz exterior

A) LA PROYECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO A OTROS ESTADOS NO PUEDE ANTEPONERSE A LA SEGURIDAD DEL PROPIO ESTADO CONSTITUCIONAL

Como se ha señalado, los postulados del Estado liberal quebraban una continua tendencia histórica contraria a unas relaciones pacíficas universales. Se renunciaba a la guerra no defensiva contra los “pueblos libres”. No obstante, como tantos otros principios, no pasaron de la letra de unas Constituciones que, por lo general, no fueron más allá del papel. Sin embargo, el Estado social y democrático de Derecho recogería aquella idea y tendería a hacerla efectiva. El Estado es seguridad interior, paz de la dignidad, y el mantenimiento de dicha seguridad es su fin primario porque ello no es sino el ejercicio pacífico de los derechos fundamentales. Y la organización política tiene también que dotar de seguridad a la comunidad frente a los peligros del exterior que amenacen el sistema constitucional del Estado. El Estado social y democrático de Derecho, a diferencia de las tendencias universalistas romanas, no tiene, en principio, ansias expansionistas. En este sentido parece más cercano al egoísmo de la ciudad-estado griega⁸⁵⁹. Sin embargo, a diferencia de la *polis* griega, el Estado democrático hereda la no beligerancia del Estado liberal y pretende hacerla efectiva. Ello es así porque el interés del Estado que queda por encima de todo no es

⁸⁵⁹ Resulta interesante, en este sentido seguir a Sabine cuando introduce la teoría de la comunidad universal greco-romana. Los primeros pasos de las concepciones del Derecho natural, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 113 y ss. “Individuo y humanidad”, y págs. 118 y ss sobre la “ciudad universal”

otro que la preservación de la paz de los derechos y libertades en su seno.

Ahora bien, será ineludible para los Estados democráticos la proyección internacional de los principios que sustentan el régimen liberal democrático⁸⁶⁰: el reconocimiento de la dignidad y los derechos inherentes de toda persona. La exportación de estos principios es una tendencia lógica a la naturaleza universal de tales presupuestos y, en alguna medida, producto de la recepción democrática de las demandas sociales en los poderes públicos que desarrollan la política internacional⁸⁶¹. Asimismo, señala Fronsini que “Existe un nexo inescindible y un mutuo condicionamiento entre los valores y principios inspiradores de un ordenamiento interno y el modo de proyectarse a las relaciones internacionales⁸⁶².” En este sentido, añade Pérez Luño que si se proclaman valores como los de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, se “pecaría de incoherencia si no proyectara esos mismos valores en sus relaciones internacionales”⁸⁶³.

No obstante, este autor dota de vida a los Estados y únicamente atribuye dignidad, libertad o igualdad a éstos al afirmar que “al reconocimiento interno de la libertad, corresponde en el externo el consiguiente respeto por la libertad de los demás Estados; el valor de la igualdad implica en el plano transnacional el respeto por la idéntica y plena soberanía de todos los pueblos, lo que es incompatible con cualquier guerra de conquista, acto de agresión o

⁸⁶⁰ Así, cabe señalar por ejemplo la afirmación contenida en el punto 1. 3º Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado para establecer la fórmula y plazos para alcanzar la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, aprobado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados el 28 de mayo de 1998 y en sesión plenaria del Senado el 9 de junio de 1998 (BOCG nº 209, de 21 de mayo de 1998, págs. 2 y ss.), en el mismo se afirma:

“Los españoles estamos convencidos de la necesidad de dotarnos de una defensa eficaz que garantice el ámbito de seguridad imprescindible para seguir construyendo el sistema de libertades y el ámbito de bienestar económico y de igualdad social que nuestra Constitución proclama como modelo desde su primer artículo.

Al mismo tiempo, somos conscientes de que la defensa tiene un coste, el precio de la libertad, y supone un compromiso de contribuir, dentro de nuestras posibilidades, al mantenimiento de la paz mundial y a la defensa del sistema de valores y libertades que nuestra Constitución representa.”

⁸⁶¹ Así lo recuerda, con un optimismo desbordado MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit., pág. 244.

⁸⁶² PÉREZ LUÑO, Antonio-E., “La paz como valor constitucional”, cit. pág. 126.

⁸⁶³ *Idem*.

actitud imperialista [...] de ahí, que la paz internacional deba ser asimismo construida a partir del reconocimiento de la igual dignidad de los Estados, basada en la propia dignidad de los ciudadanos que la integran". Salvo la apostilla final parece olvidar este autor que la dignidad, igualdad y libertad que fundamentan el orden democrático tienen su principio y fin en el individuo y atribuir las a los Estados permite desconocer por completo la dignidad de los individuos que lo componen.

No son pocos, sin embargo quienes detectan que en modo alguno se da esta proyección del imperio de la ley, de los valores democráticos y los derechos fundamentales en el marco de las relaciones internacionales. En este sentido, antes de la caída del bloque socialista, si bien puede extenderse su afirmación para el presente, advertía Guatari que resulta significativo que la defensa de las libertades individuales y colectivas "no haya sido nunca una baza seria en las relaciones conflictivas Este-Oeste: es decir, que los países que garantizan esas libertades las consideran en el plano internacional tan sólo como elementos de proclamas y propaganda, pero se han acomodado al hecho de que los pueblos del otro bloque sean firmemente controlados" ⁸⁶⁴. Fernández García, siguiendo a Pistone recuerda en esta dirección que "No hay nada semejante a la limitación democrática de la razón de Estado y a su subordinación a la legalidad, también democrática, si dirigimos nuestra mirada a las relaciones internacionales" puesto que, "en las relaciones exteriores todos los Estados mantienen los armamentos, no sólo unos contra otros, sino que los refuerzan y perfeccionan sin descanso, y recurren al uso o a la amenaza de la fuerza para defender los propios intereses⁸⁶⁵." Este hecho para De Lucas delata una "falsedad democrática"⁸⁶⁶ que aquí, no obstante, no se comparte por completo.

Dado que ha sido en el marco del Estado donde ha podido alcanzarse el reconocimiento efectivo de la dignidad del individuo, el Estado constituye en principio el marco en el que haya de producirse un alcance universal del reconocimiento efectivo de la

⁸⁶⁴ Citado por DE LUCAS MARTÍN, Javier, "La noción de defensa... cit. págs. 88-89.

⁸⁶⁵ PISTONE, Sergio, voz "Razón de Estado", cit., pág. 1341.

⁸⁶⁶ DE LUCAS MARTÍN, Javier, "La noción de defensa... cit. págs. 89.

dignidad humana. Por ello, esta vocación humanista-democrática de los Estados democráticos no podrá anteponerse a la propia voluntad de los miembros que constituyen la comunidad política y, sobre todo, a la paz y seguridad de la dignidad de esta comunidad, premisa del Estado constitucional. Como advierte Herrero “tampoco puede sustituirse la percepción de la amenaza concreta por un altruismo universal que haga de la defensa de la paz y el orden internacional la motivación de una política de defensa y seguridad.”⁸⁶⁷

No obstante, cabe señalar en este sentido que la propia seguridad del Estado constitucional converge con esta tendencia a la expansión de sus postulados básicos, los principios democráticos y los derechos humanos. Y es que tal *exportación* puede ser entendida, incluso, como una política de seguridad del Estado democrático. La realidad enseña al Estado democrático que las organizaciones políticas no organizadas bajo el fundamento de los derechos fundamentales son, muy posiblemente, potenciales agresores. No en vano la historia demuestra que no ha habido nunca una guerra entre Estados democráticos, sólo entre Estados democráticos y no democráticos, así como entre no democráticos⁸⁶⁸. Se tratará, de un lado, de lograr, en la medida de lo posible, que las demás organizaciones políticas reconozcan efectivamente la dignidad del individuo lo cual implica por necesidad la democratización de otros Estados.

⁸⁶⁷ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 24.

⁸⁶⁸ En este sentido, de las trescientas cincuenta y tres guerras con más de mil víctimas ocurridas desde 1816 a 1991, no ha habido ninguna entre regímenes liberales democráticos (155 entre democracias y no democracias y 198 entre no democracias). Dichos datos los extraigo de RUMMEL, R. J., “Power kills; Absolute Power Kills Absolutely”, working papers of the Haiku Institute of Peace Research, 1991, dicho documento forma parte del primer volumen de materiales del seminario, MOORE, John N., “The Rule of Law: Controlling Government”, University of Virginia, School of Law, 1999.

Cabe señalar que, precisamente, la Guerra de Kosovo puede considerarse como la ocasión más próxima a una contienda entre Estados democráticos, si bien, el régimen yugoslavo no satisface las exigencias de respeto a las libertades públicas, puede afirmarse que cuenta con una significativa legitimación democrática.

B) LA RAZÓN DE ESTADO DEMOCRÁTICO LIMITA LA
PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LOS ESTADOS
DEMOCRÁTICOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

De otra parte, hay quienes afirman que “La democratización de la vida interna conduce a la democratización del Derecho internacional⁸⁶⁹.” Es decir, no sólo se trata de exportar en lo posible los derechos humanos y los principios democráticos a los otros Estados, sino en las mismas organizaciones y relaciones internacionales, de modo que se rijan por el respeto a tales presupuestos y la sumisión al Derecho. La cuestión no es en modo alguno nueva. En la historia, cuando se han seguido presupuestos humanistas de Derecho natural, es cuando la idea del Derecho internacional se ha hecho patente. Sería Grocio, especialmente, quien afirmase que los principios del Derecho natural que habían de regir internamente también habrían de regir las relaciones internacionales. Tanto Grocio como Kant, trataron de desarrollar una comprensión del Estado en el contexto precisamente de la sociedad de Estados⁸⁷⁰, y la paz perpetua habría de construirse a partir de los Estados y a decir de Kant, por medio de una federación⁸⁷¹. La paz eterna habría partido así del individuo, bajo la comprensión formal del Derecho de este autor. Con el liberalismo, la construcción de las relaciones internacionales por medio del Derecho se fortaleció, así como lo hizo la idea de que los principios que regían el Derecho interno eran o provenían de los principios que regían el Derecho internacional. Autores como Kelsen⁸⁷² o

⁸⁶⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit. pág. 244.

⁸⁷⁰ Como recuerda TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. pág. 256, en cuanto a la paz, Grocio “Piensa en un Estado universal, en una sociedad internacional formada por todos los Estados que tengan relaciones entre sí.”

⁸⁷¹ Sobre el pacifismo de Kant, entre otros, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, págs. 337-338, como recuerda este autor, para Kant no es un asunto de los príncipes, sino de los pueblos. La guerra una injerencia inadmisible en la autonomía del individuo y el mejor remedio contra las guerras es el comercio liberal, la moral democrática opuesta a las monarquías peligrosas para la paz y la transparencia democrática.

⁸⁷² Como es sabido, Kelsen culmina su búsqueda de un fundamento último de la ley fundamental inclinándose hacia el Derecho internacional afirmando que “Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preeestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado.” KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...* cit. págs. 190-191.

Mirkiné partirían de la unidad del Derecho⁸⁷³. Para el primero ello supondría confiar en una posible federación internacional de tipo kantiano; Mirkiné por su parte reconocería que había sido primero el Derecho interno el que había incorporado los principios democráticos, aunque finalmente se llevaría a cabo dicha internacionalización⁸⁷⁴. El intento de la Sociedad de las Naciones, impulsada por los Estados liberales constituyó un fracaso. Ha sido más tarde, tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial, cuando han comenzado a darse en la práctica algunos pasos más importantes en la gestación de una autoridad universal por medio de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, si bien, con no pocas carencias del todo consabidas.

La transposición de los principios democráticos como medio de pacificación universal se ha postulado entre otros autores por Held, quien apuesta por un “modelo federal de autonomía democrática”⁸⁷⁵. Se trataría de, una vez creada y consolidada la sociedad política de seres humanos en el marco de cada Estado, crear y consolidar la sociedad internacional bajo una autoridad suprema, siguiendo la premisa del reconocimiento de los derechos humanos que, ineludiblemente conducen a la democracia liberal.

Como considera WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit. págs. 264 y ss. se trataba de mantener la unidad del ordenamiento jurídico que se funda a partir de la primacía del Derecho internacional, lo que muestra, a decir de este autor que Kelsen queda bajo la influencia del pacifismo, confiando en una federación internacional.

⁸⁷³ Esta tesis la sostiene a lo largo de su obra MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit., en concreto, págs. 67 y ss. y 222 y ss.

⁸⁷⁴ “En la realidad histórica no existe a menudo identidad completa entre los principios del Derecho internacional y los del Derecho interno; el primero siempre ha ido retrasado con relación al segundo.” MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit., pág. 224.

⁸⁷⁵ Así, entre otros, HELD, David, *Modelos de democracia*, cit. en su epílogo, en especial “La democracia y el sistema mundial” y “Soberanía, autodeterminación y autonomía democrática”, no obstante este autor que percibe el nuevo marco de la interconexión mundial y sus repercusiones para la idea de soberanía estatal, no deja de señalar que no se puede desplazar al Estado-nación como el punto central de referencia. Señala Held que lo que es preciso es elaborar una teoría del siempre cambiante lugar del Estado democrático en el orden internacional. Sobre el tema más recientemente cabe remitir a la obra de este autor *La democracia y el orden global*, Paidós, Madrid, 1997.

La apuesta por un supraestado, con orígenes en Kant o Kelsen, la sigue Casamiglia en su trabajo publicado la revista *Sistema* n° 52, donde defendió como único camino paz el supraestado. Sin embargo, en CALSAMIGLIA, Albert, “De nuevo sobre la guerra y la cooperación”, cit. varía su posición y sostiene la búsqueda de la paz mundial a través de la cooperación.

Ahora bien, que las demás organizaciones políticas se fundamenten efectivamente sobre los derechos humanos y los principios democráticos, como sucede en el Estado social y democrático de Derecho, es una aspiración del mismo Estado tanto por fines altruistas cuanto por el positivo reflejo que ello tendría en su seguridad exterior. Pero en la medida en la que este hecho no se constata, estos ideales de paz perpetua no dejan de ser meros fines que no están al alcance de los Estados democráticos. Como reconocería un excesivamente optimista Mirkiné “La base real de la unidad del Derecho público se halla precisamente en eso: en que los pueblos libres, dueños de sus destinos, influyen directamente, por medio de sus Parlamentos en los acuerdos de sus gobernantes respecto a la política extranjera. El *ius gentium* de la paz sólo es posible merced a los progresos de la democracia⁸⁷⁶.” Y no hay pueblos libres sin no parten del reconocimiento efectivo de la dignidad de los individuos que los componen, es decir, si no se trata de Estado social y democrático de Derecho. Por tanto, sin democracia universal, en todas y cada una de las organizaciones políticas, no es posible la paz universal de la dignidad, ni es posible que se dé tal unidad entre el Derecho interno y el Derecho internacional.

La realización de estas ideas es una utopía desde el momento en el que no se toma en consideración la razón de Estado, la cual desconocían tanto Grocio como Kant⁸⁷⁷ a la hora de dar cauce a sus aspiraciones universales. Si bien el ámbito de la defensa del Estado, y en concreto la defensa militar, son marcos propios donde se manifiesta la razón de Estado, su máxima proyección se ha dado continuamente en el marco de las relaciones internacionales. Como recuerda Pistone, es la misma “anarquía internacional” la que impone “a los estadistas violar sistemáticamente, para garantizar la

⁸⁷⁶ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit., pág. 244.

⁸⁷⁷ Así nos lo recuerda MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 212, cuando señala como en el *Prolegomena*, de Grocio & 57, señala que “He eliminado de mi libro todo aquello que pertenece a otros terrenos, como, por ejemplo, la teoría de lo útil, pues esta pertenece al arte especial de la política”

De Kant, obvio es decirlo es conocida su completa anteposición de la moral a la política, tal y como antes se ha señalado, así, por ejemplo, en su paz perpetua

seguridad exterior del Estado, los principios aplicados a la vida interna del Estado, fuera de las situaciones excepcionales recordadas⁸⁷⁸." Como señala Fernández, en el marco internacional, "el comportamiento según la tesis de la doctrina de la razón de Estado es la regla y no la excepción." Es Meinecke quien mayor atención presta a este fenómeno, y recuerda que "el Derecho Internacional y la razón de Estado se hallan en una inevitable lucha recíproca. El Derecho Internacional trata de reducir la libertad de movimientos de la razón de Estado, revistiendo a la acción política de todo el carácter jurídico posible. La razón de Estado, por su parte, se rebela contra estas limitaciones y utiliza el Derecho, e incluso abusa a menudo de él, como medio para sus fines egoístas.⁸⁷⁹" Y es que como este autor recuerda "En el interior del Estado la razón de Estado puede conciliarse con el Derecho y la moral", "el mismo Estado tiene un interés propio en obedecer el Derecho que él mismo promulga y en fomentar con su propio ejemplo la moral civil en el interior. La moral, el Derecho y la fuerza pueden por eso funcionar armónicamente en el interior del Estado", sin embargo "Esta posibilidad no existe en las relaciones del Estado con otros Estados. El Derecho sólo es observado cuando existe un poder que tiene la fuerza suficiente para garantizarlo⁸⁸⁰."

En los Estados no democráticos la buena y mala razón de Estado se mantienen confusas. El mantenimiento de la seguridad del Estado, seguridad del terror o, lo que es lo mismo, los intereses de la clase dirigente servirán para justificar el desconocimiento del Derecho internacional. Pero la misma razón de Estado democrática impone la necesidad de hacer prevalecer la seguridad del Estado, la cual no puede ponerse en riesgo ante aspiraciones universales y a costa de un Derecho internacional que, aun inspirado en los derechos humanos, su cumplimiento por otras organizaciones políticas no queda garantizado.

⁸⁷⁸ PISTONE, Sergio, voz "Razón de Estado", cit. pág. 1342.

⁸⁷⁹ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 212.

⁸⁸⁰ *Ibidem* pág. 15.

CAPÍTULO VI. FUERZAS ARMADAS, CONSTITUCIÓN Y DERECHO EN ESPAÑA DESDE EL AVENIMIENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

I. La peculiar constitucionalización de lo militar y la defensa en España

A) LAS FUERZAS ARMADAS COMO OBJETO EXTRAÑO DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Pese a la indudable naturaleza pública de las FAS y su inclusión dentro de los poderes del Estado, las constituciones parecen rehuir la regulación de las FAS, como algo incómodo, tabú; no se las trata como a una parte más de la Administración⁸⁸¹. Ello obedece principalmente a dos causas: el peso histórico-político de la actuación del poder militar o del mal empleo de la fuerza armada y, de otra parte, la particular naturaleza de este ámbito tan unido a la excepcionalidad y la necesidad, que por sí dificulta la aprehensión por el Derecho⁸⁸².

Sin perjuicio de los contenidos de la regulación constitucional, cabe señalar la distinta significación que tiene el hecho de una mayor o menor extensión de dicha regulación de lo militar. De un lado, una escasa incorporación al texto de la ley de leyes del fenómeno militar puede implicar que se da cobertura a la existencia del poder militar, esta sería la visión que se puede desprender de nuestro constitucionalismo histórico. Al estamento armado se le concebía bastante al margen del sistema político civil que constitucionalmente se configuraba. En contextos políticos con

⁸⁸¹ Así, por ejemplo, CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", cit., en concreto, pág. 8.

⁸⁸² Ello nos lo recuerda PORRAS NADALES, Antonio, "Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España", cit. pág. 194:

"por definición el presupuesto de la defensa suele darse vinculado a supuestos de excepcionalidad en el funcionamiento y objetivos de los mecanismos políticos. De ahí que la posibilidad de una constitucionalización integral aparezca en realidad como un supuesto teórico, ya que un texto normativo creado en el tiempo difícilmente puede contemplar la infinidad de situaciones excepcionales que las circunstancias extraordinarias puedan determinar en el futuro"

negativas experiencias militares, siempre que la voluntad sea descartar cualquier tipo de autonomía política para las FAS o un mal empleo de las mismas por el poder, la seguridad jurídica aconseja regular expresamente diversos aspectos del ámbito militar. Así, la constitucionalización de lo militar no acostumbra a la brevedad donde existe poca tradición de respeto de la supremacía civil y/o una reciente de la participación política de las FAS -como en España, Grecia⁸⁸³ o Portugal⁸⁸⁴- o donde se pretende resarcirse de

⁸⁸³ En el mes de julio de 1974, desaparecía el régimen dictatorial de “los coroneles” y el 9 de junio de 1975 se aprobó la Constitución de la República de Grecia, modificada en 1986. En su texto se recogen numerosos preceptos relativos a lo militar y la defensa destacando especialmente la exigencia de neutralidad y apartidismo: art. 4 (servicio militar obligatorio y defensa de la Patria por todo ciudadano); art. 6 (puesta en libertad de funcionarios militares); art. 14 (limitación de informaciones relativas a la defensa militar o dirigidas a la subversión por la fuerza); art. 18 (leyes especiales de requisa y movilización); art. 21 (atención del Estado a víctimas de guerra); art. 22 (leyes especiales de movilización para guerra o necesidad); art. 27 (ley para permitir tropas extranjeras); art. 29 (prohibición absoluta de manifestaciones políticas a militares); art. 30 (prórroga presidencia para el caso de guerra); arts. 35, 36 y 37 (refrendo de la declaración presidencial de la guerra y comunicación a las cámaras); art. 45 (suprema jefatura de las FAS por el Presidente República, cuyo mando efectivo es del Gobierno); art. 48 (derecho de excepción); art. 53 (prolongación de la legislatura en caso de guerra); art. 56 (inegibilidad de miembros de las FAS); art. 68 (mayoría absoluta en comisiones de defensa); art. 73 (procedimiento legislativo en materia de leyes relativas al estatuto de militares); art. 96 (leyes especiales sobre Tribunales militares, excluidos para civiles, independencia de la jurisdicción militar); art. 119 (relativo a la incompatibilidad de los militares). Una breve referencia a la evolución político militar en Grecia puede seguirse en AGÜERO, Felipe, *Militares, civiles y democracia...*, cit., pág. 363 y en SMOKOVITIS, Dimitrios, “Grecia”, en AA. VV. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, (MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991., págs. 321-328.

⁸⁸⁴ En Portugal, el papel de los militares en la salida del régimen de Salazar fue totalmente contrario al de las FAS españolas pues fueron ellos -los militares- los que pusieron fin a dicha dictadura. Este papel desempeñado se expresaría en la Constitución que se redactó directamente bajo la tutela del Movimiento de las FAS, dando lugar a un texto que, hasta su posterior reforma en 1982, no reunía los requisitos de democraticidad por cuanto a la sumisión del poder militar bajo el poder civil, no obstante, fue luego modificada. Sobre ello, véase CASADO BURBANO, Pablo, “La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, nº 66, enero-marzo 1977, págs. 13-30, en concreto, págs. 25-27 y, en especial, FREITAS DO AMARAL, Diogo, “La Constitución y las Fuerzas Armadas”, *Revista de Estudios Políticos*, 60- 61, abril- septiembre de 1988, págs. 607- 620.

La Constitución portuguesa de 1976 (revisada en 1982, 1989 y 1992) es, como es sabido, una de las constituciones más extensas en el constitucionalismo comparado. Desde un inicio, su atención al fenómeno militar y de la defensa fue bien amplio. Sin perjuicio de atenciones concretas, así como de su propio preámbulo, en el que se destaca el propio avenimiento constitucional tras la actuación de las FAS baste señalar los preceptos del texto que atienden a esta parcela: art 7 (solución pacífica en conflictos internacionales); art. 15 (negación del servicio en las FAS a los extranjeros), art 19 (derecho de excepción); art. 21 (derecho de resistencia); art. 27 (excepción a los militares en garantías de la libertad); art. 31 (reconocimiento del *habeas corpus* en la justicia militar); art. 41 (reconocimiento del derecho a

la pretérita actuación de la fuerza militar –como en Alemania o Austria⁸⁸⁵-. Y es que, como advierte Alonso Báquer, “la dinámica

la objeción de conciencia); art. 46 (limitación de asociaciones de tipo militar); art. 123 (atribución al Presidente de la República de la Comandancia Suprema de las FAS); art. 136 (presidencia del Consejo Superior de Defensa Nacional y nombramiento de altos cargos militares); art. 137 (reiteración comandancia suprema y competencia del Presidente de la República en materia de Derecho de excepción); art. 138 (reparto de poderes en declaración de guerra y paz); art. 141 (reparto de poderes en materia de estado de sitio); art. 148 (competencia del Consejo de Estado en materia de guerra y paz); art. 167 (reserva de ley absoluta sobre defensa, bases de la organización militar y derechos del militar); art. 215 (reconocimiento de la jurisdicción militar y competencia de ésta para juzgar a civiles); título X de la Defensa Nacional: art. 273 (objetivos de la defensa nacional); art. 274 (existencia del Consejo Superior de la Defensa, ahora consultivo); art. 275 (atribución a las FAS de la defensa militar); art. 276 (sistema de servicio militar obligatorio).

⁸⁸⁵ En Alemania el peso del principio monárquico en el ámbito militar ha sido tradicional desde el siglo pasado, y en alguna medida aún persiste en el presente régimen constitucional, como se advertirá en algunos apartados. No obstante, tras la II Guerra Mundial se buscó en Alemania una nueva fuente de legitimación para las Fuerzas Armadas, para lo que se varió el orden de valores habían inspirado a las mismas: los Ejércitos dejan de ser guerreros para convertirse en instrumentos de la paz. Al respecto, véase GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado”, *Revista Española de Derecho Militar* nº37, (1979), págs. 93 a 177, en concreto págs. 115 y ss.; y FLECKENSTEIN, Bernhard, “Alemania Federal”, en AA. VV. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit. págs. 232-253.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 recoge la parcela militar en muchos preceptos de su articulado: art. 4 (Libertad de conciencia. Objeción al servicio militar); art. 12 A (Prestaciones personales obligatorias); art. 17a (Limitaciones de los derechos fundamentales de quienes cumplen el servicio militar o la prestación civil sustitutoria); art. 24 (Sistemas colectivos de seguridad, atribución de competencias Federación-Lander); art. 26 (Prohibición de la guerra de agresión); art. 35 (Auxilio jurídico e interorgánico en materia de seguridad y situaciones extraordinarias); art. 36 (tenencia en cuenta de los Lander en materia de legislación militar); art. 45b (Comisionado de la Dieta Federal para las Fuerzas Armadas); art. 60 (Nombramiento de los funcionarios civiles y militares); art. 65a (Poder de mando sobre las Fuerzas Armadas); art. 74 (Materias objeto de legislación concurrente –secuelas de la guerra); art. 87a (Fuerzas armadas defensivas y limitación de su empleo); art. 87b (Administración militar federal); art. 96 (Tribunales federales facultativos relativos a las FAS); art. 115 b (Poder de mando del Canciller sobre las Fuerzas Armadas en caso de guerra); art. 115 l (Derogación de las medidas extraordinarias. Fin del caso de defensa, conclusión de la paz); art. 120 (Gastos de ocupación y cargas de la guerra); art. 137 (limitación de la elegibilidad de funcionarios, soldados y jueces); art. 139 (Preceptos sobre la “Liberación del Pueblo alemán del Nacionalsocialismo y Militarismo “); art. 141 (servicios religiosos en el Ejército).

La Constitución de Austria, inicialmente promulgada en 1920 ha sido objeto de numerosas reformas. En el ámbito de lo militar y la defensa son, también, numerosos los preceptos en el texto: art 7 (reconocimiento íntegro de los derechos políticos a los militares), art. 9 A (determinación de la defensa nacional y neutralidad y servicio militar obligatorio); art. 10 (competencia federal sobre cuestiones militares); art. 15 (competencia en materia de edificaciones militares); art. 20 (exigencia de secreto en materia de defensa); art. 38 (reunión conjunta de las cámaras para declaración de guerra); art. 40 (publicación acuerdos de declaración de guerra); art. 51 B (gastos de defensa); art. 52 A (Comisiones del Consejo Nacional relativas a la defensa nacional); art. 81 (cuerpos de vigilancia de estructura militar); Título IV del Ejército federal: art. 79 (atribución de la defensa militar al Ejército federal, misiones y marco de actuación); art. 80 (atribución del mando del Ejército al

que conduce a la implantación de un régimen militar, con la quiebra del constitucionalismo que ello entraña, tiene mucho que ver con la flexibilidad de la Constitución misma y con el grado de integración que en la Constitución se dibuje para las instituciones militares”⁸⁸⁶. Para evitar estas dinámicas, en especial en estos sistemas políticos con una negativa experiencia, como señala Oehling, “frecuentemente los preceptos constitucionales procuran precaver el desborde institucional a que son proclives los Ejércitos políticamente.”⁸⁸⁷

Por el contrario, opina Casado que “los textos constitucionales no suelen ser muy expresivos en lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, precisamente para no dar pie a que a éstas se arroguen otras funciones que no sean la genuina y específica defensa armada”⁸⁸⁸. A mi juicio, esta afirmación sólo es válida en aquellos contextos en los que por no existir una negativa trayectoria político-militar, no se ha dado la necesidad de regular ampliamente esta parcela, por no resultar necesario expresar las limitaciones a la fuerza militar que ya se hallan en una constante tradición democrática constitucional.

En nuestro país, tanto una negativa inercia militarista de dos siglos, cuanto, en especial, la trayectoria política seguida por los Ejércitos españoles durante el franquismo, justifican la opción del constituyente de conceder importantes espacios para la regulación

Presidente federal y al Ministro federal); art. 81 (competencias de los Lander en materia militar); art. 84 (limitación de la jurisdicción militar a tiempos de guerra). Art. 102 (atribuciones federales en materia militar); art. 146 (ejecución resoluciones del Tribunal Constitucional por las FAS).

⁸⁸⁶ Ver, ALONSO BAQUER, Miguel, “Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española”, cit. pág. 2432.

⁸⁸⁷ OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967., pág. XVI del prólogo. Cabe recordar no obstante, que este autor no percibe positivamente este hecho en tanto en cuanto en esta obra apoyaba la función política militar. Sin perjuicio de volver sobre su tesis sostenida, base señalar cómo continúa su cita: “[las constituciones] Niegan en lo normativo y en lo escrito lo que a cada instante ofrece la realidad [...] y por ello excluyen a las Fuerzas Armadas de la actividad política que tan resueltamente ejercen en la realidad”.

⁸⁸⁸ CASADO BURBANO, Pablo, en su *Iniciación al Derecho Constitucional Militar...* cit. pág. 13.

del fenómeno militar⁸⁸⁹. Así, hay quien ha considerado “exhaustiva” la dedicación constitucional a las FAS⁸⁹⁰.

B) ÁMBITOS PROPIOS EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LO MILITAR EN EL PRESENTE SIGLO Y SU SIGNIFICACIÓN BÁSICA

En todo caso, sin perjuicio de la mayor o menor atención constitucional a lo militar, especialmente en el siglo XX, el Estado democrático ha pretendido racionalizar la ubicación de las FAS en su seno; dicho interés se instrumentó por medio de la Constitución. Se pretendía alcanzar tres finalidades mutuamente coherentes:

1- Introducir en el seno del Estado a la organización militar

2- Reducir al mínimo los niveles de autonomía funcional de la organización militar, trasladando a órganos políticos del Estado facultades tradicionalmente en manos de la cúpula del mando castrense.

y 3- Rearticular el equilibrio estructural entre esos órganos políticos, reconociendo facultades de dirección al Gobierno, que

⁸⁸⁹ Ello lo subraya particularmente GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio”, cit. págs. 178-179, quien afirma que, al margen de nuestra historia constitucional, “la peculiar trayectoria política seguida por los Ejércitos españoles durante el franquismo, sea a nuestro entender mucho más determinante a la hora de justificar la opción del constituyente de 1977-78.”, y a ello añade que “No resulta extraño que, una vez recuperadas las libertades democráticas, la excepcionalidad de la situación descrita exigiera una clara redefinición de su papel. Un papel necesariamente subordinado a la autoridad civil. Se trataba ahora, era lógico, de integrarlos sin sombra de duda y de forma natural, en el nuevo orden constitucional; de erradicar la excesiva politización a la que se vieron abocados sus jefes y oficiales; de abandonar definitivamente “la falacia de creer que sólo las armas y los modos de la guerra pueden ser eficaces para mantener integrada una sociedad [...], para luchar eficazmente contra los trastornos del orden público, inevitables en cualquier sociedad” [cita que pertenece al GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo, en su prólogo a BALLBÉ, Manuel *Orden público y militarismo...*, cit., págs. 12-13].”

⁸⁹⁰ Así, PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 9 a 22, quien afirma que “a diferencia de las Constituciones españolas anteriores o de otras de nuestro entorno (la francesa o la italiana, por ejemplo), que apenas mencionan a los Ejércitos, o de la Ley Fundamental de Bonn de 1948 [lo cual no es del todo cierto, como se acaba de advertir], que lo hace para excepcionar a los militares y a los que hacen la prestación social sustitutoria del régimen común de derechos fundamentales, la Constitución española, como este libro pone de manifiesto, les dedica una regulación exhaustiva”.

directa o indirectamente emana de la soberanía popular, al tratarse de un Gobierno democrático⁸⁹¹.

En la actualidad, de la apreciación del marco constitucional comparado, puede entenderse como natural que, cuanto menos, sean recogidos en la norma de normas los siguientes aspectos relativos al ámbito militar:

-Ubicación de las FAS en el sistema de poderes, sujeción a los poderes civiles y mutua limitación de éstos. Determinación del mando de las FAS.

-Referencias a la singularidad del estatuto jurídico del militar.

-Modelo de FAS, en relación con el servicio militar obligatorio o la profesionalidad de sus miembros.

-Existencia o no de una jurisdicción militar y alcance de la misma⁸⁹².

Así, éstos aparecen recogidos con mayor o menor definición en la mayoría de las constituciones de nuestro marco europeo. Lo que no suele resultar usual en el constitucionalismo occidental es la expresión de las misiones que competen a la fuerza militar⁸⁹³. Así,

⁸⁹¹ Estas notas se siguen básicamente de BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. pág. 24 así como de la lectura conjunta de diversos estudios. PORRAS NADALES, Antonio, "Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España", cit. pág. 188 señala genéricamente que lo propio del constitucionalismo es "conducir lógicamente a la sujeción del Cuerpo de las FAS, a los órganos supremos de dirección política del Estado, lo que exige la integración del poder de *alto commando* en el esquema orgánico de los poderes del Estado." Así como, a garantizar la neutralidad y la incapacidad de cualquier actuación autónoma (ob. cit. pág. 194).

⁸⁹² Dichas afirmaciones se establecen una vez analizado el contenido de la regulación de la defensa y lo militar en las Constituciones europeas, regulación que, por su extensión resulta innecesaria reproducir aquí y se hará, en su caso, en el marco de atención de cada aspecto concreto. En nuestra doctrina se encuentra alguna referencia al contenido usual de las constituciones respecto de lo militar. Así para AGUIAR DE LUQUE, Luis y BLANCO CANALES, Ricardo *Constitución Española 1978- 1988*, Comentario sistemático, Madrid, 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Tomo I, en su comentario al art. 8, lo que resulta usual en una Constitución es la referencia a la existencia de las FAS; la forma de fijar y seleccionar los efectivos de defensa, y -por último- destacar el sometimiento de los Ejércitos al poder civil. CASADO BURBANO, Pablo, en su *Iniciación al Derecho Constitucional Militar...* cit. pág. 13 afirma que "es frecuente encontrar en las Constituciones preceptos referentes a esta misión [la defensa armada específica], a las competencias de los distintos órganos políticos en materia militar y a las limitaciones que los ciudadanos, militares o no, pueden sufrir en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales por razón de esa misma defensa armada".

⁸⁹³ Así lo recuerdan CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", cit. pág. 14, y MARTÍ COLL, Antonio, "Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las FAS y del comportamiento de estas respecto a aquéllas", cit. pág. 2660.

esta regulación de las funciones de las FAS sólo se da en Alemania, Austria, Portugal y España⁸⁹⁴, por lo cual, en esta materia, nos asemejamos en mayor medida al constitucionalismo sudamericano⁸⁹⁵.

Cabe señalar, por último, lo positivo que resulta el mero hecho de la constitucionalización de las FAS en España, esto es, el significado autónomo que en sí tiene su regulación en la norma de normas. Blanco Valdés sitúa a las FAS dentro de un texto constitucional que eleva a la calidad de democrático social y de Derecho al Estado⁸⁹⁶. Con la constitucionalización, el Estado toma el poder de fijar el presupuesto de las FAS, de establecer su organización general, y las convierte en organismos administrativos propios⁸⁹⁷. La Constitución no reconoce únicamente la existencia de unas FAS, sino que marca los contenidos mínimos de la legislación a ellas referente, los vincula necesariamente al resto de la ley de leyes⁸⁹⁸. El mero hecho de su inclusión constitucional supone, pues,

⁸⁹⁴ Constitución de Alemania (artículo 87. A), Constitución austríaca (artículos 9 y 79) y la Constitución portuguesa. En esta última estas misiones se recogen en el artículo 3. 2º y en el Título X de la Fuerza militar, entre ellos el artículo 273 que desarrolla ampliamente las funciones de las fuerzas armadas: “garantizar la independencia nacional, la unidad del estado, la integridad del territorio, el funcionamiento regular de las instituciones democráticas y el cumplimiento de la Constitución y, finalmente, las condiciones que permitieron la transición pacífica y pluralista de la sociedad portuguesa a la democracia y al socialismo.” Tras la reforma constitucional 30 de septiembre de 1982, sólo el artículo 275 alude a las fuerzas armadas. Los funciones que se les atribuyen en este nuevo preceptos son la defensa militar de la República y la colaboración, en los términos de la ley establezca, en tareas relacionadas con satisfacción de necesidades públicas y la mejora de la calidad de vida de la población.

⁸⁹⁵ Al respecto de las funciones constitucionalmente atribuidas, si bien desfasado por el desarrollo histórico, puede verse el trabajo de SANTA - PINTER, J. J., “Regulación constitucional de las Fuerzas Armadas en Hispanoamérica” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 39 (1965), págs. 173-196, en concreto, págs. 178 -181. Sin haber podido ser consultada por quien suscribe, cabe remitirse a la más reciente obra AA. VV. *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y España*, Tecnos, Madrid, 1992. Referencias indirectas más recientes en algunos países latinoamericanos pueden seguirse, también en QUINTERO, César, “La jurisdicción militar en el Perú” y PINTO FERREIRA, Luis, “La jurisdicción militar y la Constitución en la República Federativa del Brasil”, ambos incluidos en AA. VV. *La jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, cit., págs. 353 a 464 y 109 a 130, respectivamente.

⁸⁹⁶ En este sentido, BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. pág. 28.

⁸⁹⁷ Así, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas...” cit. pág. 14.

⁸⁹⁸ Al respecto, ver, BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar...” pág. 58; SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, (2ª ed. ampliada), Civitas, Madrid, 1985, págs. 123-143, en concreto, pág. 126, y especialmente CASADO BURBANO, Pablo,

la imposibilidad de excluir, de algún modo, la completa sujeción de la Institución castrense a la norma suprema. Por ello, cabe reconocer el acierto nuestra doctrina cuando afirma la existencia de un “Derecho constitucional militar”⁸⁹⁹.

II. La constitucionalización de lo militar y la defensa en 1978

A) EL PUNTO DE PARTIDA: EL PESO DE LOS MILITARES EN LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA

No es éste el marco para atender profundamente el contexto político en el que se llevó a cabo el período constituyente en España; para ello existen magníficos trabajos a los cuales basta remitirse⁹⁰⁰.

Iniciación al Derecho Constitucional... cit. págs. 13 y ss. En referencia al artículo 8 CE, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, *Revista de Administración Pública*, 100- 102, enero-diciembre de 1983, págs. 949- 971, en la pág. 952 considera que supone “la definitiva constitucionalización explícita y plena de las Fuerzas Armadas en nuestro sistema político, su inserción en el Estado constitucional de Derecho”, “integra netamente a FAS en la estructura constitucional, no sólo por ser regulado constitucionalmente, ni por darle una función constitucional, sino por hacer que la propia estructura orgánica interna se ajuste a los principios de la Constitución.”

⁸⁹⁹ Tal terminología es empleada por SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, cit. pág. 129; por CASADO BURBANO, Pablo, en su *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, cit. y BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar: apuntes jurídico constitucionales sobre una realidad estatal”, cit. quien recuerda que este Derecho constitucional militar comprende “no sólo lo que la Constitución establece sobre las Fuerzas Armadas, sino también el contenido de legislación complementaria o e desarrollo de la misma”.

⁹⁰⁰ Así, sobre la transición española en general puede verse, FERRANDO BADÍA, Juan *Del autoritarismo a la Democracia*, cit., en concreto, págs. 117 y ss.; AA. VV, *Historia de la transición y consolidación democrática en España (1975-1986)*, Congreso Internacional con el mismo título, TUSELL Javier y SOTO Álvaro (dirs.), 2 vol., Editado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1995; AA. VV. *Transición política y consolidación democrática (1975-1986)*, (compilada por Ramón García Cotarelo), Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1992; DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *La crisis del Estado franquista*, Labor, Madrid, 1977.

Desde la perspectiva militar concreta, resulta de especial interés el ya citado trabajo de AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit.; así como MORA RODRIGUEZ, Fernando, “Ejército y transición política. Del Franquismo al Ejército constitucional”, y NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos, “La política de defensa durante la transición y consolidación democrática”, en AA. VV, *Historia de la transición y consolidación...* cit. págs. 127-140 y págs. 177-194, respectivamente, pertenecientes al volumen I. Véase, también, GONZÁLEZ GARCÍA, Manuel, “Las FAS, pariente pobre de Franco”, en PRESTON, Paul y otros, *España en crisis: la evolución y decadencia del régimen de Franco*, FCE, Madrid 1977, págs. 59-84, así como el monográfico dedicado al papel de las FAS en la transición de la *Revista de Investigaciones Sociológicas*, nº 36, octubre-diciembre de 1986.

Sin embargo, sí que es menester operar unas mínimas consideraciones al respecto de dicho contexto, por cuanto en él se elaboró la actual Constitución.

Dado el peso y el papel político del Ejército durante el período franquista, el advenimiento del régimen democrático resultaba para las FAS admisible –aunque no deseable– siempre que se respetara su posición en el Estado. En España, la mayor parte de los militares eran contrarios a que se alteraran las características fundamentales de las instituciones franquistas, “después de Franco, las instituciones”⁹⁰¹. El carácter de no ruptura de nuestra transición supuso que el Ejército no sufriese purgas como sí sucedió en otros países⁹⁰². La cúpula predominante en las FAS en los primeros años de la transición –de claro carácter reaccionario⁹⁰³–, no previó todos los cambios y el ritmo en que se darían tras la muerte del dictador.

El poder civil aprovechó la agenda política y el ritmo de los cambios que controlaba; el poder militar no supo dar respuesta acertada y oportuna para oponerse a los mismos. El Ejército, a decir de Agüero, difícilmente podía haber conseguido una regresión antidemocrática o represiva, pero sí que pudo retrasar la reforma o llevarla por otro curso⁹⁰⁴. Este autor señala que “el control civil de la agenda transicional, el refrendo público a las incipientes instituciones democráticas y el alto grado de cohesión civil fueron

⁹⁰¹ PUELL DE LA VILLA, Fernando, *Gutiérrez Mellado. Un militar del siglo XX (1912-1995)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997, pág. 187 recuerda estas palabras como consigna interiorizada por el Ejército.

⁹⁰² Al respecto, véase, especialmente, LINZ, Juan J. “La transición a la democracia en España en perspectiva comparada”, en AA. VV. *Transición política y consolidación...* cit. págs. 431-457. En España, en contraste con Grecia, Portugal o Argentina, la democratización no surgió del colapso del régimen anterior; uno de los elementos de continuidad más visibles fue el Ejército, institución en la que no se acometieron las *sustituciones* que en los países citados tuvieron lugar.

Como afirma HILLERS DE LUQUE, Sigfredo, “Las Fuerzas Armadas y la Constitución... cit. págs. 83-84, “dadas las características jurídico-sociológicas del Ejército era imposible pensar en una depuración... el nuevo Régimen es consciente que no basta con gobernar desde el “Boletín Oficial del Estado”, sino que es necesario –si quiere perdurar– ganarse a la sociedad, o al menos, dominar las principales instituciones de la sociedad”.

⁹⁰³ Esto es, los componentes de la denominada “línea dura” o “*búnker* militar” (ver, Fernando MORA RODRIGUEZ, “Ejército y transición política... cit. págs. 133 y ss). Este sector se caracterizaba por la permanencia en los viejos moldes, en la necesidad del mantenimiento del orden público, el discurso anticomunista y la conservación de los valores tradicionales.

⁹⁰⁴ AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. pág. 30

los factores que se conjuntaron para inclinar la balanza a favor de una democratización coronada por el éxito.”⁹⁰⁵ A estos factores hay que añadir el papel del Rey, que ejercía el mando supremo de las FAS según lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley Orgánica del Estado⁹⁰⁶. La decidida posición mantenida por el Monarca en favor de un régimen democrático “sería realmente notable en orden a su feliz culminación.”⁹⁰⁷

La habilidad del Presidente Suárez hizo que ciertos sectores conservadores de las FAS confiaran en él⁹⁰⁸, poco a poco, éste se fue haciendo fuerte con el apoyo democrático, lo suficiente para poder romper algunas promesas efectuadas a estos sectores. Sucesivamente, los deseos de los militares se fueron importunando. La legalización de los sindicatos supuso la dimisión del vicepresidente De Santiago, pues “éstos eran responsables de los desmanes cometidos en la zona roja”. El nombramiento como vicepresidente del general Manuel Gutiérrez Mellado -conocido reformista- suscitó nuevas reticencias⁹⁰⁹. Se oficializó el disgusto militar con la legalización de los comunistas, acto que había “provocado una repulsa general en todas las Unidades del Ejército”⁹¹⁰ y la dimisión del Ministro de la Marina. Tras los fracasos

⁹⁰⁵ *Ibidem.*, pág. 13

⁹⁰⁶ Art. 6: “El Jefe del Estado [...] ejerce el mando supremo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, vela por la conservación del orden público en el interior y de la seguridad del Estado en el exterior”.

⁹⁰⁷ Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Revista de Derecho Militar*, año 1993, enero-junio, págs. 13-71, en concreto, pág. 24.

⁹⁰⁸ Sobre los iniciales contactos de Suárez con los altos mandos militares, ver AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. págs. 137 y ss. Tras estos contactos en 1976, el almirante Pita de Veiga, afirmaba, “mi conciencia está tranquila, porque la reforma democrática se hará desde la legalidad franquista.”-pág. 139-.

⁹⁰⁹ En este sentido el Presidente Suárez afirmaba respecto del nombramiento: “sé que a Gabriel Pita y a algún otro les va a sentar como un tiro”, Ver, PUELL DE LA VILLA, Fernando, *Gutiérrez Mellado. Un militar del siglo XX...* cit. pág. 189-190. Se hacía referencia, claro está al almirante Pita de Veiga, que dimitiría irrevocablemente de su cargo de Ministro de la Marina tras la legalización del Partido Comunista el 9 de mayo de 1977.

Tras los fracasos de sus posicionamientos, a partir de 1977 la facción conservadora iniciaría lo que se ha dado en llamar la *fase conspiratoria*. (En enero de tal año, el *Diario Alcázar* tituló: “situación prerevolucionaria”. Ver, MORA RODRIGUEZ, Fernando, “Ejército y transición política... cit. págs. 137 y ss.

⁹¹⁰ Así se expresó el Consejo Superior del Ejército el 16 de abril de 1977. En dicho comunicado se afirmaba que se admitía disciplinadamente el hecho consumado.

de sus posicionamientos, a partir de 1977 la facción conservadora iniciaría lo que se ha dado en llamar la *fase conspiratoria*⁹¹¹.

En este año se aprobaría el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se limitaba al máximo la participación militar en la vida política⁹¹², el mismo, a juicio de Garrido, era “necesario para reforzar mediante ciertas garantías jurídicas la imposibilidad de actuación autónoma de las Fuerzas Armadas, pero acaso de dudosa eficacia”⁹¹³ ante las vías de hecho de la participación política militar.

Por los motivos vistos, el estamento militar adquirió no poca influencia en el período de la transición, proceso en el que la actitud que guardarán las FAS iba a ser factor decisivo en el éxito o fracaso de la empresa. Las FAS tuvieron su influencia en la elaboración de la Constitución y, del mismo modo, en las Reales Ordenanzas de las FAS que fueron promulgadas un día antes de la entrada en vigor del texto constitucional.

B) LA CONSECUENTE INFLUENCIA DEL PODER MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Frente a la Constitución, que iba a ser elaborada por unas Cortes elegidas democráticamente, el Ejército no tenía ningún motivo para confiar en sus resultados. Había asuntos globales que podían herir fácilmente la susceptibilidad castrense: la Corona, la Iglesia, la objeción de conciencia al servicio militar, la propiedad, etc. pero especialmente preocupaba el diseño territorial que se

⁹¹¹ (En enero de tal año, el *Diario Alcázar* tituló: “situación prerevolucionaria”. Ver, Fernando MORA RODRIGUEZ, “Ejército y transición política... cit. págs. 137 y ss.

⁹¹² Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas. Según el mismo, no se podía estar afiliado, colaborar o prestar apoyo a ningún tipo de organización política o sindical, así como limitaba el derecho de sufragio pasivo a la condición de obtención del pase a la situación de retirado. Esta norma prohibía también a los militares profesionales asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical (organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter), así como asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical (no organizadas por aquéllos vistiendo el uniforme o haciendo uso de la condición militar. Cabe recordar que esta normativa, si bien complementada con las Reales Ordenanzas, no fue derogada hasta 1989, por la disposición derogatoria 3ª de la ley 17/1989 de 19 de julio.

⁹¹³ GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales... cit. pág. 179.

adoptase frente a la unidad de la Patria, que debía salvaguardarse a toda costa.

La influencia del poder militar en el proceso constituyente no se ejerció a través de los militares que ocupaban cargos en los órganos en los que se elaboró el texto constitucional⁹¹⁴, sino que emanó de la toma de conciencia por parte de los partidos políticos que alcanzaron el consenso constitucional de la necesidad de no enfrentarse totalmente con la cúpula militar⁹¹⁵. Así, la norma fundamental se hizo reflejo del peso político de los militares, concediendo espacio a algunas de sus demandas.

Al no ocupar los militares lugares donde participar de las cuestiones decisivas, durante la elaboración del anteproyecto constitucional su principal vía de comunicación fue el vicepresidente Gutiérrez Mellado⁹¹⁶, que logró que se implantaran fórmulas receptivas de las preocupaciones que se recibían del Ejército⁹¹⁷. No obstante, esta influencia era muy inferior a la que hubieran tenido en consultas oficiales o en una supervisión directa, modelo seguido en otros países al finalizar una dictadura⁹¹⁸. Las

⁹¹⁴ La presencia militar directa en los órganos en los que se elaboró la Constitución se redujo a la existencia de tres senadores designados por el Rey en la cámara alta. Éstos eran los tenientes generales Díez-Alegría Gutiérrez (Ejército de Tierra), y Salas Larrazábal (Ejército del Aire), y el almirante Gamboa Sánchez-Barcáiztegui (Armada). Los tres participaron activamente con sus intervenciones en el pleno del Senado y Díez-Alegría y Gamboa lo hicieron también en la comisión constitucional. No obstante, al ser el artículo octavo un precepto de consenso, ninguna de sus propuestas fue aceptada.

⁹¹⁵ De entre los partidos de los que surgió el consenso constitucional –Alianza Popular, Convergencia i Unió, el Partido Comunista, el PSOE, y la UCD– destacaba el primero como el más cercano a los postulados institucionalistas de la cúpula militar. Por ejemplo, desde las filas de AP se postulaba por la función del orden público como propia de las FAS, y la consiguiente inclusión de la Guardia Civil como constitutiva de las mismas; en los temas generales este partido coincidía en gran medida con las preocupaciones militares, como, por ejemplo, sobre el diseño territorial del Estado. Al respecto, véase SEVILLA MERINO, Teresa, *La intervención de Alianza Popular en el proceso constituyente de 1978*, Tesis Doctoral inédita, Universidad de Valencia, Valencia, 1988. En la UCD se incluían sectores cercanos a diversos postulados militares como otros sectores más alejados; no obstante, su posición centrista pretendía básicamente alcanzar fórmulas de integración.

⁹¹⁶ Sobre el papel de este insigne militar en la transición, puede seguirse su reciente biografía a cargo de PUELL DE LA VILLA, Fernando, *Gutiérrez Mellado. Un militar del siglo XX...* cit. pág. 192-219, (Capítulo VIII, “El General de la transición”).

⁹¹⁷ Así, por ejemplo, el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar se suavizó con una remisión legal a su regulación. Lo mismo sucedió con la supresión de la pena de muerte, reconociéndose luego en las Cortes su excepción para los tiempos de guerra.

⁹¹⁸ Como se ha señalado con anterioridad, en Portugal, la Constitución se redactó directamente bajo la tutela del Movimiento de las FAS, FREITAS DO AMARAL, Diogo, “La Constitución...”, cit. En Brasil las FAS tuvieron directamente una nutrida presencia

“nacionalidades” del artículo segundo fueron reconocidas, si bien en la versión final de este precepto se incluyó “la indisoluble unidad de la Nación española, patria común indivisible”. Xacobe Bastida no duda en señalar que esta solución “no puede disimular su cariz marcial”⁹¹⁹. El antiguo Estado unitario franquista pasaba a constituirse en un Estado autonómico en el que, no obstante, la unidad quedaba consagrada. Puede concluirse, pues, que “al final, con la inauguración formal de la democracia en 1978, el Ejército se encontró ante un resultado que tenía un cariz muy distinto de las instituciones y los principios que había jurado defender”⁹²⁰.

En *compensación* a estos *agravios*, a modo de “halago”⁹²¹, se elevó la presencia de las FAS al “puesto de honor”⁹²² que significaba el Título Preliminar de la Constitución, en vez de incluirse en el Título IV –“Del Gobierno y de la Administración”– que, por su naturaleza, parecía ser el correspondiente. La regulación básica de los Ejércitos en un título preliminar cuenta con pocos precedentes en el constitucionalismo occidental democrático ⁹²³ e incluso en

parlamentaria. Respecto de estos dos países, pueden verse los trabajos de QUINTERO, César, “La jurisdicción militar en el Perú” y PINTO FERREIRA, Luis, “La jurisdicción militar y la Constitución en la República Federativa del Brasil”, ambos ya citados.

⁹¹⁹ Ver, BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 45, dedicado monográficamente a este precepto. Recuerda el autor que los trabajos parlamentarios habían llegado a un callejón sin salida y que de la Moncloa llegó manuscrito la nueva (y casi definitiva) redacción del precepto. Advierte el autor con Solé Tura que no resultaba difícil adivinar su procedencia y que la UCD hizo saber que la redacción propuesta no podía variarse ni un ápice, añadiendo textualmente “¡ay de quien provoque la ira desatada del Olimpo!”.

⁹²⁰ Ver, AGÜERO, Felipe, *Militares, civiles y democracia...*, cit., pág. 145.

⁹²¹ Así, acertadamente advertía el senador Satrustegui Fernández en la Comisión constitucional del Senado el 22 de agosto de 1978, que tal ubicación no era más que un “halago” del constituyente a la Institución militar. Ver, CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 3116.

⁹²² Así lo denomina CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, cit. pág. 40

⁹²³ Sin perjuicio de las Constituciones alemana y portuguesa, que como se ha afirmado previamente recogen las misiones de la fuerza militar, sólo la Constitución austriaca incluye la regulación básica de la defensa en su “Parte Primera. Disposiciones generales”, cuyo su artículo 9 A que reza lo siguiente:

“1. Austria se compromete a la defensa integral de su territorio, cuya función es garantizar frente al exterior la independencia, así como la integridad y unidad del territorio federal, especialmente con vistas al mantenimiento y defensa de la neutralidad permanente. Al mismo tiempo habrán de protegerse y defenderse las instituciones constitucionales y su capacidad de actuación, así como las libertades democráticas de los habitantes frente a ataques violentos desde el exterior.

nuestro constitucionalismo histórico⁹²⁴. Este precepto resulta extraño, no ya sólo por su contenido normativo concreto sino, y con mayor alcance, por su ubicación en el Título Preliminar que ha suscitado, como se verá, ríos de tinta en los ámbitos doctrinales. El contenido del mismo, desde las primeras fases del proceso constitucional, no tuvo variación de fondo alguna⁹²⁵, tuvo un

2. Formarán parte de la defensa global del territorio, la defensa militar, intelectual, civil y económica del mismo.”

Fue por ello que la norma fundamental austríaca fue sacada a relucir en los debates constituyentes por quienes querían justificar la inserción de las FAS en el Título Preliminar. En este sentido, Arteaga recuerda acertadamente que los arts. 79 y 80 de tal norma se encuentran ubicados dentro de su parte tercera, que regula “La función ejecutiva de la Federación”. Ver, ARTEAGA MARTÍN, Félix, “Reflexiones sobre el artículo octavo de la Constitución española de 1978”, Ponencia presentada en el *I Congreso Iberoamericano de sociología militar*, Madrid, septiembre de 1985, mecanografiado, págs. 7 y 8; o LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., pág. 301.

⁹²⁴ Como ya se ha tenido ocasión de apuntar, en nuestras constituciones históricas la regulación de las FAS solía reducirse a la obligatoriedad del servicio militar, a la función parlamentaria de fijación de la fuerza militar, y al mando supremo de las FAS por el Rey. Si bien hay que partir de la inexistencia de Título Preliminar, la aparición del tema militar en los preceptos básicos de las Constituciones dentro del Título “De la Nación española” o “De los españoles”, sólo era común por lo que respecta a la cuestión del servicio militar (art. 9 de la Constitución de 1812, art. 6 de la de 1837, o art. 3 de la de 1876). El art. 6 de la Constitución de 1931 preceptuaba la renuncia del Estado “a la guerra como instrumento de política nacional”, sin regular a las FAS en esta parte inicial, como sí lo hace el actual texto. Por ello, la regulación de las FAS contenida en el Título Preliminar no puede decirse que cuente con precedente histórico alguno. No obstante, también cabe recordar que en los anteriores textos constitucionales –salvo en el texto de 1931– la lacónica regulación sobre las FAS se recogía dentro de un título propio específico dedicado a la “fuerza militar”, lo cual confería una especial consideración jurídica a la fuerza armada (Ver, SEVILLA ANDRÉS. Diego (Comp.), *Constituciones y otras leyes...*, cit).

⁹²⁵ En el primer borrador constitucional tal precepto se encontrara ubicado en el art. 123. Ciertamente en esta fase la redacción sí que guardaba algunas diferencias con el tenor final, especialmente en su apartado segundo, quizá demasiado casuístico, que rezaba:

“1.º 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 *proteger el ordenamiento constitucional*.”

2.º. Una ley orgánica regulará los principios básicos de la organización Militar dentro de los de la presente Constitución *y la composición y funciones de una Junta Superior, como órgano asesor del Gobierno en los asuntos relativos a la Defensa, así como de una Junta de Jefes de Estado Mayor, como órgano colegiado superior del mando militar de las Fuerzas Armadas*”.

En el anteproyecto constitucional, el art. 10 disponía lo siguiente:

“1.º 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

2.º. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar *dentro de* los principios de la presente Constitución”.

La única variación existente entre este precepto del anteproyecto y el aprobado finalmente resulta de la variación de lo señalado en cursiva –“dentro de” que pasó a ser “conforme a”–, corrección de estilo que se produjo en la Comisión constitucional del Senado

consenso “amplio”, “temprano” y “profundamente sólido”⁹²⁶ que denotaba, de nuevo, una clara influencia militar. En los primeros momentos de elaboración del borrador no estaba claro donde debía incluirse tal norma. Se dudó entre ubicarlo en el Título Preliminar, o en un Título especial dedicado a las FAS, de Orden Público y de los estados de excepción⁹²⁷. Sin embargo, ya en el anteproyecto constitucional apareció “milagrosamente”⁹²⁸ en el Título I, “de los Principios Generales”⁹²⁹. Este artículo resulta, a todas luces, uno de los más claros productos del consenso que caracterizó nuestro período constituyente⁹³⁰. No obstante, a pesar de algunas ambigüedades, la regulación de las FAS contenida tanto en el artículo octavo como otros preceptos constitucionales, pese a un continuismo formal (con el anterior art. 37 de la Ley Orgánica del Estado franquista⁹³¹), cambió totalmente la concepción de las mismas respecto de las anteriores Leyes Fundamentales.

a raíz de la proposición del Sr. Baeza Martos (ver, CORTES GENERALES, *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., págs. 9 y 3115 y ss).

⁹²⁶ GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales... cit. pág. 183.

⁹²⁷ Así se refleja en las Actas de la Ponencia constitucional incluidas en la *Revista de las Cortes Generales*, año 1984, nº 2, segundo cuatrimestre. Sobre el artículo octavo, ver págs. 251 y ss. lo afirmado concretamente se aprecia en la pág. 317. En este sentido es acertada la matización de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional...”, cit., págs. 14-15, por cuanto afirma documentalmente cómo en la ponencia el debate no se planteó en la inserción en el Título dedicado al Gobierno y la Administración, sino en un Título propio. LÓPEZ RAMÓN, Fernando *La caracterización jurídica...*, cit., pág. 301 y ARTEAGA MARTÍN, Félix, “Reflexiones sobre el artículo octavo...”, cit., pág. 11, afirman que en la ponencia la cuestión de la ubicación residía entre ubicarlo dentro del Título Preliminar o en el del Gobierno y la Administración.

⁹²⁸ Entre otros GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales... cit. pág. 182 señala que si bien apareció como art. 123 y su ubicación se dejó “pendiente de segunda lectura” “las incertidumbres, no obstante, debieron desaparecer milagrosamente pues, sin existir documentado debate alguno y sin que consten las razones para ello, los ponentes acordaron encajarlo en el Título Preliminar del Borrador como artículo 10”.

⁹²⁹ Como señala FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco en “La posición constitucional...”, cit., pág. 14, “no encontramos en las Actas de la Ponencia ni el momento en que se acuerda reubicar este artículo en el Título Preliminar, decisión que hay que presuponer vinculada con la de prescindir de un Título dedicado a las Fuerzas Armadas y a las de Orden Público, así como a los estados de excepción, ni las razones a que ello responde”.

⁹³⁰ Así, uno de los “padres de la Constitución”, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, de la UCD, declaró a la prensa el 9 de noviembre de 1977 que se había alcanzado plena unanimidad en torno a las FAS. Así lo refiere TRILLO - FIGUEROA, Federico en “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)”, *Revista de Estudios Políticos* nº 12 (1983), págs. 105 a 140, en concreto, pág. 108, nota 6.

⁹³¹ No resulta difícil establecer un cierto paralelismo entre el ya citado art. 37 de la L. O. E. –*vid* nota 76– y el párrafo primero del artículo octavo de la Constitución. Como reconoce mayoritariamente la doctrina, este artículo del texto de 1967 es el precedente más directo del

La mentada influencia del poder militar tuvo, pues, una doble orientación. De un lado, se proyectó sobre cualquier aspecto de la Constitución que potencialmente afectara a los intereses de los militares, erigidos en los *garantes de las esencias patrias*⁹³², de modo que este influjo se manifestó singularmente respecto del diseño territorial del Estado. De otro lado, que es el que aquí nos ocupa de modo especial, *a los militares les preocupó la constitucionalización de las FAS, al igual que a cualquier otro ente corporativo. Y siendo que tenían un relativo peso en el marco del proceso constituyente, esta influencia quedó, de algún modo, reflejada en el resultado final del texto.*

Así, nuestra Carta fundamental fue deudora del poder –no democrático– de los militares en el momento de su establecimiento. No por ello se debe inferir necesariamente que en virtud de tal influencia se materializase en el texto algún rasgo antidemocrático; pero lo que es cierto es que de la lectura de los preceptos constitucionales pueden derivarse interpretaciones que pueden poner en duda la subordinación militar al legítimo poder democrático. Dichas interpretaciones, como se verá, solamente pueden ser corregidas gracias a una adecuada interpretación sistemática de la Constitución. Sin embargo, siempre queda la posibilidad de que en una coyuntura política inestable resultaran legitimadas constitucionalmente acciones que quebrantasen la supremacía civil. También, y en directa relación con lo anterior, de la regulación constitucional se ha pretendido justificar

precepto constitucional, la fuente inmediata de inspiración del constituyente en orden a la regulación constitucional de las FAS. Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional...”, cit., págs. 22 y 23; BALLBÉ, Manuel *Orden público y militarismo...*, cit., pág. 460; CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional militar*, cit. pág. 26; ARTEAGA MARTÍN, Félix, “Reflexiones sobre el artículo octavo...”, cit., págs. 2 y 3 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas...*, cit., págs. 208 y ss. No obstante, pese a su semejanza formal, el contenido art. 8. 1 C. E. es sustancialmente diferente al del art. 37 de la L. O. E. de 1967: de un lado, por la exclusión constitucional de las Fuerzas de Orden Público de su pertenencia a las FAS; de otro lado, por el cariz diferente que adquieren las funciones constitucionales de éstas, en especial la función de *mantenimiento del orden institucional* del texto del año 67, que pasa en la actual Constitución a consistir en la *defensa del ordenamiento constitucional*.

⁹³² El almirante Pita de Veiga había expresado la posición suprapolítica del estamento militar tras la muerte de Franco, afirmando: “Estamos firmes para que los políticos hagan su política. Nosotros velamos por la seguridad de la Patria y porque no se alteren sus esencias, *de las que somos depositarios*”. Como se señaló con anterioridad, este almirante dimitiría irrevocablemente de su cargo de Ministro de la Marina tras la legalización del Partido Comunista el 9 de mayo de 1977.

dogmáticamente una singular sujeción de las FAS y del ordenamiento militar a la Constitución. Estas cuestiones, cuya centralidad trasciende sobremanera del ámbito meramente teórico, bien merecen la atención posterior en el presente estudio.

C) DESCRIPCIÓN DE LA REGULACIÓN ATINENTE A LA DEFENSA Y LO MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Cabe señalar que, en un inicio, la referencia a la paz contenida en el Preámbulo constitucional, pues, sin perjuicio de su alcance y carácter jurídico, adquiere relevancia a la hora de caracterizar nuestro modelo constitucional de FAS. En éste se dispone:

“La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. [...] Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.”

Los siguientes preceptos son, básicamente, los preceptos que configuran constitucionalmente la defensa y lo militar.

Artículo 8

“1. 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.

2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.”

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 fundamento del orden político y de la paz social.”

Artículo 15

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

Artículo 21

“1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas.”

Artículo 22

“1. Se reconoce el derecho de asociación.
[...] 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.”

Artículo 25

“[...] 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

Artículo 26

“Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.”

Artículo 28

“1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina

militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos.”

Artículo 29

“1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.”

Artículo 30

“1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.”

Artículo 55

“1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1 a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.”

Artículo 62

“Corresponde al Rey:

[...] h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.”

Artículo 63

“3. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes generales, declarar la guerra y hacer la paz.”

Artículo 65

2. - El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

Artículo 70

“1. La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán en todo caso:

[...] e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.”

Artículo 94

“1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales,

en los siguientes casos:

[...] b) Tratados o convenios de carácter militar.”

Artículo 97

“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

Artículo 103

“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

Artículo 104

“1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”

Artículo 105

“La ley regulará:

[...] b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

Artículo 116

“1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinara su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los Estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.”

Artículo 117

“[...]5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.”

Art. 149

“ 1 El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

[...] 4º Defensa y Fuerzas Armadas.”

III. Lectura de la evolución de las Fuerzas Armadas en España desde el período democrático

A) UNA PREVIA: ENUNCIADO DE LA INTERESANTE
TIPIFICACIÓN DE LOS MODELOS DE EJÉRCITO ESTABLECIDA
POR MOSKOS

Desde hace algunas décadas, la Sociología ha mostrado un decidido interés por el ámbito militar⁹³³. Desde aquella perspectiva, no se ha tenido demasiado en cuenta la virtualidad del Derecho y de los principios constitucionales de los Estados democráticos occidentales. Sin obviarlos totalmente, se relegan éstos a un plano secundario. En la disciplina sociológica, la cuestión militar se afronta desde la perspectiva de la eficacia de las FAS y su adecuación a las exigencias de la modernidad y la tecnología. Lo constitucional adquiere importancia en la medida que forma parte de un contexto mucho más amplio, al que las FAS deben adaptarse⁹³⁴. Los avances que han supuesto tales investigaciones han calado profundamente en la evolución de los Ejércitos tras la Segunda Guerra Mundial.

A riesgo de una excesiva simplificación, puede entenderse la existencia de dos corrientes esenciales en la sociología militar, en buena medida personalizadas. De un lado, autores como Huntington⁹³⁵ sostienen que la eficacia militar y su neutralidad política requieren necesariamente un aislamiento de los valores sociales; de ahí que parezca adecuado distanciar al colectivo militar de la sociedad civil. Desde esta perspectiva, prima, pues, un punto de vista divergente. Por contra, autores como Janowitz se acercan más a una posición convergente, al subrayar la necesidad de que la

⁹³³ Al respecto véase, entre otros, HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr., Charles, *Las fuerzas armadas y la sociedad*, con introducción de ALONSO BAQUER, Miguel, Alianza Editorial, Madrid, 1984, que contiene una reseña comentada de más de 600 títulos sobre la materia.; AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985 y la bibliografía ahí contenida (págs. 326-351). En general, resultan básicas las siguientes obras: JANOWITZ, Morris, *The professional Soldier*, The Free Press, 1960, ahora en *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990; HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado y el Estado*, (1957), Círculo Militar, Buenos Aires, 1962; BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984 y AA. VV. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit., 1991.

⁹³⁴ Así, por ejemplo, se puede apreciar en MOSKOS Jr. "La nueva organización... *ob. cit.*, pág. 152.

⁹³⁵ Al respecto, ver, HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado y el Estado... cit.*; "La mentalidad militar: el realismo conservador de la ética de los militares profesionales", en AA. VV, *La Institución militar... cit.* págs. 185- 207, en la misma obra, ver, "Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles- militares en teoría", págs. 235- 253.

Institución militar converja hacia el resto de la sociedad, aunque, sin verse abrumada por ella⁹³⁶.

Resulta especialmente descriptivo para el tema que nos ocupa el breve enunciado de los modelos o formatos organizativos de los Ejércitos, tal y como han sido descritos por Charles Moskos⁹³⁷. Este autor distingue la existencia de un modelo divergente o *institucional*, un opuesto modelo *ocupacional* o convergente, y un tercer modelo denominado plural. Dichos formatos organizativos, como todo modelo teórico, no tienen por qué darse completamente en la realidad, si bien indican tendencias que pueden predominar efectivamente. Como Moskos afirma “los tres modelos tienen en común una referencia al *continuum* que va desde una organización militar altamente diferenciada de la sociedad civil hasta un sistema militar fuertemente convergente con las estructuras civiles.”⁹³⁸

a) *El formato llamado “institucional” o “divergente”*

En este modelo, los Ejércitos quedan distanciados de la sociedad y del sistema político “civil”, se da una concepción severa de los valores militares, parejo a un reconocimiento mínimo de los derechos y libertad del militar. El formato llamado institucional vendría a suponer la concepción tradicional del Ejército, relacionada con la habitual percepción común del Ejército de Tierra⁹³⁹. De sus diversos caracteres, cabe destacar como pauta genérica la estaticidad o la resistencia natural a los cambios. Resulta una nota

⁹³⁶ Ver, JANOWITZ, Morris, *El soldado profesional...* cit.; “Changin Patterns of Organizational Authority: The Military Establishment”, en *Military Conflict*, Sage, Beverly Hills, 1975, págs. 221- 238, (ahora en “Las pautas cambiantes de la autoridad organizativa: la Institución militar”, en AA. VV, *La Institución militar...* cit. págs. 81- 100; “The Internal Organization of Militar Institutions”, en *Military Institutions an coercion in the Developing Nations*, University of Chicago, 1977, págs. 107- 150, (ahora en “La organización interna de la Institución militar”, en AA. VV, *La Institución militar...* cit. págs. 101- 139. Esta obra ya citada gira completamente en torno a estos modelos o formatos organizativos de Ejército.

⁹³⁷ Ver, MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar: ¿institucional, ocupacional o plural?”, en AA. VV, *La Institución militar...* cit. págs. 140-152, véanse, especialmente, los diversos trabajos incluidos en *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit. en tanto en cuanto la obras gira específicamente sobre la virtualidad actual de estos parámetros de análisis.

⁹³⁸ Ver, MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar...” cit. pág. 142.

⁹³⁹ Sobre esta usual identificación de las FAS con el Ejército de Tierra, véase LIBERAL LUCINI, Ángel, “Seguridad, defensa, Fuerzas Armadas y juventud”, en *Cuenta y Razón del pensamiento actual...* cit. págs. 7-15, concretamente, pág. 9.

particular la mentalidad conservadora como rol de la organización, asimismo, en la formación del militar y en la propia actuación de la institución se exacerban los históricos valores militares y la disciplina militar -no demasiado vinculada a la sumisión al poder político democrático-. En este modelo, se parte de un supuesto nexo e identificación del Ejército con la población, para lo cual el servicio militar es un instrumento necesario; sin embargo, se favorece por diversos métodos la divergencia de la población militar al respecto de la civil. Se entiende que con tal alejamiento de la sociedad se faculta el mejor cumplimiento de las funciones militares, entre las que se encuentra la guarda y custodia de unas esencias patrias, incluso al margen de la voluntad democrática. Entre estos medios alienantes destaca el sistema retributivo establecido en el modelo institucional, basado en una remuneración por debajo de los precios de mercado, si bien compensada por unas retribuciones “en especie” que vienen a suponer unos privilegios al respecto de la consecución de necesidades básicas: vivienda, alimentación, educación, servicios médicos, ocio, etc. El militar vive, compra, o se divierte con militares. De este modo, pese a la relativa austeridad de sus salarios, los militares encuentran reconocimiento por su entrega a la Patria y, lo que es más importante, se fortalece el corporativismo. Pese a cierta autonomía política de la institución así considerada, al militar individual se le somete a una muy estricta disciplina y a un régimen de derechos y libertades más que reducido. Además, en este modelo institucional, el militar lo es las veinticuatro horas del día, independientemente de que esté o no de servicio.

b) El modelo denominado “ocupacional” o “convergente”

El formato denominado ocupacional resulta contrario al anterior; en él destaca básicamente su dinamicidad y adaptabilidad a los cambios registrados por la sociedad y por la técnica militar. Sin obviar la necesidad de la disciplina en el Ejército. Para su verdadera efectividad se pretende su actualización en relación con las modernas exigencias, para lo cual, se requiere una flexibilización de

la misma. Así, se dota al soldado de una mínima esfera decisoria, que al final revierte positivamente en su actividad. Al mismo tiempo, se aboga por la adopción de los adelantos organizativos civiles para muchos ámbitos de la actuación militar, actividad ésta que en virtud de la técnica se aproxima paulatinamente a la civil. Para llevar a cabo la función militar ya no resulta imprescindible una acendrada vocación o un alto honor y espíritu; al menos no tanto como lo exigido para prestar cualquier otro servicio a la Administración del Estado.

Tanto en el modelo institucional como en el ocupacional, priman la funcionalidad y la eficacia, si bien, en este último, éstas se conciben conforme a las pautas impuestas por la modernidad. Es por ello por lo que no siempre se entiende como positivo el servicio militar obligatorio, por disfuncional; cuanto menos, mediante éste no se pretenden fines “institucionales”, como la estructuración *nacional* de la sociedad. En este modelo, el militar es un funcionario que presta un importante servicio al Estado y a la comunidad, pero para prestarlo basta con que se le considere militar sólo durante las horas de ejercicio de su función; a la Administración no le importa su vida fuera del servicio más allá de lo que pueda afectar directamente al mismo. La retribución se establece conforme a los criterios de mercado o, al menos, se remunera homogéneamente con relación al resto de los funcionarios; en consecuencia, desaparecen antiguos privilegios en “especie” que, como se ha mencionado, refuerzan un excesivo corporativismo, ahora entendido como innecesario.

Para perpetrar mejor las funciones que el poder democrático les asigna, en este modelo no resulta necesaria la separación del colectivo militar del resto de la sociedad, con la que convergen en muchos aspectos. Aún es más, *la inserción del militar en la sociedad es una garantía objetiva para evitar que la tenencia de los medios coactivos de la fuerza pueda emplearse autónomamente, en contra la voluntad de la población* -como lo fueron en su momento histórico las milicias nacionales-. Dada esta convergencia con la esfera civil, la neutralidad militar se exige de la institución, no de sus miembros individualmente considerados, a los que se les reconoce la mayoría

de sus derechos políticos e incluso laborales. Por último, en este modelo ocupacional, la restricción de los derechos y libertades del militar debe ser acorde a la funcionalidad real de la Administración militar, obviándose anacronismos históricos y sociales propios del modelo institucional, que en nada coadyuvan a la verdadera eficacia de la organización.

c) Un tercer modelo denominado "plural"

Moskos plantea una tercera formulación de un modelo de organización militar: el segmentado o plural⁹⁴⁰. Un modelo plural como éste integra el conjunto de los indicadores opuestos de los modelos tradicional (institucional) y *civilinizado*⁹⁴¹ (ocupacional). La organización militar plural es simultáneamente convergente y divergente respecto a la sociedad civil; recoge tendencias organizativas institucionales y ocupacionales.

No obstante, este modelo no es el resultado de una visión ecléctica de los otros dos, tampoco es, como subraya este autor, una amalgama de estas tendencias. *Este modelo consiste en una departamentalización de los modelos anteriores en los diversos sectores que existen en las FAS.*

Así, en los segmentos institucionales se continúan cultivando los ideales del honor militar, la mística de las FAS y la virilidad; la mujer se ve reducida a una participación simbólica o es totalmente excluida; la socialización militar se ve reforzada por la formación y el autorreclutamiento. De otro lado, en los sectores ocupacionales se aceleran las funciones relacionadas con la Administración, la técnica, se valora la preparación según las normas de mercado así como se tiende al resto de los caracteres que de este modelo se predicaban.

⁹⁴⁰ Véase MOSKOS, Charles C. "La nueva organización militar... cit. pág. 150 y ss.

⁹⁴¹ El término *civilización* fue acuñado por Janowitz en *The Professional Soldier: a Social and Political Portrait*, (2ª ed.), Free Press, Nueva York, 1971, en las págs. XI y ss., este autor refería la palabra "civilization" en España se ha entendido mejor el vocablo nuevo "civilinización", así se refleja en BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 48 nota a pie 32. Con este término se quiere hacer referencia a todo el proceso de evolución tecnológica en su proyección al estamento militar. Proceso que supone la interpenetración y convergencia de la organización civil y militar. Se refiere con él la tendencia hacia modelos *ocupacionales*, con las consecuencias que de ello se derivan.

La parcelación se opera a distintos niveles, pero a nivel general se destaca que este desarrollo caracteriza ya las tendencias de los tres Ejércitos, a saber: las fuerzas aéreas y las armas técnicas de las fuerzas de tierra tienden hacia el modelo ocupacional. Los grupos especializados de combate y las fuerzas navales tienden a permanecer, o incluso a volver, al modelo institucional.

Moskos refiere este modelo como posible tendencia de futuro en las FAS de las sociedades occidentales, y lo entiende como el que resulta más positivo para el mantenimiento de “una eficacia organizativa y de espíritu mientras que es capaz de adaptarse al cambio tecnológico y es consistente con los valores democráticos”⁹⁴².

Al margen de tales valoraciones, de lo que no cabe duda es que Moskos logró formular tres construcciones de desarrollo sobre la organización militar que resultan de fácil comprensión y gran utilidad. De ahí se deriva la aceptación doctrinal de tal clasificación, que ha servido para analizar las fuerzas militares por todos los estudiosos⁹⁴³. En el marco de la presente tesis, de momento, estos formatos ayudan a describir la evolución efectiva seguida por las FAS hasta la actualidad. Será no obstante más tarde, cuando se descubra la centralidad de estos modelos para este estudio.

B) EVOLUCIÓN REAL DE LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS

El breve panorama de la situación española que a continuación se describe cumple ahora la misión de acercar al lector a la realidad del marco militar y de la defensa, perspectiva con la cual parece más sencilla la aprehensión jurídica del resto de la obra. Es por ello que entiendo suficiente detenerse someramente en algunos de los aspectos mencionados que requieren una mínima concreción.

⁹⁴² MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar... cit. pág. 152.

⁹⁴³ Así por ejemplo, cabe referirse al análisis comparado de los Ejércitos de diversos países que se recoge en la obra colectiva dirigida por MOSKOS, Charles C., *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit., desde la percepción institucional/ocupacional. En concreto se analizan los Ejércitos de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Australia, Holanda, Grecia, Suiza, Israel y España.

a) *La modernización y profesionalización del Ejército con el
avenimiento de la democracia*

Desde el siglo XIX se ha llamado a la necesidad de una reestructuración de las FAS españolas. Como se vio, se trataba de un estamento con graves problemas tanto de profesionalidad - especialmente por cuanto a su politicidad- como estructurales⁹⁴⁴. Tanto Primo de Rivera⁹⁴⁵ como Azaña⁹⁴⁶, pretendieron sin éxito afrontar tales problemas. Con Franco, las FAS atravesaron el

⁹⁴⁴ Problemas estructurales *crónicos* de las FAS españolas han sido la necesidad de acomodar los Ejércitos a las necesidades modernas, la reducción de efectivos, la mayor preparación, etc. Especialmente ha destacado históricamente la hipertrofia en el escalón de mando, motivada entre otros motivos por los vaivenes políticos y los ascensos colectivos en compensación de fidelidades demostradas. La reducción de las necesidades de personal ha sido el tema más ardorosamente perseguido por todos los equipos ministeriales a lo largo de la historia militar de España. El sobredimensionamiento del Ejército, fundamentalmente en las categorías de oficiales subalternos, en algunos momentos llegó a provocar en la organización castrense un estado de verdadera apoplejía. Los presupuestos de Defensa quedaban hipotecados, colapsaban los escalafones (provocando el consiguiente malestar profesional). Así, el Ejército quedaba escaso de medios y de motivación. Al respecto, véase, NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. págs. 134 y ss.

⁹⁴⁵ Como las reformas que introdujo Miguel Primo de Rivera, quien se inclinó hacia el Ejército de África, frente al de la península, y a los ascensos por méritos, no de mera antigüedad. Esto le supuso una hostilidad militar reflejada en la "Sanjuanada" de 1926 y especialmente en la sangrienta disolución del arma de Artillería. En 1927 creó la Academia General Militar de Zaragoza que dirigió Franco desde el año 1928. Comenzó así una moderada política de reducción de mandos y tropas. Al respecto, véase, NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos, *Ejército, Estado y Sociedad en España 1923-1930*, cit. Para una breve percepción de la política militar del dictador, véase TUSELL, Javier y otros, *Historia política y social moderna y contemporánea*, UNED, Madrid, 1988, págs. 282-283.

⁹⁴⁶ Al propósito de los ideales reformistas de Azaña y la efectividad de sus propósitos, véase ALPERT, Michel, *La reforma militar de Azaña (1931-1933)*, Siglo XXI, Madrid, 1982. Para una apreciación más breve, véase BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, págs. 335 y ss y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.. Fondo de derecho n12076, págs. 182 y ss. y TUSELL, Javier y otros, *Historia política...* cit., págs. 325 y 326. Azaña trató de quitar al Ejército su carácter suntuario y acompañarlo a las necesidades reales del país. Redujo intensamente los altos cargos y el número de unidades, buscó el retiro pagado, de quienes se quedasen exigió adhesión al nuevo régimen. Hizo desaparecer los Tribunales de Honor y readmitió a expulsados, desapareció prensa exclusiva militar y el Consejo Supremo de Justicia militar. La enseñanza militar se vinculó en fases a la universitaria y cerró la Academia de Zaragoza. El servicio militar mantuvo las "cuotas" para evitar su prestación.

Azaña estaba orgulloso de haber impuesto al poder civil, pero las deficiencias materiales del Ejército no fueron solucionadas. Su principal defecto fue el enfrentarse con la oficialidad técnicamente más preparada; se apoyó en antiguos militares liberales frente a los africanistas y, ante el temor de la participación política, mermó la eficacia del Ejército, no sólo por cerrar la Academia militar, sino por suprimir los ascensos de guerra. No obstante, - a juicio de este autor- lo peor de las reformas no fueron ellas mismas, sino el estado de conciencia que creó en este sector más preparado.

momento clave que exigía su modernización, mas la relegación que sufrieron las mismas durante las últimas décadas del régimen postergaron su necesaria evolución⁹⁴⁷.

Las Fuerzas Armadas españolas tras el régimen de Franco presentaban un carácter claramente institucional⁹⁴⁸. En ellas se podían apreciar nítidamente los caracteres enunciados sobre este modelo. Sin embargo, en su propio seno se percibían corrientes que reclamaban su modernización⁹⁴⁹, aun cuando mayoritariamente se compartía un claro sentimiento de resguardo de los valores militares y patrióticos tan fuertemente cultivados durante el régimen anterior. Las diferencias eran patentes dentro del seno de la organización, especialmente por cuanto a las diversidades de los sectores que en ella se engloban -un Ejército de Tierra preponderante y con claras manifestaciones institucionales, frente a un creciente Ejército del Aire, máximo demandante de modernización, históricamente alejado del modelo institucional y de sus connotaciones políticas-⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ Al respecto véase AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit., pág. 199 y ss. Para un análisis de la situación de las FAS españolas desde las concretas perspectivas institucional / ocupacional, véase, GIL MUÑOZ, Carlos, "Las Fuerzas Armadas españolas desde la perspectiva institución / ocupación", en AA. VV. *Lo militar: ¿más que una profesión?*,... cit., págs. 391-393

⁹⁴⁸ Al margen de las diversas apreciaciones que se han ido realizando al tiempo de la definición del modelo institucional, véase especialmente el análisis realizado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "Las Fuerzas Armadas en España... cit. Si bien este trabajo responde en su totalidad a la valoración que se acaba de expresar, préstese especial atención a las págs. 323 y 324. En ellas, hace más de diez años el autor calificaba de fuertemente institucional al Ejército español, sino de *pretoriano*; no obstante, ya se descubría la tendencia profesional en diversos sectores del Ejército. GIL MUÑOZ, Carlos, "Las Fuerzas Armadas españolas.. cit., en la pág. 395 afirma que:

"Durante el régimen anterior y los primeros años de la transición prácticamente hasta la aprobación de la Constitución de 1978 [...] el objetivo preferente de la defensa, y por tanto de los Ejércitos, era responder a las potenciales amenazas de un enemigo interior, apareciendo las Fuerzas Armadas como el último reducto defensor de la esencia nacional. Esta concepción, marcadamente institucional, condujo a la potenciación de sus peculiaridades y a la idea de la existencia de un poder militar autónomo que cuestionaba su dependencia del poder político por entender que otro enfoque ponía en peligro su organización."

⁹⁴⁹ Véase al respecto AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia....* cit., págs. 179 y ss. y 301 y ss.

⁹⁵⁰ Aún es más, como señalan BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "Las Fuerzas Armadas en España... cit., en la pág. 325 las diferencias no se encuentran dentro de cada Ejército, sino de cada cuerpo y arma, afirman los autores que "En los subsistemas de armas y cuerpos, el Arma de Artillería, el Cuerpo General de la Armada o el Arma de Aviación,

En España, la imprescindible modernización coincidió con la apertura democrática. Por ello, dicho proceso, ya de por sí conflictivo en una institución como la militar, planteó no pocas tensiones. Los debates versarían sobre la significación de esta idea de *profesionalizar*⁹⁵¹ los Ejércitos, que bien podrían implicar una mera “modernización” (actualización⁹⁵²) o, además, se trataba de una “reforma” (*desfranquización*)⁹⁵³.

La carga política del término “profesionalidad militar” -por cuanto implica la necesaria neutralidad política y sumisión disciplinaria al poder civil⁹⁵⁴-, representaba un obstáculo para los sectores más reaccionarios del Ejército. Por el contrario, la profesionalidad que se destacaba desde estos sectores era aquella que fomenta la intensa dedicación y entrega⁹⁵⁵ en concordancia con

escala de Vuelo, solo por citar unos ejemplos, adoptan también un tipo de organización profesional con acusados rasgos ocupacionales.”

⁹⁵¹ Al respecto de esta significación de la profesionalización militar y el debate sobre las diversas connotaciones del término durante la etapa constitucional española, así como sobre el proceso de reformas en el Ejército español, véase, AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia... cit.*, págs. 205 y ss. y 341 y ss.

⁹⁵² “Modernización”, así, es entendida como la empresa de sacar al Ejército del estado de atraso en que se encontraba, y convertirlo en una fuerza de combate eficiente -cambios en la estructura organizativa, política y de personal, en logística y adquisiciones, armamento e infraestructura, despliegue territorial y organización, así como formación e instrucción-.

⁹⁵³ “Reforma”, por otra parte, apuntaba todos aquellos cambios necesarios para “desfranquizar” las FAS y armonizar la función militar con las instituciones democráticas emergentes -la limitación de la función coercitiva interna, la reducción del ámbito de la jurisdicción militar, la sumisión al poder civil y la fijación de la participación política de sus miembros y, como señala acertadamente Agüero, apuntaba también a la larga la socialización de los militares en un *ethos* democrático. Ver, AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia... cit.*, pág. 206.

⁹⁵⁴ Así, cuanto menos una faceta esencial de la condición de profesional de un militar es la de asumir el papel neutral del Ejército en el Estado, consecuentemente supone afirmar la condición instrumental del servicio que prestan a la sociedad. Esta faceta del profesional como sumiso y apolítico las destacan, por ejemplo, HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr., Charles, *Las fuerzas armadas... cit.*, pág. 60 donde se afirma que “la función primordial de un verdadero profesional es el servicio neutral e imparcial al interés público”. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La libertad de expresión el militar profesional*, (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 1992, también recoge esta acepción en la pág. 210.

⁹⁵⁵ Perspectiva de la profesionalidad subrayada por ALONSO BAQUER, Miguel, “Grado de profesionalidad... cit.”, págs. 249 y 251. En esta última página este autor afirma que el grado de profesionalidad de cada persona tiene que demostrarse sobre dos variables, la vocación y la dedicación, que no sólo dependen del tiempo en servicio, sino por el renovado y continuo esfuerzo por atenerse a los imperativos de la profesionalidad. “la clave está en la intensidad de la dedicación a lo profesional”.

una fuerte socialización militar⁹⁵⁶; aquella que debe su lealtad solamente al ideal militar, no a otras lealtades transitorias y desintegradoras del poder civil⁹⁵⁷. Esta profesionalidad era, en buena medida, la que reforzaba los patrones institucionales que no eran precisamente de los que se trataba intensificar. Por último, entroncando con esta diversidad de facetas de la palabra “profesionalizar”, se encuentra su acepción que deriva de la constitución de un Ejército voluntario y remunerado. Modelo éste al que tampoco parecían acercarse los sectores institucionalistas preponderantes en el postfranquismo. Así, tras la idea de “profesionalizar” al Ejército español, aparecían diversas posiciones contrapuestas.

Tras el fallido intento de golpe de Estado, se despejó el camino de nuestro sistema político constitucional y se apaciguaron las reticencias al mismo por parte de los sectores clave de las FAS. El Gobierno socialista afrontó seriamente el camino de la modernidad militar. La inclusión en el sistema internacional de la OTAN y la participación de diversos programas internacionales⁹⁵⁸ han afectado positivamente a las FAS españolas⁹⁵⁹. De un lado, la pertenencia a la

⁹⁵⁶ Así, este mismo autor lo subraya en la pág. 268: “La profesionalidad se alcanza por una delicada convergencia de elementos vocacionales y de prácticas razonables. Sólo la vocación y la dedicación engendran profesionalidad u oficio. De aquí que la profesionalidad sea más fácil de vivir por los cuadros de oficiales que por las clases de tropa.” Esto vale para terminología actual de Ejército o soldado profesional que se emplean hoy más sobre considerar “oportuno sustituir el viejo horizonte de la obligatoriedad por el nuevo horizonte de la profesionalidad.”

⁹⁵⁷ Esta concepción de lealtad es destacada por HUNTINGTON, Samuel P. “La mentalidad militar... cit., pág. 202.

⁹⁵⁸ Para seguir las misiones humanitarias y de mantenimiento de la paz en las que España ha participado y participa, pueden seguirse los documentos, puede acudirse a “¿Qué son las misiones de paz y ayuda humanitaria?” y, en especial “Diez años de participación española en misiones de paz”, agosto de 1998, [http:// www. mde. es/ mde/ mision/ mision3. htm](http://www.mde.es/mde/mision/mision3.htm), (2/9/99).

⁹⁵⁹ Al respecto, véase PLATÓN CARNICERO, Miguel, “Política de seguridad y defensa”, en AA. VV., *La profesionalización en los Ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996, págs. 17-32; FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, Eduardo, “La situación estratégica internacional, marco obligado de la seguridad de España”, págs. 45-62 y PARDO DE SANTAYANA Coloma, José R., “El futuro de la seguridad y la defensa de Europa”, en AA. VV., *La defensa de España... cit.*, págs. 63-80; RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José L., “Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, cit. págs. 185-224; DÍEZ DE NICOLÁS, Juan, “Opinión pública y participación española en la seguridad

organización atlántica ha exigido la renovación y la admisión de diversos postulados ocupacionales en tanto que exigencias de especialización y modernidad. Por otra parte, la participación internacional ha hecho consolidar la vocación exterior de nuestro Ejército y ha unido unos óptimos lazos con la población, alejando antiguos resquemores y enterrando recuerdos de la relación de las FAS con el antiguo régimen⁹⁶⁰.

Con la democracia llegó el comienzo de la necesaria adaptación del Ejército a las exigencias de la actualidad, y no han sido pocas las tensiones que este proceso, aún inacabado, ha sufrido. La resistencia a los cambios es carácter especialmente intenso en el modelo de Ejército institucional, y este modelo fue el legado del régimen anterior.

Hace ya algunos años se calificó al modelo de Ejército español como institucional⁹⁶¹, si bien ya se advertía la aparición de caracteres ocupacionales en diversos sectores de las FAS. De ahí, que se pueda aducir, cuanto menos, la tendencia a la departamentalización

Internacional", en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, cit. págs. 56-61; HORACIO CERDA, Carlos, "Las operaciones militares de paz y el Derecho Internacional Humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 65, enero-junio 1995, págs. 307-344; DOMÉNECH OMEDAS, José L., "Las operaciones de paz en las Fuerzas Armadas españolas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, págs. 431-456 y GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Sobre las funciones constitucionales..." cit. págs. 208-210; PARDO DE SANTAYANA, José Ramón, "Presente y futuro de la Alianza Atlántica y la OTAN", en *Cuenta y Razón...* cit. págs. 41 - 50. Así como AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit., págs. 337 y ss.

⁹⁶⁰ La percepción de la ciudadanía española sobre las FAS ha mejorado sensiblemente en la presente década (gracias, entre otros, a las misiones internacionales desarrolladas en este último período), siendo una de las instituciones más valoradas, por encima del Gobierno, partidos políticos, sindicatos, y al mismo nivel que empresarios, prensa o la Corona. Esta afirmación general puede constatarse en los diversos recursos disponibles en "Ministerio de Defensa", 1999, www.mde.es/mde/cultura/concie/estudio.htm (4/9/1999). En concreto se siguen las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre la defensa nacional y la profesionalización de los Ejércitos de los años 1997 y 1998 y el informe "Identidad nacional y cultura de defensa" de 1998, realizado por la Asociación de Servicios Profesionales. Así, también se aprecia en DÍEZ DE NICOLÁS, Juan, "Opinión pública y participación española en la seguridad Internacional", en *Cuenta y Razón...* cit., págs. 56 - 61. Respecto de la percepción de las Fuerzas Armadas por la sociedad española, véanse los resultados de las encuestas realizadas al efecto en LAGUNA SANQUIRICO, Francisco, "Factores demográficos y sociológicos que condicionan la profesionalización", en *La profesionalización en los Ejércitos...*, cit., pág. 99-136, en concreto en las págs. 134 y 135; ver también, RIPOLL MOLINÉS, Fernando, "Defensa y opinión pública en España", en AA. VV., *La defensa de España...* cit. págs. 129-139.

⁹⁶¹ Ver, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "Las Fuerzas Armadas en España..." cit., págs. 323 y ss.

pluralista en su configuración⁹⁶². Sin embargo, la remodelación estructural que se ha llevado a cabo y el proceso de profesionalización, parecen delatar que la tendencia definitiva de las fuerzas españolas lo es hacia un modelo ocupacional convergente con la sociedad.

b) Análisis de la política militar y de defensa española desde algunos concretos puntos de vista

Respecto de la actualización del Ejército y la reducción de la hipertrofia en los escalones de mando, cabe señalar que la Administración socialista asumió las riendas de la Defensa⁹⁶³ y acometió las reformas imprescindibles en la organización militar, tanto desde el punto de vista orgánico y técnico como desde el punto de vista político. Se adoptaron, con éxito, diversas medidas al respecto del personal militar y para reducir la hipertrofia en los escalones de mando⁹⁶⁴. Al mismo tiempo, se impulsó la tarea de

⁹⁶² En este sentido, GIL MUÑOZ, Carlos, en "Las Fuerzas Armadas españolas... cit., pág. 395, afirma que "la etapa actual, que empezó a consolidarse a partir de 1984, puede definirse como reestructuración de un modelo de Ejército institucional a otro de modelo organizativo ocupacional o de organización segmentada o plural según la terminología de Moskos."

⁹⁶³ En este sentido, con una extensa exposición de los acometidos del gobierno socialista y, especialmente, de la labor realizada por el Ministro de Defensa Eduardo Serra, ver, AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit., págs. 301 a 358 y NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos, "La política de defensa durante la transición y consolidación democrática", en Javier Tusell y Álvaro Soto (Dirs.): *Historia de la transición y consolidación democrática...*, cit., págs. 177 a 194.

⁹⁶⁴ Los Ejércitos, especialmente el de Tierra desde tiempos incluso anteriores a la guerra civil padecía una hipertrofia de personal en el escalafón. Esta se acentúa aún más dada la tendencia general de reducción del número de componentes de los Ejércitos -de 375. 000 en 1984 la Ley 17/1989 señalaba la cantidad de 180. 000 en el año 2000, que no obstante en el Dictamen de la profesionalización de 1998, cit. se afirma entre 150. 000 a 170. 000 militares. Definitivamente, la Ley 17/1999, fija en 48. 000 el número máximo de cuadros de mando y en un total entre 102. 000 y 120. 000 el de los efectivos de militares profesionales de tropa y marinería, de acuerdo con la entidad máxima de 170. 000 efectivos fijada en el Dictamen.

De ahí que desde 1984 se impulsase una política de reducción de personal, reflejándose con la Ley 40/1984 de 1 de diciembre, para el Ejército de Tierra, la Ley 8/1986, de 4 de febrero para la Marina y, del mismo día, la Ley 9/1986 para la Aviación. Los medios elegidos han sido destacados por cuanto a la ventaja que representan para quien puede acogerse a ellos, por medio de la llamada "reserva transitoria", un oficial puede salir del servicio activo conservando el sueldo completo, seguir ascendiendo a un grado superior, con el correspondiente aumento salarial, y teniendo a la vez, la total posibilidad de incorporarse inmediatamente el mercado laboral civil. Dicha situación administrativa se estableció para el Ejército de Tierra por el Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, extendiéndose luego a los otros Ejércitos por el Real Decreto 741/1986, de 11 de abril.

modernizar el Ejército de Tierra -núcleo institucional por excelencia-, compensando a la vez su importancia respecto a la Marina y la Aviación. La importante dotación presupuestaria que la modernización exigía sólo se resintió por mor de la crisis económica surgida a finales de la década de los años ochenta y, en buena medida, por los cambios internacionales, que han hecho variar la concepción de los peligros que estructuran la defensa nacional⁹⁶⁵. No obstante, el gasto en defensa y en concreto en armamento ha vuelto a aumentar en los últimos años⁹⁶⁶.

En su conjunto, y a través de estas fórmulas, de los 370. 000 hombres que integraban las FAS, se pasó a 268. 000 en 1990 y, como se ha señalado a unos 140. 000 en la actualidad. La Ley 14/1993, de 23 de diciembre, de Plantillas de las FAS, ha sido el resultado final del proceso de reducción de los medios personales, en la que se fijaron las plantillas de los militares profesionales, adaptándose al modelo mixto que se había adoptado por las directivas de marzo y diciembre de 1992. Se fijó una reducción de cuadros de mando hasta alcanzar la cifra de 50. 000. Al respecto véase NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. págs. 137 y ss. y FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, Eduardo, "Las personas al servicio de la defensa", en AA. VV., *La defensa de España...* cit., págs. 273-303 y los datos ofrecidos en [www. mde. es](http://www.mde.es).

⁹⁶⁵ Sobre la aplicación presupuestaria al Ministerio de Defensa, ver AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit., la obra referida, en la pág. 346 en la que se citan los datos absolutos teniendo en cuenta la devaluación monetaria; los datos más actualizados y con gran detalle pueden encontrarse en COSIDÓ GUTIÉRREZ, Ignacio, "Factores económicos que condicionan la profesionalización", en *La profesionalización en los Ejércitos...*, cit., pág. 137-162, en concreto págs. 159-162, en CASTRO SAN MARTÍN, Víctor, "Evolución de los gastos de defensa", págs. 305-313, en concreto, págs. 309 y ss. HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R., "Órganos superiores de la Función Militar", en *La función militar...* cit., págs. 543-558, págs. 436-440.

El presupuesto en Defensa, si bien en relación al total del presupuesto se ha ido reduciendo a lo largo del siglo, en términos absolutos, descontando la inflación monetaria, se incrementó desde el avenimiento de la democracia pronunciándose significativamente el aumento con la administración socialista en el período 1983-1988. Más tarde, el gasto se ha congelado de 1989 a 1994. Ello se ha debido tanto a la crisis económica como al desmoronamiento del bloque comunista. Al respecto CASTRO SANMARTÍN, Víctor, "Evolución de los gastos... cit., págs. 306 y ss. Pone de manifiesto este autor como el gasto en adquisiciones de material, si bien comenzó a decaer desde el año 1986, se "desmoronó" (págs. 307) con la década de los 90'. Todo ello "con manifiesto incumplimiento de la Ley de dotaciones para inversiones y sostenimiento de las FAS, ley 44/1982, prorrogada por la 6/1987 y más tarde por la 9/1990." (ver, pág. 308). Por su parte, MARCHANTE GIL, Armando, "Consideraciones sobre una política militar", en AA. VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. págs. 142-153, pág. 150 denunciaba que en gastos de defensa España se situaba a la cola en Europa en términos del PIB. En este sentido reivindicativo, ver, también MATEO CANALEJO, Luis, "Ideas encaminadas a alcanzar un mayor esfuerzo económico en defensa", en AA. VV., *La defensa en España al siglo XXI*, Fundación Cánovas, Colección Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 315-335.

⁹⁶⁶ Los presupuestos del Ministerio de Defensa en los últimos años están a disposición en [www. mde. es](http://www.mde.es). Al respecto cabe señalar que el aumento en dicho gasto se ha reflejado en especial en el marco del proceso de profesionalización. No obstante, por cuanto a la modernización de la fuerza militar el gasto también ha aumentado, pese a que no quede

Respecto de la remuneración del militar puede decirse que se han efectuado esfuerzos para hacer efectiva una mayor homogeneidad retributiva de los militares con los funcionarios civiles. Consiguientemente, se ha seguido una tendencia ocupacional⁹⁶⁷. Asimismo, antiguos privilegios del paternalismo institucionalista se han ido mitigado (tal es el caso de las viviendas y residencias militares), tornándose en admisibles adaptaciones a las exigencias que impone la peculiar vida militar. En este sentido, de forma conjunta al proceso de enajenación de las propiedades del Ministerio de Defensa, ha sido recientemente aprobada la Ley

reflejado en dichos presupuestos. Las razones se deben al medio de contabilidad de las inversiones en armamento, que alcanzan casi los dos billones de pesetas y, de otra parte al hecho de que más de la mitad del gasto público en investigación (no adscrita al presupuesto de Defensa) lo es para fines militares. Así puede seguirse en *El País*: “Defensa tiene comprometidas compras de armamento por casi dos billones de pesetas. El grueso de la factura por compra de armas, a pagar desde el 2003”, noticia a cargo de Miguel González, 3 de septiembre de 1998 y “El 54% del gasto público de 1999 en investigación es para fines militares”, noticia a cargo de Pere Rusiñol, de 9 de mayo de 1999.

⁹⁶⁷ El sueldo del personal militar se había deteriorado sostenidamente durante el franquismo -rasgo evidente del formato de Ejército institucional de aquel período-. Con la transición, en 1977, el Real Decreto 22/1977 pretendió homologar las estructuras salariales de funcionarios civiles y militares, pero las diferencias entre ambos sistemas persistieron en la práctica y volvieron a desfasarse los sueldos del personal militar. El gobierno socialista elevó la retribución militar e hizo más efectiva la equiparación con la civil por medio de la Ley 20/1984, de 15 de junio. El Real Decreto sobre retribuciones militares 359/1989, de 7 abril equipara a efectos de retribuciones el personal de las FAS con los funcionarios. La disposición adicional tercera de la Ley 17/1989, positivizó definitivamente un sistema retributivo basado en su homologación con el régimen establecido para los funcionarios de la Administración civil del Estado. La normativa más reciente que persiste en esta línea se recoge en el Real Decreto 1494/1991, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Retribuciones de las Fuerzas Armadas, modificado por el Real Decreto 2/1994, de 14 de enero y por el Real Decreto 827/1995, de 19 de mayo.

Sobre las remuneraciones al militar, véase BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael, “La racionalidad de las políticas de remuneraciones y el diseño de la organización militar española”, en *Revista Internacional de Sociología*, vol. 43, fascículo 2, Madrid, abril-junio de 1985, pág. 268-286. CASADO BURBANO, Pablo, “La carrera militar”, en *Documentación Administrativa*, nº 210-211, mayo-septiembre de 1987, págs. 342-362, concretamente las págs. 352 a 356. GIL BARBERÁ, Ángel, en “Régimen retributivo de las Fuerzas Armadas”, en *La función militar...* cit. págs. 385-410, y NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. págs. 311-334, analizan y exponen la situación normativa más reciente. Este último autor pone de manifiesto la sorpresa que produce apreciar cómo tras un largo proceso de costosa equiparación, la diferenciación vuelve a producirse en virtud del Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 95-97, aprobado por resolución de 19 de septiembre de 1994, sobre condiciones de trabajo en la Función Pública, en el cual expresamente se excluye a la función militar.

Hay que señalar que esta materia es abordada desde la perspectiva constitucional en el epígrafe intitulado “La remuneración de militar desde la perspectiva de la ley de leyes”.

26/1999, de 9 de julio, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los Miembros de las Fuerzas Armadas⁹⁶⁸.

*Las medidas tomadas respecto de la configuración de un Ejército plenamente profesionalizado, versaron, desde el final de la década de los ochenta, en la adopción de un modelo mixto, compuesto por tropa profesional y de reemplazo*⁹⁶⁹. La doctrina especializada y el mismo estamento militar, reacio en un primer momento al sistema profesional total, no se decantaban unívocamente por la conveniencia de uno u otro modelo⁹⁷⁰. No en vano, los factores que contribuyen a la opción por uno de ellos afectan a todos los ámbitos posibles: culturales, sociales, jurídicos, económicos e, incluso,

⁹⁶⁸ Hasta dicha norma, el régimen de vivienda militar se regía por lo dispuesto en el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, por el que se creaba el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, (más tarde modificado por el Real Decreto 219/1997, de 14 de febrero). Dicha normativa estableció un régimen de facilidades para los profesionales militares, acorde a las exigencias propias de la profesión militar (destinos, movilidad, situación de las unidades, etc.) Ello implicaba una gran diferencia respecto de las antiguas normas de marcado carácter paternalista (ley 84/1963, de 8 de julio, la ley 12/1960, de 12 de mayo y la 110/1966, de 28 de diciembre, para los Ejércitos de Tierra, la Marina y Aire, respectivamente). En virtud de esta variación, a pérdida de dichos privilegios se han dado diversas reacciones por parte de quienes han formado parte de un Ejército marcadamente institucional. Algunas cuestiones han cobrado relativa importancia en el mundo jurídico, tal es el caso de la sentencia de 12 de marzo de 1990, y la de 30 de junio de 1994, relativa a la "Asociación de Usuarios de Casas militares".

No obstante, estas disposiciones han quedado derogadas por la nueva Ley (Disposición derogatoria única B) que ha pretendido adecuarse a la nueva realidad de un sistema profesional de Ejércitos y al proceso de venta de los inmuebles militares. Así, ésta ha sido una de las soluciones emprendida, el acceso a la propiedad de dichos inmuebles por los mismos miembros de las FAS, y de otro lado, el sistema de compensación económica para satisfacer los gastos de la movilidad geográfica que es propia a la Administración militar.

Esta materia también merece un estudio específico desde la perspectiva constitucional, ver el epígrafe "La remuneración de militar desde la perspectiva de la ley de leyes".

⁹⁶⁹ El Congreso de los Diputados, en el pleno celebrado el 27 de junio de 1991, adoptó -por práctica unanimidad- el acuerdo "Modelo Español de las Fuerzas Armadas-2000". En el mismo se decantaba por un modelo mixto en el que en el año 2000 un 50% de los efectivos totales fueran profesionales (55% según la Directiva de Defensa Militar de 26 de octubre de 1995).

⁹⁷⁰ Para una clara aproximación a los sistemas de reclutamiento existentes y unas consideraciones breves sobre sus ventajas y desventajas, ver, COSIDÓ, Ignacio, "Modelos de servicio militar", en AA. VV *El servicio militar: ... cit.*, págs. 239 y ss., RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, "Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", en AA. VV *El servicio militar... cit.*, págs. 214 y ss. Para una constatación de la situación internacional respecto de la profesionalidad, ver, FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, Eduardo, "Las personas al servicio... cit. págs. 276 y ss. y 296 y ss.

demográficos⁹⁷¹. Con el cambio de Gobierno que se produjo por las elecciones de 3 de marzo de 1996, se determinó con nitidez la opción por la plena profesionalidad⁹⁷². Siguiendo una corriente que

⁹⁷¹ Para un acercamiento a esta materia resultan de sumo interés los ya aludidos trabajos: AA. VV. *El servicio militar: ... cit.*, y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado.... cit.*, págs. 35-193. Unas breves reflexiones que pueden servir como introductorias se encuentran, por ejemplo, en ALONSO BAQUER, Miguel, "Los problemas de la profesionalidad militar", cit., págs. 16-21. La literatura sobre la materia es muy abundante, la más reciente se encuentra referida en AA. VV., *La profesionalización en los Ejércitos... cit.* así como en OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, "La privatización del deber militar: el servicio militar y la organización de las fuerzas armadas españolas ante el nuevo escenario estratégico", en *Revista de Estudios Políticos*, Número 97, Julio-Septiembre 1997, págs. 125-158. Desde el punto de vista jurídico constitucional, junto con la cuestión de la jurisdicción militar, el servicio militar obligatorio y la objeción de conciencia al mismo, han copado la bibliografía jurídico-militar. De entre los trabajos consultados se encuentran CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991, CAMARASA CARRILLO, J, *Servicio militar y objeción de conciencia*, Pons, Madrid, 1993, MILLAN GARRIDO, Antonio, *La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁹⁷² Ya en el programa electoral del partido ahora gobernante figuraba la profesionalización completa de las FAS. Desde la investidura del Sr. Aznar como presidente de Gobierno, al parecer, debido al pacto con el partido de *Convergència i Unió*, se afirmó definitivamente por la plena profesionalización. Diversos expertos coinciden en las enormes dificultades de toda índole que existen para que tal proceso culmine en la fecha inicialmente indicada; así lo puso de manifiesto el almirante Ángel Liberal Lucini, actual Consejero Electivo de Estado en su ponencia con título "El servicio militar obligatorio y la profesionalización de las FAS", realizada en el marco de los encuentros celebrados en los Cursos de Verano de El Escorial, organizados por la Universidad Complutense de Madrid los días 28-29 de agosto de 1997; las actas de dichos encuentros todavía no han sido publicadas. Dichas perspectivas negativas contrastan con las realizadas por diversos representantes del Ejecutivo en aquel foro. Así, D. Adolfo Menéndez Menéndez, (Subsecretario de Estado para la Defensa) en su intervención "El nuevo modelo de la plena profesionalización de las FAS" y, desde el plano económico, el Sr. José Barea (Director General de la Oficina del Presupuesto) en su intervención "La dimensión económica de la profesionalización de las FAS", previó un incremento nimio para poder llevar a cabo la plena profesionalización.

Al respecto de dicho proceso, actualmente en curso, puede verse mi trabajo COTINO HUESO, Lorenzo, "El reto de la profesionalización total de la Administración militar", comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312. También, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 43, 1998, págs. 11-27. Una visión muy crítica del actual proceso, puede seguirse en GARCÍA DE LA CRUZ, Juan J. "La seudoprofesionalización de la tropa", en *Claves de la razón práctica*, nº 82, mayo de 1998, págs. 59-65. Asimismo, puede seguirse el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado para establecer la fórmula y plazos para alcanzar la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas. Aprobado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados el 28 de mayo de 1998. Aprobado en sesión plenaria del Senado el 9 de junio de 1998. Su texto puede consultarse en la página *web* del Ministerio de Defensa, www.mde.es.

no es extraña en el resto de Europa⁹⁷³, se apostó, por fin⁹⁷⁴ por un modelo de ejército profesional, en el sentido de voluntario y remunerado. El proceso ya no tiene marcha atrás por cuanto a la decisión política se refiere: el principal partido en la oposición (el socialista), pese a sus iniciales reticencias a la supresión del servicio militar, finalmente ha afirmado la voluntad de mantener el proceso e, incluso, de adelantarlo⁹⁷⁵. Cuestión diferente son las graves dificultades en reclutar personal profesional de tropa y marinería⁹⁷⁶. En todo caso, todo parece indicar que esta es la opción que se corresponde con la exigencia de unos Ejércitos realmente eficaces en

⁹⁷³ En Bélgica se ha llevado a cabo la supresión del servicio militar obligatorio en virtud de la Ley de 31 de diciembre de 1992, en virtud de la cual se excluye de la aplicación de la Ley del Servicio Militar a los reemplazos posteriores a 1993. El *Arrête Royal* de 4 de 4 de octubre de 1993, estos sujetos a la Ley del servicio militar sólo podían ser llamados a comparecer al centro de reclutamiento hasta el 31 de diciembre de 1995.

En Francia, el Presidente de la República Jacques Chirac anunció el 22 de enero de 1996 la voluntad de suprimir el servicio militar obligatorio antes del año 2002.

El Parlamento Europeo en la Resolución A3-0411/93, de 19 de enero de 1994 (publicada en el Diario Oficial de las Comunidades nº C44/104, de 14 de febrero de 1994), ha pedido a los estados miembros “que estudien, como un asunto de interés común, la experiencia de los que han suprimido el servicio militar obligatorio en favor de las fuerzas armadas totalmente profesionales, reconociendo que todos los ciudadanos de un Estado miembro deberían de disfrutar de los mismos derechos y cumplir las mismas obligaciones”.

⁹⁷⁴ Se afirma que “por fin” en cuanto que durante la década de los 80 la postura de los partidos políticos con posibilidades de Gobierno ha sido oscilante y dubitativa en algunos momentos. Ya en la década de los noventa, a excepción del PSOE, el resto de los partidos políticos de relevancia apostaban claramente por un modelo reducido y profesional. Al respecto, ver el apartado titulado “Los programas de los partidos políticos” en RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, “Problemática del empleo del personal militar... cit., págs. 223 y ss. y especialmente el reciente trabajo de OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, “La privatización del deber militar... cit., en concreto, págs. 140- 146

⁹⁷⁵ Así, entre otros, en *El País*, 31 de octubre de 1999, “Almunia promete acabar en el 2000 con la “mili” y la prestación social” donde se recoge la promesa electoral del candidato Sr. Joaquín Almunia, quien afirmó que de ganar las elecciones el sorteo del servicio militar celebrado en noviembre de 1999 sería el último.

⁹⁷⁶ La tendencia a la inversión de la pirámide vegetativa propia a las sociedades occidentales, de especial intensidad en el caso español, reduce el número de personas con edades óptimas para constituir la tropa profesional. A ello se unen otros factores, como las tendencias pacifistas y ocupacionales actuales, que no hacen atractiva la profesión militar a un buen número de jóvenes. Todo lo cual, en conjunto, ya está dificultando sobremanera el proceso de profesionalización, por falta de personal.

Como se verá la incorporación de la mujer al Ejército es una de las posibilidades para resolver este importante problema, asimismo, se ha llegado a apuntar la incorporación de extranjeros en la tropa y la marinería, lo cual, como se puede percibir, quiebra la nacionalidad que viene rigiendo en los Ejércitos desde la Revolución francesa. Estos problemas serán abordados con profundidad más adelante en los apartados intitulados “¿Y el sexo? las mujeres ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI. Una ironía histórica: de la discriminación a una *interesada* discriminación positiva” y “¿Extranjeros en las Fuerzas Armadas? Un tema relevante para el futuro del ejército profesional español”.

el contexto histórico actual, sin perjuicio de que con ella además se satisfaga una exigencia actual de la sociedad española⁹⁷⁷.

Por cuanto al logro efectivo de la supremacía civil, cabe señalar que se dio durante el período socialista. Desde la perspectiva política, afirma Agüero que “sin lugar a dudas, durante el segundo mandato socialista, se alcanzó plenamente la supremacía civil”⁹⁷⁸, es decir, la efectiva y material consolidación de la supremacía civil sólo se alcanzó años más tarde de la entrada en vigor de la norma de normas⁹⁷⁹. Durante el gobierno socialista severamente se corrigió cualquier exceso en las posiciones políticas de la cúpula militar⁹⁸⁰, también se acometieron diversas reformas organizativas del Ministerio de Defensa tendentes a la asunción efectiva de las

⁹⁷⁷ Son las actuales exigencias estructurales de la defensa las que aconsejan la opción por un Ejército voluntario y sólo secundariamente la satisfacción de los intereses y demandas de la ciudadanía. Al respecto de la constatación de la actual conveniencia del modelo voluntario (o a lo sumo, mixto), véase, OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, “La privatización del deber militar... cit., pág. 135 en donde se afirma que:

“Para comprender las tendencias al cambio de la organización militar hay que tener en consideración las presentes transformaciones derivadas tanto del nuevo entorno de las relaciones internacionales como de la propia sociedad nacional [...] En consecuencia, la nueva organización militar va a descansar fundamentalmente en el servicio voluntario de larga duración con un énfasis en la calidad más que en la cantidad, y de mantenerse un modelo mixto, los recursos financieros y los mejores hombres se canalizarían hacia los segmentos más profesionales.”

⁹⁷⁸ AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. pág. 356.

⁹⁷⁹ En la misma dirección OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, “La privatización del deber militar... cit., en concreto en las págs. 135-136 afirma que “durante la transición de las legislaturas socialistas hemos asistido a la lenta emancipación de la política de defensa de las cuestiones de es la supremacía y el control civiles, hasta su consideración como una política pública más, en plano de igualdad con las restantes medidas decididas por los distintos poderes nacionales.”

⁹⁸⁰ El ministro Narcís Serra impuso una política que prohibía a los altos oficiales del Ejército expresar públicamente opiniones críticas sobre cuestiones polémicas. Al respecto, véase AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. págs. 350 y ss.; este autor recoge no pocos ejemplos que manifiestan la mentada política. Uno de los pilares básicos de esta obra, reside en el hecho de objetivar la constatación de la efectiva supremacía civil. Para ello propone unos criterios que pueden ser objetivados. Uno de ellos, resulta del hecho de que por parte de las FAS no se responda críticamente a una medida adoptada por el Gobierno, se precisa que tal fuerza opositora militar no llegue a suponer la necesidad de retirar tal medida. Así es que Agüero subraya la sólida oposición que se dio durante la transición a la reincorporación de los expulsados pertenecientes a la Unión Militar Democrática. Resistencia ésta que impidió tal reincorporación. En noviembre de 1986 el Gobierno concedió a los antiguos miembros de esta organización el derecho a reincorporarse al Ejército. Es en este momento cuando Agüero sitúa la efectividad política de la supremacía civil en España.

riendas de la política militar⁹⁸¹. Asimismo, en aquella etapa, los altos cargos militares pasaron a ocuparse en buena medida por civiles⁹⁸². Hay que apuntar, no obstante, que durante el Gobierno del Partido Popular, se observa un receso de la cantidad de civiles en altos cargos del Ministerio de Defensa⁹⁸³. Ahora bien, como en su momento se explica, una vez consolidada la supremacía civil, la condición de militar o no a la hora de ejercer un cargo en la parcela de defensa no adquiere las particulares connotaciones que ello podía tener en tiempos ya pasados.

⁹⁸¹ Para un análisis concreto de la organización de la estructura de la Administración militar en virtud de la LODNOM de 1980, y específicamente de su reforma en 1984, así como del desarrollo normativo de tales reformas, DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, "La organización administrativa de la defensa (la reforma de la organización central de la defensa en España)", en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2907- 2951, *in toto*; BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*", Tecnos, Madrid, 1988, págs. 158-174; AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. págs. 311 y ss y, especialmente, HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R., "Órganos superiores de la Función Militar", en *La función militar...* cit. págs. 543-548 *in toto*.

No obstante las obras anteriormente citadas, cabe remitir por su adecuación a la normativa más actual y completo tratamiento, PARDO DE SANTAYANA, José R. y otros, "La estructura de la Defensa", en AA. VV., *La defensa de España...* cit., págs. 155-271.

Con el fin de consolidar un fuerte Ministerio de Defensa civil, el 5 de enero de 1984 se promulgó la reforma de la LODNOM de 1980, que fortaleció considerablemente al ministro frente a los jefes de Estado Mayor, a la vez, no se dejó margen alguno a la ambigüedad suscitada por el mando supremo del Monarca. Diversas normas inferiores, autorizadas por la citada ley, consolidaron la fuerte posición del ministro, cesando toda posible autonomía del poder militar. Entre estas disposiciones merecen ser destacadas el Real Decreto 135/1984, sobre estructura interna y relaciones funcionales del Ministerio, el de mismo número de 1985 que perfilaba y profundizaba el anterior, la Orden Ministerial 18/1985 sobre las relaciones y comunicación entre el personal civil y militar. El Real Decreto 1/1987, que reestructuró de nuevo el Ministerio concretando aún más las prerrogativas del ministro. En la misma línea, cabe mencionar el hecho de que los cargos de Director y Subdirector General en este ministerio, ocupados por un 83% por personal militar en 1984, pasaron a un reducido 56% en 1993.

⁹⁸² Los datos se siguen de AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. pág. 323 y del estudio de DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M. "La consolidación del poder civil en los órganos de alta responsabilidad política y técnica del ministerio de defensa en España: 1977-1999, mecanoscrito facilitado por el autor de próxima publicación. Su seguimiento de los Altos Cargos hace referencia a los Directores Generales y los Subdirectores Generales, según dispone la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Pues bien, de los datos se desprende una evolución en los gobiernos socialistas de los altos cargos civiles: 17% (1984), 27% (1987), 31% (1989), 45% (1993).

⁹⁸³ Así de un 45% de civiles altos cargos en el último gobierno socialista, en 1999 se señala un descenso al 24%. Al respecto, también se atiende *El País*, "Un militar releva al penúltimo director general civil de Defensa", 29 de agosto de 1998, donde se señala que el único civil en las direcciones generales del Ministerio era el responsable de Reclutamiento y Enseñanza.

Del avenimiento de tan sustanciales cambios, también cabe destacar cómo se asumió el poder en un área tan delicada como la de la *enseñanza militar*. No en vano se trataba del instrumento básico de la socialización de los valores militares, considerados claramente internos por el Ejército; en la lógica del formato institucional este área debía permanecer aislada de lo civil. En consecuencia, la enseñanza militar sería un terreno extremadamente resistente a la expansión de la autoridad política civil. Pese a ello, se tomaron algunas medidas que no escaparon a la polémica y a la resistencia⁹⁸⁴. La enseñanza militar no ha cesado en seguir una importante evolución en una línea convergente con la educación general⁹⁸⁵ acercándose, cada vez más, al objeto constitucional definido en el artículo 27. 2 CE⁹⁸⁶.

Finalmente, *sobre la composición social de las Fuerzas Armadas*, se puede apuntar que frente a una normativa dispersa de cada Ejército, que comportaba importantes agravios comparativos, se emprendió la tarea de lograr la efectividad de lo dispuesto en los artículos 23. 2º y 103. 2º CE respecto del acceso a la función pública de acuerdo a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Se unificó y homogeneizó el sistema de ingreso en la carrera militar,

⁹⁸⁴ Así la Orden Ministerial 66/1985, de 22 de noviembre, dio al ministro voz en el nombramiento de profesores (art. 3), asimismo recogía distintos cambios en la materia en la línea de limitar la permanencia en estas plazas (art. 8. 3 o exigir cursos de renovación (art. 11). También los militares se opusieron al Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre, por el cual se unificaban los requisitos de admisión en las escuelas militares. En esta línea, la Orden Ministerial 37/1986, de 28 de abril, delineó asignaturas comunes.

⁹⁸⁵ Esta fue la línea imperante en la Ley 17/1989 del Régimen del Personal Militar Profesional, que redefinió la enseñanza militar. La misma fue desarrollada en diversa normativa y si bien ha vuelto a registrarse una nueva regulación legal de la enseñanza militar en la reciente Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas 17/1999, de 18 de mayo. La materia merece un espacio particular en la presente obra, por lo cual ahí se concretará sobre el particular.

⁹⁸⁶ En un reciente estudio he tenido la ocasión de subrayar la radical importancia que tiene una educación y enseñanza militar basada en el objeto educativo que impone el artículo 27. 2º de la Constitución, COTINO HUESO, Lorenzo, "Exigencia del conocimiento de los derechos humanos y los principios democráticos por los funcionarios militares", en AA. VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 308-331. Como ahí se sigue, en el marco castrense el despliegue de la virtualidad de dicho precepto adquiere particulares connotaciones del todo favorables tanto para las Fuerzas Armadas, para sus componentes, como para el resto de la sociedad. Este estudio, así como el libro en el que se enmarca, desarrolla en buena medida los presupuestos básicos de la tesis sostenida por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.

suprimiéndose antiguos privilegios de difícil justificación constitucional que facilitaban el mantenimiento del corporativismo social militar y la conformación de una clase militar ajena a la sociedad⁹⁸⁷. De otra parte, cabe recordar la tardía incorporación de la mujer a las FAS, que no comenzó hasta la aprobación de la Ley 17/1989. En todo caso, la presencia de la mujer en los Ejércitos no resulta hasta el momento bastante significativa⁹⁸⁸, si bien se ansía un incremento de su participación militar puesto que puede ser un recurso para paliar las actuales dificultades de reclutamiento.

Desde la perspectiva política se ha apreciado cómo en España se ha tendido al establecimiento de un modelo ocupacional; sin embargo esta tendencia no se ha adoptado en toda su extensión. Además, la política militar se ha establecido desde el sólo punto de vista de la profesionalidad y la eficacia. Dicha política no se ha decantado de forma completa por el formato ocupacional, y lo que es más, se ha llevado en su mayor parte sin la debida extensión e inspiración jurídico-constitucional. Tras dos décadas de vigencia de nuestra ley de leyes, en la

⁹⁸⁷ Dichos privilegios se concretaban en la concesión de plazas de gracia. Tales medidas comenzaron en virtud del mencionado Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre, por el cual se unificaban los requisitos de admisión en las escuelas militares. De forma genérica, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, imponía la homogeneización del sistema de acceso con el de la Administración civil; tales directrices se desarrollaron en virtud del Real Decreto 1046/1986. Tras la ley 17/1989, fue aprobado el Real Decreto 1180/1989, de 6 de noviembre, y al año siguiente el Real Decreto 562/1990, de 4 de mayo. Actualmente rige el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las FAS y la Guardia Civil aprobado por el Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre. En los artículos 18 y ss. del mismo se establecen las edades mínimas de entrada a cada cuerpo y escala; para la entrada directa a la escala superior (quienes llegan a alcanzar los puestos máximos de la jerarquía militar) destaca la exigencia de un máximo de 22 años de edad. Tal decisión se encuentra dentro de los márgenes de discrecionalidad propios de la materia; sin embargo, desde la perspectiva que se atiende en esta fase de estudio, no se puede dejar de poner de manifiesto que el establecimiento de dicha edad sin duda facilita el acceso a quienes a una corta edad tienen decidida intención de pertenecer a las FAS, en virtud, quizá de una socialización previa, como la que se recibe en el seno de una familia militar. Con el establecimiento de tales límites de edad, se favorece -insisto, dentro de los márgenes de constitucionalidad y legalidad- la ya aducida herencia ocupacional.

⁹⁸⁸ De los más de 170. 000 militares de las FAS españolas, unos 50. 000 cuadros de mando, no pasan de 6. 000 las mujeres, número que ahora se ve incrementado por su afluencia en la Tropa. No obstante, la intención de incorporarse a la tropa profesional por la mujer no ha sido, en modo alguno, testimonial, pues alcanza al 20% el porcentaje de las mujeres que solicitan la entrada en las Tropas profesionales. Algunos de estos datos se siguen de *El País* de 12 de febrero de 1999 puede leerse el artículo "El Ejército no podrá cubrir todas las plazas de tropa profesional por falta de candidatos. Defensa sólo recluta 2, 16 aspirantes por puesto tras gastar 1. 600 millones en publicidad".

esfera militar española todavía persisten caracteres institucionales que, como más tarde se aprecia, en rigor jurídico, deben ser superados. Quizá, para los órganos que deben llevar a cabo la efectiva adopción de un sistema plenamente acorde con la Constitución, no ha sido suficiente el lapso de tiempo transcurrido. Sin embargo, hay dos realidades que éstos no pueden ignorar, la vinculación de la norma suprema y la consolidación efectiva de la democracia española.

La línea seguida hasta ahora puede ser un gran error, en mayor medida al encontrarnos actualmente a las puertas de un Ejército totalmente profesional⁹⁸⁹. *El menoscabo de las exigencias constitucionales al tiempo del establecimiento de un ejército profesional puede suponer una regresión en la separación del colectivo militar del resto de la sociedad y un futuro foco de tensiones.*

El conjunto de medidas adoptadas sufre claramente de una importante carencia: el desarrollo efectivo en las FAS de los valores y principios que nuestra Constitución consagra, así como de derechos fundamentales y las libertades públicas que en ella se reconocen. Nuestro marco constitucional permite no pocas especialidades en el régimen jurídico de la Administración militar y en el estatuto de sus miembros. Dado este amplio marco establecido, los poderes públicos tienen suficiente margen para profundizar en el reconocimiento de los valores, principios y derechos fundamentales, tanto en el ordenamiento militar como en la propia actuación de las FAS. Sin embargo, hasta el momento no se percibe con nitidez tal desarrollo constitucional efectivo. Sin perjuicio de este “amplio margen” de los poderes públicos, la fuerza normativa de la Constitución impone algunas exigencias que devienen insalvables para éstos.

De todos estos aspectos se hace referencia en la segunda parte de este estudio, ceñida -a diferencia de esta primera- al ámbito jurídico-constitucional. Se concluye ahora esta primera parte, imprescindible para introducir, explicar, ubicar y dotar de un

⁹⁸⁹ Al respecto de una crítica a la política militar seguida hasta la fecha, en referencia a la necesidad de un marco jurídico aperturista respecto de los derechos y libertades del militar, ver mi trabajo COTINO HUESO, Lorenzo, “El reto de la profesionalización total... cit.

adecuado tratamiento jurídico a las circunstancias históricas, sociológicas, políticas que conciernen a las FAS.

IV. Evolución de la legislación militar y de defensa durante el período constitucional

A) LA LENTA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MILITAR

Como no podía ser de otra manera, desde el avenimiento del sistema democrático constitucional en España se ha registrado una importante evolución de la legislación atinente a las FAS y la defensa. Parece recomendable acercarse someramente a los diversos textos normativos básicos desde una perspectiva genérica, sin profundizar en su contenido normativo, sino más bien para aproximarse al valor especialmente político de cada una de estas normas. Será obviamente en la atención jurídica particular de cada parcela donde habrá ocasión de adentrarse en contenidos normativos concretos.

Recién aprobada la Constitución, Casado concluía un excelente trabajo afirmando:

“Creemos que la Constitución es válida para configurar unas Fuerzas Armadas en sintonía con las demás instituciones del Estado, que no se sientan como un cuerpo extraño a la sociedad de la que forman parte y a la que sirven y cuyos miembros vibren al unísono con las inquietudes e ilusiones de sus conciudadanos y quiséramos, desde aquí, llamar de antemano la atención para que la legislación, sin duda amplia y abundante, que vaya a desarrollar estos preceptos constitucionales, sea coherente con ellos y no desvirtúe su letra ni su espíritu.”⁹⁹⁰

Desde la perspectiva más política (en sentido de política normativa) que jurídica en que ahora se detiene el estudio, cabe significar la lenta pero paulatina adecuación del ordenamiento

⁹⁹⁰ CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 36, julio-diciembre de 1978, págs. 7-42, cita de la pág. 41.

militar a la Constitución, una lenta evolución aún inacabada⁹⁹¹ pese a ser más de dos décadas las que nos distancian de la feliz entrada en vigor del texto fundamental. Se ha tratado -y se trata- ni más ni menos que de adecuar un ordenamiento tan particular como el castrense, sin tradición democrática alguna, al conjunto de de las reglas y principios propios de un Estado constitucional democrático. Domínguez Berrueta, con acierto, afirma que “los preceptos constitucionales han ido tomando presencia sobre la formulación anterior de aquel núcleo, disolviendo su carcasa valorativa, fundiendo su corteza conceptual, hasta llegar a fusionar sus átomos constitutivos, para transmutarlos, jurídicamente, en el último soporte de la soberanía de un Estado Social y Democrático de Derecho.”⁹⁹²

Como se verá, aunque al lector no avezado pueda sorprender, el grado de vinculación de la Constitución sobre el ámbito castrense ha sido en nuestro país objeto de una discusión doctrinal que ha desbordado ríos de tinta. La razón de Estado en uno de sus ámbitos naturales, como lo es el relativo a la fuerza militar, se ha hecho cuerpo jurídico realentizado el alcance de las reglas y mandatos constitucionales sobre una parcela ciertamente particular. Y todo hay que decirlo, ha sido el propio texto de la ley de leyes el que permitía cuanto menos dar pie a una eterna discusión que, en buena medida, más adelante pretende resolverse de forma definitiva.

A la hora de operar una lectura del desarrollo de la legislación castrense, los hechos parecen dar la razón a quienes han señalado que la particular recepción de las FAS en el artículo octavo del título preliminar ha servido de *colchón* para realizar una suave “transición militar” a favor de su adecuación a las reglas y principios del Estado social y democrático de Derecho⁹⁹³. Dicha transición militar se ha

⁹⁹¹ Por el contrario, para algunos la adecuación a los postulados constitucionales concluyó con la supresión de la pena de muerte del Código Penal Militar por medio de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre. Así se afirma en “Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar”, cit. pág. 25. Sin embargo, aún resultan exigibles diversos cambios en la legislación en orden a asentar un efectivo modelo constitucional de FAS.

⁹⁹² “Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar” (sin referencia al autor), en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 23-28, pág. 22.

⁹⁹³ En “Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar”, cit. se afirma en la pág. 24 que la ““puesta en acción” del art. 8 ha servido para sustentar no la supervivencia de

definido como la “aplicación de la Constitución en el ordenamiento jurídico militar y su ajuste a las exigencias que dimanan de la vigencia de una Constitución democrática”⁹⁹⁴. Y cierto es que no se ha tratado de una, sino cuanto menos de dos transiciones protagonizadas durante legislaturas y gobiernos de diferente cariz político⁹⁹⁵, como lo fueron el centrista de la UCD⁹⁹⁶ y más tarde, del PSOE⁹⁹⁷. Durante la legislatura y gobierno del Partido Popular, si bien ha sido abundante la labor normativa respecto a lo militar⁹⁹⁸,

una mundo autónomo de valores, principios y normas al margen del sistema constitucional, como quizá pudiera haber sucedido, sino para realizar una suave “transición militar” y una continuada tarea de adaptación del ordenamiento preconstitucional que, salvado el escollo de febrero de 1981, ha hecho que el problema militar no difiera de lo común en los demás países europeos, mientras nuestras Fuerzas Armadas ganan consideraciones y prestigio participando en misiones internacionales, en un plano similar al de los demás miembros de la OTAN”.

⁹⁹⁴ DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional de la transición militar”, en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 72-111, en concreto, pág. 74 (antes en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...* cit. págs. 2955- 3006).

⁹⁹⁵ Así lo recuerda, entre otros, PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 10 “no ha habido una reforma militar, sino dos: la del Gobierno de la UCD, pilotada e inspirada por el General Gutiérrez Mellado, y la reforma del Gobierno socialista, dirigida por el Ministro Narciso Serra”. Cabe advertir, no obstante, que no se comparte la posición de este autor en tanto en cuanto sostiene que “la primera reforma respetó el diseño del constituyente de 1978, mientras que la segunda transgredió su voluntad de que se respetase el perfil jurídico-institucional de las Fuerzas Armadas.”

⁹⁹⁶ Durante las legislaturas de la UCD, sin perjuicio de la normativa infralegal se aprobaron las siguientes leyes:

Ley 83/1978, de 28 de diciembre por la que se regulan las funciones de los distintos órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional; Ley 85/1978, de 28 de diciembre por la que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FAS; Ley orgánica 4/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar; Ley 9/1980, de 6 de noviembre, sobre reforma del Código de Justicia Militar; Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, que cumplimenta lo prevenido en el art. 116. 1º de la Constitución, sobre los estados de alarma, excepción y sitio.

⁹⁹⁷ Durante las sucesivas legislaturas socialistas se aprobaron las siguientes leyes:

Ley orgánica 1/1984, de 5 de enero por la que se reforma la Ley 4/1980 de criterios básicos de la defensa nacional y organización militar; Ley 19/1984, de 8 de junio del servicio militar; Ley 48/1984 y Ley orgánica 8/1984, ambas de 26 de diciembre, por las que se regula la objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria, la primera y el régimen de recursos y penal de la misma; Ley orgánica 12/1985, de 9 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar; Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar, Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar.

⁹⁹⁸ Así, en la legislatura 1996-2000, se aprobaron las siguientes leyes:

Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre; Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Militar Profesional; Ley 26/1999,

los cambios operados no han sido excesivos con relación a la obra pasada.

Hay quien no ha dudado en afirmar el “perverso” papel del legislador en materia militar, por operar los cambios en la normativa a golpe de sentencia del Tribunal Constitucional e incluso bordeando las exigencias de este alto órgano⁹⁹⁹. Sin perjuicio de dicha afirmación, en muy buena medida cierta, hay que decir que tampoco el Tribunal Constitucional ha significado un completo revulsivo del ordenamiento castrense, puesto que no ha impuesto una completa constitucionalización en las FAS y el Derecho militar. Su labor en esta parcela ha sido -al igual que la del legislador- lenta y paulatina, pero en todo caso no puede tildarse de beligerante, sino más bien de permisiva. En todo caso, un juicio crítico y negativo, siempre sencillo de llevar a cabo y más en el presente ámbito de estudio, no puede dejar de advertir de forma muy positiva los logros habidos hasta la fecha. Las posibilidades de adecuarse a lo prescrito por la Constitución continúan siendo muchas, pero en ningún momento puede dudarse de los tremendos avances que se han dado. Para ello, basta tener en cuenta la situación jurídico-política en la que se situaban las FAS antes del período democrático.

de 9 de julio, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los Miembros de las Fuerzas Armadas

⁹⁹⁹ Así, resulta interesante la lectura del papel del legislador operada DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional de la transición militar”, cit., en especial, págs. 94 y ss. (antes, bajo el mismo título en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...* cit.). Califica el papel del legislador como “perverso” por cuanto “en el proceso de ajuste del ordenamiento constitucional de las Fuerzas Armadas a los valores y principios constitucionales de debía haber sido el legislador quien, por sí mismo, plantease nuevas soluciones que compaginasen las específicas exigencias organizativas de las fuerzas armadas con los principios constitucionales. Por el contrario, su papel, aunque innovador, generalmente se ha limitado a al recoger pronunciamientos “negativos” respecto de la supervivencia del régimen anterior, realizados por el Tribunal Constitucional. Análogamente, ha seguido manteniendo las peculiaridades del régimen jurídico de constitucional de las Fuerzas Armadas que el Tribunal Constitucional ha entendido que no choca con las exigencias constitucionales. Este dato lo consideramos decisivo respecto de lo que hemos llamado “transición militar”, pues el legislador ha operado exclusivamente sobre la base de textuales exigencias constitucionales, sin pronunciarse por una íntima adecuación a los valores constitucionales del ordenamiento militar.” (ver, ob. cit. págs. 97-98). Cabe también señalar que en la pág. 97 se afirma que “No siempre el legislador sigue puntualmente la doctrina del Tribunal Constitucional, sino que, a veces, intenta “bordearla”.”

B) LAS REALES ORDENANZAS DE LAS FUERZAS ARMADAS DE 1978

Tras casi dos siglos de vigencia de las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768 parecía obvia la necesidad de renovar una normativa que había de regir la vida militar. Las reglas de vida de las unidades militares, los principios de la disciplina y los valores castrenses, así como los derechos y obligaciones del servidor de armas, pese a tratarse de un ámbito como el militar tan reacio a todo tipo de cambios, habían de renovarse. Y es menester señalar que tal necesidad ya se había advertido antes del propio avenimiento de la democracia¹⁰⁰⁰, y por tanto, mayor exigencia de cambios había de significar la entrada en un régimen constitucional.

El 28 de diciembre se promulgaron las Reales Ordenanzas de las FAS. Su aprobación, pues, fue paralela a la de la norma suprema, y, por ello, coetánea a la máxima expresión jurídica que atestiguaba el cambio a un régimen democrático. Por ello, en la teoría, la aprobación de la Constitución y el definitivo cambio de régimen suponían el momento idóneo para que “la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros” (art. 1 Reales Ordenanzas) recogiese todos los postulados constitucionales. Las Reales Ordenanzas eran el cuerpo normativo idóneo para que desde la fuerza de la ley, se pretendiese dar un giro al bagaje ideológico que había calado en las FAS después de cuarenta años de dictadura.

Sin embargo, las Reales Ordenanzas fueron la expresión jurídica en la que se proyectó con mayor nitidez el peso del poder militar en aquellos momentos de la transición. La delicada situación política del momento impedía tomar todas las decisiones políticas y jurídicas que quizá se pretendiesen por el poder civil. El tono ciertamente exagerado de Hillers de Luque no le resta razón cuando afirma que los redactores de la Constitución “no se atrevieron” a adecuar las FAS al ordenamiento constitucional por medio de una

¹⁰⁰⁰ Así, en 1973 se creaba la Comisión de Ordenanzas Generales de la Armada y poco después, en el Ministerio del Ejército se creaba otra Comisión revisora de la “normativa moral militar”, cuyos trabajos serían aprovechados por la Comisión InterEjércitos para la redacción de las nuevas ordenanzas (creada el 31 de octubre de 1977) que definitivamente aprobaría las Reales Ordenanzas.

nueva ley -tal como el propio artículo 8. 2º exigía-, esto “era pedirles demasiado. Hubiera significado una “ruptura” con el pasado y el Ejército Nacional no lo hubiera tolerado [...] Optaron, por tanto, por redactar unas Reales Ordenanzas que hubieran podido valer perfectamente para el Régimen del 18 de julio, y al mismo tiempo, a modo de “cuñas”, como para salvar el expediente, se remiten a la Constitución como ordenamiento jurídico superior.”¹⁰⁰¹

La elaboración esencial de esta norma se efectuó con cierto distanciamiento al proceso democrático¹⁰⁰². Pese a la excusa de que no fuese conocido el contenido de la Constitución que se elaboraba -totalmente incierta¹⁰⁰³-, el legislador únicamente se remitió a la Constitución *en bloque*¹⁰⁰⁴, sin proyectar efectivamente su contenido

¹⁰⁰¹ Ver, HILLERS DE LUQUE, Sigfredo, “Las Fuerzas Armadas y la Constitución... cit. pág. 113. Este trabajo es, sin duda el que mejor denuncia la verdadera significación jurídica de las Reales Ordenanzas -al margen de la regulación de los derechos fundamentales contenida en los artículos 168-185.

¹⁰⁰² Pese a que su aprobación fue coetánea a la de la Constitución, sus orígenes datan de 1973 y su elaboración básica es de principios de 1977. A finales de 1973 se creó la Comisión de Ordenanzas Generales de la Armada y al año siguiente se creó otra Comisión revisora de la normativa moral militar. Si bien estas comisiones no terminaron sus trabajos, los mismos fueron utilizados por la Comisión que redactó las Ordenanzas definitivas. Al respecto ver, LAGUNA SANQUIRICO, Francisco, “El militar, ciudadano de uniforme. (Derechos y deberes del soldado), en *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, abril-junio de 1987, págs. 121-135, concretamente, ver, págs. 123-124 y NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. pág. 49.

¹⁰⁰³ Al respecto es significativa la enmienda nº 322 formulada por el senador Sánchez Agesta, en la que se demandaba una variación del apartado segundo del artículo octavo de la Constitución advirtiendo la fase avanzada de las Reales Ordenanzas que iban a ser aprobadas. Ver, CORTES GENERALES. *Constitución española...* cit, págs. 1715 y ss.

¹⁰⁰⁴ Lo cierto es que la norma de normas tuvo sólo tuvo su reflejo en las Reales Ordenanzas en diversas “cuñas” que aparecen algo *forzadas*, cuya validez y técnica jurídica resulta en ocasiones cuestionable. Así, cabe citar los siguientes preceptos:

Art. 3: “La razón de ser de los Ejércitos es la defensa militar de España y su misión garantizar la soberanía e independencia de la *Patria*, defender la integridad territorial y el *ordenamiento constitucional*.” (práctica transposición del artículo 8. 1º C. E)

Art. 11: “*La disciplina*, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. *Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, a la que la Institución Militar está subordinada.*”

Art. 26: “*Todo militar deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución...*”

Art. 34: “*Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.*”

Art. 168: “*El militar está obligado a respetar la Constitución y a cumplir exactamente los deberes generales de todo ciudadano.*”

en la norma¹⁰⁰⁵, en especial, en cuanto a su regulación de los valores militares y la disciplina¹⁰⁰⁶. Ello ha llevado al autor mencionado a afirmar la inconstitucionalidad de esta norma¹⁰⁰⁷. Desde aquí, se sostiene que, si bien ciertos preceptos relativos a las FAS, su disciplina y valores no parecen inspirados por los contenidos constitucionales, éstos deben ser completados y compatibilizados ineludiblemente con los propios principios y valores constitucionales, que son los que deben inspirar a *todo* el ordenamiento jurídico. Así, su efectivo valor normativo puede ser determinado gracias a una *interpretación conforme* a la norma

¹⁰⁰⁵ En este sentido, también GARCÍA HERRERA, Miguel A. "Estado democrático y libertad de expresión", en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, nº 64, 1982, págs. 141-174 y nº 65, primavera 1983 primavera, págs. 147-201. Este autor, en concreto en pág., 195 afirma respecto de las expresiones atinentes a la Constitución en las Reales Ordenanzas que "los principios afirmados se vacían en su concreción."

¹⁰⁰⁶ La doctrina militar es la que se ha dedicado con mayor profusión a estudiarlas, en ocasiones de forma ejemplar MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales de las Fuerzas Armadas en las Reales Ordenanzas de S. M. D. Juan Carlos I*, Imprenta Litomaype, La Laguna, 1980.) Sin embargo, no ha entrado seriamente en la significación que tiene el texto constitucional *sobre* esta norma. Puede seguirse un resumen del contenido normativo de las Reales Ordenanzas en NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, págs. 47-54.

¹⁰⁰⁷ Algún sector minoritario de la doctrina ha entendido que estas Reales Ordenanzas son inconstitucionales por su contenido. HILLERS DE LUQUE, Sigfredo, en "Las Fuerzas Armadas y la Constitución... cit. *in toto*. Este autor Hillers parte de unos posicionamientos ciertamente radicales, no sólo frente a las Reales Ordenanzas, sino frente a la propia Constitución; es por ello por lo que afirma la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos. Entre sus conclusiones, en la pág. 113 afirma: Así 113 "Consiguientemente, y tratando de resumir, diremos que, -por las razones ya expuesta las Reales Ordenanzas de 1978 contienen artículos claramente inconstitucionales, por recoger -y consagrar- valores espirituales que están o bien fuera de la Constitución o incluso contra la Constitución."

Desde la perspectiva de la supremacía civil, son diversos los motivos por los cuales puede sostenerse que subyace cierta reticencia a la total aceptación de este principio. En este sentido, cabe poner de manifiesto cómo se establece una directa relación de las FAS con el Rey (art. 2 "Bajo el mando supremo del Rey, las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, están exclusivamente consagradas al servicio de la Patria..."). Del mismo modo, se emplea continuamente el término "Patria" de dudoso significado jurídico-político. Resulta también cuestionable la intención que se esconde en las Reales Ordenanzas al emplear el término "institución" para referir a las FAS (así sucede expresamente en el epígrafe que designa el Título primero del Tratado primero de dicha norma -"De la Institución militar"-, así como en sus artículos 10 y 17). Por último, los artículos 4 y 21, bien merecen un más extenso comentario en relación con la atribución a las FAS de una naturaleza pseudodemocrática; tal atribución se sostendría en virtud de un título atribuido por ellas mismas, gracias a una especial consideración del directo nexo que mantienen con la sociedad. (Tales preceptos disponen que: "La defensa nacional es deber de todos los españoles. *Las Fuerzas Armadas, identificadas con los ideales del pueblo español, del que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo, son elemento esencial de aquélla, en su alerta permanente por la seguridad de la Patria.*"(Art. 4); "*Las Fuerzas Armadas representando a la Nación y en nombre de los poderes del Estado, serán las encargadas de rendir los honores de ordenanza en los actos o ceremonias oficiales.*"(Art. 21).

suprema; de ahí que, en principio, no quepa hablar de inconstitucionalidad¹⁰⁰⁸.

Mayor complejidad tiene la cuestión de la constitucionalidad formal de las Reales Ordenanzas. En virtud de lo dispuesto por la norma suprema, las Reales Ordenanzas debían haber sido aprobadas como ley orgánica ya por su desarrollo de los derechos fundamentales de los militares (art. 81 CE), ya por regular las bases de la organización armada (art. 8. 2º CE)¹⁰⁰⁹. Y es que si bien la fecha de aprobación parlamentaria (20 de diciembre) y de sanción real y promulgación (28 de diciembre) son anteriores a la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre), su fecha de publicación es posterior (las Reales Ordenanzas se publicaron el 12 de enero de 1979, y no entraron en vigor hasta 20 días después, el 1 de febrero). Al momento de su aprobación resultaba jurídicamente imposible la aprobación en tal forma orgánica. Sin embargo, la Constitución ya había sido aprobada y regía al momento de entrar en vigor las Reales Ordenanzas; por lo tanto, era ya de aplicación lo determinado por el artículo 81. 1º CE (y en su caso, el artículo 8. 2º CE). Lo único que cabe alegar es que la definitiva tramitación parlamentaria -único orden en el que la una norma puede sufrir variaciones- culminó antes de la entrada en vigor de los efectos de la Constitución.

¹⁰⁰⁸ Cuestión diferente resulta del contenido de los preceptos que desarrollan los derechos fundamentales de los militares (arts. 168-185), pues la constitucionalidad material de algunos de ellos puede ponerse en duda tal y como se abordará en su atención concreta.

¹⁰⁰⁹ El artículo 81 C. E. exige el carácter orgánico para las leyes relativas al desarrollo de los derechos y libertades, como sabemos, en referencia a los reconocidos en la sección primera del capítulo II del Título Primero. Es por ello por lo que la doctrina ha afirmado la inconstitucionalidad de los artículos 168 y ss. de las Reales Ordenanzas, en tanto que desarrollan estos derechos.

No obstante, cabe dudar si el carácter de ley orgánica no sólo debe ser exigido en relación con los derechos y libertades, sino que, las Reales Ordenanzas debieron ser aprobadas con tal carácter en virtud del artículo 8. 2º. Este precepto establece reserva de ley de tal naturaleza para las “bases de la organización militar”. El legislador entendió que tal “organización” era la que efectivamente regulaba la ordenación de los poderes y competencias relativas a la defensa nacional y la organización militar, ordenación que se acometió en la Ley orgánica 6/1980, que regula los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar, aprobada el 1 de julio de 1980, siendo ésta modificada por la ley orgánica 1/1984, de 5 de enero.

Sin embargo, cabe suscitar no pocas dudas por cuanto las Reales Ordenanzas regulan no ya sólo los derechos y libertades del militar, sino también “los niveles de la jerarquía militar” (Título 3º) o “las funciones del militar” (Título 4º).

No obstante, como señala la doctrina mayoritaria, desde este punto de vista formal, las Reales Ordenanzas serían una norma inconstitucional¹⁰¹⁰. El problema se trata de un verdadero supuesto de laboratorio, como algún sector de la doctrina ha apuntado¹⁰¹¹. Ante ello, cabe recordar la rotundidad de las mayorías con la que esta norma fue aprobada¹⁰¹².

C) LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL

Se ha señalado que la evolución de la dirección de la organización militar y de la Defensa desde el avènement de la democracia ha seguido cuatro etapas hasta el presente, a saber¹⁰¹³:

¹⁰¹⁰ Al respecto, véase, por todos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael, "Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?", en *La función militar...* cit., págs. 501- 511. Se postulan a favor de la inconstitucionalidad, entre otros, BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. pág. 90; TRILLO-FIGUEROA, "Las Fuerzas Armadas en la Constitución..." cit. pág. 128; GUAITA MARTORELL, Aurelio, "Los derechos fundamentales de los militares", en AA. VV *Jornadas de Estudio...* cit. Tomo IV, págs. 2563-2583, también en, *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 577-589, pág. 581 o JIMÉNEZ VILLAREJO, José, "Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y *habeas corpus*", comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239, en concreto en la págs. 219-220.

Lo que en ningún caso puede admitirse es la posición sostenida por NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, págs. 49-50 en el sentido de afirmar que la falta de carácter orgánico se resuelve por la remisión del artículo 26 de la LODNOM a las Reales Ordenanzas como norma reguladora de los derechos del militar. Todo hay que decir, que ésta ha sido también la implícita posición del Tribunal Constitucional en el ATC 375/1983, de 30 de julio, FJ 2º donde con relación a los límites de los derechos de los militares señala que están "señalados en el núm. 4 de dicho art. 20 [...] y en el art. 26 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional y Organización Militar 6/1980, de 1 de julio, derivada del art. 8. 2 de la propia C. E., que remite a las RR. OO. para las obligaciones, normas de conducta, deberes y disciplina del personal militar, con el contenido señalado en los arts. 169, 177, 178 y 203."

¹⁰¹¹ Así, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. pág. 509, nota a pie nº 170, criterio compartido por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 299.

¹⁰¹² Por ejemplo, los artículos relativos a los derechos fundamentales, que son los que especialmente suscitan esta polémica, fueron aprobados por abrumadora mayoría. De los 259 votos emitidos, 253 lo fueron a favor, sólo 1 en contra y 5 abstenciones.

¹⁰¹³ Así se sigue de MINISTERIO DE DEFENSA, "Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa", en [www. mde. es](http://www.mde.es) (1999), documento de 422 líneas. Asimismo, se sigue a DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "La organización administrativa de la defensa ... cit. en concreto, págs. 36-72. Para la evolución más reciente, se ha seguido el estudio previo a su puesta en práctica: PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, "La estructura de la Defensa", cit.

- Constitutiva (1977 - 1981), bajo los gobiernos de la UCD, en la que se estructuró por primera vez, orgánica y funcionalmente, el Departamento, se determinaron los criterios básicos de la Defensa Nacional y se asignaron competencias a los Órganos Superiores de la Nación en la materia. Durante esta primera etapa quedaban no pocos vacíos por cuanto supone la asunción del mando de la organización militar por las autoridades políticas.

- De normalización (1982 - 1986), asumido el poder por el PSOE, esta etapa se caracterizó principalmente por la reasignación y clarificación de las competencias de los Órganos Superiores y por la implantación de un nuevo modelo orgánico del Departamento. El poder civil pasaba a asumir por completo las riendas de la organización militar.

- De consolidación (1987 - 1990), en la que se introdujeron mejoras técnicas en el modelo orgánico elegido para el Departamento y se llevó a cabo la reorganización de los Ejércitos.

-De desarrollo (1991 - 1999), en la que se procedió a nuevas mejoras organizativas, a la implantación de la nueva estructura de los Ejércitos y a la racionalización de la estructura periférica del Departamento, culminándose, ya bajo el Gobierno del Partido Popular una reorganización del Ministerio de Defensa.

Al igual que se ha señalado respecto de las Reales Ordenanzas, la necesidad de una reestructuración de la organización militar y de la defensa era sentida antes de la entrada en vigor de la Constitución¹⁰¹⁴, siendo no obstante en los años 1976 y 1977 cuando se emprendió una unificación-centralización de la cadenas de mandos militar destacando entre los pasos dados, la creación de un Ministerio de Defensa¹⁰¹⁵. Las medidas normativas culminaron con la aprobación de la Ley 83/1978, de 28 de diciembre por la que se regulan las funciones de los distintos órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional. En tanto desarrollo del artículo

¹⁰¹⁴ Ello lo delata que en 1974 ya existiera un Proyecto de Ley orgánica de Defensa Nacional que influiría tanto en las leyes de 1978 como de 1980. DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 36.

¹⁰¹⁵ Mediante diversa normativa se reestructuró el Alto Estado Mayor, se creó la Vicepresidencia del Gobierno para asuntos de la Defensa, se institucionalizó la Junta de Jefes de Estado Mayor y, en especial, se creó el Ministerio de Defensa (Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio), suprimiendo los antiguos ministerios de cada uno de los Ejércitos.

8. 2º CE que prevé la organicidad de la norma reguladora, puede afirmarse lo mismo que sobre las Reales Ordenanzas sobre la constitucionalidad formal de esta ley. En dicha norma¹⁰¹⁶ que se aprobó sin casi debate y por amplísimas mayorías¹⁰¹⁷, se refundían las normas infralegales y persistían algunos vicios en la sumisión directa de la fuerza militar al mando del Ministro de Defensa¹⁰¹⁸.

Esta ley tendría mucha influencia dos años más tarde, cuando, también bajo la legislatura de la UCD, se promulgó la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar. En esta norma se definían los conceptos de Defensa Nacional, Política de Defensa, Política Militar y Defensa Civil; se determinaban los criterios básicos en los que había de basarse el planeamiento de la Defensa Nacional y la Organización de las Fuerzas Armadas; y se atribuían competencias a los Órganos Superiores de la Nación en la materia, haciendo recaer las más importantes en órganos colegiados, en especial en el Gobierno. Sin embargo, la reforma no era totalmente integradora, adolecía de no pocas deficiencias por su ambigüedad que mantenían las dificultades para que las autoridades políticas asumieran el mando efectivo sobre toda la organización militar¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁶ Recuerda DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 48 que la coincidencia con el proyecto de Ley Orgánica de Defensa Nacional de 1974 es muy importante "lo cual no deja de ser curioso, a pesar de que ambas normas estaban previstas en regímenes políticos opuestos, e indica lo poco que se había avanzado en la reforma de la defensa." También advierten los autores de un dato significativo: el proyecto de esta ley, pese a que el contenido del art. 8 CE ya estaba claro, ni aludía a la misión de defensa del ordenamiento constitucional que ahí se dispone..

¹⁰¹⁷ Así lo recuerda, sin expresar datos DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 48.

¹⁰¹⁸ Se daban dos ramas del Ministerio (militar y político-administrativa) únicamente unidas por la figura del Ministro. En la cadena de mando militar se excluía a la Junta de Jefes del Estado Mayor y al Alto Estado Mayor, lo cual limitaba las facultades que se le reconocían al Ministro para la ordenación y coordinación de la política de defensa, incluso las de ejecución de la política militar.

¹⁰¹⁹ Así se ponen de manifiesto en MINISTERIO DE DEFENSA, "Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa", cit. líneas 110 y ss. que apunta como deficiencias que:

"El papel a desempeñar por el Presidente del Gobierno y por el Ministro de Defensa estaba poco definido y las competencias que se les atribuían eran de corto alcance; las principales funciones en materia de Defensa Nacional recaían en Órganos Colegiados (Gobierno, Junta de Defensa Nacional y JUJEM), lo cual producía falta de concreción en determinadas responsabilidades, siendo el Ministro, ante todo, un ejecutor; la línea de mando de los Ejércitos no estaba claramente definida, ya que la cadena de mando militar terminaba en un Mando Colegiado, la JUJEM, que dependía del Presidente del Gobierno, circunstancia que dificultaba la toma de decisiones y la coordinación directa de los Ejércitos

A esta primera etapa seguiría la evolución bajo los gobiernos y legislaturas socialistas, lo que se ha denominado etapa de normalización. Al poco de entrar el PSOE en el poder se reestructuraba el Ministerio por medio del Real Decreto 252/82, de 12 de febrero, y pese a mantenerse una estructura dual (militar/político-administrativa) se apuntaban ya las importantes modificaciones que sobrevendrían con la reforma de la Ley orgánica 6/1980, modificación sustancial que se llevaría a cabo por la Ley Orgánica 1/84, de 5 de enero. En la misma, se registraban importantes cambios en la concepción de la Defensa y, en consecuencia, en las responsabilidades y competencias de los Órganos Superiores. En esta norma se atribuía el poder de decisión a órganos unipersonales, potenciando las figuras del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa. De gran relevancia resultaba la transformación de órganos colegiados anteriormente con grandes facultades -como la Junta de Defensa Nacional o la Junta de Jefes de Estado Mayor- que pasaban a ser entes asesores y consultivos. La línea de mando quedaba delimitada claramente pasando por el Ministro y el Presidente del Gobierno y se creaba la figura del Jefe de Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), a semejanza de la existente en otros países, como principal colaborador del Ministro, de quien depende orgánica y funcionalmente, en el planteamiento y ejecución de los aspectos operativos de la política militar¹⁰²⁰. Todo ello, se desarrolló por medio del Real Decreto 135/1984, de 25 de enero. A juicio de Domínguez Berrueta y otros autores, la reforma era sustancial “sobre todo porque al concentrar en el Presidente del Gobierno y en el Ministro de Defensa la dirección de la defensa y el mando de las FAS, se eliminan las separaciones entre órganos

por parte del Ministro; la estructura del Ministerio de Defensa y la terminología utilizada eran muy diferentes a la del resto de los Departamentos; existía una estricta separación de funciones, atribuciones y responsabilidades entre los órganos de la rama político-administrativa y los de la cadena de mando militar; no estaban incluidos los Ejércitos propiamente dichos, lo que constituía una disfunción orgánica que no permitía una ejecución única, centralizada y eficaz de las políticas de defensa y militar; la independencia funcional entre los órganos administrativos de los Ejércitos y los órganos centrales correspondientes era casi absoluta.” Al respecto, también DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. págs. 56-62.

¹⁰²⁰ Así en MINISTERIO DE DEFENSA, “Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa”, cit. líneas 132 y ss, también en

administrativos y militares, en su concepción y ejecución. De esta forma la consideración de las Fuerzas Armadas como Administración se refuerza; si bien tienen características especiales, no dejan de ser Administración.”¹⁰²¹

Más tarde, en lo que se señala como tercera etapa, se consolidarían los cambios operados por medio de nuevas normas que seguirían la línea marcada por la reforma de 1984. Por medio del Real Decreto 1/1987 pasaba a producirse una verdadera integración del Ministerio con una mayor sistemática y claridad, fruto de la experiencia anterior. Con dicha norma se fortalecía la vinculación al Ministro y se fortalecía al JEMAD, así como se creaba la Secretaría de Estado de Administración Militar con nuevas Direcciones Generales. Más tarde, el Real Decreto 1207/1989 reestructuraba los Ejércitos y los coordinaba con los centros directivos.

Los cambios posteriores más significativos, ya en la cuarta etapa “de desarrollo”, versarían sobre la la organización periférica del Ministerio en su faceta no estrictamente militar. Así el Real Decreto 2206/93, de 17 de diciembre creó las Delegaciones de Defensa con el fin de homogeneizar todas las actividades administrativas y la estructuras periféricas del Ministerio. Bajo un nuevo gobierno, se aprobó el Decreto de 2 de septiembre de 1996¹⁰²².

¹⁰²¹ DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 65.

¹⁰²² Completado con sendos Decretos de 11 de mayo y de 7 de junio de 1997, con el primero se suprimían cinco direcciones generales y por el segundo se reestructuraba el Centro Superior de Información de la Defensa (CESID). El Decreto de 1996 obedecía en buena medida a las propuestas planteadas por PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit. A la vez los cambios hacían frente a nuevas necesidades como lo es el proceso de enajenación de bienes inmuebles del Ministerio emprendido básicamente desde la entrada del Partido Popular en el Gobierno.

Al respecto de esta evolución más próxima en el tiempo, cabe remitirse en parte al reciente estudio de FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, Emilio, “Las nuevas Delegaciones del Ministerio de Defensa y la estructura de la Administración periférica del Estado (A propósito de la Disposición adicional primera de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE), comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 161-184 y sobre el particular hay que seguir las págs. 172-182. Cabe señalar que esta disposición adicional primera remite a la legislación particular de acuerdo con lo previsto en la LODNOM.

Con esta norma se mantenían las estructuras y competencias anteriores, si bien, se introducían algunos cambios para reducir gastos y ganar en eficacia.

De este modo, tal y como se señaló con anterioridad el diseño organizativo de las FAS y el Ministerio de Defensa fue desarrollándose desde la aprobación de la Constitución, e incluso antes. No obstante, los postulados constitucionales que exigían el pleno dominio del ámbito militar por las autoridades civiles no se hicieron efectivos hasta bien entrada en vigor la ley de leyes.

D) DERECHO DE EXCEPCIÓN

El artículo 116 CE recogió la regulación sustancial que había de regir la institución de los estados de excepción, regulación asimismo complementada con lo dispuesto en el artículo 55 CE relativo a la suspensión de los derechos y libertades¹⁰²³. Sobre el ámbito de regulación de esta norma se contaba con la preconstitucional Ley de Orden Público de 1959 y con la Ley de Movilización Nacional de 1969, empleada por última vez en 1976¹⁰²⁴. Tras el fracaso del proyecto de ley en 1979¹⁰²⁵, el frustrado golpe de 1981 en el curso del cual el Capitán General de la III Región Militar (Valencia) declaró el estado de sitio, hizo ver la urgencia de la regulación de esta materia¹⁰²⁶. Así, se aprobaría finalmente por el procedimiento de urgencia la ley orgánica que fue la 4/1981, de 1 de junio, que

¹⁰²³ En especial, ver, REMOTTI, José C. *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999.

¹⁰²⁴ Correos y RENFE mediante Decretos 29/1. 976 y 47/1. 976 de 6 de enero.

Policía Municipal y Bomberos de Barcelona por Decretos 261/1. 976 de 14 de febrero.

¹⁰²⁵ Se trataba del proyecto de Ley de Seguridad ciudadana, como señala Cruz Villalón, una especie de código del orden público que además regulaba los tres estados excepcionales y la suspensión de garantías. El mismo urgía en especial porque en septiembre de 1979 caducaba la vigencia de la Ley 54/1978 de suspensión individual de garantías (ley antiterrorista), si bien, al ser prorrogada el proyecto fuera olvidado. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 62-63. Sobre el mismo, también GARCÍA CUADRADO, Antonio M. "El estado de alarma y su ambigua naturaleza", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 8, 1994, págs. 75-106, en concreto, pág. 78.

¹⁰²⁶ No obstante, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio", *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 11 (1981), págs. 83-116, en concreto, pág. 85 afirma que la prisa en la aprobación de esta norma pudo encontrarse en la presión terrorista con los atentados de marzo de 1981.

cumplimenta lo prevenido en el art. 116. 1º de la Constitución, sobre los estados de alarma, excepción y sitio. Esta norma no sería tan polémica como la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, relativa al ámbito antiterrorista.

Se trata de una ley breve (treinta y seis artículos distribuidos en cuatro capítulos) que entre otras preocupaciones había de determinar los presupuestos de hecho para la posible aplicación del derecho de excepción, labor que no había asumido el constituyente. Hasta la fecha no ha sido aplicada en ninguna ocasión, ni siquiera por cuanto al estado de anormalidad de alarma que no conlleva suspensión de derechos y libertades alguna. Quizá sea este el motivo por el cual esta norma no ha suscitado particulares críticas.

E) DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO MILITAR Y JURISDICCIÓN CASTRENSE

La actuación del Legislativo en estos ámbitos desde la aprobación de la Constitución ha sido bien relevante. Cabe señalar que el precedente básico en esta materia lo constituía el Código de Justicia Militar de 17 de junio de 1945, en el cual se abordaba tanto la regulación penal y disciplinaria (indistinguidas¹⁰²⁷) así como la de la justicia militar¹⁰²⁸. Como es posible imaginar en dicha norma el ámbito sustantivo y procesal de esta jurisdicción resultaba completamente abultado, como era lo propio al régimen autoritario precedente. Las exigencias constitucionales imponían una seria revisión de esta norma, sino su desaparición. Así el primer paso se dio con la Ley orgánica 9/1980 que reformaba el Código de Justicia Militar¹⁰²⁹. No obstante, como afirmarían el Preámbulo del Código

¹⁰²⁷ Así lo recuerda, entre otros, Jiménez Villarejo, citado en MONTULL LAVILLA, Eduardo, "La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 97-161, pág. 110.

¹⁰²⁸ Un breve comentario del mismo puede seguirse en SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996, págs. 71-82.

¹⁰²⁹ Un comentario a esta reforma puede seguirse en VALENCIANO ALMOYNA, J. *La Reforma del Código de Justicia Militar, Comentarios a la LO 9/1980*, Madrid, 1980, así citado por varios autores.

Penal Militar aprobado por Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre “Los principios constitucionales y el progreso experimentado por la ciencia del derecho penal son factores que requerían, no ya una mera reforma de las Leyes penales militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar”. Este Código Penal Militar de 1985 sigue siendo el vigente suponiendo importantes novedades frente a la legislación anterior¹⁰³⁰. No obstante, desde hace algún tiempo parece darse una voluntad por una importante reforma del mismo, habiéndose dado un borrador importantes novedades¹⁰³¹.

En esta norma comenzaba el proceso de tecnificación jurídica de los órganos judiciales, suprimiendo el Fiscal Militar que era lego en derecho y permitiendo la entrada del Defensor letrado, a la vez que aparecían los jueces togados militares de instrucción. De otra parte se introducía el recurso de casación, de especial importancia. Asimismo el fuero de la jurisdicción militar se reducía.

¹⁰³⁰ Con su aprobación quedaban separado el Derecho penal sustantivo tanto del Derecho disciplinario cuanto del Derecho procesal. Entre sus notas más importantes destacaban los casos contados en los que un civil podía cometer los delitos militares tipificados (delitos contra el centinela, allanamiento de establecimiento militar o delitos contra la Administración de justicia militar, o ayuda a militar para inutilizarse para el servicio o eximirse del mismo, a parte de los supuestos de tiempo de guerra), asimismo, se aplicaba los principios generales del Derecho penal y, por cuanto a las penas se rebajaba el tiempo de la privación de libertad a la vez que se suprimía la pena de muerte en tiempo de paz, tal y como exigía la Constitución. Un adecuado resumen y valoración de esta norma puede seguirse en RODRÍQUEZ DEvesa, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (vol. 2), cit. págs. 1281-1309 y MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, cit., págs. 113-120.

¹⁰³¹ Al respecto, quien suscribe tiene copia del borrador de dicha reforma, que no obstante, ha sido postergada a la legislatura que comienza el año 2000, al momento de finalizar este estudio. Sobre esta reforma, también, GONZÁLEZ, Miguel, “Defensa quiere que los jueces militares sean competentes en un mayor número de delitos El narcotráfico y las agresiones en los cuarteles pasarán a la jurisdicción castrense”, en *El País*, lunes 7 de diciembre de 1998. En dicho artículo se hace referencia a las voluntades políticas del Ministerio de Defensa, consistentes en una ampliación del marco de la competencia de la jurisdicción militar, en especial por cuanto a los “delitos contra la salud pública cometidos en lugar militar”. También se otorgaría a los jueces militares la competencia para juzgar los delitos de agresiones, trato degradante e inhumano o atentado contra la libertad sexual cometidos entre militares del mismo empleo, puesto que el código vigente sólo tipifica estas conductas cuando existe relación jerárquica entre agresor y víctima, lo que deja fuera las denominadas novatadas. El borrador simplificaba notablemente el texto de 1985, al remitirse en muchos delitos al código común, incrementando la pena prevista. Así, la revelación de secretos se castigaría de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 598 a 603 del Código Penal ordinario, pero aplicando “la pena superior en grado” cuando el autor sea un militar. En este borrador desaparecía el delito de maltrato de obra a inferior con resultado de muerte, por el que fue condenado el sargento Miravete a 15 años de cárcel, manteniéndose en cambio los delitos de maltrato de obra a inferior, penado con hasta cinco años de prisión, e imprudencia grave con resultado de muerte, castigado con las penas previstas en el Código Penal común -hasta cuatro años de cárcel- pero incrementadas en un quinto.

Asimismo, en 1985 también fue aprobada la Ley orgánica 12/1985, de 9 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas¹⁰³²; con la misma se distanciaba el Derecho disciplinario del penal a la vez que se establecían diversas garantías. No obstante, esta norma ha suscitado no pocas reservas doctrinales por cuanto a su respeto del principio de legalidad en la tipificación de las conductas sancionables, así como diversas cuestiones relativas a las garantías del sancionado. Esta ley ha sido derogada por la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre que, todo hay que decir, no ha supuesto redefinición alguna del Derecho disciplinario militar ni ha afrontado todas las cuestiones que mayores críticas doctrinales parecían suscitar de la ley precedente. Esta nueva norma ha supuesto una corrección técnica de la anterior a la par de estar ahora dirigida a un Ejército en ciernes de ser plenamente profesional que efectúa cada día más tareas en el exterior. Cabe señalar que a fuerza de sentencia del Tribunal Constitucional, que no cesaba de exigir una normativa disciplinaria propia para el cuerpo militarizado de la Guardia Civil, finalmente fue aprobada la Ley orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Aprobados el régimen disciplinario y el código penal militares, restaba embarcarse en una profunda revisión de la jurisdicción militar. La Ley orgánica 9/1980 que reformaba el antiguo Código de Justicia Militar aunque se aproximaba a las exigencias de la ley de leyes seguía teniendo diversas lacras constitucionales. Por ello fue aprobada la Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar¹⁰³³. Con dicha norma, cierto

¹⁰³² Un resumen y valoración de esta ley puede seguirse en MONTULL LAVILLA, Eduardo, "La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas", cit. págs. 144-146, así como NEVADO MORENO, Pedro T., en *La función pública militar*, 77-86 o de este mismo autor en "Reflexiones en torno al régimen disciplinario militar", en AA. VV. *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit., págs. 265-302.

¹⁰³³ Un comentario de la misma puede seguirse en SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar* 99-134 y MONTULL LAVILLA, Eduardo, "La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas", cit. págs. 120-125 a la vez. Sus principales rasgos, siguiendo estos autores y la Exposición de Motivos de esta norma, son los siguientes:

- exclusión de los mandos militares de las funciones jurisdiccionales
- reconocimiento de un estatuto de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley, con carácter general, si bien, como se verá, dichos

es, se avanzaba al excluir a los mandos militares de la función jurisdiccional, a la vez que establecense órganos judiciales permanentes a favor del derecho al juez predeterminado por la ley. De suma importancia resultaba también la redefinición del ámbito de la jurisdicción militar operado por esta norma. Del lado negativo, en esta ley se recogen los caracteres propios del estatuto de independencia judicial, pero, como se verá, sin ir más allá de proclamaciones generales. La movilidad por medio de ascensos y la posible aplicación del régimen disciplinario a los magistrados y jueces militares (excepto para los miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo) hacen dudar de la plena independencia de los mismos. A pesar de una doctrina mayoritaria en este sentido, como se verá, el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad del estatuto del juez militar desarrollado por esta ley. También suscita serias dudas la sumisión de los miembros de la Guardia Civil a la jurisdicción militar, lo cual, también, ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional. Cabe también señalar que hubo que esperar al desarrollo de esta ley por medio de la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar de 21 de abril de 1988, para que se diera un carpetazo definitivo a los Tribunales de Honor Militar que aún, inaplicados, estaban aún presentes en el ordenamiento¹⁰³⁴.

principios quedan en entredicho en el desarrollo concreto de la ley, pese a que el Tribunal Constitucional ha ratificado la misma.

-Establecimiento de órganos judiciales permanentes, para dar lugar así a la garantía del juez predeterminado por la ley.

-Tecnificación jurídica, pese al mantenimiento de la composición mixta juristas militares en los Tribunales.

-Redefinición del ámbito de la jurisdicción militar, quedando sometidos a esta todos los delitos del Código Penal Militar, los delitos que se cometan a la misma en la declaración del estado de sitio, los delitos cometidos en el extranjero en acto de servicio, los delitos tipificados para tiempos de guerra por las leyes y tratados y los cometidos por prisioneros de guerra.

¹⁰³⁴ Cabe señalar que estos Tribunales estaban regulados en los artículos 1025 a 1046 del Código de Justicia Militar y que desde las leyes de 1985 habían quedado “en el vacío” puesto que ni la ley disciplinaria ni el nuevo Código penal hacían referencia alguna, pero formalmente persistían en el ordenamiento formalmente. Luego la Ley 4/1987 no mencionaba a los tribunales de honor en su derogación expresa que tuvo que esperar al desarrollo de la ley de 1987, la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar de 21 de abril de 1988, que derogaba los artículos 1025-1046 del Código de Justicia Militar de forma expresa. El tema se atiende en el epígrafe “Los Tribunales de Honor que la Constitución admite nada tienen que ver con los tradicionales”, en el marco del apartado “El honor militar en el Estado constitucional español”.

Un año más tarde, se culminó la labor legislativa con la aprobación de la Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar¹⁰³⁵. En la misma se acentuaban las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito a la vez que, entre sus novedades, se introducía la asistencia letrada desde el primer momento en que pudiera surgir una imputación respecto a persona determinada, así como las figuras del acusador particular y el actor civil. Con matizaciones, se introducía también el principio de igualdad de partes en el proceso penal a la par que se regula el proceso penal conforme al principio de oralidad. El principio de legalidad se acentuaba con la vinculación del Tribunal sentenciador a petición de las partes acusadoras, salvo error en la calificación. También se potenciaba, de otra parte, la figura del Fiscal Jurídico Militar (técnico en derecho). Asimismo, se introdujo un procedimiento de revisión disciplinaria así como se reguló el procedimiento contencioso-disciplinario militar. Destaca también la aparición en esta ley del procedimiento especial y sumario por violación de derechos fundamentales, suponiendo la consideración de la jurisdicción militar como “jurisdicción ordinaria” del artículo 53 CE. Este discutible aspecto ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, si bien es objeto de no pocas críticas doctrinales. También suscita particulares dudas el alcance de la revisión jurisdiccional de las faltas leves, tema sobre el que hasta el momento el Tribunal Constitucional ha pasado de largo. Estas dos últimas normas que se aprobaron con un importante consenso, especialmente la de 1989¹⁰³⁶, son las vigentes en la actualidad.

¹⁰³⁵ Un resumen y valoración general de la misma puede seguirse en MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 125-133.

¹⁰³⁶ Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar contó con 201 votos a favor, 4 en contra y 51 abstenciones. Por su parte, la Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar contó con 260 votos a favor, 1 en contra y ninguna abstención.

E) LA REGUALCIÓN DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

El régimen del personal militar quedaba recogido en una desmesurada y dispersa normativa, la heterogeneidad era la única nota definitoria de la situación profesional del militar. Desde las filas castrenses se solicitaban principios como la subordinación al ordenamiento jurídico general del Estado o la inclusión en los sistemas generales de enseñanza y la existencia de un ley reguladora, ya prevenida en la LODNOM de 1980, se hizo esperar en exceso.

En 1989 se daría un hito histórico al aprobarse el primer estatuto profesional de los miembros de las FAS con independencia del Ejército o cuerpo al que se perteneciese, así como por abrirse la puerta de los cuarteles por primera vez a la mujer. Se trataba de la Ley 17/1989, de 19 de julio del Régimen del Personal Militar Profesional. Esta norma, para Parada Vázquez, supuso la “trasposición del modelo de función pública degenerado y vigente en la Administración civil a los cuerpos militares”¹⁰³⁷. Sin perjuicio de esta visión crítica, Nevado Moreno, quien ha obrado el estudio más exhaustivo sobre la misma, afirma que se trató “de una creación *ex novo* en la historia legislativa española, abriendo un proceso de cambio, de verdadera mutación en la configuración jurídica de la profesión militar y su ubicación en la organización en la que presta sus servicios, dentro de un contexto más general de redefinición de las Fuerzas Armadas, de modernización y reorganización; dinámica que viene marcada por un principio fundamental, la adecuación de las Fuerzas Armadas y sus servidores al orden constitucional.”¹⁰³⁸. En dicha norma, además, se daba entrada por vez primera a la mujer en los Ejércitos. Se trataba de un paso que imponía la Constitución que tuvo que esperar casi once años desde la aprobación de la ley de leyes así como a una importantísima sentencia del Tribunal Constitucional en la que se condenó la omisión del legislador. Ahora bien, cabe recordar que la parcela del estatuto de los militares más importante, la de los

¹⁰³⁷ PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 15.

¹⁰³⁸ MORENO, Pedro T., en *La función pública militar*, cit. pág. 162.

derechos fundamentales no iba a sufrir ninguna variación, como tampoco lo haría en la ley sucesora a ésta.

El proceso de profesionalización de las FAS y el incremento y variación de sus misiones en razón de la pertenencia a organizaciones de defensa colectiva impulsaron al gobierno popular a emprender una nueva norma reguladora del personal militar. Se trata de la reciente Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas 17/1999, de 18 de mayo. La misma, como se señala en su exposición de motivos, busca “un equilibrio entre la continuidad de los parámetros esenciales de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, que supuso un considerable esfuerzo de integración de la dispersa legislación de los Ejércitos, y un importante componente de renovación que dé respuesta a las exigencias del modelo de Fuerzas Armadas profesionales.” La línea de dicha norma es la de integrar en lo posible a todos los profesionales militares. Asimismo se redefinen los sistemas de selección para el ascenso y varían las edades para el pase a la reserva. De especial interés en nuestro ámbito de estudio es la aparición de nuevos cauces para la presentación de propuestas o sugerencias mediante la creación de Consejos Asesores de Personal en el ámbito de cada Ejército, con componentes de los diversos Cuerpos, Escalas y categorías. De otra parte, la ley elimina las últimas discriminaciones por cuanto a la entrada de la mujer en diversas unidades en las que su incorporación estaba vetada. También resulta destacable el sistema de reservistas creado para poder dar respuesta en caso necesario a las exigencias de la Defensa nacional, ante la suspensión del servicio militar que la Disposición adicional decimotercera recoge.

F) LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL SERVICIO MILITAR

Con la entrada en vigor de la Constitución, se convertía en ineludible la reforma de la antigua Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar. Fue años más tarde cuando se aprobó la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar. En la misma básicamente se regulaba el reclutamiento, para ello se optaba por un

sistema único-acorde a la reunificación de Ministerios en el de Defensa- y se establecían cuatro modalidades de prestación, que en el caso del servicio militar obligatorio tenía una duración de doce meses a la vez que regionalizaba su prestación, además se establecía una permanencia en situación de reserva de 34 años¹⁰³⁹. Tras unas elecciones en las que el servicio militar fue objeto de un claro mercadeo electoral¹⁰⁴⁰, en la legislatura iniciada en 1989 se emprendió la elaboración de lo que sería a la postre la Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar, que fue aprobada con amplio consenso¹⁰⁴¹. La misma ampliaba su contenido al mero reclutamiento, incluyendo en sus cincuenta y ocho artículos un Capítulo dedicado a la misma prestación del servicio militar y otro a los derechos y deberes del militar de reemplazo. En la ley se reafirmaba el modelo de servicio militar por recluta universal, se seguía excluyendo a la mujer de la obligatoriedad del mismo que reducía, en general, a nueve meses. Asimismo se actualizaban los planes de instrucción y se diversificaban las actividades según el carácter del obligado, a la vez que reducía la situación de reserva a tres años¹⁰⁴². Esta norma sigue vigente, sin perjuicio de la mencionada suspensión del servicio militar, legalmente prevista para el año 2002.

¹⁰³⁹ Una breve descripción de esta norma puede seguirse en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nuevo diseño jurídico del servicio militar", en AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 45-87, en concreto, págs. 57-58.

¹⁰⁴⁰ Recordemos que IU, como siempre ofrecía su desaparición, el CDS su reducción a tres meses, el Partido Popular una duración de ocho meses y el propio partido socialista, una duración de nueve meses. Una lectura crítica de aquella situación puede seguirse, entre otros, en José A. OLMEDA GÓMEZ, "La privatización del deber militar", cit. págs. 141 y ss.

¹⁰⁴¹ Fue aprobada con 249 votos a favor, 19 en contra y 5 abstenciones.

¹⁰⁴² Un resumen sistemático de esta norma puede seguirse en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nuevo diseño jurídico del servicio militar", cit., en concreto, sus líneas fundamentales, en las págs. 60-61.

CAPÍTULO VII. NECESIDAD, DEFENSA, FUERZAS ARMADAS Y DERECHO MILITAR

Pretender averiguar qué se encierra tras las puertas de unos cuarteles es ya un importante esfuerzo para quien pretende abordar científicamente la Institución militar. Más lo es, como advirtió Mancini, introducir en ellos la Constitución¹⁰⁴³, es decir, determinar cómo y en qué medida debe proyectarse la norma suprema en el mundo castrense. Diversos autores han reparado en esta dificultad y en la necesidad e importancia de esta tarea.

García Herrera afirmó con acierto que:

“Elaborar un marco teórico que proyecte en el seno del Ejército los principios institucionales democráticos, constituye un reto que no debe soslayarse. La urgencia de la reflexión deriva no sólo de la coherencia democrática, que persigue que el conjunto social se inspire y regule en conformidad con determinados valores y pautas de funcionamiento, sino también de la relevancia del papel que corresponde a los militares y de la ignorancia generalizada que existe de ellos.”¹⁰⁴⁴

En esta línea se han efectuado notables esfuerzos¹⁰⁴⁵, y en ella se inscribe el presente estudio.

¹⁰⁴³ MANCINI, Federico, “Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia”, en *Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, págs. 286 y ss. Tal y como se afirma en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, en su introducción (págs. 23-28), en concreto en la pág. 24, esta frase de “llevar la Constitución a los cuarteles”, surge de cierta izquierda italiana, y si bien no queda exenta de demagogia, encierra una ardua tarea jurídica.

¹⁰⁴⁴ Ver, GARCÍA HERRERA, Miguel A. “Estado democrático y libertad de expresión” (segunda parte), en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, nº 65, primavera 1983, págs. 186-197, cita de la pág. 187.

¹⁰⁴⁵ Éstos pueden advertirse en la bibliografía que aquí se incluye. Particularmente, creo que pueden ser destacadas dos obras publicadas más recientemente; de un lado, la ya citada *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, en la que constan diversos trabajos sobre la materia que han ido realizando los miembros del grupo que dirige el catedrático de Salamanca; de otro lado, especial referencia merece el trabajo de BLANQUER, David V., *Ciudadano y soldado...* cit. A mi juicio, David Blanquer ha sido quien ha realizado el más serio esfuerzo hasta la fecha a fin de acomodar el Derecho militar al ordenamiento constitucional. No

I. La necesidad y el Derecho. Lo militar y la defensa como el reino de la necesidad

Meinecke recuerda a Bodino en un pasaje adecuado para introducir la materia: “No hay [...] ninguna ley tan sagrada que no pueda ser modificada cuando así lo pide la necesidad”, para tal afirmación el teórico de la soberanía acudía a un ejemplo de la antigüedad: cuando Termenes hizo derribar las murallas de Atenas que habían sido la gran obra de Tesmitocles y fue por ello severamente criticado, ante dichas críticas Termenes afirmó “No obro en absoluto en contra de Temistocles. Éste construyó las murallas para bien del pueblo, y nosotros las derribamos también por el bien del pueblo” La misma ratio, dice Bodino guiaba a Teramenes y Temístocles: la *salus populi*.¹⁰⁴⁶

Se ha tenido la ocasión de seguir con profundidad todas las implicaciones políticas que recaen sobre la fuerza militar y las dificultades que por ellas tiene para insertarse en el mundo del Derecho. Se han señalado las motivaciones histórico políticas como las que han supuesto un mayor obstáculo a la hora de abordar el lento proceso de ubicación de las FAS en el ámbito jurídico en el contexto de un Estado de Derecho. No obstante, a lo largo de las páginas anteriores también se han vertido referencias puntuales a la dificultad natural que se da para aprehender jurídicamente todo aquello inmerso en la urgencia, el peligro, la excepcionalidad, la eficacia y toda una serie de conceptos que confluyen en una palabra, la necesidad.

La necesidad y el Derecho parecen en principio inherentemente contrapuestos, aquellos polos del mismo signo de un imán que por las fuerzas de la mecánica se muestran como repelentes. La necesidad y el Derecho se repelen particularmente. No en vano, como se verá, la necesidad deroga el Derecho ordinario y genera

obstante, su extraordinario trabajo, presente en esta reflexión, se centra en el ámbito algo más concreto del estatuto de derechos y libertades del militar.

¹⁰⁴⁶ MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...* cit. pág. 62, haciendo referencia al Libro V. Capítulo 14 de los *Seis Libros de la República*, que, no obstante, no aparece en la versión aquí empleada de la obra de Bodino.

una situación jurídica cuyos usuales resultados son contrarios al reconocimiento de los derechos y libertades, la limitación y la distribución del poder propios del Estado de Derecho. Pues bien, como se vio, en un Estado de Derecho que así lo sea, estos polos del mismo signo, en tanto que marchan en la misma dirección, deben ser aprehendidos por el Derecho de forma legítima, tarea en modo alguna sencilla. Y es en el ámbito de la defensa y de lo militar donde prima la necesidad, pues en esta parcela las nociones de urgencia, peligro, excepcionalidad y necesaria eficacia para alcanzar unos fines que se estiman esenciales suelen encontrar su máxima expresión. Lo relativo a la defensa y a lo militar resulta una de las parcelas naturales del reino de la necesidad y como lógica consecuencia, es donde el Derecho encuentra sus mayores dificultades para ejercer su imperio.

Ahora bien, como se insistió capítulos atrás, el Estado de Derecho no puede dejar espacios fuera de su dominio, puesto que si así sucede podían conjurarse todos los demonios del poder y quedar libres de toda atadura. Asimismo, como incidía Kelsen y aquí se subrayó, el Estado de Derecho era tal en la medida que alcanzaba *toda* la regulación de la fuerza legítima del Estado. Así pues, pese a las dificultades que puedan darse, resulta indispensable la aprehensión jurídica de lo relativo a la defensa y la fuerza militar. Esta labor, en principio no tiene que presentar excesivas dificultades de legitimación, puesto que, como se vio, la fuerza legítima de Estado constitucional, esto es, el poder de coerción del Estado constitucional es imprescindible, en su caso, para la propia realización del Derecho. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, dicha legitimación quedará siempre sustentada sobre la base de las propias limitaciones de los efectos de la necesidad a través de no pocos límites a su contenido y garantías de su control

Ha sido Álvarez García quien en nuestro país ha prestado mayor atención al concepto de necesidad en el Derecho público¹⁰⁴⁷. No obstante, su extensa monografía no repara prácticamente en el

¹⁰⁴⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

ámbito de lo militar llegando incluso a sorprender esta elusión, siendo que la necesidad encuentra su particular asentamiento en el ámbito de lo militar y las FAS, tal y como se verá, bajo la forma del institucionalismo jurídico. Sí aborda el autor el derecho de excepción, que pese a su deformación histórica (buena y mala razón de Estado) esconde tras de sí el fundamento último del ámbito de lo militar, esto es, la defensa del Estado.

Deviene de singular interés acercarse someramente al tratamiento genérico del concepto de necesidad, sus efectos y sus límites operado por Álvarez García, pues pese a no tocar concretamente nuestra materia, sus postulados no suponen sino una forma abstracta de apreciar lo que en muchos aspectos aquí se ha afirmado para el ámbito militar y de la defensa y será desarrollado posteriormente.

A) EL CONCEPTO RELATIVO DE LA NECESIDAD: PRESUPUESTO Y FINALIDAD

Álvarez parte de la existencia de “un Derecho ordinario, un “Derecho de las circunstancias normales”, en el sentido de que únicamente está destinado a la ordenación de los diferentes comportamientos que se presentan en períodos de normalidad [cuya aplicación] en circunstancias muy diferentes de aquellas para las que inicialmente había sido previsto, podría causar a menudo importantes disfuncionalidades.”¹⁰⁴⁸ Asimismo, parte el autor de la premisa de que los poderes públicos existen porque el grupo social organizado los instituye con la misión de llevar a cabo una serie de funciones. Dichas funciones no son libres para ellos, sino obligatorias¹⁰⁴⁹, por lo cual afirma que resultaría paradójico que se les negara los medios *necesarios* para operar su *finalidad*¹⁰⁵⁰. En

¹⁰⁴⁸ *Ibidem* pág. 155.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem* pág. 308 y ss. En este sentido, entre otros, recuerda el autor al Consejo Constitucional francés en su decisión número 85-188, de 22 de mayo de 1985, donde afirmaba que “Es un deber para el Estado asegurar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos.”

¹⁰⁵⁰ *Ibidem* págs. 39-40, donde el autor afirma: “No puede olvidarse que los Poderes Públicos tienen, en efecto, una naturaleza fiduciaria, quiero decir con ello, que los Poderes Públicos no existen porque sí, sino porque el grupo social organizado en Estado los ha

nuestro marco de estudio, como señala Herrero, “la seguridad no es [...] una obligación que la constitución impone. Es una condición sin la cual la Constitución se extingue”¹⁰⁵¹. La defensa del Estado constitucional viene impuesta por su misma existencia al Estado y la defensa militar corresponde a las FAS.

A la pregunta de qué es la necesidad, el autor advierte que se trata de un concepto esencialmente relativo¹⁰⁵², “La necesidad constituye precisamente el nexo jurídico de unión entre los dos términos (fáctico y teleológico) del binomio facultando a los Poderes Públicos para adoptar las medidas indispensables en orden a la perpetración de un concreto fin amenazado por una situación fáctica determinada.”¹⁰⁵³. De este modo quedan ya afirmados los elementos fundamentales del Derecho de necesidad: unas *circunstancias* que exigen la adopción de unas medidas precisas para alcanzar las *finalidades* perseguidas. A lo largo de toda su obra el autor intenta perfilar estos conceptos.

instituido con la “misión” de realizar aquellas funciones que la comunidad les encomienda. El cumplimiento de este cometido no es libre, sino que los poderes públicos están indefectiblemente obligados a ello. Pues bien, si esta premisa es cierta, constituiría un auténtico contrasentido crear unos órganos para realizar una función (que además es esencial para la vida ordenada de la comunidad), y negarles, sin embargo, los medios indispensables para ello.

Para evitar este resultado a todas luces incongruente, la respuesta parece que debe ser, más bien, la contraria: los Poderes Públicos deben poder actuar; deben poder adoptar todas aquellas medidas necesarias para realizar su función.”

¹⁰⁵¹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 25.

¹⁰⁵² ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...* cit. pág. 40: la necesidad es un “concepto jurídico indeterminado, definible en cada caso concreto en función de dos parámetros fundamentales: en primer lugar, las circunstancias fácticas moduladas por factores temporales y por factores cualitativos, y, en segundo lugar, y sobre todo, el fin perseguido. En efecto, la necesidad se configura como una noción de carácter teleológico: constituye el móvil jurídico de la actuación de los Poderes Públicos en orden a la realización de uno de los fines esenciales a cuya satisfacción vienen obligados; deben hacerlo ante situaciones fácticas determinadas que a menudo los hacen peligrar. La combinación, pues, de estos dos elementos proporcionará el contenido concreto que en cada caso revestirá el concepto de necesidad”.

En la pág. 165 afirma “Cualquier intento de ofrecer un concepto abstracto de necesidad está abocado al fracaso. La necesidad es un concepto esencialmente relativo, cuya estructura interna viene presidida, en todo caso, por dos tipos de componentes [...]”

¹⁰⁵³ *Ibidem*, cita de la pág. 41. En la pág. 246 afirma que “la necesidad es la causa o el móvil jurídico de la actuación de los Poderes Públicos dirigida a conectar en cada caso concreto el elemento fáctico y el elemento teleológico, mientras que estos elementos no son sino los presupuestos que tienen que existir para que opere la necesidad.”

a) *El presupuesto fáctico de la necesidad: el peligro o la amenaza y su mayor o menor inmediatez*

El primer elemento hace referencia a una situación de hecho, “una situación de peligro o de potencial amenaza para un fin reconocido como esencial por el grupo social, a la que tienen que hacer frente los Poderes de necesidad”.¹⁰⁵⁴ Así pues, se trata de una situación fáctica causada humana o naturalmente que amenaza o directamente implica un resultado dañino respecto de fines esenciales de la comunidad. A ello se une un grado probabilidad de que si los poderes públicos actúan mal o no actúan se complete el nexo casual entre la situación fáctica y el resultado dañino. Álvarez señala también la urgencia que se suma a esta situación de peligro, que se define por el autor como “la necesidad cualificada por el tiempo”¹⁰⁵⁵.

En la línea de afirmar el Derecho militar y de la defensa en el ámbito de la necesidad que aquí se sostiene es menester, en especial en este punto, efectuar una serie de consideraciones. Se acaba de afirmar que el presupuesto de la necesidad es un peligro o amenaza del mismo cualificado por su urgencia. Quizá sea este aspecto el que aleje a Álvarez del ámbito militar, al no apreciar con nitidez ni la amenaza ni la inmediatez. Sin embargo, cabe señalar que la misma existencia de una fuerza armada en el Estado constitucional no es sino el reconocimiento de potenciales amenazas ya exteriores y, en su caso interiores, para el Estado. La diferencia con los supuestos de necesidad que este autor atiende a lo largo de toda su obra estriba en que la respuesta a un concreto peligro o a una determinada amenaza del Estado constitucional no puede suponer el punto de arranque a partir del cual se generase una fuerza armada para dar una respuesta eficaz. Por el contrario, resulta precisa la existencia de una fuerza armada jurídicamente organizada para poder, en su caso, conferir la necesaria seguridad. Como se verá, la falta de la sensación social de una amenaza debida a una –por fortuna– prolongada paz es un factor que lleva a la incomprensión de la

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*, cita de la pág. 166. En la pág. 249 define el “peligro” como “situación fáctica que, de desarrollarse normalmente, provocaría con una gran posibilidad consecuencias dañosas para los fines considerados como esenciales por el grupo social”

¹⁰⁵⁵ Ver, ob. cit. pág. 256.

existencia de una fuerza armada y, por ende, de una organización jurídica de la misma adecuada¹⁰⁵⁶. No hace falta caer en ninguna “hipocondría de la guerra”¹⁰⁵⁷ sino simplemente advertir que el Estado constitucional puede llegar a verse bajo una amenaza o peligro cierto para lo cual debe ofrecerse una respuesta eficaz. Y para poder dar una respuesta eficaz los Ejércitos deben estar constantemente dispuestos bajo la preparación, adiestramiento, a la vez que deben seguirse toda una serie de exigencias organizativas (como lo sea la disciplina militar)¹⁰⁵⁸. Como señala López Henarez, “las guerras actuales solamente se ganan con una buena preparación en la paz”¹⁰⁵⁹. Por ello, el Derecho militar y en general,

¹⁰⁵⁶ En este sentido, sin perjuicio de volver sobre el tema en otro momento, cabe recordar las palabras de PARDO DE SANTAYANA, José Ramón, “La estructura de la defensa”, cit., en concreto, págs. 155-156:

“La opinión pública ha dejado de creer en la posibilidad de una amenaza armada, sensación que hasta ahora siempre había gravitado sobre la existencia de los Estados. Esta situación se había presentado por adelantado en España a causa de la paz prolongada aquí hemos disfrutado, de nuestra lejanía del Bloque soviético, y de tendenciosas campañas falsamente pacifistas, que creen poder eliminarlos peligros por desempleo hecho de y el mandarlos. Esta pérdida de la sensación de amenaza repercute directamente en la opinión pública respecto a la exigencia actual de una defensa Nacional. Sin embargo, cualquier persona bienintencionada admite la existencia de riesgos, algunos de ellos amenazadores, así como la necesidad de defenderse de ellos.”

¹⁰⁵⁷ De otra parte, y este es un aspecto también relevante, no son pocos los politólogos y sociólogos que recuerdan que un rasgo definitorio del colectivo militar es su carácter hipocondríaco de la guerra, para la que nunca se sienten del todo preparados y sobre todo, su creencia en la gravedad de los posibles peligros que amenazan a la sociedad, pues sienten una desconfianza continua, en una visión hobbesiana, todo lo cual les exige que tengan continuamente engrasada la maquinaria bélica. Así nos lo recuerda BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, (Trad. por Fernando Calleja), Revista de Occidente, Madrid, 1972, págs. 472-473, siguiendo a Huntington, aquí también seguido (ver, HUNTINGTON, Samuel P. “La mentalidad militar: el realismo conservador de la ética de los militares profesionales”, en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 185- 207.

¹⁰⁵⁸ Así se recogen estas exigencias en dos normas esenciales para las FAS.

En las Reales Ordenanzas, en su artículo 5 se dispone que “Los Ejércitos estarán constantemente dispuestos para afrontar situaciones de guerra, persuadidos de que son un medio eficaz para evitarla. Su fortaleza material y espiritual es garantía de seguridad y paz.” El artículo 8 señala que “Mediante la constante preparación de los mandos y el continuo adiestramiento de las unidades, las Fuerzas Armadas alcanzarán el más eficaz empleo de los medios de que estén dotadas para cumplir sus trascendentales misiones.” O en su artículo 30 que advierte que “Todo servicio en paz o en guerra se hará con igual puntualidad y desvelo que frente al enemigo”. De especial trascendencia es el artículo 10 que afirma que “Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción.”

¹⁰⁵⁹ LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “Problemas jurídico políticos del poder militar. Planteamiento institucional y estatuto”, cit., cita de la pág. 15.

el Derecho de la defensa no pretende sino, en palabras de Rojas Caro “mantener a punto la máquina militar para hacerla eficaz y operativa”¹⁰⁶⁰. Así, el artículo 3 de la LODNOM preceptúa que “La defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional.”

b) El elemento teleológico: las finalidades que se pretenden realizar bajo el presupuesto de la necesidad

Siguiendo con el trabajo de Álvarez, el segundo elemento de la necesidad es, como se ha adelantado, la finalidad o finalidades que se pretenden llevar a cabo por los poderes públicos. A decir del autor, se trata de un parámetro “en función de los valores, fines u objetivos que deben ser protegidos o realizados por los Poderes Públicos.”¹⁰⁶¹ De este modo el autor se adhiere con claridad a un planteamiento funcionalista e institucionalista, y pasa a considerar al Derecho como sistema de normas y principios que se justifican en el marco de los fines para los que se han establecido. De esta visión deriva que “En consecuencia, toda norma jurídica que no permite, directa o indirectamente, la realización de aquellos fines carece de justificación.”¹⁰⁶²

Muchas serán las consideraciones y concreciones sobre tales presupuestos en nuestro ámbito de estudio, entre otras cuestiones

¹⁰⁶⁰ ROJAS CARO, José “El maltrato de obra a un interior en el Código de Justicia Militar”, *Revista General del Derecho*, núms. 493-494, pág. 3224. Citado por DOMÍNGUEZ BERRUETA, Miguel y otros “El modelo policial ante el Tribunal Constitucional”, en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 367-402, en concreto pág. 397.

¹⁰⁶¹ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...* cit. pág. 166.

¹⁰⁶² *Ibidem*, pág. 170-171: “El Derecho es un sistema de normas y de principios destinados a organizar y a regular la realidad social. Estas normas y principios jurídicos carecerían de toda justificación si fuesen considerados exclusivamente en sí mismo, encontrando, por el contrario, todo su sentido en función del fin específico para el que han sido establecidos. El Derecho no puede concebirse únicamente como un conjunto de reglas obligatorias de comportamiento, sino que es, ante todo, un instrumento dirigido a la realización de un fin. Esta concepción finalista del Derecho tiene una consecuencia fundamental: todo el ordenamiento jurídico está dirigido a la realización de ciertos fines. En consecuencia, toda norma jurídica que no permite, directa o indirectamente, la realización de aquellos fines carece de justificación.”

porque el autor asume conjuntamente –sin adentrarse en exceso– corrientes institucionalistas y funcionalistas del Derecho que aquí serán abordadas con mucha atención. En todo caso, sin precisar ahora mayores concreciones, qué duda cabe que el artículo octavo de la Constitución señala unas misiones que corresponden a las FAS, por lo cual, siguiendo el esquema de Álvarez, el Derecho precisa permitir la realización de tales fines.

B) LOS EFECTOS DE LA NECESIDAD

a) *Las consecuencias negativas de la necesidad: la derogación del Derecho ordinario*

Cuando se dan los presupuestos descritos por Álvarez, esto es, el peligro o amenaza con mayor o menor cualificación por su temporalidad, el Derecho habrá de permitir la realización efectiva en ese contexto de los valores, fines u objetivos que él mismo plantea. Como el autor señala “entre ambos componentes, circunstancia fáctica y objetivo esencial, existe una estrecha conexión que muy a menudo encuentra su plasmación concreta en el ordenamiento jurídico mediante una norma jurídica adecuada [sin embargo...] cuando esto no ocurre así, es decir, cuando no encuentra una expresión específica en el Derecho positivo, la relación entre ambos tipos de componentes se opera a través del concepto de necesidad directamente, que, operando como principio jurídico, nos sirve para determinar el alcance del efecto derogatorio sobre el Derecho inicial existente, no adecuado a la relación entre ambos componentes fácticos y jurídicos y, sobre todo, para justificar la creación de la respuesta indispensable, adecuada y proporcionada para disciplinar esa concreta relación.”¹⁰⁶³

Así pues, cuando se dan aquellas situaciones particulares afirma el autor que se da una *derogación* temporal¹⁰⁶⁴ del Derecho “ordinario” que resulta inadecuado para dar respuesta a aquella

¹⁰⁶³ *Ibidem* págs. 166-167.

¹⁰⁶⁴ Sobre este efecto derogatorio, en las págs. 320-326 subraya su carácter temporal y suspensivo, esto es, la provisionalidad de toda medida de necesidad, en concreto, págs. 321-324.

realidad, pasándose a aplicar lo dispuesto para esta situación. Sin embargo, en el caso de que la situación no esté prevista por el Derecho, la necesidad rige como un principio jurídico creativo para adecuarse a la situación¹⁰⁶⁵. Se trata pues, de un efecto “derogatorio y adaptador, que afectará [...] a todas las reglas jurídicas que normalmente disciplinan la actuación de los Poderes Públicos, tanto a las reglas de competencia, de forma o de procedimiento, como a las reglas de contenido o de fondo.”¹⁰⁶⁶

El autor, recuerda las justificaciones jurídicas que se han dado para afirmar de forma abstracta la existencia de este principio de la necesidad que deroga, adecúa y genera Derecho. Así recuerda, entre otros la tesis de Hauriou de que “la Constitución admite, de una forma implícita, la adopción de las medidas de necesidad indispensables para conseguir los objetivos encomendados a los poderes públicos en aquellas situaciones no previstas por el propio ordenamiento jurídico”¹⁰⁶⁷. Asimismo señala también la tesis iusnaturalista según la cual “Existiría pues un Derecho natural de necesidad: el Estado tiene unos deberes naturales que realizar y, por tanto, tiene el derecho (y la obligación) de hacer todo lo que es necesario para realizar su tareas”¹⁰⁶⁸. Del mismo modo, en tanto que atiende la necesidad devenida por la salvaguarda del Estado el autor analiza, tal y como aquí se hizo, la alusión a la seguridad del Estado como habitual necesidad que desvirtúa el Derecho ordinario.

Sin embargo, tampoco aquí acude al Derecho militar y de la defensa, cuando, como se verá para el Derecho militar, la doctrina no cesa en señalar que éste es un conjunto de excepciones del

¹⁰⁶⁵ “[E]l Derecho positivo debe ser constantemente adaptado por los Poderes Públicos para asegurar esa adecuada conexión jurídica [...] entre circunstancias fácticas y fin jurídico, exista o no autorización previa de normas positivas para realizar esta adaptación, se traduzca en normas positivas nuevas o se realice directamente mediante principios jurídicos”, “La necesidad permite rellenar las lagunas originarias o las sobrevenidas (por la alteración del fin o de su contenido) del Derecho positivo, ofreciendo, ante una situación determinada, un medio jurídico adecuado para la realización del fin concreto en cuestión.” Ver, ob. cit. pág. 172.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem* pág. 42.

¹⁰⁶⁷ Ver, ob. cit. pág. 81. La cita no es original de Hauriou sino del propio Álvarez señalando a éste, con Vedel, en los orígenes de esta tesis.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem* pág. 84. El autor cita básicamente a HOERNI, R. *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse. Etude juridique sur les pleins pouvoirs*, Ed. Société générale d'imprimerie, Genève, 1917.

Derecho común en sus más diversas ramas¹⁰⁶⁹, incluso autores como Bachelet en Italia, recibidos por Fernando Pablo en nuestro país afirmarán que en el Derecho militar se da una “derogación” en sentido no técnico¹⁰⁷⁰. La diferencia estribará en que el Derecho “ordinario” militar y de la defensa, en tanto adecuado para los fines de ésta, será un permanente ámbito de la necesidad, una permanente excepción del derecho que rige de forma ordinaria las relaciones generales en la sociedad. Todo ello sin perjuicio de que para los casos de mayor necesidad impuestos por la amenaza cierta y la inmediatez, se dé –digámoslo así– una excepcionalidad dentro de la excepcionalidad, también regulada por el Derecho, como lo son las disposiciones previstas en general para los tiempos de guerra.

b) Consecuencias positivas: concentración y centralización de competencias y atribuciones y alteración de las reglas de procedimiento

El autor pasa a analizar los efectos típicos positivos de la necesidad de forma abstracta, si bien acudiendo a numerosos ejemplos. Cabe señalar que, si bien en dicho análisis se suele partir del derecho de excepción, llega a sorprender que no mencione entre sus ejemplos normas propias al ámbito militar, cuando, como el lector a continuación apreciará, la mayoría de ellos parecen casi una descripción de esta parcela. La consecuencia básica que produce la necesidad es la alteración de las competencias tanto entre los tres poderes del Estado, cuanto dentro de cada uno de ellos, así como respecto de la organización territorial de la organización política.

¹⁰⁶⁹ El tema se aborda con profundidad en el epígrafe “La importancia de perfilar la naturaleza del Derecho militar”.

¹⁰⁷⁰ Así, resulta fundamental la obra de BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e ordinamento giurídico statale*, publicado en la recopilación de su obra *Scritti giuridici*. Volumen 2: “Le garanzie nell’ordinamento democratico”, Giuffrè, Milán, 1981, quien entre otras expresiones respecto de la singularidad militar emplea el término de “derogación” de la legislación especial militar respecto de la legislación general, entre otras, en la pág. 183. En España, marcado por este autor, exprese reiteradamente el término “derogación”, advirtiendo en ocasiones su sentido atécnico, FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, policía y libertad sindical”, en *Revista de Política Social* n° 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 402-450, en las págs. 415 y ss., págs. 409-410.

b. 1. Concentración a favor el Poder Ejecutivo

En este orden, Álvarez atiende inicialmente la concentración de los tres poderes del Estado hacia el Poder Ejecutivo¹⁰⁷¹. Y ello lo considera “natural” siguiendo a Leroy¹⁰⁷² porque la continuidad o permanencia del Ejecutivo le ayuda a disponer de datos y su homogeneidad “le da mas capacidad de reacción y más vigor”, señala también que a ello conduce la posición constitucional del Gobierno, en tanto que éste dispone de los medios detentados por el Estado¹⁰⁷³.

Así, trata en primer lugar la atribución al Ejecutivo de facultades propias del Poder Legislativo¹⁰⁷⁴ y recuerda la normativa con rango de ley aprobada por urgencia y necesidad, tan habitual con la evolución política de nuestro tiempo. También señala la técnica de la “delegación de poderes” usualmente empleada en algunos países durante la guerra o las postguerras. Señala, por último, las ocasiones en las que sin cobertura jurídico-positiva el Ejecutivo asume funciones propias del Legislativo, supuestos por lo general próximos a las crisis bélicas que, como se vio en la lectura histórica, suelen ser refrendados *a posteriori* por el Parlamento.

Desde la perspectiva que aquí interesa, baste adelantar el completo predominio del Ejecutivo sobre las cámaras en materia de defensa y FAS, ya no sólo por la atribución del mando y dirección de la misma por éste, sino por la completa debilidad de las Cortes en sus naturales funciones de control sobre la materia, tal y como se verá.

¹⁰⁷¹ Así ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...* cit. afirma en la pág. 338 que “tanto los textos normativos, como la realidad práctica, demuestran que en la inmensa mayoría de las situaciones de peligro para la vida del Estado se producirá una concentración de poderes a favor del Ejecutivo”. En todo caso, recuerda el excepcional modelo parlamentarista extremo de la Asamblea nacional francesa de 1793, ver, ob. cit. págs. 368-370.

¹⁰⁷² LEROY, P. *L'organisation constitutionnelle et les crisis*, LGDJ, 1963, así cit.

¹⁰⁷³ Así, ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...* cit. pág. 339. En el mismo sentido, PORRAS NADALES, Antonio, “La Defensa, poder militar y régimen constitucional”, cit. pág. 192.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem* págs. 348 y ss.

Respecto de la atribución por el Ejecutivo de funciones propias del Poder Judicial, recuerda Álvarez el sistema continental de la autotutela declarativa y ejecutiva, por el que, en principio, las decisiones de la Administración no precisan de juicio declarativo ni juicio ejecutivo, en tanto que se presumen válidas y son ejecutorias. Y este sistema se justifica por la necesidad de realizar con eficacia los intereses generales, que no pueden paralizarse por la necesidad de recabar asistencias judiciales previas¹⁰⁷⁵. También se advierte la concentración a favor del Ejecutivo que implica la suspensión de garantías judiciales tanto en los casos del estado de excepción o de sitio o en materia de orden público y terrorismo¹⁰⁷⁶. Por último, en esta parcela apunta el autor la posible inexecución de sentencias contra la Administración (clara excepción del art. 118 CE¹⁰⁷⁷) que puede causarse por temor fundado de guerra contra otra potencia, por transtorno grave de orden público, quebranto a la integridad del territorio nacional o detrimento grave de la Hacienda Pública¹⁰⁷⁸.

De nuevo, desde el punto de vista del ámbito militar y de la defensa, la misma existencia de la jurisdicción militar puede entenderse como un claro ejemplo de la atracción del Ejecutivo del ámbito del Poder Judicial. No en vano, pese a que la justicia castrense quede hoy integrada en el Poder Judicial, su acercamiento al Ejecutivo resulta indudable y no sólo en la historia. Cabe recordar que en la actualidad quienes ejercen la justicia castrense forman parte de la organización militar y que su independencia del Ejecutivo puede ponerse en serias dudas. La cuestión, como todas las demás, será abordada en su momento y la situación actual

¹⁰⁷⁵ *Ibidem* págs. 355 y ss.

¹⁰⁷⁶ Así, en las págs. 361 y ss. Álvarez recuerda tanto el artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana LO 1/1992, que permite la entrada en domicilio en casos de catástrofes, calamidad, ruina inminente, etc. o la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 553 Y 579, en su versión dada, por la ley antiterrorista, LO 4/1988, que permiten la detención de presuntos terroristas incluso en domicilios privados, o la posibilidad en caso de urgencia de ordenar la interceptación de las comunicaciones no por un juez, sino por el Ministro del Interior o, en su caso, por el Director de la Seguridad del Estado. De otra parte se siguen los efectos de la declaraciones de excepción o de sitio sobre estas parcelas en las que el Ejecutivo asume tareas, garantías, judiciales.

¹⁰⁷⁷ Artículo 118: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto."

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, pág. 366.

requiere no pocas puntualizaciones sobre el particular. No obstante, resulta del todo adecuado partir de la perspectiva que aquí se sostiene para las propias consideraciones que se viertan con posterioridad.

b. 2. Concentración dentro de un mismo poder

Prosigue Álvarez la atención de los efectos típicos de la necesidad con el análisis de la alteración de competencias que se da no a favor de un poder, sino dentro de un mismo poder. Para ello sigue el modelo del poder Ejecutivo, si bien, también advierte el fenómeno dentro del Legislativo¹⁰⁷⁹ y el Poder Judicial¹⁰⁸⁰.

En primer lugar, observando las alteraciones verticales de las reglas de competencia¹⁰⁸¹ advierte la típica concentración de competencias por la cual el poder se concentra en el órgano jerárquicamente superior del Ejecutivo, en manos de su Jefe o del Gobierno. En este sentido acude tanto a las situaciones del estado de sitio español y de nuestro entorno¹⁰⁸², cuanto a la concentración de

¹⁰⁷⁹ Respecto del Legislativo primero recuerda que en el estado de sitio, su declaración, el control de la actuación del Ejecutivo o incluso la adopción de medidas de naturaleza netamente legislativa como la autorización de suspensión de derecho (art. 32. 2º y 3º LOAES) o la determinación de los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar están atribuidos no a las Cortes Generales, sino únicamente al Congreso de los Diputados. También advierte el “caso de defensa” que se da en la Ley Fundamental de Bonn, donde en caso de necesidad las funciones de las dos cámaras pueden ser asumidas por una “Comisión Conjunta” (art. 115 A. 2º). Este precepto, dispone que: “Si la situación exigiese una actuación inmediata y se opusieran a una reunión a tiempo de la Dieta Federal obstáculos insuperables o esta no pudiese adoptar acuerdos, corresponderá tal constatación a la Comisión Conjunta por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, y la mayoría al menos de sus integrantes.” Ver, ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...* cit. págs. 370-371.

Asimismo, cabe señalar siguiendo sus propios principios, que la actuación del Legislativo respecto de los decretos-ley, adoptados como sabemos por extraordinaria y urgente necesidad, corresponde en principio únicamente al Congreso (art. 86 CE).

¹⁰⁸⁰ Respecto de la concentración dentro del Poder Judicial, el autor sitúa como ejemplo los artículos 303. 4º y 5º y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁰⁸¹ *Ibidem* págs. 371 y ss.

¹⁰⁸² Así, se cita el ejemplo del artículo 33 de la Ley reguladora de los estados excepcionales:

“Uno. En virtud de la declaración del Estado de Sitio, el Gobierno, que dirige la Política Militar y de la defensa, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente Ley.

Dos. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el Estado de Sitio se refiera.”

poderes que se da por situaciones de emergencia en los ámbitos estatal y municipal¹⁰⁸³. De otra parte, Álvarez recuerda el supuesto contrario: cuando los órganos inferiores se ven obligados a asumir responsabilidades de autoridades superiores por no poder esperar las decisiones de aquéllas¹⁰⁸⁴.

En segundo lugar, analiza el autor las alteraciones horizontales de las reglas de competencia, esto es, entre autoridades del mismo nivel¹⁰⁸⁵. Así, advierte la regulación de la ley de los estados de excepción analiza la sustitución de las autoridades civiles por las militares¹⁰⁸⁶. Como segundo nivel de alteración, observa los supuestos en los que la necesidad o la urgencia justifican la transferencia de la capacidad de decisión o de actuación desde un órgano colegiado a un órgano unipersonal¹⁰⁸⁷.

De otra parte, aunque se trate de una desconcentración en sentido impropio, entiendo que cabe mencionar el derecho de resistencia constitucionalizado en Portugal en su artículo 21, según el cual, “ Todos tienen el derecho de resistir a cualquier orden que ofenda sus derechos, libertades y garantías y de repeler por la fuerza cualquier agresión cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública.”

¹⁰⁸³ En esta dirección, se cita, el art. 5 del Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto de medidas provisionales de emergencia en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, que concentra el poder en autoridades que van desde los Alcaldes al Ministro del Interior, pasando por los Gobernadores Civiles –ahora extintos-, delegados de gobierno, etc.

¹⁰⁸⁴ Así señala el ejemplo del Decreto arriba citado en su artículo 9. 3º que dispone que: “En las emergencias imprevistas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como las Policías autónomas y locales, intervendrán de inmediato, por decisión de sus Mandos naturales o a requerimiento de la autoridad local correspondiente.”

Recuerda también Álvarez la excepción que se da al principio de no actuación de la fuerza militar si no es a requerimiento del Ministerio del Interior al Ministro de defensa en el art. 10. 3 de esta norma:

“Si la autoridad local no tuviera posibilidad de comunicar con el Gobernador Civil, si éste no la tuviera para comunicar con el Ministro del Interior, o si las circunstancias de los hechos no admitieran demora, dichas autoridades podrán recabar directamente de las autoridades militares correspondientes la colaboración de unidades militares, provista o no con anterioridad. Tan pronto como sea posible, las autoridades civiles y militares informarán a sus superiores jerárquicos de las decisiones adoptadas.”

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, págs. 375 y ss.

¹⁰⁸⁶ Se hace referencia a los bandos militares en virtud de lo dispuesto en el artículo 33. 2º LOAES y el art. 22 de la LODNOM. También se mencionan las variaciones que se dan en el marco de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en virtud del art. 38 LODNOM y el art. 9 de la LO 2/1986, que regula dichos cuerpos de seguridad.

¹⁰⁸⁷ En este sentido, en las págs. 377 y ss. hace referencia a numerosos ejemplos en los distintos niveles, municipal, Diputación provincial, etc.

Estos fenómenos se advierten con claridad en la parcela de la defensa y de las FAS. Así, resulta tradicional la concentración del poder sobre las FAS en manos del jefe del Ejecutivo en los casos de guerra, cuando por lo general éste poder esta residenciado en el Gobierno y delegado en el Ministro de defensa¹⁰⁸⁸. De otra parte, la severa jerarquía y disciplina castrense puede ser observada desde este punto de vista, puesto que, cuanto menos, en el marco de lo estrictamente militar la concentración suele ser la nota predominante.

b. 3. Alteraciones de competencia entre diferentes organizaciones territoriales

Con relación a las alteraciones de competencia, por último, se hace alusión al reajuste competencial entre diferentes organizaciones políticas territoriales¹⁰⁸⁹. En este ámbito Álvarez advierte la usual centralización de competencias a favor de la Administración central o de la federación, en detrimento de las entidades descentralizadas o los Estados miembros. Recuerda en este sentido la “coacción federal” alemana del art. 37 LFB¹⁰⁹⁰, cuyo

¹⁰⁸⁸ Este fenómeno se advierte con claridad, por ejemplo, en Alemania, donde la propia Constitución en su artículo 65 A. 1º dispone que “El ministro federal de defensa ejerce el mando de las fuerzas armadas”, y para el “caso de defensa”, el artículo 115 B dispone que “Declarado el caso de defensa, la jefatura y el mando de las Fuerzas Armadas pasarán al Canciller federal.”

En España esta concentración no está regulada en la Constitución, pero sí en los artículos 7, 8, 10 y 11 bis de la LODNOM, en los cuales se dispone que “Corresponde al Gobierno dirigir la Administración Militar” (art. 7) y “Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa. En consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas.” (art. 8. 1) si bien el “Ministro de defensa, por delegación del Presidente del Gobierno, ejerce las facultades expresadas en el apartado 1 del artículo 8.” (art. 10. 1º). No obstante, según el art. 8. 2º “También corresponde al Presidente del Gobierno, la dirección de la guerra”. De otra parte, según el art. 11 bis 3º “El Gobierno, en tiempo de guerra, podrá nombrar General Jefe del Mando operativo de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado Mayor de la defensa, quien ejercerá, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares.”

¹⁰⁸⁹ *Ibidem* págs. 380 y ss.

¹⁰⁹⁰ Artículo 37 [Coerción federal]:

“1º En el caso de que un Land no cumpliera las obligaciones federales que le corresponden a tenor de lo establecido en la presente Ley Fundamental o en cualquier otra ley federal, el Gobierno federal, contando al efecto con la aprobación del Consejo Federal, adoptar las medidas necesarias para obligar al Land, por la vía de la coerción federal, al cumplimiento de sus obligaciones.

modelo fue seguido por nuestra Constitución en su art. 155 CE, artículo, dicho sea de paso, ha sido severamente criticado¹⁰⁹¹. Este precepto habilita al Estado central, a intervenir en el ámbito propio de autonomía competencial de una determinada Comunidad Autónoma cuando ésta “no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España”¹⁰⁹². También la ley reguladora de los estados de excepción como la Ley orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad incluyen la posibilidad de que se pongan a disposición los servidores públicos de las Comunidades Autónomas al Gobierno de la Nación¹⁰⁹³. Pese a ser la centralización lo general, el autor advierte casos en los que se da el fenómeno contrario, como el “caso de defensa” alemán recogido en el art. 115 de la Ley Fundamental de Bonn, que habilita a los Länder para adoptar medidas indispensables en situaciones de peligro¹⁰⁹⁴.

Como no escapará al lector, qué duda cabe que el marco de la defensa y de lo militar es propio a la soberanía del Estado. Como se

2º A los efectos de la ejecución de las medidas coercitivas, el Gobierno federal o su Comisionado dispondrá del derecho a impartir instrucciones a todos los Länder y a todos sus organismos.”

¹⁰⁹¹ Ver, ob. cit. págs. 385 y ss.

¹⁰⁹² Artículo 155. 1: “Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés General de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés General.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades autónomas.”

¹⁰⁹³ Así en los artículo 7, 9. 1º y 33 de la LOAES y los artículo 38. 2º c, 42 y, 46. 1 de la LOFCS.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 33/1982 admitió una posible alteración entre Estado central y Comunidades Autónomas en supuestos de urgencia y necesidad. Álvarez también sigue ejemplos de centralización a favor de los órganos del Estado en legislación urbanística y local (ver, ob. cit. págs. 399 y ss).

¹⁰⁹⁴ Artículo 115 i [Atribuciones extraordinarias de los Gobiernos de los Länder]:

“1º Si los órganos federales competentes no pudiesen adoptar las medidas necesarias para enfrentarse al peligro y la situación exigiera ineludiblemente una actuación inmediata autónoma en determinadas partes del territorio federal, estarán facultados los Gobiernos de los Länder o los órganos o delegados por ellos designados, para tomar dentro de su ámbito de competencia las medidas previstas en el artículo 115, párrafo 1.

2º. Las medidas conforme al párrafo 1, podrán revocarse en todo momento por el Gobierno federal y respecto a las autoridades del Land y las autoridades federales subordinadas, también por los Primeros Ministros de los Länder.”

vio cuando se llevó a cabo una concreta atención a Kelsen¹⁰⁹⁵, la concentración de la fuerza legítima del Estado es la nota definitoria del Estado mismo, y el ámbito de lo militar y de la defensa, desde la formulación del concepto de soberanía por Bodino¹⁰⁹⁶, que más tarde perfilaría Hobbes¹⁰⁹⁷, pertenece a su esencia. En este sentido, el Estado prohíbe toda asociación de carácter paramilitar (art. 22. 4º CE), eliminando así la posibilidad de milicias privadas. A la vez, esta concentración de las armas y de la fuerza militar impone su centralización en los poderes públicos del máximo ámbito territorial de la organización política. En este sentido afirma Olmeda que “la centralización organizativa de las Fuerzas Armadas se superpone materialmente a cualquier diseño político. administrativo que se confiera el Estado- nación.”¹⁰⁹⁸ Así, el artículo 149. 1º. 4ª CE señala como competencia exclusiva del Estado central a la defensa y las FAS. Cabe advertir, no obstante, que tanto la participación en sistemas de defensa colectiva, como, en particular el proceso de construcción europea imponen una redefinición de este principio *por arriba*. En el sentido contrario, *por abajo*, la descentralización de la defensa e incluso de lo atinente a la defensa militar, aunque

¹⁰⁹⁵ Se trata del epígrafe del primer capítulo: “La interesante perspectiva de Kelsen como punto de partida de la regulación de la fuerza”.

¹⁰⁹⁶ Bodino lo haría de forma indirecta al describir las facultades del soberano. En su formulación de la soberanía, en concreto en el Libro primero Capítulo X Bodino señalaría que “dado que el vocablo *ley* es demasiado general, lo más conveniente será especificar los derechos de la soberanía, comprendidos, como he dicho, bajo la ley del soberano. Tal, declarar la guerra o negociar la paz, uno de los aspectos más importantes de la majestad, ya que, muy frecuentemente, acarrea la ruina o la seguridad del estado.”

¹⁰⁹⁷ En efecto, HOBBS, Thomas, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. en su Parte segunda, Capítulo XVIII, “De los derechos de los soberanos por institución”, págs. 147-155, en concreto, págs. 152-153:

“Es inherente a la soberanía el derecho de hacer guerra y paz con otras naciones y Estados; es decir, de juzgar cuándo es para bien público y qué cantidad de fuerzas deben ser reunidas, armadas y pagadas para ese fin, y cuánto dinero se ha de recaudar de los súbditos para sufragar los gastos consiguientes. Porque el poder mediante el cual tiene que ser defendido el pueblo consiste en sus Ejércitos, y la potencialidad de un Ejército radica en la unión de sus fuerzas bajo un mando que a su vez compete al soberano instituido, porque el mando de las *militia* sino otra institución hace soberano a quien lo detenta. Y, por consiguiente, aunque alguien sea designado general de un Ejército, quien tiene el poder soberano es siempre generalísimo.”

¹⁰⁹⁸ BAÑON, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 31.

pueda sorprender, sí puede ser objeto de descentralización, aunque -como se verá- en dosis mínimas¹⁰⁹⁹.

b. 4. Alteración del procedimiento y limitación de derechos y garantías

El último bloque de reacciones típicas suscitadas por la necesidad es el relativo a la alteración de las reglas ordinarias de procedimiento¹¹⁰⁰. El primer efecto que describe el autor es el de simplificación del procedimiento, en tanto que se da una supresión de trámites¹¹⁰¹ y reducción de plazos¹¹⁰². El segundo efecto que observa Álvarez es el de la sustitución del procedimiento por otro más rápido¹¹⁰³ e incluso la supresión de tal procedimiento¹¹⁰⁴. Por

¹⁰⁹⁹ Así, por ejemplo, diversas competencias relativas a la vigilancia de las costas o a la circulación de mercancías peligrosas a cargo de vehículos militares, si bien pertenecen al ámbito de la competencia exclusiva del Estado no excluyen la coordinación y participación de las Comunidades Autónomas, la y como el Tribunal Constitucional ha constatado (sentencias 113/1983, de 6 de diciembre y 2/1993, de 14 de febrero). También en materia urbanística (competencia propia de las Comunidades) en aquello relativo a la defensa militar implica la confluencia de las facultades de una y otra organización Estatal y autonómica. Asimismo, las Comunidades tienen facultades en el ámbito de la defensa civil. Por último, cabe señalar la función que han desempeñado tradicionalmente los Ayuntamientos en materia de reclutamiento. Sobre el tema se dedica concreta atención en el apartado "La posibilidad de descentralización territorial de la competencia exclusiva del Estado sobre defensa y fuerzas armadas".

¹¹⁰⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...* cit. págs. 410 y ss.

¹¹⁰¹ En este sentido Álvarez atiende, entre otros, la supresión de audiencia a los interesados o la supresión del preceptivo informe de informe en el ámbito del art. 33 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito. También se cita el marco urbanístico respecto de los casos de inminente peligro en los que puede no darse la audiencia del interesado para la declaración de ruina (art. 247 de la Ley sobre el Régimen del suelo y Ordenación Urbana 26/1988). O la jurisprudencia en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, que permite la clausura sin audiencia previa en caso de peligro.

¹¹⁰² *Ibidem* págs. 416 y ss. Respecto de los plazos se siguen numerosos supuestos, tanto en la legislación administrativa general que los reduce a la mitad por interés público, como en la Ley de contratos del estado, los Reglamentos del Congreso y el Senado, el procedimiento consultivo ante el Consejo de Estado, las convocatorias de los plenos de las Corporaciones Locales, etc.

¹¹⁰³ *Ibidem* págs. 419 y ss. Se trata de la sustitución de procedimiento. "por otro de urgencia, que al ser más rápido que el ordinario, permite hacer frente con una mayor celeridad a la situación de peligro, ofreciendo como contrapartida una menor garantía para los derechos e intereses de los particulares". En esta dirección recoge tres ejemplos de la Ley de contratos del Estado, de la Ley de Patrimonio y de la Ley de Expropiación Forzosa.

¹¹⁰⁴ *Ibidem* págs. 422 y ss. en este sentido afirma el autor que "A veces la propia naturaleza del peligro hace imposible el que los poderes públicos o sus agentes sigan ningún tipo de procedimiento, por abreviado que éste pueda ser, si efectivamente quieren adoptar con la rapidez necesaria una medida que sea adecuada para hacer frente a dicha

último señala que la necesidad puede conllevar también la alteración de las reglas de fondo o de contenido, como lo es la suspensión de derechos prevista en el artículo 55 CE¹¹⁰⁵. Cabe advertir, una vez más, que el autor, si bien hace referencia en ocasiones a situaciones motivadas por la defensa nacional, en ninguna momento alude al ámbito militar. En este sentido, no cabe olvidar, toda la particularidad procesal que se da en la jurisdicción militar, en la que las garantías típicas de todo procedimiento quedan ordinariamente particularizadas sino limitadas. Aún es más, las propias normas militares prescriben un tratamiento específico en las situaciones bélicas en el que se dan todos los efectos de la necesidad descritos por Álvarez¹¹⁰⁶. Por último, no puede olvidarse que la “derogación” que implica la necesidad en el ámbito de la organización armada supone un sensible recorte del alcance de todos los derechos fundamentales del militar. Y como también se abordará, la limitación de los derechos y libertades, no afecta únicamente a los servidores de armas, aunque sí especialmente, sino a toda la población, cuyos derechos fundamentales sufren diversos recortes en aras a la seguridad nacional.

Concluye de este modo la descripción de los efectos típicos que provoca la necesidad. Tal y como se adelantó, no resulta en modo alguno complejo identificar al Derecho militar y de la defensa como expresión permanente de los efectos de la necesidad en el Derecho. Siguiendo el desarrollo general de la necesidad por Álvarez García, resta apreciar las garantías que deben darse siempre que la

situación de una manera mínimamente eficaz.” Así cita el ejemplo de la Ley de contratos del Estado para los casos en que “La Administración tenga que acometer obras de emergencia, a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la defensa Nacional”, que pese a ser sustituido por la Ley 13/1995, de contratos de las Administraciones públicas, sigue afirmando “sin obligación de tramitar el expediente administrativo y otras medidas excepcionales”.

No obstante, los ejemplos en los que se detiene particularmente, son los relacionados con las expropiaciones y la requisita, institución esta última, como es sabido, surgida con Napoleón y de directa vinculación con el ámbito de la defensa.

¹¹⁰⁵ *Ibidem* págs. 432 y ss.

¹¹⁰⁶ En este sentido, basta seguir la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en particular su Título X (arts. 157-168) donde se regula a la jurisdicción militar en tiempo de guerra, afectando a los órganos, a los procedimientos y las garantías.

necesidad haga surgir sus efectos. Ello servirá también para encauzar de modo genérico el tratamiento del Derecho militar y de la defensa en el sistema constitucional español.

C) LÍMITES Y GARANTÍAS RESPECTO DE LOS EFECTOS DE LA NECESIDAD

El autor, aunque analiza continuamente la cuestión desde un punto de vista abstracto, no desconoce en ningún momento los desmanes históricos cometidos a través del principio de necesidad, y así se pregunta:

¿Cuántas veces a lo largo de la Historia la idea de la necesidad de la salvación de la patria frente a amenazas externas o internas ha servido para justificar dictaduras de todo tipo, crueles asesinatos, o incluso los más horrorosos genocidios? O, en otra dimensión inferior, ¿cuántas veces, al margen de toda necesidad real de realizar un fin público esencial o, sobrepasando ampliamente las actuaciones estrictamente necesarias que éste imponía para su realización en un caso concreto, no se han conculcado derechos y libertades de los ciudadanos o se han justificado todo tipo de alteraciones del Derecho ordinario? O, en fin, ¿cuántas veces no ha servido la invocación de la necesidad de realizar un fin público esencial como un mero pretexto de los Poderes Públicos para poder actuar más libremente, sorteando todas las restricciones y obstáculos que, en garantía de los derechos de los ciudadanos y de la propia comunidad, se encuentran previstos en el ordenamiento positivo? [...] ¿no estarán estos Poderes Públicos tentados a invocar a menudo el principio de necesidad, aunque sea de forma abusiva, con el único objeto de librarse de todos los obstáculos, o de buena parte de ellos, ofrecidos a su actuación por el Derecho?"¹¹⁰⁷.

Se expresa así lo que aquí se ha denominado *mala razón de Estado*, aquella alegada en forma de seguridad nacional o alteración del orden no para la efectiva preservación de la comunidad, sino la

¹¹⁰⁷ Ver, ob. cit. págs. 443-444.

del poder dirigente y sus intereses. Se trata de la conjuración de todos los demonios del poder libres de las ataduras del Derecho y, como sabemos, nuestro país es rico en estas experiencias.

En este sentido Álvarez introduce de forma abstracta la necesidad de establecer contrapesos y límites “unos, relativos a la efectiva existencia de una verdadera “situación de necesidad” (es decir, de un peligro para un fin comunitario esencial); y otros, referidos al propio contenido de la medida de necesidad”¹¹⁰⁸. Por ello el autor señala la observancia de mecanismos de control que impiquen a los diversos poderes y órganos del Estado bajo las diversas perspectivas: órganos políticos como el Parlamento, el mismo Gobierno y Administración, así como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional¹¹⁰⁹. El control y los límites deben abordar tanto la apreciación del presupuesto de la necesidad, cuanto los efectos producidos por la misma.

Respecto del presupuesto, recuerda que “no habrá necesidad cuando la actuación de los Poderes Públicos persiga, no la realización de un fin esencial de la sociedad, sino la de un fin secundario de naturaleza no obligatoria. En este último supuesto, el móvil de actuación de los Poderes Públicos no es pues la necesidad, sino “razones de conveniencia, oportunidad e interés o propósitos estrictos de grupo político.”¹¹¹⁰ Además, insiste el autor que el peligro o la amenaza del mismo debe ser real y efectiva, de lo contrario se trataría, de un “auténtico fraude a la necesidad”¹¹¹¹. En consecuencia, la “necesidad” se configura como un concepto jurídico y fiscalizable en tanto que debe controlarse tanto la existencia de una necesidad cuanto ponerse de manifiesto y admitirse la finalidad o finalidades perseguidas con los efectos de la misma¹¹¹².

Respecto de la segunda categoría de límites y controles –los relativos al contenido de la medida de necesidad- alude al concepto

¹¹⁰⁸ *Ibidem* págs. 43-44.

¹¹⁰⁹ Con relación a los órganos y mecanismos de control Álvarez dedica las págs. 518 y ss.

¹¹¹⁰ *Ibidem* pág. 162.

¹¹¹¹ *Ibidem* pág. 250.

¹¹¹² Sobre el particular el autor se detiene en las págs. 452 y ss.

de proporcionalidad entendido, como en nuestra doctrina y jurisprudencia, en un sentido amplio. Esto es, un concepto que está integrado por tres principios jurídicos (el de adecuación o de idoneidad de la medida necesaria, el de la intervención menos lesiva y, en último lugar, el de proporcionalidad en sentido estricto). Para facilitar un tanto la comprensión de este principio cabe remitirse al magnífico ejemplo de Blanquer, quien afirma respecto del principio de proporcionalidad que:

“la proporcionalidad condena el exceso en el uso de los medios para alcanzar un fin determinado y exige que para la consecución de éste no se pongan en juego aquellos medios en medida superior a la estrictamente indispensable. Entendida como adecuación, la proporcionalidad hace referencia a la idoneidad de la medicina empleada para curar una enfermedad (*principio de adecuación*); en un sentido más estricto se refiere a la dosis de esa medicina que en cada caso debe prescribirse en razón de la gravedad que alcance la enfermedad en cuestión (*principio de proporcionalidad en sentido estricto*)”¹¹¹³

La necesidad es variable porque sus componentes (peligro y finalidad) son esencialmente variables y por tanto, sus efectos también tienen que serlo. Por ello, “el específico efecto derogatorio del Derecho positivo existente y el alcance del efecto adaptador/creador de Derecho derivado del principio de necesidad serán función directa de las específicas determinaciones fácticas y jurídicas presentes en el supuesto concreto. La extensión de estos efectos no es, ni puede ser, absolutamente ilimitada, sino que como mínimo debe ser proporcionada a la situación fáctica (a su gravedad y a su mayor o menor inminencia) y al objetivo a realizar o al fin a proteger”¹¹¹⁴. Álvarez pone de manifiesto, por boca de Nizard los típicos elementos jurídicos de necesidad-congruencia: “El fin no justifica todos los medios. El fin justifica tan sólo la utilización de

¹¹¹³ BLANQUER CRIADO, David, *Introducción al Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 267.

¹¹¹⁴ Ver, ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...* cit. págs. 168-169.

aquellos elementos que son *necesarios* para su realización”¹¹¹⁵; “[la necesidad] por su carácter teleológico, hace depender todo el edificio (toda su construcción) de las exigencias atribuidas al fin al que ella sirve”¹¹¹⁶. Y la valoración de la necesidad, su adecuación a la finalidad y su proporcionalidad debe quedar “sometido a una férrea fiscalización de órganos de control, ya sean políticos, ya administrativos o ya jurisdiccionales.”¹¹¹⁷

No es momento de adentrarse en el alcance concreto de las limitaciones y controles sobre la necesidad, pues no es de lo que ahora se trata. Lo fundamental es advertir de la importancia de la distribución de papeles en materia de control de los efectos de la necesidad y, de otra parte, fijar la atención en estas dos cláusulas jurídicas generales de la “necesidad” y la “proporcionalidad”, éstas habrán de reaparecer a lo largo del presente estudio.

Finaliza así la atención a la monografía de Álvarez que, a juicio de quien suscribe estas páginas, ayuda a enfocar adecuadamente todo el tratamiento del Derecho militar y de la defensa, pese a que ello no estuviese en la mente de este autor. Sus mismas conclusiones sobre los límites de la necesidad servirán de soporte en la tesis sostenida en las próximas páginas y en el resto de la obra, sobre el debido tratamiento constitucional de la materia objeto de estudio.

II. La defensa, las Fuerzas Armadas y el Derecho militar. Los “dos pies” en los que se mueve el Derecho militar.

A) LA DEFENSA NACIONAL Y EL “DERECHO DE LA DEFENSA”

a) ¿Qué es la defensa?

Ya en el siglo pasado, Clausewitz percibió el completo viraje de la importancia de las cuestiones militares, que ya no sólo afectaban a reducidos Ejércitos monárquicos y a los intereses dinásticos de

¹¹¹⁵ NIZARD, L., *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, LGDJ, 1962, cita de la pág. 277, así citado en ob. cit. pág. 171.

¹¹¹⁶ *Ibidem.*, págs. 105 y 106, así citado en ob. cit. pág. 172.

¹¹¹⁷ Ver, ob. cit. pág. 172.

éstos, sino a toda la nación. Se trataba de una decisiva cuestión política civil y como tal había de abordarse. La impresionante evolución técnica no ha hecho sino confirmar esta línea por la que las guerras son una cuestión que afecta a todos los componentes de la organización política, por lo cual se ha transformado el concepto clásico de defensa entendida como cuestión únicamente militar extendiéndolo a todos los sectores de la sociedad¹¹¹⁸.

El término de la “defensa nacional” surge después de la Segunda Guerra Mundial, cuando comenzó a emplearse por juristas y políticos con la finalidad de extender el control no sólo sobre lo puramente militar, sino también sobre el ámbito económico y civil, había de ir mucho más allá de lo puramente administrativo o militar. El Ministro de defensa¹¹¹⁹ francés en 1948 afirmaba “la guerra hoy no es cosa de militares. No se limita a una técnica particular. Cualesquiera que sean las nuevas concepciones que se pueda tener en materia militar, ésta no representa más que una fracción, y si se me permite, una fracción pequeña [...] el elemento económico ha llegado a ser el *standing* internacional, en el *standing* guerrero, un elemento preponderante [...] la última guerra y los acontecimientos posteriores han aumentado el valor de otros dos elementos: la investigación científica y el elemento puramente político”¹¹²⁰.

Lundendorff hablaría de la “guerra total” y a ella se correspondía la “defensa total” un concepto que abarcaba a civiles y militares¹¹²¹. Se daba, pues, la idea de totalidad, la contribución de la nación entera con todos sus medios personales y materiales frente al potencial enemigo. Entre nuestra doctrina anterior, la defensa nacional se definía por Nieto Antúnez como la reacción de la comunidad española ante la invasión del suelo, García Arias

¹¹¹⁸ En este sentido, entre otros, LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “Problemas jurídico políticos del poder militar. Planteamiento institucional y estatuto”, cit., en concreto págs. 19-20 donde afirma que “El cambio impresionante en las condiciones y posibilidades de los enfrentamientos bélicos, ha transformado el concepto clásico de defensa nacional y, consecuentemente, la función de las Fuerzas Armadas, así como las relaciones entre el poder civil y el militar en la titularidad de los poderes de guerra e influyendo, al mismo tiempo, en la naturaleza social de la élite militar.”

¹¹¹⁹ Lo que hasta entonces se denominaba “Ministro de la guerra”.

¹¹²⁰ Así se reproduce en OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit. pág. 64

¹¹²¹ LUNDENDORFF, *La guerra total*, Pleamar, Buenos Aires, 1964.

señalaba que se trataba de “Una lucha contra lo que amenace, desde el exterior o el interior, abiertamente o de manera latente, el espíritu o cuerpo de la Nación”, González Mendoza afirmaba que la defensa nacional era “la reunión y acción de todas las fuerzas materiales y morales que puede movilizar la Nación, para oponerse a las acciones del adversario.”¹¹²²

Dada la amplitud del concepto de la defensa, no faltaron voces que intentaban perfilar el concepto, puesto que de una parte se afirmaba que se corría el peligro de que si la defensa estaba en todas partes, no estuviera en ninguna, asimismo se advertían las implicaciones que el concepto tenía para el ámbito de las libertades. Así, Chantebout propondría el concepto de defensa nacional como el “conjunto de actividades que tienen por objeto principal el aumento de la potencia militar de una nación o de su capacidad de resistencia a una acción armada dirigida contra ella”¹¹²³. De otra parte, en contextos pacifistas se ha negado la legitimación del concepto de defensa usualmente empleado y asumido por las Constituciones democráticas¹¹²⁴.

En España, en los textos normativos el término “defensa nacional” es el empleado en la LODNOM y en otras leyes¹¹²⁵ y hoy

¹¹²² Todas estas referencias, sin cita, están recogidas en MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar, vol I (Introducción. Organización administrativa)*, cit. pág. 73.

¹¹²³ CHANTEBOUT, Bernard, en *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, París, LGDJ, 1967, citado por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las FAS*, cit., pág. 255.

¹¹²⁴ Desde una perspectiva muy crítica y dicho sea de paso, nihilista, bajo postulados filosóficos y pacifistas, De Lucas niega la legitimidad de la idea de la defensa vinculada a la desconfianza y la existencia de fuerzas militares preparadas. Sostiene que la única defensa válida y primordial es una “defensa de la sociedad civil” que no caiga en la sacralización de la defensa que lleva a una militarización de la sociedad y a un distanciamiento de las cuestiones de la defensa del ciudadano. Sin perjuicio de que se puedan compartir algunas de las críticas sostenidas por el autor, desde aquí no se comprende cómo fomentando una necesaria transparencia en los asuntos de la defensa y una mayor participación ciudadana respecto de los mismos, podría darse respuesta a un eventual peligro para la seguridad de la comunidad política (buena razón de Estado) DE LUCAS MARTÍN, Javier, “La noción de defensa... cit., *in toto*.”

¹¹²⁵ Así, entre las leyes vigentes, se emplea el término en las Reales Ordenanzas, art. 4, así como en la Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar en diversos preceptos (arts. 2, 29, 48), el Código Penal (general) aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en libro II, Título XXIII, Capítulo III, queda bajo la rúbrica “De los delitos relativos a la defensa nacional” (arts. 598-604); en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre, en el artículo 8. 11 de las faltas graves así como en el art. 4. 2º de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Militar Profesional.

dia se señala incluso el empleo de la expresión de “seguridad” como concepto más amplio aún que el de defensa, que parece más circunscrito a lo militar ¹¹²⁶. En nuestra Constitución se alude al derecho y deber de “defender a España” (art. 30), a la “defensa del Estado (art. 97) o simplemente a la “defensa” (art. 149). Como observa Suárez Pertierra que no se emplease el término “defensa nacional” obedece a razones histórico políticas, por los problemas que se planteaban –y aún se plantean– con la cuestión nacional¹¹²⁷. No obstante, el Tribunal Constitucional no ha tenido ningún problema en emplear el término “defensa nacional” ¹¹²⁸. Ahora bien, sin perjuicio del matiz de la terminología, cabe recordar que la seguridad y la defensa son presupuestos de la misma existencia del Estado y su Constitución¹¹²⁹ y la misma ley de leyes la recoge en su seno, siempre bajo una idea de la defensa entendida más allá de lo meramente militar, sino como algo que compete a toda la nación¹¹³⁰.

¹¹²⁶ Así lo señala PARDO DE SANTAYANA, José Ramón, “La estructura de la defensa”, cit. pág. 156, e incluso menciona la utilización del término “defensa” como reservando al empleo de los recursos armados “en los estudios avanzados para sustituir a las actuales leyes orgánicas organización de la defensa nacional, en los que se define el concepto de seguridad nacional, curiosamente, con las mismas palabras que hasta ahora se reserva para el concepto de defensa nacional se podría decir que, en líneas generales, lo que se llamaba guerra y después fue defensa, ahora es seguridad. Lo que antes se llamaba defensa militar, ahora es simplemente defensa.”

¹¹²⁷ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, Conferencia inaugural presentada en las *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2361-2414, en concreto en la pág. 2381.

¹¹²⁸ El Tribunal Constitucional emplea el término sin problemas, a causa, entre otros, de su empleo en diversas normas jurídicas, emplea incluso la expresión “defensa o seguridad nacional” (sentencia 113/1983, de 6 de diciembre FJ 2º). Su utilización se advierte desde las sentencias 75/1982, de 30 de diciembre (FJ 4º), 68/1984 de 30 de junio (FJ 2º), o en la sentencia 69/1991, de 14 de marzo, en cuyo FJ 5º se cataloga a la defensa nacional como “bine jurídico”. Entre las últimas sentencias donde se emplea esta terminología, cabe citar, por ejemplo, las sentencias 57/97, de 17 de marzo (FJ 12º) o la 137/97 de 17 de julio (FJ 5º).

¹¹²⁹ Como afirma Herrero, “La seguridad es, así, un existencial de la integración política, sustancia de la Constitución. No se trata, por lo tanto, de justificar constitucionalmente el imperativo de seguridad, sino que sin él no hay integración y, en tal caso, la Constitución sería, reiterando la cita de Triepel, un cascarón vacío.”. Ver, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 21.

¹¹³⁰ En este sentido, por ejemplo, DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. págs. 51-52. Ahí se citan los estudios de RODRÍGUEZ SAIZ, Jesús, “¿Defensa o defensa nacional?”, en *Ejército*, nº 558, julio de 1986, págs. 113-117 y GARCÍA CAMPOS, Manuel, “La Defensa Nacional en la Constitución española de 1978”, en *Boletín de Información del CESEDEN*, nº 183, mayo 1985, pág. 2, a los que no se ha podido acceder.

El artículo 30 CE es el ejemplo más claro del amplio entendimiento de la defensa en nuestra ley de leyes, cabe recordar su texto:

“1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.

4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.”

Así pues, la defensa militar aludida en el segundo apartado y cuyo núcleo se regula en el artículo 8, no es sino una de las facetas, aunque la más importante, de lo que se considera “defensa de España”, la misma, como ahí se aprecia también incluye las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Una adecuada consideración de lo que significa la defensa constitucionalmente entendida es la que sigue Cámara cuando afirma “Mediante esta actividad pública, el Estado se organiza de modo permanente para salir al paso de situaciones de crisis que amenacen su soberanía o independencia, su integridad territorial o el orden constitucionalmente definido como fórmula pacífica de convivencia. Es decir, el Estado se afirma y mantiene su posición soberana y su integridad hacia el exterior, protegiéndose de las agresiones (caso de la guerra) y garantiza también hacia el interior la conservación del ordenamiento jurídico estatal y la pervivencia del conjunto social ante situaciones de insurrección o actos de fuerza de extrema gravedad (estado de sitio), así como defiende a la comunidad nacional de todo tipo de catástrofes extraordinarias. Conseguir la seguridad en su sentido más amplio, en definitiva es el objetivo de la defensa.”¹¹³¹

¹¹³¹ CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar...* cit. págs. 205-206.

Y siguiendo la propia corriente que dio origen al término, la defensa del Estado queda bajo la dirección política de éste y, en concreto del Gobierno, al cual, como no podía ser de otra forma, compete también la dirección de la Administración militar (art. 97 CE), en la que, como se verá, quedan incluidas las FAS en tanto que tienen constitucionalmente asignadas decisivas funciones en el marco de la defensa (art. 8 CE).

En la LODNOM se aprecia con nitidez la opción por este concepto total de la defensa. Así, se define la “defensa nacional” en su artículo 2 como “la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin”. Asimismo, en su artículo 14. 1 se preceptúa que “Todos los recursos humanos y materiales y todas las actividades, cualquiera que sea su naturaleza, podrán ser movilizados por el Gobierno para satisfacer las necesidades de la defensa nacional”.

b) La existencia del conjunto armónico de un “Derecho de la defensa”

Sin perjuicio de las particulares connotaciones que en nuestro país puede adquirir la materia militar y de la defensa, hay que reconocer que en cualquier Estado constitucional existen -por necesidad- dudas y dificultades respecto de la acomodación de estas parcelas en el mundo jurídico. Y es que en el fondo subyace lo que en nuestras constituyentes afirmó el Diputado Joaquín Solana Maradiaga: “La realidad es que estamos ante un hecho, y en los temas de la guerra, en los temas de la defensa, los hechos priman sobre cualquier otro planteamiento”¹¹³². Como se ha seguido, cuando se trata del “sacrosanto” principio de conservación del Estado, el Derecho queda sometido intensamente al principio de necesidad, la necesidad de defender eficazmente al Estado.

¹¹³² Así, el diputado socialista SOLANA MARADIAGA en su intervención en defensa del artículo octavo del dictamen de la Comisión constitucional ante el Pleno del Congreso, ver, CORTES GENERALES. Constitución española. Trabajos Parlamentarios, (4 vols.) Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 1970.

Y esta necesidad no sólo afecta a los Ejércitos y al Derecho militar, al igual que no sólo a éstos compete la defensa. La lectura del concepto de defensa recogido la LODNOM que se acaba de reproducir puede dar una idea de la inabarcable amplitud del ámbito de la defensa; y es en este ingente marco donde, en mayor o menor medida, se proyecta el principio de necesidad. Por tanto, los efectos de la necesidad, también en mayor o menor medida, quedarán reflejados jurídicamente cuando se regule este vasto ámbito. En este sentido cabe recordar el artículo 3 LODNOM, que dispone que “La defensa nacional será regulada de tal forma que tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional”. Esta regulación peculiar que exprese los efectos de la necesidad en las más variadas parcelas, podrá ser calificada, *descriptivamente* como “Derecho de la defensa”, esto es, como diría Ugarte Pagés, el “conjunto de normas emanadas de la necesidad de la defensa nacional”¹¹³³. En consecuencia, este Derecho incluye todo tipo de particularidades que se dan en las distintas ramas del Derecho cuando se alude al fenómeno de la defensa y que guardan entre sí cierta homogeneidad (“armonía”), en tanto que se basa fundamentalmente en unos principios inspiradores comunes¹¹³⁴. Y tales particularidades –los efectos de la necesidad– se darán, principalmente en las diversas ramas del Derecho público¹¹³⁵, aunque, también, residualmente en el marco del Derecho

¹¹³³ Ver, contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. pág. 80.

¹¹³⁴ En este sentido, SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento...* cit. pág. 39 “No hay que insistir más. La necesidad social, la obligación, por decirlo así, que tiene el Estado de vivir, y, por tanto, de defenderse, defendiendo á sus ciudadanos contra los enemigos de fuera y los perturbadores de adentro, es el principio fundamental del Derecho Militar; principio que, si bien difundido por todo el Derecho Público, no se concreta sino en este orden especial de normas jurídicas, las cuales, informadas por él, *constituyen un conjunto homogéneo, ya que aunque extendidas y como dispersas por el campo de casi todas las ramas del Derecho, conservan dentro de cada una su carácter propio y su fisonomía especial, siendo armónicas entre sí y con la base que las sustenta.*” se crean así “*innumerables reglas ó normas, leyes y códigos, establece, no una especialidad ó excepción, sino todo un Derecho, cuya substantividad es incuestionable.*” La cursiva es mía.

¹¹³⁵ Así lo advertía SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento...* cit. pág. 31: “Lo que sí resulta cierto es que las normas jurídico-militares [él hablaba de éstas en el sentido que aquí se hace del Derecho de la defensa] pertenecen al Derecho Público, esto es, que no son de aquellas *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, sino de las *quod statum rei Romanae spectat*, de las que pertenecen al gobierno del pueblo, Estado, que decimos hoy.”

privado¹¹³⁶), Así, tanto en el ámbito del Derecho internacional, administrativo, penal, procesal, y en el particular Derecho militar, se pueden advertir no pocas singularidades en relación con la ordenación común u ordinaria.

B) DEFENSA MILITAR, FUERZAS ARMADAS Y DERECHO MILITAR

“La guerra es un fenómeno, hasta ahora inevitable, que amenaza los intereses vitales de las naciones afectadas. Se produce en plazos poco previsibles. Supone la aplicación metódica y contundente de toda la potencia destructora al alcance de los beligerantes y ello ocasiona, junto a graves pérdidas personales y materiales, una profunda alteración de las estructuras estatales involucradas. En consecuencia, el instrumento del Estado concebido para intervenir directa y activamente en la guerra, al que se llama Fuerza Armada, se presenta como un elemento necesario, de carácter permanente, *que exige una constitución diferente a la de todas las instituciones y organizaciones sociales calculadas para desenvolverse en las condiciones del orden pacífico.*”¹¹³⁷

a) *La defensa militar comprendida en la defensa nacional*

Afirma Cámara que “la defensa nacional no es cosa exclusiva de las Fuerzas Armadas, ni siquiera en tiempos de conflicto armado,

¹¹³⁶ Los principios que rigen el materia de defensa también se transponen al ámbito del Derecho privado, en principio mayormente alejado. Baste recordar el artículo 589 del Código Civil, que dispone que “No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las Leyes, Ordenanzas y Reglamentos particulares sobre la materia.”. En este sentido, cabe remitir a la Ley 8/1975 de 12 de marzo de Zonas e instalaciones de interés para la defensa Nacional y al Decreto 689/1978, de 10 de febrero, Reglamento de Zonas e instalaciones de interés para la defensa Nacional, normas en las que se regula con un régimen específico respecto de los derechos sobre bienes situados sobre aquellas zonas. De otra parte, el Código de Comercio, en su artículo final señala que “En los casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, el Gobierno podrá, acordándolo el Consejo de Ministros y dando cuenta a las Cortes, suspender la acción de los plazos señalados por este Código para los efectos de las operaciones mercantiles, determinando los puntos o plazas donde estime conveniente la suspensión, cuando ésta no haya de ser general en todo el Reino.”

¹¹³⁷ FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, “Las personas al servicio de la defensa”, en *La defensa de España ante el siglo XXI*, coordinado por Hermann Oehling, Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 273-304, cita de la pág. 273. La cursiva es mía.

aunque éstas sean, en el momento histórico que vivimos, su elemento más esencial y decisivo”, en este sentido añade que al margen de lo militar, “política de defensa es también, en sentido positivo y normalizado, contribuir a mantener la paz de la sociedad nacional e internacional”¹¹³⁸. Además, la defensa nacional también incluye la defensa civil, entendida por Pardo de Santayana como “La disposición permanente de todos los recursos humanos en materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional, y también para la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias”¹¹³⁹. La seguridad o la defensa es un componente esencial de la misma existencia del Estado y de la propia Constitución, y como señala Herrero, la defensa militar es la última ratio de la seguridad¹¹⁴⁰.

Así, señala la LODNOM en su artículo 3, que la defensa militar (“política militar”) es un componente esencial de la defensa nacional, una y otra, como señala Blecua “se encuentran en la relación de género a especie”¹¹⁴¹. Santayana ha definido la defensa militar como “el conjunto de normas o líneas de acción militares dirigidas a las fuerzas armadas para que, de acuerdo con las posibilidades de los medios que se les asignan, puedan cumplir sus cometidos de defensa nacional”¹¹⁴². Dicha defensa militar, entendida como “conjunto de normas o líneas de acción militares”, es llevada a cabo por todos los poderes del Estado conforme a su papel. Así, sin perjuicio del mando del Rey sobre las FAS, el Ejecutivo dirige la defensa militar y la Administración militar, que incluye a las FAS, el Legislativo debate las líneas generales, legisla sobre la materia y controla al Gobierno y la Administración militar, los Tribunales velan por la legalidad de la actuación del Gobierno y la

¹¹³⁸ CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 207.

¹¹³⁹ PARDO DE SANTAYANA, José Ramón, “La estructura de la defensa”, cit. págs. 177-178.

¹¹⁴⁰ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 19.

¹¹⁴¹ BLECUA FRAGA, Ramón, “Los secretos militares en su aspecto penal”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 42, julio-diciembre de 1983, págs. 163-181, en concreto, págs. 165-166.

¹¹⁴² PARDO DE SANTAYANA, José Ramón, “La estructura de la defensa”, cit. págs. 177-178.

Administración y, obviamente, el Tribunal Constitucional controla la adecuación de unos y otros a la ley de leyes.

Y, claro está, el elemento material nuclear de la defensa militar y, por ende, de la defensa nacional lo són las FAS, que como recuerda Fernández Espeso son las que poseen la capacidad superior de acción por la fuerza, estando en condiciones de utilizarla en la forma más adecuada de forma continua por medio de una preparación y una estructura básica a partir de la cual se puede ampliar o modificar el sistema de defensa para hacer frente a las necesidades de cada momento¹¹⁴³.

b) La importancia de perfilar la naturaleza del Derecho militar

No cabe duda que la defensa militar exige, tal y como la Constitución dispone, de unas “Fuerzas Armadas”¹¹⁴⁴, a quienes encomienda unas misiones directamente imbricadas en la defensa militar y, por ende, en la defensa nacional. Y hay que partir de que las FAS son una institución constituida, reconocida y conformada jurídicamente por un ordenamiento, el militar. Y un adecuado acercamiento a su naturaleza es de radical importancia por las consecuencias que de ella pueden derivarse.

Esteban Ramos acude a Ulpiano para advertir que el *ius militare* es todo el Derecho concerniente a la organización de los Ejércitos y

¹¹⁴³ FERNÁNDEZ ESPESO, Carlos, “Defensa nacional y seguridad nacional”. en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 797-809, cita de la, cita de la pág. 800.

¹¹⁴⁴ Como recuerda MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar, vol I (Introducción. Organización administrativa)*, cit. pág. 37, la expresión “Fuerzas Armadas” apareció por primera vez en España en un texto legal en la Ley 92/1960 de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición, consolidándose más tarde su empleo en el art. 37 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967. En este sentido Pardo de Santayana señala que el término surge tras la Segunda Guerra Mundial para agrupar al recién nacido Ejército del aire con el del Tierra y la Marina, hasta entonces completamente independientes. Este término no significa lo mismo en los diferentes países. Por ejemplo, Francia, tiene su fuerza nuclear inter Ejércitos “Force de frappe”, y un Cuerpo militar de policía que es la Gendarmería, del mismo modo sucede con los Carabineros Italianos, situación diferente a la española. Ver, PARDO DE SANTAYANA, José Ramón, “La estructura de la defensa”, cit. págs. 225-226.

la guerra¹¹⁴⁵, Arndt, señala que el Derecho militar es el Derecho público interno que se ocupa “de la expresión jurídica de todo el conjunto de la Fuerza Armada”¹¹⁴⁶. Querol y Durán define el Derecho militar como “el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la Patria.”¹¹⁴⁷ En esta dirección de reconocer la existencia del Derecho militar como el Derecho que regula la organización militar¹¹⁴⁸, reconociéndola y conformándola ha destacado en Italia Bachelet¹¹⁴⁹, quien ha sido seguido en nuestro país en buena medida por Fernando Pablo¹¹⁵⁰.

Como señala Gomes Carneiro, este “organismo, formado por grandes masas humanas dotado de todos los medios e instrumentos de agresión suministrados por la ciencia y la industria, y consagrado a la misión eminentemente política de defender al Estado, necesita tanto para constituirse como para mantenerse en condiciones de cumplir su cometido, que el Parlamento lo encuadre en normas legales que dada la complejidad de las relaciones jurídicas creadas se extienden a todos los campos del Derecho¹¹⁵¹.” Las normas que componen el Derecho militar se encuentran en la Constitución cuando reconoce y conforma a las FAS, así como

¹¹⁴⁵ ESTEBAN RAMOS, Salvador, “Hacia un nuevo sentido del Derecho militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 11, enero-junio de 1961, págs. 89-100, en concreto pág. 97

¹¹⁴⁶ Herbert Arndt, juez federal alemana, *Wehrstrafrecht Grundriss*. 1958, así citado por TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, “Los elementos fundamentales del Derecho militar... cit. pág. 192.

¹¹⁴⁷ QUEROL Y DURÁN, Fernando de, *Principios de Derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*. Tomo I: Preliminares y Derecho orgánico judicial militar. Tomo II: *Derecho Penal Militar*, Editorial Naval, Madrid, 1948, cita de la pág. 18.

¹¹⁴⁸ Con todo, pese a sus ajustadas definiciones, estos autores no han abordado con claridad la naturaleza del Derecho militar, o en algunos casos, no han seguido en su desarrollo la concepción que aquí se sigue.

¹¹⁴⁹ BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e ordinamento giurídico statale*, publicado en la recopilación de su obra *Scritti giuridici*. Volumen 2: “Le garanzie nell’ordinamento democratico”, Giuffrè, Milán, 1981, este autor dedica a la compleja cuestión todo un capítulo, “Gli “ordinamenti interni” e l’ordinamento militare”, en concreto, págs. 159-198.

¹¹⁵⁰ Con matices, FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, policía y libertad sindical... cit. recoge sucintamente su teoría en las págs. 409-410.

¹¹⁵¹ TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, “Los elementos fundamentales del Derecho militar...”, cit. pág. 185. Este autor ha realizado en España, a mi juicio, el mejor estudio sobre la cuestión, si bien, no sigue la línea aquí sostenida, sin perjuicio del acierto de afirmaciones como la que se ha reproducido.

aquellas normas que regulan su administración y su mando en tiempo de paz y de guerra, las que rigen las relaciones jurídicas de la fuerza militar y de sus miembros unos con otros, así como con la población civil y con el resto del Estado, así como las normas que rigen con las Naciones extranjeras. También se contienen en el Derecho militar las normas que definen y castigan como delito o como falta disciplinaria las acciones u omisiones capaces de causar un daño o constituir un peligro para los intereses del servicio o el eficaz desempeño de sus misiones. El Derecho militar también comprende las normas que versan sobre la formación de tribunales y designan las autoridades que han de juzgar estos hechos y sus autores y establecen las normas procesales adecuadas para su comprobación y sanción.

El Derecho militar así entendido, tal y como se acaba de señalar, comprende diversas ramas jurídicas, en el marco del Derecho público¹¹⁵² como lo es el Derecho constitucional militar, esto es, las disposiciones constitucionales a tenor de los cuales el Estado crea, organiza y dirige sus FAS, a partir de éstas disposiciones se desarrolla un Derecho administrativo militar, un Derecho penal y un Derecho disciplinario militar así como un Derecho jurisdiccional militar. También, entre estas vertientes que integran el Derecho militar cabe incluir, también el “Derecho moral”, tal y como se definen las Reales Ordenanzas en su artículo primero. A estas ramas cabe añadir la existencia del Derecho internacional de guerra, que somete a la dirección de la guerra a ciertas normas jurídicas, influyendo así sobre el Derecho militar nacional¹¹⁵³.

¹¹⁵² Estado este sentido, parece ajustada la afirmación de SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. pág. 31:

“Lo que sí resulta cierto es que las normas jurídico-militares pertenecen al Derecho Público, esto es, que no son de aquellas *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, sino de las *quod statum rei Romanae spectat*, de las que pertenecen al gobierno del pueblo, Estado, que decimos hoy.”

¹¹⁵³ Bachelet significa la existencia del Derecho constitucional militar (mando de la fuerza armada, servicio militar y sus límites, bandos militares, etc.; un Derecho internacional militar (que incluye tanto las relaciones de guerra, los acuerdos de paz y guerra y las alianzas militares); un Derecho administrativo militar (que organiza la fuerza armada y la obligación del servicio militar, el régimen jurídico del mando militar, el patrimonio militar, así como las requisas y limitaciones de la propiedad por la defensa militar); un Derecho penal militar y un Derecho procesal militar (concernientes, afirma, a las faltas y penas

La confusión sobre la naturaleza del Derecho militar es mayúscula. Ciertamente, el tema es árduo jurídicamente, sin embargo, la ciencia del Derecho nos proporciona todas las herramientas precisas para abordar el fenómeno de forma adecuada, sin tener que desviarse hacia unas connotaciones políticas que enturbian todo el tema, en especial en nuestro país.

Se cae en el error cuando se piensa que lo que da autonomía estructural-formal a la existencia del Derecho militar es la necesidad de una eficaz defensa militar del Estado, esto es, los efectos del principio de necesidad¹¹⁵⁴. Lo que confiere esta autonomía –siempre en sentido jurídico– es la existencia misma de una organización constituida por el Derecho como lo son las FAS. Se trata de una institución en el sentido jurídico que tan bien Santi Romano supo definir¹¹⁵⁵. Ahora bien, como se verá, las teorías del autor italiano,

militares y su aplicación), por último señala Bachelet, la existencia de un Derecho privado de la Administración militar (entendido como las normas relativas a los contratos de derecho privado de la Administración militar, al testamento militar y a otros aspectos especiales de las relaciones civiles con los militares). Ver, BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e ordinamento giurídico statale*, págs. 141-142.

Por su parte, QUEROL Y DURÁN, Fernando de, *Principios de Derecho militar español...* cit. afirma que el contenido del derecho militar viene dado por “el triple modo de actuación rectora de los Ejércitos; a saber: *Administración, Mando y Justicia*” (ob. cit. pág. 22). En coherencia, Querol afirma la existencia de tres ramas del Derecho militar, a saber: el Derecho militar técnico, orgánico y funcional, que “trata de las leyes constitutivas y de las relativas a la preparación para la guerra” (ver, ob. cit. pág. 22), un Derecho administrativo militar, que comprende el Derecho orgánico (administración central, división territorial y Administración regional y local), personal, material, función administrativa propiamente dicha y gestión económica militar y su fiscalización y, en tercer lugar, un Derecho penal militar que abarca la organización y atribuciones de los Tribunales, las leyes penales “propiamente dichas” y el procedimiento criminal (ver, ob. cit. págs. 25-26). Alude no obstante también, las normas de orden militar que se encuentran en el Derecho civil, social e internacional y a las “actividades de orden común” que se someten a la jurisdicción militar “y a su peculiar Derecho”, como la navegación marítima y aérea, los territorios en estado de guerra u ocupados por tropas y los de antiguo protectorado y plazas de soberanía en África (ver, ob. cit. pág. 27).

¹¹⁵⁴ En este sentido, entre otros destacan la obra de MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar, vol I (Introducción. Organización administrativa)*, cit., por ejemplo en la pág. 173 siguiendo a Salcedo Ruiz afirma que “El principio de la defensa nacional contra el enemigo es el informante del Derecho Militar, es el que produce todas las relaciones jurídicas que forman su contenido y es, en definitiva, el que le da una fisonomía propia y característica, distinta de todas las demás ramas del Derecho [...] La conclusión a la que llegamos es que la necesidad social de defenderse que tiene el Estado es el principio fundamental en que se basa del Derecho Militar.”

¹¹⁵⁵ ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, en concreto define lo que es una institución en las págs. 122-131. Como se ha dicho, el análisis de la construcción jurídica del ordenamiento y las instituciones para el ámbito militar lo ha desarrollado

así como de otros autores, como Schmitt –por su “orden interno”- y especialmente Hauriou, habrían de ser corregidas más tarde. Es la existencia de una organización constituida por el Derecho la que dota de autonomía al Derecho militar, un ordenamiento en el sentido inicialmente esgrimido por Santi Romano, pero con el alcance que luego veremos. Y en ello estriba la diferencia del Derecho militar con lo que antes se calificó como el “Derecho de la defensa”. Este último, se advirtió, resulta un término descriptivo de todo un conjunto de normas inspiradas por el principio de necesidad que recaen sobre el vasto fenómeno de la defensa. El Derecho militar, también incluido en este conjunto descriptivo, constituye por el contrario un ordenamiento definido por la existencia de una organización, la militar, que es su objeto, a la que el Derecho militar constituye y conforma, a partir de lo dispuesto al respecto por la Constitución. Como se verá detenidamente, afirmar esta autonomía jurídica no debe suscitar ningún recelo, puesto que autonomía jurídica no tiene que ver en modo alguno con autonomía política y por sí mismo el reconocimiento de la existencia de una institución -como las FAS- en nada limita el alcance de la Constitución sobre ésta. No en vano es la ley de leyes precisamente la que reconoce a la organización militar y para ella establece tanto unas reglas y principios particulares, a la vez que la somete, como a todos los poderes públicos, a todas sus reglas y principios.

No obstante, la cuestión, desde el punto de vista jurídico sigue siendo presa de la confusión. Antes del desarrollo de la teoría de Santi Romano y de otros institucionalistas, y aún después por autores que rechazaban o desconocían los postulados de aquéllos, se prefirió seguir corrientes formalistas y objetivistas para definir el Derecho militar. Desde estas corrientes formalistas y objetivistas, el Derecho no era sino un conjunto de reglas y, por tanto, si había que agruparlas, el Derecho militar sería el conjunto de reglas inspiradas por el criterio aglutinador de la necesidad de una eficaz defensa militar. Y como el principio de necesidad implica siempre una excepción del Derecho común u ordinario, el Derecho militar se ha

particularmente Bachelet. No obstante, más tarde se volverá sobre el particular y la propia reformulación de la teoría de éste y otros autores.

entendido como la sistematización de todo un conjunto de excepciones que se daban en todas las ramas del Derecho¹¹⁵⁶. Por el contrario, esto sólo vale para el descriptor del Derecho de la defensa en el que no se da una institución particular como las FAS, pues dado su ámbito, si se puede hablar de una institución, ésta no es más que el Estado en sí.

Y la importancia de esta concreción de lo que es el Derecho militar no es baladí. Esta visión objetivista y formalista del Derecho militar, pese a no ser siempre su intención, es la que ha conducido a ignorar que en las FAS y el Derecho militar no sólo rige la necesidad de una defensa militar eficaz, sino también, como se ha dicho, todos los principios y reglas constitucionales, en especial, las reglas y principios que afectan directamente a la fuerza militar. La ley de leyes reconoce tanto las necesidades de la defensa y, en concreto, la necesaria eficacia de la fuerza militar, como toda esta serie de reglas y principios sin la cual, como se vio, el carácter de democrático y de Derecho del Estado se desvanece a favor de la mala razón de Estado. Unos y otros son los elementos básicos que inspiran el Derecho de la Institución castrense, estos son los “dos pies” en los que toda la cuestión jurídico-militar se mueve, “Prescindir del derecho y de sus condicionamientos o prescindir de lo militar y sus exigencias, es andar a la pata coja, es constituir un orden jurídico militar ausente de la realidad, inservible para sus fines.”¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁶ Esta es la visión generalizada sobre el Derecho militar, que surge desde el primer jurista de renombre que en el siglo pasado se dedicó a la materia, como lo fue LORENZ VON STEIN, *Die Lehre vom Heerwesen als Teil des Staatswissenschaft*, 1870, pág. 144, para este autor el Derecho Militar “no forma ya como en los siglos precedentes un cuerpo jurídico independiente del Derecho en vigor, sino que se convierte en una exposición sistemática de las modificaciones del Derecho civil, del Derecho penal y del Derecho público impuestas por la naturaleza y por el fin político del Ejército”, citado por TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, “Los elementos fundamentales del Derecho militar...”, cit., quien en la pág. 185 sigue una definición del Derecho militar como “la sistematización de las modificaciones hechas al Derecho común para la organización, el mantenimiento, la eficacia y la protección de la Fuerza Armada tomando en consideración su naturaleza especial y su fin político”.

Autores como QUEROL Y DURÁN o SALCEDO RUIZ dotarían finalmente a este agregado de singularidades de sustantividad propia, afirmando el primero que partían de “su propia naturaleza” (ob. cit. pág. 18) y el segundo, como sabemos, del principio de necesidad de defender el Estado.

¹¹⁵⁷ FERNÁNDEZ FLORES, José L., “Los fundamentos el orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos

C) LOS “DOS PIES” EN LOS QUE SE MUEVE EL DERECHO MILITAR

La regulación de las FAS, esto es, el Derecho militar, está informada por las reglas y principios que la propia Constitución reconoce y el resto de las normas que, ateniéndose a la ley de leyes, desarrollan y conforman la Institución castrense. Entre estas reglas y principios destacan, de una parte, aquellas derivadas del principio de necesidad, es decir, la necesidad de defender eficazmente al Estado constitucional -la buena razón de Estado-. Se trata, pues, del principio de necesidad que, como se ha visto, rige en general en toda la defensa nacional y, por ello, sobre el Derecho militar.

a) La necesidad de eficacia en la defensa militar del Estado y sus derivaciones

A comienzos de siglo, Salcedo afirmaba que el principio del Derecho Público del que derivaban todas las normas jurídico-militares era “la necesidad de emplear la fuerza del Estado, convenientemente organizada, del modo más eficaz socialmente para defender [...] el Estado”¹¹⁵⁸. La particularidad del ordenamiento militar es, principalmente, consecuencia del propio reconocimiento constitucional de la Defensa y, en el marco de ésta, de las misiones que competen a las FAS. Salcedo, ponía el ejemplo del robo de una gallina por un soldado, para advertir la absoluta modulación de las relaciones jurídicas cuando de lo que se trata es, al fin, de la defensa militar del Estado, en nuestro caso, del Estado constitucional¹¹⁵⁹.

de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 263-274, cita de la pág. 266.

¹¹⁵⁸ Ver, SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. cita de las págs. 31-32, en esta línea, páginas más tarde (33-34) afirma que “Este principio de la defensa nacional contra los enemigos exteriores é interiores es el informante del Derecho Militar, el que produce todas las relaciones jurídicas que forman su contenido, el que le da una fisonomía propia y característica, distinta de todos los otros Derechos”.

¹¹⁵⁹ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. págs. 34-36

“Un soldado, decía, roba una gallina. Ciertamente que este delito es leve, y que un juez civil no debería castigarlo sino con una pena mínima. Pero ¿se halla en esta misma posición

Como se vio con detenimiento, los efectos de la necesidad conllevan por lo general una centralización y concentración de poderes en beneficio del Ejecutivo y, a la par, una merma de los derechos y libertades y sus garantías. En el ámbito militar, las exigencias de la necesidad se aprecian con claridad tanto en el marco de todas las relaciones de los poderes el Estado con las FAS, como dentro de éstas, en su organización interna. No es menester reiterar ahora los efectos de concentración en el Ejecutivo de poderes propios del Legislativo o del judicial que se aprecian en el ámbito de lo militar, ni la centralización de la fuerza militar a favor del Estado central. Resulta ahora de interés advertir el reflejo de la necesidad en la organización interna de las FAS y que el Derecho militar recoge.

El punto de partida que legitima la modulación de la particular organización militar es la necesidad de llevar a cabo *eficazmente* la defensa militar del Estado constitucional. Como afirmase Rodríguez Devesa, “El centro de este derecho y de las leyes penales militares no es tanto el militar o lo militar, sino el potencial bélico del Estado, la eficacia de las FAS, que no constituye un bien jurídico privativo de los Ejércitos, sino más bien un interés estatal. Así que no se trata de mantener un mundo militar, sino que todas las peculiaridades deben estar en función de ese interés general.”¹¹⁶⁰ Y este “interés

el juez militar? No. El juez militar, á la vez que examina el delito en sí mismo como una infracción de la ley moral y un atentado al derecho de propiedad, ha de tener presente que su sentencia puede trascender de una manera efectiva á la salvación ó á la perdición del Ejército y, por tanto, de la Patria. Y esto le obliga á entrar en una serie de consideraciones extrañas por completo al pensamiento del juez civil, y que dimanen todas de ese principio de la necesidad que no debe nunca de perderse de vista.

¿Cuáles serán, habrá de preguntarse, las consecuencias de este delito? [...] si este robo no es castigado severamente, por lo mismo que los soldados padecen hambre con suma frecuencia y están constantemente sujetos á todo linaje de privaciones, los robos se multiplicarán. Operamos en una comarca cuyos habitantes nos miran como amigos ó son indiferentes á la causa que defendemos; si nos abandonamos al pillaje, que no es sino la multiplicación de robos y otros excesos cometidos por la fuerza armada, esos mismos habitantes, heridos en sus intereses, se revolverán contra nosotros; ya no querrán servirnos de guías, quizá se pongan de acuerdo con nuestros enemigos. Resultado: que el delito, mirado en sí mismo, es un simple hurto de substancias alimenticias cometidos por un hombre hambriento; pero considerado en relación con sus efectos, puede ser un Ejército comprometido y una nación en peligro.”

¹¹⁶⁰ RODRÍQUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (vol. 2), cit. págs. 1283-1284.

general” no es otro que el que está en la base de la misma existencia del Estado y la Constitución: la buena razón de Estado.

No hay que olvidar el ya mencionado artículo 3 de la LODNOM respecto de la general Defensa nacional, en tanto que afirma que ésta “será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una *efectiva* seguridad nacional.” Por cuanto al eficaz desarrollo de las misiones constitucionales de las FAS, no puede dejarse de advertir que la eficacia está en la propia naturaleza de lo militar, en la atmósfera jurídica que respira y alimenta el ordenamiento militar¹¹⁶¹. Todo aquello en favor de esta idea-fin inspira y modula con particular intensidad todo el Derecho militar. Y es la eficacia la que exige que la fuerza militar no se constituya únicamente cuando se da un peligro cierto e inminente, que es, como se vio el presupuesto fáctico del principio de necesidad. Ante la posibilidad de potenciales amenazas a la seguridad del Estado constitucional es precisa la existencia, preparación y continuo adiestramiento de una fuerza militar que pueda llevar a cabo las misiones que tiene encomendadas¹¹⁶². En consecuencia, en el ámbito militar los efectos del principio de necesidad se manifestarán sin necesidad de una inminencia de peligro, si bien, la inminencia de dicho peligro, o la misma situación de peligro intensificarán los efectos de la necesidad.

¹¹⁶¹ Se parafrasea así una afirmación de LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 350. Concretamente ahí se afirma que ciertas particularidades que se dan en las relaciones jurídico-administrativas “están en la propia naturaleza de las cosas, en la atmósfera jurídica que respira y alimenta el ordenamiento”, no son particulares de España ni de una concepción política determinada. Esta obra constituye uno de los más completos estudios de la especial vinculación del Estado con una serie de ciudadanos, como lo son los militares. Tal especial relación se ha articulado jurídicamente bajo la noción de la “relación de especial sujeción”, que también ha tenido singular significación en la parcela de las FAS. Una visión actualizada de ello COTINO HUESO, Lorenzo, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época) nº 55, 2000 (I), págs. 355-388.

¹¹⁶² En este sentido, el artículo 8 de las Reales Ordenanzas dispone que: “Mediante la constante preparación de los mandos y el continuo adiestramiento de las unidades, las Fuerzas Armadas alcanzarán el más eficaz empleo de los medios de que estén dotadas para cumplir sus trascendentales misiones.”

Pues bien, es la necesaria eficacia la que exige que las FAS formen una institución disciplinada, jerarquizada y unida, pues como reza el artículo 10 de las Reales Ordenanzas, estas son características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción¹¹⁶³. La eficacia también exige la coordinación, como recuerda la LODNOM en su artículo 23¹¹⁶⁴. Y estas exigencias vienen reconocidas en la propia Constitución, no sólo cuando habla de la “disciplina militar” expresamente en los artículos 28 ó 29 CE, sino, también, cuando señala para toda la Administración pública los principios de eficacia, jerarquía y coordinación (art. 103 CE)¹¹⁶⁵. Así, estos principios se estructuran particularmente cuando se trata de la Administración militar y, en concreto, de las FAS¹¹⁶⁶. Del anverso, principios como el de descentralización y desconcentración (también reconocidos en el art. 103 CE) pese a que también pueden tener su lugar en la Administración militar, aunque en dosis

¹¹⁶³ Artículo 10 (Reales Ordenanzas): “Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción.”

¹¹⁶⁴ Artículo 23. 2º: “Sus características [de las FAS] responderán a un criterio de funcionalidad y operatividad. Su organización se inspirará en criterios de coordinación y eficacia conjunta, persiguiendo la máxima analogía en su estructura esencial, pero respetando, en lo posible, las peculiaridades de cada Ejército, Arma o Cuerpo, cuando se fundamenten en el medio en que se desenvuelven, o en sus tradiciones.”

¹¹⁶⁵ Al respecto, en general, puede verse ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 1997, por cuanto al principio de jerarquía, concretamente, ver, págs. 111-116, con relación al principio de eficacia, ver págs. 157-171, por último, con relación al principio de coordinación, págs. 71-110.

¹¹⁶⁶ Fernando López Ramón, ha sido quien ha captado esta incardinación de los principios propios de organización y funcionamiento de las FAS entre los de la Administración pública. Al respecto, pueden verse sus trabajos *La caracterización jurídica de las FAS*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 332 y ss. y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III., págs. 2547-2596, en concreto, págs. 2590 y ss. También puede apreciarse esta perspectiva en BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, pág. 64 o SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit.pág. 2392. Asimismo en HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R. *Introducción al Derecho Administrativo Militar*, (vol I) *Fuentes, Orgánica y actuación administrativa*, Academia General del Aire, San Javier, 1995, pág. 12 y, con mayor concreción, págs. 65 y ss.

Para apreciar la verdadera dimensión jurídica de la jerarquía y disciplina militar y sus diferencias con la jerarquía en la Administración civil, resulta particularmente interesante el trabajo realizado por Ver, FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, policía y libertad sindical”, cit. en las págs. 415 y ss. Los principios organizativos de las FAS serán objeto particular de un capítulo.

mínimas, mayores dificultades tendrán si cabe en las FAS. No obstante, la propia distinción del artículo 97 CE permite el variable alcance de estos principios en la Administración militar que en la Administración civil.

Entre las exigencias de la eficacia por las que el ordenamiento militar debe velar¹¹⁶⁷, la disciplina adquiere una posición central¹¹⁶⁸. Como se ha afirmado, “Un Ejército que ha perdido la disciplina no puede salvarse. Ya no es militar, ya no es un Ejército”, “En la obediencia “[...] está la esencia de la Milicia, y la eficacia de las Fuerzas Armadas”¹¹⁶⁹, la misma pasa a trascender, incluso, la esfera meramente organizativa para alcanzar la vertiente “moral”, por lo que la disciplina se integra en el conjunto de los valores –pautas de

¹¹⁶⁷ Muestra de ello son las normas penales y disciplinarias que en muy buena parte responden a este interés jurídico de la necesaria eficacia de los Ejércitos. Así, concretamente, el Código Penal Militar, aprobado por Ley orgánica 13/1985, contiene expresamente un capítulo VII, (arts. 155-162) dedicado a los “Delitos contra la eficacia del servicio”. De otro lado, la eficacia de las FAS se observa como el interés jurídico protegido en la mayoría de las conductas tipificadas como falta leve (art. 7), grave (art. 8) o que constituyen una sanción extraordinaria (art. 17) en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, aprobado por Ley orgánica 8/1998.

¹¹⁶⁸ Sobre su especial significación y las exigencias constitucionales respecto de la misma se dedica el capítulo “Exigencias constitucionales respecto de la disciplina militar y la organización interna de las Fuerzas Armadas”.

¹¹⁶⁹ Se citan aquí dos discursos del Monarca distanciados en el tiempo, el primero, de 1979. La cita completa es la siguiente: “la fe en el mando es una de las bases de la disciplina, indispensable en la vida militar. Es preciso que cada uno obedezca, sin dudar, los órdenes de un superior, porque debe tener siempre fe al pensar que el que manda ostenta las condiciones necesarias para hacerlo y que, cuanto más arriba se está en la escala de la milicia, más amplio es el panorama que se contempla y más fundado el conocimiento de los hechos o de las circunstancias que motivan la orden. [...] En uno y otro casos el inferior debe obedecer, puesto que no tiene los elementos de juicio que posee el jefe supremo. Y si éste se equivoca, tengamos presente que los peligros de la indisciplina son mayores que los del error. Un error se puede corregir. Un militar, un Ejército que ha perdido la disciplina, no puede salvarse. Ya no es un militar, ya no es un Ejército. Por ello, la disciplina, coordinada con la fe, ha de ser ciega y consciente a la vez, y debe obedecerse con el convencimiento de que precisamente en esa obediencia, aunque encierre sacrificios y suscite dudas, está la esencia de la Milicia y la eficacia de las Fuerzas Armadas.”

En el discurso de 1990, ya pasada la transición y remitido el clima de levantamiento, ante algunas discrepancias producidas por la modernización militar, el Rey volvía a hablar de la disciplina: “Todas las profesiones tienen características que no pueden ser cambiadas ni suprimidas, porque ello produciría una fundamental alteración de la esencia misma de esta actividad. Y ese es el caso de la disciplina en el Ejército.” Los textos de los discursos han sido extraídos de GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado”, cit., concretamente págs. 176-177, en la nota a pie 58, el discurso de 1979. El de 1990, es citado por AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit., pág. 48, pág. 353-354.

actuación- que se exigen al militar¹¹⁷⁰. Y es que, todo el conjunto de valores castrenses que se engloban en lo que se ha dado en llamar el “espíritu militar” (disciplina, honor, valor, sacrificio, austeridad, compañerismo, abnegación, etc.), en tanto en cuanto contribuyen al “buen funcionamiento de los Ejércitos”, también inspiran e informan el ordenamiento jurídico castrense, tan diferente del ordenamiento general. La contrapartida es clara, en aras de la eficacia de las FAS, quienes la componen verán recortados todos sus derechos fundamentales que como personas y ciudadanos tienen constitucionalmente reconocidos.

b) En un Estado constitucional el Derecho militar no puede “cojear”

La necesidad comporta centralización y concentración tanto de los poderes que dirigen la fuerza militar, como dentro de las mismas FAS, asimismo, la necesidad, y en concreto las exigencias de eficacia de la organización militar conllevan sobre sus componentes una merma de los derechos y libertades y sus garantías. Como es obvio, y ya se adelantó, estos efectos reflejo de la necesidad colisionan con los principios que rigen un Estado de Derecho que así lo sea.

Ahora bien, tal y como se dijo con anterioridad, pese a que el Derecho militar quede inspirado intensamente por la necesidad, en modo alguno es la eficacia y la necesidad el único principio inspirador, ni dicho sea de paso, el único causante de la singularidad del Derecho militar¹¹⁷¹. En un Estado constitucional tan propios a las FAS y al Derecho militar son las exigencias de la necesidad como lo son las reglas y principios recogidos en la ley de

¹¹⁷⁰ Tanto la disciplina como los valores militares serán objeto de tratamiento específico más adelante en sendos capítulos.

¹¹⁷¹ Los derechos y libertades de los militares quedan limitados por las exigencias de eficacia de la Institución militar, en especial por la disciplina. Ahora bien, no es en modo alguno la única causa de la limitación. La neutral posición política que debe guardar la Institución militar, y que puede comportar la limitación de las libertades públicas de sus miembros se legitima en beneficio de la calidad democrática del sistema político constitucional. De este modo, no es sólo la necesaria eficacia la que justifica una desvirtuación de los principios del Estado constitucional. Sobre el tema, obviamente se volverá a lo largo de la descripción del modelo constitucional de FAS españolas.

leyes. Y tan propio al Derecho militar como lo es la disciplina lo son las reglas y principios que rigen para las FAS (el “Derecho constitucional militar”) y las ubican en el Estado constitucional democrático cuya génesis y seguimiento han ocupado ya buena parte del estudio.

Así, la búsqueda de una paz democrática y de los derechos fundamentales, la neutralidad política de la Institución militar, las técnicas de reparto de poder, limitación y control del empleo de la fuerza, especialmente en el interior, la sujeción a la Constitución tanto de las FAS como de sus miembros, los límites de la jurisdicción militar, así como el reconocimiento de los derechos y libertades de sus miembros, son tan propios al Derecho militar en un Estado social y democrático de Derecho como pueda serlo la disciplina militar.

Está claro que la necesidad y estos principios no conjugan bien, sino que las más de las veces colisionan, pero en la armonización e integración de unos y otros está el secreto de que un Estado constitucional no se deje llevar por la inercia histórica de la mala razón de Estado y la tiranía de la fuerza. En modo alguno los Ejércitos son incompatibles con el Estado constitucional, cuando, son, ni más ni menos, los encargados de la defensa última de éste (art. 8. 1º CE). Lo que se precisa es optimizar y armonizar los principios del Estado social y democrático de Derecho, sin los cuales no hay Constitución con las necesidades de la defensa militar, sin las cuales no hay Ejército que pueda defender la buena razón de Estado, del Estado constitucional.

Y esta difícil armonización, lejos de estéticas declaraciones que no pueden resolver las cuestiones particulares, sólo puede llevarse a cabo desde una perspectiva jurídico-constitucional, el marco más adecuado para resolver estas tensiones que se suscitan entre la verdadera necesidad y el Derecho propio a un Estado social y democrático de Derecho. Para ello, en primer lugar es preciso acudir a una vieja polémica en España para tratar de darle una solución definitiva que nos lleve al adecuado tratamiento jurídico de las FAS y el Derecho militar en nuestro país.

CAPÍTULO VIII. LA RESOLUCIÓN DE UN LARGO DEBATE EN ESPAÑA. LA PLENA SUJECIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DEL ORDENAMIENTO MILITAR A LA CONSTITUCIÓN

Intentar afirmar la normatividad constitucional tras dos décadas de vigencia de la ley de leyes puede parecer, ciertamente, un afán inútil o, cuanto menos, anacrónico. Sin embargo, no lo es tanto, si se trata del alcance de la normatividad constitucional en el ámbito castrense¹¹⁷². Esto es así, de un lado, porque siguiendo algunos posicionamientos doctrinales parece ponerse en duda la normatividad constitucional para este ámbito, cuanto menos en su plenitud. De otro lado, quien suscribe parte del convencimiento de que los dualismos que se dan a la hora de percibir el fenómeno militar (como se verá, tanto desde la perspectiva jurídica como sociológica) quedarían superados si se partiese de un enfoque propiamente constitucional, distanciado en lo posible de polarizaciones maniqueas de la realidad militar. *La aspiración última del presente estudio es, pues, asentar las bases que impliquen la necesidad de partir del marco constitucional a la hora de abordar lo militar.*

Las reflexiones que se contienen a continuación en absoluto implican un estudio meramente técnico o formal, exento de

¹¹⁷² Una reciente visión retrospectiva de la evolución de las FAS y el Derecho militar desde la aprobación de nuestra ley de leyes puede verse en FAURA MARTÍN, José, "Las Fuerzas Armadas", en *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados - Centro de Estudios Constitucionales, 1998, págs. 237-264, así como en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "La Administración Militar a lo largo de veinte años de vigencia de la Constitución", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1999, págs. 595-607 y, en la misma obra colectiva, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, "Administración militar, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978", cit. págs. 609-626. En dichos estudios se recoge, con carácter general, una visión positiva de tal desarrollo constitucional, con la cual no se puede menos que coincidir; nuestra ley de leyes supuso el punto de partida, mas los logros en la constitucionalización del ámbito castrense no pueden equipararse, a mi juicio, a los registrados en otras parcelas, dada la lentitud y retraso en su andadura. Cabe advertir, no obstante, que en la actualidad se registran variaciones legislativas: la aprobación de la nueva Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuyas innovaciones bien pueden entenderse como técnicas; mayor importancia, aunque tampoco cuente con trascendentales cambios de fondo desde la perspectiva constitucional, tiene la reciente Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Militar Profesional.

compromiso. Al menos, la posición de su autor es clara: asentar la normatividad constitucional sobre el ámbito castrense despeja el camino para acabar de adecuar a la Institución militar española en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1. 1º CE). El esfuerzo intelectual de adaptar a los Ejércitos en la normalidad constitucional no es, ni más ni menos, que un paso más (si bien, decisivo) en favor de la plena convergencia del estamento militar con la sociedad a la que sirven. Y es, precisamente, un verdadero reto ante el actual proceso de profesionalización que vive nuestro país¹¹⁷³. Sólo quien admira tanto a las Fuerzas Armadas como a la democracia y a la libertad dedica su esfuerzo a su armonización y optimización. Sólo puede creer que esta tarea no es necesaria quien ignora que la democracia es por esencia perfectible.

I. Los dualismos en la percepción del fenómeno militar

Quien se aproxima a la literatura científica relativa a las FAS no puede dejar de percibir la presencia de dualismos. Tanto en la Sociología militar como en la literatura jurídico-constitucional se perciben dos tendencias, dos percepciones de un mismo fenómeno, el castrense. Una y otra dualidad de perspectivas sociológica y jurídica, como se verá, están claramente vinculadas.

A) EL DUALISMO EN LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS

a) La existencia de un prolífero y atípico debate doctrinal en España

Desde la aprobación de la Constitución española se ha suscitado un prolífero debate doctrinal en relación con la concepción jurídica de las FAS. Es bien posible que a ello haya contribuido la "anomalía (o más bien patología constituyente en

¹¹⁷³ En esta línea, puede verse mi trabajo COTINO HUESO, Lorenzo, "El reto de la profesionalización total de la Administración militar", comunicación presentada en las XIX Jornadas sobre la Administración Pública, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312.

todo lo referente a temas del ordenamiento constitucional militar)”¹¹⁷⁴. En esta controversia se han dado, básicamente, dos posiciones: la institucionalista¹¹⁷⁵ y la administrativista¹¹⁷⁶; en todo caso, no han faltado terceras vías en tal polémica¹¹⁷⁷, así como posiciones en cierto modo integradoras¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁴ Ver, FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, policía y libertad sindical”, cit. págs. 402-450, cita de la pág. 417

¹¹⁷⁵ Así, encontramos la aceptación de la consideración institucional con diversidad de matices en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, año 1993, enero-junio, págs. 13-71, págs. 36 y ss.; SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, cit. págs. 124 y 129 y ss.; TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 12, noviembre-diciembre de 1983, págs. 105- 140, *in toto*; LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, *Revista de Administración Pública*, números 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 949- 971, *in toto*; LAFUENTE BALLE, José María, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, EDERSA, Madrid, 1987, págs. 344 y ss.; ELORRIAGA, Gabriel, “El artículo 8º de la Constitución y la institución nacional de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2547-2559, *in toto*, (concretamente este autor afirma que las FAS son una “institución de la Administración”). Por último, se inclinan por esta postura *institucionalista* tanto CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española”, cit., concretamente en las págs. 9 y 25 y ss., donde considera a las FAS como una “administración institucional” del Estado, como RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José L., en “La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Ley de la función militar”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, julio - diciembre de 1989, págs. 167-205, en concreto véanse las págs. 167 a 173. Más recientemente, y en su versión más extremada, PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMÍNGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. *in toto*.

¹¹⁷⁶ La naturaleza administrativa de las FAS es mantenida por diversos autores. Así, GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales de los militares”, cit. págs. 578-579. Ya en 1952 este autor defendía la naturaleza administrativa de las FAS, ver, “La Administración militar”, en *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, págs. 105-122. Con no pocos matices institucionalistas, pero concibiendo a las FAS en el marco de la Administración, también en tiempos pasados ORAA RODRÍGUEZ, Luis, “Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, págs. 39-70. LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “La Administración militar”, cit.

Desde la aprobación de la Constitución, las tesis administrativistas se han defendido por BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, cit. *in toto*; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las FAS*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987 *in toto*; BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 61-71; BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 215-218 y 233-236, así como, por último, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, cit. pág. 308 y ss. si bien, como a continuación se sigue su análisis puede incluirse en el marco institucionalista y en el del orden interno de Schmitt.

¹¹⁷⁷ DOMÍNGUEZ-BERRUETA, Miguel, y otros, en “La organización administrativa de la defensa ... cit. y del mismo autor, también en esta obra, “El control jurídico-constitucional de la transición militar” cit. y NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, con estudio Preliminar de Ramón Parada Vázquez, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 37 a 46. La postura mantenida por dichos autores que señalan la consideración de las FAS como poder

público, como veremos, puede considerarse, dentro de una preponderancia de las coordenadas administrativistas. No sucede lo mismo con MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L., "Fuerzas Armadas y administración pública", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2701- 2725, *in toto* quien sostiene la categorización de las FAS como "Fuerza ejecutiva pública" a resultas de la cual las consecuencias tienen un fuerte carácter institucionalista. Hace poco, esta posición ha sido seguida por FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, Emilio, "Las nuevas Delegaciones del Ministerio de Defensa y la estructura de la Administración periférica del Estado... cit. en concreto págs. 165-169, quien niega que las FAS formen parte de la Administración militar.

De otra parte, recientemente, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización... cit., págs. 11-27 ha dedicado algún espacio a esta vieja discusión, aportando alguna luz nueva. Herrero, en las págs. 26 y 27, señala que prefiere recurrir a la categoría de "orden concreto que Schmitt formulara para superar la disyuntiva entre normativismo y decisionismo como criterios de interpretación constitucional. Es el orden concreto, como entramado de relaciones constitutivas de un conjunto, lo que permite entender la índole de las Fuerzas Armadas y también, dicho sea de paso, de la Administración civil y de sus grandes cuerpos si éstos han de conservar el espíritu diferencial que garantiza su capacidad de servicio." Bajo esta perspectiva, Herrero defiende la oportunidad de unos valores particulares en orden de una mejor prestación del servicio que la sociedad demanda.

Cabe señalar que este autor hace referencia a la obra del alemán, recientemente traducida, SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar...* cit. En la misma, como luego se observa, se incluyen valiosas reflexiones en las que se advierte el peso y éxito de las consideraciones institucionalistas de Hauriou y Santi Romano.

Por su parte, actualmente, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, "Administración militar... cit. (subsecretario de Defensa) lo que subraya desde un inicio es la "naturaleza eminentemente insperíodoal" de las FAS. Sin atender expresamente al debate, aunque subyace claramente en sus afirmaciones, señala que "tras los veinte años de vigencia de la Constitución [...] puede afirmarse que su artículo 97 no ha sido condicionado en modo alguno por el polémico art. 8º sino que, es este último el que, a todos los efectos, se ha interpretado y desarrollado a partir de lo previsto por aquél.". Ver, ob. cit. pág. 610. Esta posición parecía señalarse incluso en el trabajo de FERNÁNDEZ FLORES, José L., "Los fundamentos el orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho", cit. cuando afirmaba la necesidad de mantener "el específico orden militar interno", cit. pág. 272, sin mayor reflexión sobre el particular. López Benítez, que si bien se acaba de incluir entre los administrativistas, en su excelente trabajo sobre las relaciones de especial sujeción, ahí citado, parece inspirado tanto por el funcionalismo como por la existencia de un orden interno cuando, entre otros, afirma sobre la permanente peculiaridad de ciertas relaciones jurídico administrativas, que no son particulares de España ni de ninguna época, sino que "están en la propia naturaleza de las cosas, en la atmósfera jurídica que respira y alimenta el ordenamiento" (ver, ob. cit. pág. 350).

¹¹⁷⁸ Así, SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas", cit. en aquel momento, tal autor ostentaba el cargo de Subsecretario de Defensa. En la actualidad, dicho autor resuelve la polémica afirmando que la naturaleza de las FAS no se deduce del artículo 8, dedicado a constitucionalizar las misiones de los Ejércitos, sino del artículo 97, en el que se dispone que éstos forman parte de la Administración, así en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "La Administración Militar a lo largo de veinte años... cit. págs. 597-598.

Debe señalarse en primera instancia que la polémica ha sido atípica¹¹⁷⁹, velada¹¹⁸⁰, en apariencia vacía¹¹⁸¹, a la par que posiblemente sobredimensionada¹¹⁸².

¹¹⁷⁹ Tal debate doctrinal no deja de resultar extraño a quien se interesa por la materia militar; la polémica en sí guarda unos caracteres que permiten calificarlo, cuanto menos, como atípico. Y es que pese a lo prolífero de la contienda intelectual, algunos de entre quienes se han posicionado han puesto en duda su centralidad y proyección jurídicas, si bien, ello no les ha impedido decantarse por una u otra posición. No resulta sencillo comprender cómo, una cuestión que se juzga como estéril jurídicamente, ha suscitado tan prolífera polémica. La propia existencia del debate impele a considerar que algo subyace tras él.

Así, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 368-369, afirma que: “sostener en la actualidad que las Fuerzas Armadas son una institución no constituye una operación interesante bajo una óptica jurídica. No hay consecuencias, el concepto no sirve para identificar un determinado régimen jurídico.” En este sentido, cabe recordar que López Ramón dedica para ello toda su ejemplar obra. Ciertamente, la irrelevancia jurídica de la cuestión es, propiamente, una de las conclusiones de su posicionamiento en tal debate. Tal es así, que afirmar la esterilidad o inocuidad del mismo conlleva la aceptación de no pocas premisas, la cuales tienen una ineludible proyección jurídica.

¹¹⁸⁰ Debe advertirse la falta de acierto de gran parte de los trabajos relativos a este dualismo jurídico institucionalistas-administrativistas. Y es que la mayoría de estos estudios no han manifestado con claridad las importantes consecuencias que se pueden derivar del acogimiento de un postulado institucionalista o uno administrativista.

¹¹⁸¹ BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. págs. 66-67, afirma que “Esta polémica doctrinal administración *versus* institución [...] presenta una doble quiebra que la convierte a la postre en realmente intrascendente a la hora de fijar la posición de las Fuerzas Armadas en nuestro sistema constitucional. [...] La polémica es no sólo confusa desde el punto de vista teórico [...] sino, además, casi irrelevante desde el punto de vista práctico, es decir, el de la concreta interpretación constitucional.”

Más recientemente, en la línea de lo mantenido en su trabajo antes citado se ha pronunciado por la irrelevancia jurídica de la cuestión RODRÍGUEZ VILLASANTE, José L. en los también citados encuentros celebrados en el marco de los Cursos de Verano de El Escorial, organizados por la Universidad Complutense de Madrid los días 28-29 de agosto de 1997; concretamente en su participación con título “Los derechos fundamentales del militar y la profesionalización de las FAS”; las actas de dichos encuentros todavía no han sido publicadas.

Por último, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización...” cit. pág. 26 ha señalado que esta polémica “puede resultar estéril si de ella no se deducen consecuencias prácticas”.

Por el contrario, como recientemente ha apuntado SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “La Administración Militar a lo largo de veinte años...” cit. pág. 597, “No es éste, como pudiera parecer, un problema meramente académico”

¹¹⁸² La falta de claridad en la percepción de la importancia del debate ha supuesto que, en ocasiones, la propia polémica *se haya alimentado a sí misma*. Así, la doctrina ha dedicado notables esfuerzos en categorizar a las FAS como institución, administración, poder público, fuerza ejecutiva pública, etc. Sin embargo, llegado el punto de deducir unas consecuencias de las diversas categorizaciones, existen sorprendentes silencios

Trillo, por ejemplo, simplemente concluye toda su exposición significando que de lo único que se trataba era de afirmar tal carácter y de negar que las FAS sean Administración. Ver, TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española...” cit. pág. 150.

Lo que parece haberse debatido básicamente a través de las posiciones administrativa o institucional, es la posibilidad de que el poder militar haya sido, en alguna medida constitucionalizado¹¹⁸³. Aunque la cuestión va más allá del principio de subordinación militar, esto es, de supremacía civil. El debate plantea al fin y al cabo la supremacía de la Constitución sobre las FAS y el Derecho militar, y como una de las consecuencias que se derivarían de ello, el alcance de la supremacía civil sobre el poder militar. *La "supremacía civil" sobre el poder militar se hace depender en última instancia de la "supremacía constitucional"*¹¹⁸⁴. Así pues, resulta primero imprescindible atender a la supremacía constitucional sobre las FAS y el Derecho militar, para luego, entre otros aspectos, advertir el alcance de la supremacía civil que se desprende de la Constitución

Y el problema fundamental de esta disputa ha sido que las importantes consecuencias políticas que podían derivarse de según qué posiciones han polarizado y deformado el tratamiento jurídico de la materia innecesariamente. Triepel, quien con tanto acierto

¹¹⁸³ Los postulados institucionalistas pueden dar pie a sostener interpretaciones del texto constitucional regresivas respecto de este principio de supremacía civil. Así lo advierte expresamente BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar... cit. pág. 77 quien pone de manifiesto cómo la vía interpretativa institucionalista "llevada hasta sus últimas consecuencias pudiera arribar, incluso, a resultados contradictorios con la proclama de subordinación absoluta y sin grietas de lo militar al poder civil".

Una construcción institucionalista conllevaría interpretar que las FAS (reguladas en el Título Preliminar) son una institución y, por tanto, no son la "Administración militar" que el artículo 97 somete claramente a la dirección del Gobierno; en razón de ello, el mando supremo de las FAS que preceptúa el artículo 62. h) CE cobraría una virtualidad material y no meramente simbólica o formal. Mediante esta lectura institucionalista se fomentarían, pues, las teorías del poder de mando militar que tuvieron especial vigencia en el siglo pasado. Así, quedaría legitimado constitucionalmente un dualismo entre el poder civil y el poder militar.

Por contra, desde un posicionamiento administrativista, el artículo 97 adquiriría plena e incuestionable virtualidad. Así, las FAS, como integrantes de la "Administración militar" del Estado, quedarían expresamente sometidas a la dirección del Gobierno. En consecuencia, tanto en éste como en diversos preceptos del texto constitucional habrían quedado recogidos el corolario de efectos que tradicionalmente se incluyen dentro del más genérico principio de la supremacía civil democrática.

¹¹⁸⁴ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 88 recuerda la clara vinculación entre supremacía civil y supremacía constitucional, al señalar que "la clave para garantizar la subordinación del poder militar al civil radica en la negación de la autonomía del ordenamiento militar y la proclamación de su sometimiento al ordenamiento general". Se reitera esta idea en su conclusión número uno, pág. 747: "La afirmación de que las Fuerzas Armadas se guían por los mismos principios jurídicos que el resto de las Administraciones Públicas conduce a consolidar la sujeción de los militares a la Constitución y al Poder Civil".

criticase la rigidez formalista de la doctrina del Derecho público alemana, en tiempos difíciles se postulaba con claridad por la vinculación del Derecho público con la política, pero ahora bien, siempre con criterios jurídicos públicos y bajo el método del Derecho. Diría el alemán que “el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político. El profesor de Derecho público no puede, por tanto, renunciar a analizar los fenómenos o intenciones políticas con criterios jurídico-públicos”¹¹⁸⁵. Lo que ello no puede conllevar es a deformar los criterios jurídicos propios o del adversario para alcanzar el fin pretendido. Y en este debate institucional/administrativo se aprecia en muchas ocasiones este fenómeno.

Desde las *filas* institucionalistas se han defendido las posiciones como si considerar a las FAS Administración supusiese un atentado a la necesaria eficacia de la fuerza militar y un desconocimiento de sus caracteres propios. Desde las *filas* administrativistas se han defendido las posiciones como si la única forma de *atar* a las FAS y al Derecho militar a la Constitución y al poder civil fuese señalando su carácter de Administración. Como aquí se sostiene, y en modo alguno ello supone ningún posicionamiento ecléctico, que las FAS sean una institución jurídica no es incompatible con el hecho de que en España se hayan constitucionalizado en el marco de la Administración militar y, sobre todo, que el hecho de que sean una institución conformada por un ordenamiento propio, de ninguna manera relaja su vinculación con la Constitución.

b) La verdadera importancia del debate

El debate central institucionalistas frente a administrativistas se basa, desde mi punto de vista, en admitir o no la existencia de un “ordenamiento jurídico militar, entendido como un sector del ordenamiento inmune o situado al margen de sus más globales valores informadores”¹¹⁸⁶. Se trataría, pues, de dejar “cojo” al

¹¹⁸⁵ TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 42.

¹¹⁸⁶ Ver, DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional... cit., pág. 2990. Este autor ha afirmado que desde una perspectiva jurídica institucionalista:

ordenamiento militar al no asumir que éste no sólo se inspira por la necesidad (eficacia, disciplina, etc.), sino también en el resto de los contenidos constitucionales.

Un claro ejemplo de una visión institucional así entendida nos lo ha proporcionado no hace mucho Parada Vázquez, quien afirma que la Constitución reconoció la institución particular de las FAS y todas sus exigencias propias a su naturaleza “para rebajar o excepcionar, asimismo, la aplicación de los derechos fundamentales de los militares, así como para garantizar su perfil institucional e impedir que el legislador ordinario pudiera alterar el núcleo tradicional del derecho militar.”¹¹⁸⁷ Por este medio se “aunaban las ventajas de respetar el principio de sujeción de las Fuerzas Armadas al Gobierno democrático con unas peculiaridades estructurales que son garantía esencial para su eficacia operativa y una defensa frente a su instrumentalización politico- partidaria.”¹¹⁸⁸ Todo ello tenía como punto de partida el artículo octavo de la Constitución que a su juicio fue corrompido con los gobiernos socialistas. Este precepto, como advertirían otros autores, sirvió para hacer efectiva una suave transición militar y una amortiguación de la vigencia de la ley de

“el Texto fundamental se limitaría a reconocer aquella histórica institución, con su peculiar modo de existencia, sus propios valores y “su ordenamiento jurídico peculiar”... estableciendo como únicos límites (externos) lo que el propio artículo 8-2 CE enuncia como “principios de la Constitución” [...] la vinculación constitucional sería la propia de una “vinculación negativa” respecto de sus peculiaridades jurídicas, es decir, sería posible mantener todos los rasgos propios, en tanto en cuanto no choquen de modo directo y frontal con preceptos, valores o principios constitucionales [...] Por el contrario, rechazando la connotación institucionalista, se llega más fácilmente a la idea de “vinculación positiva” a la Constitución.”

Domínguez Berrueta es, a mi juicio, el autor español que en con mayor acierto ha captado la necesidad de afrontar el plano jurídico militar como un problema *más* de interpretación e integración del marco constitucional -ver págs. 2994 y ss. -. Tal y como aquí pretende subrayarse, a mi juicio, la cuestión no debe centrarse en la consideración de las FAS como administración o institución, sino que más bien se trata del ejercicio acertado de la ponderación de derechos, bienes y valores constitucionales y de la necesidad de que en tal actividad se tengan en cuenta una serie de pautas que *con carácter general* el mismo Tribunal ha desarrollado jurisprudencialmente.

¹¹⁸⁷ PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 10.

¹¹⁸⁸ *Ibidem* pág. 11.

leyes en el marco militar, pues lo cierto es que el institucionalismo frenó la aplicación de la Constitución para el ámbito militar¹¹⁸⁹.

Desde una perspectiva jurídico-institucional no se llega a afirmar que el ordenamiento militar pueda contravenir la Constitución, lo que sería de todo punto insostenible¹¹⁹⁰. Sin embargo, la afirmación de que las FAS son una institución parece resultar por sí de peso para subrayar el principio de necesidad, y no el resto de contenidos constitucionales. Desde las posiciones institucionalistas, se sostiene de forma más o menos abierta una relativización del alcance de la normatividad constitucional para el mundo de los cuarteles¹¹⁹¹. Bastaría con que las FAS acatasen políticamente la Constitución, pero en modo alguno que sus contenidos hubiesen de constatarse en ella¹¹⁹².

La consideración institucional, tal y como se sigue con detenimiento, viene a suponer a modo de una "autoderogación" implícita o explícita de la Constitución para el ámbito militar. Por contra, bajo un soporte jurídico mayormente formalista o estructuralista, el sostenimiento

¹¹⁸⁹ "Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar" (sin referencia al autor), en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 23-28, pág. 24.

¹¹⁹⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. págs. 24-25, no duda en reconocer la legitimidad de la existencia de un ordenamiento militar *al margen del civil*. Bajo este planteamiento que aquí no se comparte, lo que afirma este autor es que lo que corresponde al Estado constitucional es "reducirlo al mínimo" (ver, pág. 24).

¹¹⁹¹ A riesgo de excesiva simplificación, puede afirmarse que el institucionalismo jurídico da cobertura a un entendimiento del Derecho como *receptor* de la peculiaridad castrense. Al situarse el Derecho como receptor de todo aquello propiamente militar se desprendería una cierta inmutabilidad de la Institución militar. Esta institución resultaría ser una realidad previa que el Derecho simplemente conforma y brinda su protección jurídica.

De este modo, podría incluso admitirse la permanencia y reconocimiento de unos principios, valores y particularidades propias de las FAS aun cuando resultasen difícilmente compatibles con los propios mandatos, principios y valores constitucionales. En consecuencia, parece cuestionarse la completa normatividad de la ley de leyes sobre la singularidad militar.

¹¹⁹² Un claro ejemplo de esta perspectiva, entre otros, puede seguirse en FERNÁNDEZ FLORES, José L., "Los fundamentos el orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho", cit. pág. 272 cuando afirma que "que el Ejército sea democrático es que acate la constitución, y no otra cosa. Un Ejército que acata la Constitución democrática, pero en modo alguno, un Ejército que esté organizado internamente de modo democrático, puesto que esta democracia es incompatible por esencia con la esencia misma del Ejército, que es disciplina, jerarquía y unidad, Que es mando y rechaza la igualdad en los grados y que es opuesto a toda opción, en cuanto pluralidad de opciones, en el aspecto político."

del carácter Administrativo de las FAS implica una sujeción más estricta a los enunciados constitucionales¹¹⁹³.

Ahora bien, no resulta admisible el seguimiento de la posición institucional o de la percepción administrativa de forma extrema. Una y otra perspectivas, tal y como se han reflejado, implican una polarización exagerada de cómo percibir el fenómeno jurídico militar.

A mi juicio, mediante este dualismo jurídico (institución-administración) se han canalizado dos posiciones respecto de la evolución y compatibilización de las FAS a los Estados democráticos de Derecho. *Parece haberse instrumentalizado así la dificultad que entraña la adaptación de las FAS al Estado constitucional y los diferentes grados de exigibilidad de este necesario proceso de adecuación. Así, la plena sujeción constitucional que subraya la consideración administrativa de las FAS implicaría la exigencia de una total puesta en contexto de la Administración militar con el marco jurídico político constitucional. Por contra, considerar a las FAS como institución implicaría admitir un distanciamiento castrense del contexto jurídico político general que la ley de leyes establece.*

¹¹⁹³ A diferencia de la visión jurídico -institucional, desde los postulados administrativistas se rechazaría radicalmente la existencia de un ordenamiento jurídico separado del ordenamiento general. Sin embargo, afirmar el carácter administrativo de las FAS, puede comportar una indeseable rigidez formal, al exigir el reconocimiento expreso de toda peculiaridad del Derecho militar. Tal visión administrativista estricta exigiría justificar cualquier modulación con expresiones constitucionales -así, por ejemplo, la disciplina militar sólo tendría cabida en tanto en cuanto resulta expresamente reconocida en los arts. 28 y 29 CE).

Este autor, conjuntamente con Domínguez Berrueta, Fernández de Gatta y Nevado Moreno, en sus diferentes trabajos, sigue un riguroso formalismo al exigir que la Constitución de forma expresa la que reconozca las peculiaridades constitucionales militares. Así, en la pág. 103 se afirma que "toda particularidad o especialidad [...] debe ser susceptible de hallar justificación y fundamentación expresa en la propia Constitución" (en la misma dirección, véase el capítulo 3 del libro o la pág. 411 del mismo. Al respecto véase afirmado en mi comentario a la obra conjunta de éstos en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 101, págs. 414-422, en concreto, pág. 418.

Por contra, aquí no se sostiene la necesidad expresa del reconocimiento constitucional de cada una de las especialidades militares, lo cual sería impropio de la naturaleza de una Constitución. La consideración institucional de las FAS tal y como aquí se sustenta, implica que, de un lado, no haya una negativa constitucional expresa a la especialidad militar de la que se trate (por ejemplo, que no se niegue la disciplina militar). No es menester que se reconozca expresamente la disciplina militar para que ésta sea admisible constitucionalmente.

B) EL DUALISMO SOCIOLÓGICO EN LA PERCEPCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS Y SU INTERCONEXIÓN CON EL DUALISMO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL Y EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FUERZAS ARMADAS

Como se vió, en la disciplina sociológica se ha dado, también, una claro dualismo a la hora de concebir a las FAS. Con modelos “institucional” y “ocupacional” definidos por Charles Moskos, el norteamericano reproducía dos corrientes esenciales en la Sociología militar en razón de la convergencia o divergencia de las FAS con la sociedad. En el formato llamado “institucional” o “divergente” los Ejércitos quedan distanciados de la sociedad y del sistema político “civil”, se daba una concepción severa de los valores militares, parejo a un reconocimiento mínimo de los derechos y libertad del militar. A diferencia de este modelo institucional, calificó de “ocupacional” o “convergente” a aquel tipo de Ejército más integrado en la sociedad civil funcional, social y políticamente. Asimismo, Moskos señaló la existencia de un tercer modelo denominado “plural”, que suponía la proyección heterogénea de los dos anteriores en las distintas Armas, Cuerpos o Unidades que componen las FAS.

Pues bien, estos formatos sociológicos institucional / ocupacional guardan evidentes paralelismos con los posicionamientos institucionalistas / administrativistas que en lo jurídico se han dado en España¹¹⁹⁴. Y es que tanto uno como otro dualismos son relativos al grado de adecuación de las FAS a su contexto actual. Así, de manera semejante al dualismo jurídico, pero desde una perspectiva más amplia como corresponde a la Sociología, se da una polarización a la hora de concebir el grado de adecuación de las FAS al contexto cultural, social, político y económico del presente.

La interconexión de lo sociológico y lo jurídico deviene evidente. *El modelo sociológico ocupacional quedaría emparentado con la concepción administrativa de las de las FAS. El estricto normativismo*

¹¹⁹⁴ Dicha relación sólo es advertida expresamente en la obra de RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José L., en “La Ley 17/1989, de 19 de julio... cit. págs. 168-169, si bien subyace claramente en la obra de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. ver, págs. 233 y ss.

administrativista impondría la sujeción más estricta de las FAS al poder democrático, a los principios constitucionales generales y a los derechos y libertades, es decir, al contexto jurídico - político constitucional. *En el lado opuesto, en clara coincidencia terminológica, el formato sociológico institucional se avendría bien con la percepción jurídico - institucional de las FAS, que parece excepcionar constitucionalmente la obligación de adaptarse a su contexto jurídico-político.* Se trata, pues, de las dos caras de una misma moneda, apreciada desde dos disciplinas diversas: la Sociología y el Derecho. Sin embargo, no hay que fundir y confundir uno y otro planos.

Al jurista no concierne apreciar si se encuentra ante un modelo sociológico institucional u ocupacional¹¹⁹⁵, éste no sería un enfoque del todo acertado. Ello es así en tanto en cuanto *la Constitución establece su propio modelo de FAS.* Y es que la ley de leyes contiene reglas, principios y valores generales proyectables sobre los elementos que definen los modelos de FAS (finalidad, naturaleza de los Ejércitos, concepción de la profesión militar, relaciones con la sociedad civil, posición política de los Ejércitos, etc.)¹¹⁹⁶. Como consecuencia, la misión del jurista debe consistir en descubrir cuál es el *modelo constitucional* (y no sociológico) de FAS. Esta será la tesis que se desarrollará más tarde.

¹¹⁹⁵ Podría pensarse que al jurista concierne apreciar la adecuación de uno u otro modelo sociológico al sistema constitucional, es decir, apreciar en qué medida resulta admisible constitucionalmente un modelo sociológico institucional, uno ocupacional e incluso uno plural. Un análisis desde esta perspectiva lo seguí en el citado estudio COTINO HUESO, Lorenzo, "El reto de la profesionalización... cit. BLANQUER, por su parte, se plantea la cuestión de los modelos sociológicos de Ejército afirmando que el formato institucional es el mayormente acorde con la eficacia exigida a las FAS en virtud del artículo octavo y el formato ocupacional el que respeta la optimización de los derechos y libertades. (Ver, BLANQUER David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 234 y 235).

¹¹⁹⁶ Para apreciar un esquema bastante completo de los elementos que definen un modelo de Ejército, puede verse, FLECKENSTEIN, Bernhard, "Alemania Federal", AA. VV., *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit., págs. 232-253, en concreto en la pág. 235. Así, a la hora de determinar ante qué modelo de Ejército nos encontramos se trata de *escrutar* cómo se determinan en la Constitución, al menos en sus aspectos básicos, los elementos determinantes y definitorios del modelo de FAS: funciones, elementos integrantes, la sujeción a los poderes democráticos del Estado, el estatuto de sus miembros, la admisibilidad constitucional de la disciplina y del espíritu militares tradicionales, las exigencias contenidas en la ley de leyes respecto de la composición social de las FAS, la naturaleza de la jurisdicción militar, etc. Averiguando la configuración constitucional de tales queda perfilado cuál es el *modelo constitucional de FAS*.

Ahora bien, para emprender esta tarea el jurista requiere, ineludible y previamente, constatar y determinar la premisa de la que parte: la plena normatividad de la Constitución para el ámbito militar. Si la Constitución contiene normas generales definitorias de un modelo de FAS -el constitucional-, es preciso aseverar la aplicación de la norma suprema sobre este ámbito. Y esta labor, como se verá, no exenta de dificultades, es la que aquí pretende operarse, una vez sentadas las anteriores premisas.

Una advertencia previa

A pesar de los evidentes nexos que se han apreciado entre las perspectivas sociológica y jurídica (y, por ende, los paralelismos entre el modelo sociológico “institucional” de FAS y la categorización jurídico “institucional” de las mismas), el tratamiento debe ser diferenciado. De ahí que quepa advertir que, salvo mención expresa en contrario, el empleo que se dé a continuación del término “institucional” responde al enfoque jurídico del mismo.

II. La significación que tiene el reconocimiento de una institución y un ordenamiento jurídico en nuestros días. Rechazo de unas “connotaciones institucionalistas que mermasen la normatividad constitucional”

A) CÓMO ABORDAR LA MATERIA DE FORMA ADECUADA

Para sostener la completa recepción del principio de supremacía constitucional (y, por ende, también el de subordinación militar) en nuestra Constitución en absoluto es menester negar la virtualidad de las teorías generales institucionalistas¹¹⁹⁷, ni incluso

¹¹⁹⁷ A mi juicio, negar las concepciones institucionales del Derecho comporta un grave riesgo. No puede descartarse y renunciar a una percepción general del Derecho a los solos efectos de intentar evitar sus negativos efectos en el ámbito militar.

No obstante, éste es el camino seguido por, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* en especial, págs. 368-369, donde intenta rechazar las corrientes institucionalistas generales. Por su parte, DOMÍNGUEZ-BERRUETA, Miguel, y otros, en “El control jurídico-constitucional de la transición militar... cit., págs. 2955- 3006, persigue a lo largo de su trabajo “negar las connotaciones institucionalistas” (ver, ob. cit. 2990), si bien, al final del mismo parece *rendirse* a la virtualidad del carácter institucional de las FAS y a los efectos que ello conlleva (ver, ob. cit. 3001-3002).

hace falta negar que las FAS son una institución¹¹⁹⁸. Y es que devendría poco riguroso -y ciertamente paradójico- que una “connotación institucionalista”¹¹⁹⁹ deba rechazarse para el ámbito militar (porque parece comportar una serie de vicios para los propios contenidos constitucionales) y por contra, deba admitirse, entre otros ámbitos, en materia de derechos fundamentales (pues supone un formidable elemento de determinación de su alcance)¹²⁰⁰. Del mismo modo, sostener una concepción administrativista de las FAS que supusiese negar que tras lo que ha sido constitucionalizado como Administración militar subyace una verdadera institución histórica, sociológica o jurídica devendría, por necesidad, endeble. *Es por ello que entiendo que la forma correcta de abordar la cuestión de una*

¹¹⁹⁸ Tampoco se trata de mantener que las FAS no cumplen los rasgos conceptuales de ser una institución. Esta vía, cuanto menos, no comporta el grave riesgo de negar las concepciones institucionales del Derecho. Esta es la línea elegida, básicamente, por BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit. que dedica buena parte de su estudio a negar que las FAS reúnan los caracteres definatorios de una institución.

¹¹⁹⁹ DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional... cit., pág. 2990 afirma que “rechazando la *connotación institucionalista*, se llega mas fácilmente a la idea de “vinculación positiva” a la Constitución.”

¹²⁰⁰ Al respecto de la oportunidad de combinar un análisis estructural-formal con uno institucional-funcional en el ámbito de los derechos fundamentales puede verse FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales. I-. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992 (entre otras, ver, págs. 115-119)

La proyección institucional que ahora se significa como positiva respecto de los derechos fundamentales se relaciona íntimamente con la necesidad de *delimitar* el contenido constitucionalmente protegido de éstos. Al respecto, en especial, véase MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, en concreto, la segunda parte del libro, debida al segundo de los autores, y en particular, entre otras, págs. 142, y 151-152. La jurisprudencia constitucional, tal y como SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, ha percibido (ver, entre otros, “Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un año en la jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?, en *Revista General del Derecho*, mayo de 1994, págs. 5033-5051), asumió en buena medida esta aportación del maestro de Oviedo (ver, sentencias. 15/1993, 282/1993 y 336/1993).

Más recientemente el Tribunal nos recordaba los elementos básicos de este punto de vista (sentencia 3/1993, de 13 de enero):

“El enjuiciamiento de las pretensiones de las partes en este proceso constitucional requiere [...] que identifiquemos en primer lugar cuáles son los derechos fundamentales en presencia (sentencias del Tribunal Constitucional 336/1993 y 22/1995, entre otras). Para determinar seguidamente, de conformidad con la función que corresponde a este Tribunal [arts. 123. 1 y 161. 1 b) CE], si el órgano jurisdiccional ha efectuado o no una adecuada *delimitación* de los derechos fundamentales que se han individualizado, atendidas las circunstancias particulares del caso. Lo que implica, dicho en otros términos, considerar si el ejercicio de esos derechos fundamentales ha tenido lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido o, por el contrario, se ha transgredido dicho ámbito (sentencias del Tribunal Constitucional 15/1993, 336/1993 y 167/1995, entre otras).”

manera rigurosa consiste en apreciar la verdadera significación actual y alcance constitucional de las corrientes institucionistas del Derecho y, por ende, deducir las consecuencias jurídicas que comporta el hecho de reconocer que las FAS son una institución.

De este modo, a continuación se pretende demostrar que el hecho de que las FAS sean una institución no puede comportar cualquier menoscabo -o autoderogación- de la normatividad de la Constitución española. Más tarde, una vez superadas estas “connotaciones institucionistas”, se sustentará la plena normatividad constitucional desde una perspectiva diferente, la estructural-formal.

B) LA INICIAL SIGNIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS INSTITUCIONISTAS SUPONÍA CIERTA MERMA DE LA NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL SOBRE LO MILITAR

a) La perspectiva institucional clásica y la sujeción de las instituciones al Derecho

Desde principios del presente siglo, y con directos precedentes en el anterior, ante la visión formalista, normativa y estatalista asentada magistralmente tanto por Kelsen como por la Escuela de Derecho público alemán (Gerber, Laband, etc.) surgieron diversas reacciones desde ámbitos diversos. En Italia con Santi Romano o en Francia Hauriou, como reacción a un aséptico formalismo, para acercar a la realidad al Derecho surgiría una teoría entonces llamada institucional¹²⁰¹. En Alemania Schmitt, afirmaría la preexistencia de

¹²⁰¹ Así, MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo”, estudio preliminar a la obra ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, págs. 9-77, presenta al institucionismo como una respuesta del pluralismo jurídico contra la concepción monista que reduce el Derecho al único derecho estatal, de otro lado, sitúa al institucionismo contra el positivismo jurídico en su concepción más estricta.

Como recuerda BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Fernando Torres Editor, Valencia, 1980 pág. 156 y en *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pág. 22, los postulados institucionalistas adquieren su máxima representación con Hauriou y Santi Romano. Sin perjuicio de ello, la perspectiva institucional del Derecho adquiere diversas proyecciones como la tradición cristiana (tal es el caso de Georges Renard, *Theorie de l'institution*, París, 1930), o la influencia de corrientes socialistas libertarias (Proudhon), o

un “orden interno” que repugnaba toda regulación y el necesario acercamiento del Derecho a la realidad de dicho orden¹²⁰², algo tan contrario al formalismo de Kelsen, Triepel, también en aquel país insistiría en el acercamiento a la realidad y en el funcionalismo¹²⁰³. Bien merece la pena resaltar algunos elementos básicos de esta corriente, en sus postulados iniciales, pues los mismos conducen en alguna medida a una cierta merma de la normatividad respecto de las instituciones, como pueda serlo la militar. Siguiendo una construcción institucional -digámoslo así- clásica parece que se mantenga una independencia de la institución (en nuestro caso la militar) del contexto normativo que la regula.

anárquicas, o sindicalistas (Gurvitch). Como destaca Bobbio, la concepción de Santi Romano, que es la que ha la postre ha perdurado permaneció al margen de la extensión de estas teorías por parte de Gurvitch o Renard.

Resulta menester realizar una advertencia, pese a que generalmente se cite conjuntamente a Hauriou y a Santi Romano, hay que advertir que ni sus construcciones ni sus intenciones eran las mismas (ver, BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit., págs. 161-165). Cabe afirmar, con cautelas, que Santi Romano supo encauzar jurídicamente la inquietud sociopolítica del de Burdeos.

¹²⁰² En especial puede seguirse su antiformalismo en SCHMITT Carl, *Sobre los tres modos de pensar en la ciencia jurídica*, cit. El alemán partiría de que el Derecho queda determinado primariamente por un orden interno, no por reglas decisiones. Dicho orden significaba un resultado de principios morales y racionales, configurados en las costumbres, con sentimientos, condicionamientos del entorno y a partir del hecho de que y el hombre no puede vivir más que con otros hombres. La regla no crea orden, sino que regula la orden (pág. 12). La conexión de este orden interno con las percepciones institucionalistas era evidente, así, en las págs. 20-21 afirmaría “el orden interno concreto, disciplina y gloria de toda institución repugna cualquier intento de normalización y regulación total”, la norma no podía desconocer la institución. “Si se separa el pensamiento jurídico de todo contenido y de la situación normal que está en su base, entonces se produce un distanciamiento cada vez mayor de todo contenido” (pág. 43). En las págs. 59 y ss. manifiesta su aprobación de las corrientes de Hauriou y Santi Romano, diciendo que con ello se superaba el normativismo. Pero, no obstante, advertía que el concepto de “institución” no se adaptaba al contexto dogmático alemán.

¹²⁰³ TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, cit. reconocería que cuando el jurista complementa su construcción lógico-formal de los conceptos con consideraciones sociales, históricas, éticas o de otro tipo “no hace Derecho sino Sociología”, ahora bien, arrojar fuera del Derecho todo lo que no sea lógico formal supone “un empobrecimiento de nuestra ciencia”. Afirma en este sentido que sería imposible estudiar Derecho canónico sin Historia de la Iglesia, o Derecho mercantil sin referencia a la economía, “El purismo lógico, que excluye la Derecho del contacto con otras ciencias, que hace de él una esotérica teoría solo comprensible para los iniciados, que presenta todas las instituciones estatales [...] como esquemas sin sangre sin referencia alguna a su contenido ético, debe conducir necesariamente a una esterilización de la teoría del Estado y del Derecho” “Uno no puede llegar de ningún modo a un conocimiento de las normas jurídicas sin formarse una idea de las relaciones finalista de las que trata lo jurídico” (ob. cit. págs. 49-53).

La corriente institucional¹²⁰⁴ niega que la norma aislada sea el elemento primario de la experiencia jurídica; del normativismo formalista kelseniano se debía dar paso al reconocimiento de un orden interno, unos principios institucionales, reglas no escritas que derivaban de la propia naturaleza de las llamadas “instituciones” o formas típicas y básicas de una rama del Derecho¹²⁰⁵. Se considera que la “institución” (“ordenamiento” u “organización”¹²⁰⁶) es la que hace nacer al Derecho; aún es más, la organización *es* Derecho, en el sentido de ordenamiento, no en el de normas aisladas; el ordenamiento asume y conserva los elementos del grupo social¹²⁰⁷.

Esta identificación del ordenamiento con la organización (en nuestro caso, el ordenamiento militar con la Institución castrense), menguaría de algún modo la capacidad del Derecho de desvincularse de la idea de la propia institución, de su propia naturaleza y estructura (es decir, dificulta la capacidad de las normas militares de desvincularse de los caracteres propios de los

¹²⁰⁴ Las siguientes notas de la teoría de la institución son extraídas de ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico...* cit., en especial, págs. 330 y ss, y MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en “La doctrina del ordenamiento jurídico... cit.; HAURIUO, Maurice, “La teoría de la institución y la fundación”, en *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, págs. 257 y ss. págs. 256 y ss.; BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit., págs. 156 y ss, 189 y ss. y 253 y ss.; BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho...* cit., págs. 18 y ss. 164 y ss.; CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Concepto constitucional de fuentes del Derecho”, en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. (Vol. I), págs. 392 y ss.; PÉREZ MORENO, Alfonso, “El concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución”, en AA. VV., *La Constitución Española...* cit., págs. 1633 y ss. y GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, (3º ed.), Madrid, 1983, págs. 53 y ss.

¹²⁰⁵ Así, CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Concepto constitucional... cit., pág. 391 considera que “las instituciones son parte del Derecho Positivo vigente y se deducen de él sin necesidad de ley que las exprese, por ser fuentes legales, ya que las leyes enuncian implícitamente estos principios, a los cuales se les denomina también inmanentes a la naturaleza de las instituciones”. En el mismo sentido, véase PÉREZ MORENO, Alfonso, “El concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución”, en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho...* cit., (Vol. 3), pág. 1639.

¹²⁰⁶ Al respecto del empleo equivalente de los términos “institución”, “ordenamiento”, “organización” ver, ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico...* cit. págs. 128-132. Como más tarde se señala, la confusión de estos conceptos resulta uno de los mayores problemas de indefinición de las corrientes institucionistas. En este sentido cobra relevancia el término de “institución jurídica” consagrado por HAURIUO, como realidad social que, reuniendo determinados elementos, pasa a la categoría de afirmación legal, llegando de esta suerte lo sociológico a convertirse en jurídico, así en HAURIUO, Maurice, “La teoría de la institución... cit. págs. 257 y ss.

¹²⁰⁷ Así lo entiende CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Concepto constitucional... cit., pág. 392.

Ejércitos). Para las corrientes institucionistas, la institución *precede* a la norma y la define previamente como “fuente de Derecho”. El ordenamiento no es un conjunto racionalizado de preceptos abstractos (formalismo jurídico - estructuralista) sino que, por contra, tales preceptos adquieren su verdadera virtualidad en el marco de la institución que tiene existencia previa. Como concluye García Pelayo, para el institucionismo no es el Derecho el que crea la institución, sólo sirve a la cohesión de ésta¹²⁰⁸; en consecuencia, el Derecho militar únicamente daría cohesión a la institución de las FAS.

Como se ha afirmado, tal concepción institucional clásica implica una minusvaloración del alcance normativo; el Derecho *simplemente* cohesiona la realidad previa institucional, los caracteres previos de la institución parecen situarse por encima de la norma jurídica. El institucionismo clásico tiene una clara significación de permanencia, de continuidad y de lo real¹²⁰⁹. Por lo que suscita el interés presente de este estudio, desde esta perspectiva clásica, el Derecho *sólo* conformaría la realidad institucional militar, ésta no sería otra que la determinada por la naturaleza, por la tradición e historia de la Institución castrense.

b) La perspectiva ordinamental clásica ya apuntaba la vinculación a la Constitución

La concepción institucional que se ha expuesto, ya en sus postulados iniciales, se extendió e interrelacionó con una concepción pluralista de las fuentes del Derecho¹²¹⁰; en virtud de la misma el valor supremo de la Constitución quedó reforzado. Se configuró así el principio *ubi societas ibi ius*, donde quiera que se dé

¹²⁰⁸ Así citado por LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional... cit., pág. 957 como una de las notas que caracterizan una institución, extraídas del seminario impartido por García-Pelayo en el Centro de Estudios Constitucionales (1983) sobre el tema “El Estado de partidos”.

¹²⁰⁹ Ver, HAURIOU, Maurice, “La teoría de la institución y la fundación”, cit. pág. 259.

¹²¹⁰ Pese a su interrelación, es necesario distinguir la teoría de la institución de la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, éstas no son un todo unitario (Respecto de la necesaria distinción de estas teorías, véase MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en “La doctrina del ordenamiento jurídico... cit. págs. 45-49, en igual sentido, véase BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit. pág. 158 y ss.)

una realidad social institucional, necesariamente habrá un ordenamiento. En consecuencia, se afirmó la existencia de una diversidad ordenamientos jurídicos emanados (formal o materialmente) de los diversos centros de poder de carácter sociológico, de las distintas instituciones¹²¹¹.

El reconocimiento de un sistema formado por una pluralidad de ordenamientos comportaba la necesidad de reconocer la existencia de relaciones de coordinación y subordinación entre dichos ordenamientos. La unidad de dicho sistema se lograba por la existencia de unos principios estructurales y materiales (las normas cambian pero el ordenamiento jurídico permanece en tanto que permanecen sus principios¹²¹²). Tales principios quedaban recogidos en la norma básica del sistema, la Constitución. Como consecuencia de todo ello, la ley de leyes pasaba a considerarse el instrumento fundamental en favor de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Parece oportuno destacar no sólo la sujeción a la norma de normas, sino la centralidad que para la teoría institucionista adquirirían desde un inicio los valores y principios incluidos en la Constitución. Así, *cabe ya subrayar que en la teoría institucional la ley de leyes es la regla o norma fundamental que ordena la institución, que es el Estado y, por lo tanto la Constitución es el ordenamiento superior, al que se subordinan todas las demás reglas, que son ordenamientos dependientes de aquel*¹²¹³.

Hasta el momento, han sido descritas las líneas básicas que definían clásicamente la concepción institucionista u ordinamental del Derecho y su significación respecto del ámbito militar. Se trataría, pues, de reconocer la existencia de la Institución militar que determinaría la existencia de un ordenamiento propio, el Derecho militar, regido por unos principios propios adecuados para la

¹²¹¹ Las connotaciones políticas de estas teorías pluralistas eran obvias, frente al monismo estatalista en un período dominante de los totalitarismos. Ello era así en especial en Hauriou; recuérdese que su trabajo traía consigo el subtítulo de "Ensayo de vitalismo social")

¹²¹² Ver, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, (3ª ed.), Civitas, Madrid, 1980, pág. 55.

¹²¹³ En este sentido, CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional... cit., pág. 392.

organización militar. Es preciso ahora concretar el alcance que tienen estas iniciales formulaciones institucionales en la actualidad y, concretamente en nuestro sistema constitucional. Es así como se apreciará la verdadera virtualidad jurídica que pueden alcanzar las nociones de “institución” y “ordenamiento” militar.

C) LA EVOLUCIÓN Y SIGNIFICACIÓN ACTUAL DE LAS TEORÍAS INSTITUCIONALISTAS: LA PLENA SUMISIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y LOS ORDENAMIENTOS AL DERECHO Y EN CONCRETO A LA CONSTITUCIÓN

Parece coincidirse en que la teoría de la institución, en su elaboración inicial, resultaba compleja y confusa, no refinada y falta de precisiones¹²¹⁴. No obstante, a pesar de sus posibles deficiencias o insuficiencias, no se puede negar que la concepción institucionalista suponía innegables avances respecto del estructuralismo formalista,

¹²¹⁴ En esta dirección crítica con la concepción institucional clásica, ver, BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit., pág. 161 y ss. El mal uso concepto de “institución”, originado por la propia indefinición del mismo, así como la inutilidad de su empleo han sido las críticas vertidas al respecto de los iniciales postulado institucionalistas. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en “La doctrina del ordenamiento jurídico... cit. pág. 13 no duda en afirmar que los discípulos de Hauriou pretendían encontrar instituciones en todas partes, y los de Romano, ordenamientos jurídicos. CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Concepto constitucional...”, cit., pág. 392 afirma que si el Derecho nace del hombre y de la sociedad, admitir que nace de una “institución” no es suficientemente esclarecedor, y quizá resulta superfluo, del mismo modo critica el uso que se ha hecho de este concepto tan indeterminado. GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, (traducido por Luis Ortega), Vol. I, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992. pág. 162 considera que mediante el concepto de “institución” se ha pasado a pretender explicar fenómenos que podrían haberse desenvuelto de otro modo distinto, sin tener que recurrir a la teoría de los ordenamientos.

Asimismo, también se aduce en contra del institucionalismo que ha quedado fuera del contexto el contenido político antiestatalista que en sus inicios tenía la teoría pluralista. Por lo cual, en la actualidad CASSESE, Sabino, “Instituzione: un concetto ormai inutile”, en *Politica del Diritto*, nº 1-2, 1979, págs. 53-62 ha calificado su empleo de “inútil” (citado en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., pág. 367).

Dentro del ámbito doctrinal concreto de las FAS, diversos autores han criticado la indeterminación del concepto de institución y el mal uso del mismo. Así, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional...”, cit., pág. 957, afirma que “el concepto [de institución] se hace complejo y polivalente; y no se sabe bien qué significa.”; en igual sentido BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar...”, cit. pág. 60 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 367 y ss. También, se ha puesto de manifiesto su irrelevancia jurídica, así SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. afirma en la pág. 2377 que “el concepto de institución resulte *inocuo*, toda vez que no implica, sin más, autonomía organizativa y capacidad de decisión.”

que alejaba al Derecho de la realidad. Por ello, algunos autores como Bobbio se encargaron de llevar a cabo una importante crítica positiva de la consideración institucional del Derecho¹²¹⁵. Tras la redefinición que se ha llevado a cabo de esta concepción jurídica, se han superado algunas de sus deficiencias y omitido algunas de sus facetas oscuras. Como consecuencia, el institucionalismo parece propiciar una constructiva superación del positivismo jurídico y sus excesos formalistas. Tal y como apunta Freixes, hoy día el institucionismo sigue siendo necesario y compatible con el formalismo jurídico¹²¹⁶.

Sin embargo, dejar atrás antiguas insuficiencias y alcanzar la validez actual de las construcciones institucionalistas ha supuesto un *coste* respecto de los iniciales postulados. *Con la redefinición habida, los conceptos iniciales de "ordenamiento", "organización" y, especialmente, el de "institución" han quedado relativizados; las instituciones han quedado a expensas del Derecho positivo.*

a) El nuevo significado y alcance jurídico de la noción "institución"

En razón de los *reajustes* efectuados por la doctrina, los principios y fines de la institución u organización vienen total o

¹²¹⁵ El mayor esfuerzo se debe a BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*,... cit., págs. 22 y ss. Dicho autor viene a *conciliar* a la institución con el Derecho, pues afirma que *es preciso que el Derecho determine previamente los fines de la organización y, cuanto menos, los principios para lograr aquéllos*. Estas determinaciones, a decir de Bobbio, sólo pueden realizarse a través de reglas; *la dotación de estas reglas se realiza previa o conjuntamente con el proceso de institucionalización*. Como consecuencia de estas consideraciones, la teoría normativa sale reforzada con la institución, "pues es siempre la producción de reglas el fenómeno originario, aunque no exclusivo, para la constitución de una institución." (ver, pág. 23).

¹²¹⁶ Ver, FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales*... cit., en las págs. 6-7 afirma que:

"el Derecho precisa, pues, de una interpretación ajustada a su propia esencia y, al mismo tiempo, a la función que desarrolla como tal. [...] No existe, en consecuencia, una contradicción insalvable entre estructuralismo y análisis funcional. Si el estructuralismo nos aporta una base científico-positiva, el análisis funcional la complementa con una interacción mutua que nos acerca al conocimiento completo de los fenómenos jurídicos. [...] Esta complementariedad existente entre estructuralismo y análisis funcional se revela sumamente importante en el estudio del Derecho Constitucional"

parcialmente determinados por la norma jurídica¹²¹⁷. La institución ya no es Derecho, sino que la existencia de ésta depende en buena medida de las propias normas jurídicas. En consecuencia, *el precio de la admisibilidad del institucionalismo moderno ha sido el de quedar a expensas de lo que las normas jurídicas expresan*. De acuerdo con la reformulación institucionalista elaborada por Bobbio, estos hechos relativos e inherentes a la organización -que antaño se consideraban Derecho en sí- ya no son ajenos al Derecho positivo, sino que se fundan total o parcialmente en la propia norma jurídica. Como aquí se afirmó desde un inicio para las FAS y el Derecho militar, el Derecho reconoce, constituye y conforma a la organización militar. La naturaleza y realidad sobre las que se funda el ordenamiento jurídico-militar están en muy buena medida determinadas por el Derecho y en primer orden, por la Constitución. En la Constitución están los “dos pies” en los que se mueven las FAS y el Derecho militar, tanto las necesidades de la defensa (la eficacia, disciplina, jerarquía, etc.), como las reglas y principios que ubican a las FAS en el Estado.

b) La relativización del alcance de los “ordenamientos”

El indiscutible monopolio estatalista del reconocimiento de las fuentes del Derecho implica negar que existan verdaderos “ordenamientos internos”, emanados de fuentes autónomas de poder. De ahí que, actualmente, no puede sostenerse que es de la organización (la militar en nuestro caso) de la que necesariamente emanan las normas jurídicas (ordenamiento interno) ¹²¹⁸. Cuestión diferente es afirmar que estas normas jurídicas (ordenamiento

¹²¹⁷ Véase lo afirmado *supra* en la anterior nota a pie n° 57. Al respecto, afirma Giannini que puede haber normación sin organización, pero no puede haber organización sin normación, es decir, la posición del Derecho resulta insustituible en el ámbito de las instituciones, y no al contrario. Este autor, en un trabajo más reciente ha mantenido esta línea de relativización del significado del ordenamiento jurídico relativo a una organización. Así, ver, GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, cit. pág. 162.

¹²¹⁸ GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...* cit. págs. 180-181 afirma que pese a que históricamente la organización militar gozara de una autonomía en la emanación de las normas que regulaban la organización, el tiempo ha atenuado poco a poco el rigor de los ordenamientos militares y también en éstos se ha producido una continua invasión de normas del Estado que han acabado por regular directamente amplios sectores cuya competencia venía siendo de normas militares internas.

militar) se fundan sobre hechos relativos e inherentes a la organización militar que regulan, mas no es de la Institución castrense de la que emanan estas normas¹²¹⁹.

De mantenerse la categoría de “ordenamientos”, en una versión actual, se trataría de *ordenamientos organizativos*. Por el mero hecho de reconocerse la existencia de una organización como las FAS (sin capacidad de producción de Derecho), se reconoce la existencia de un “ordenamiento”. En consecuencia, como se adelantó la existencia de un ordenamiento militar viene definida por la existencia de una organización, las FAS, reconocidas, constituidas y conformadas a partir de la Constitución, en la que se incluyen toda una serie de reglas y principios que han de regir para ordenamiento. Así, es posible coincidir con Giannini cuando afirma que se ha dado “sustancialmente el abandono del concepto según el cual las FAS constituirían un ordenamiento jurídico separado, con propias leyes internas y propia autonomía, y el relacionar e inscribir la Administración Militar en el círculo de la normativa común.”¹²²⁰

c) La concepciones institucionistas actuales conllevan la plena sujeción de la institución de las Fuerzas Armadas y del Derecho militar a la Constitución y el Derecho

Tal y como se ha señalado, el deficiente institucionalismo inicial quedó superado *a cambio* de un refuerzo de la vinculación de las instituciones a las normas jurídicas. De este modo, las construcciones institucionales han dejado de ser un argumento válido -si alguna vez lo fueron- para eludir la sujeción de las

¹²¹⁹ Siguiendo a Giannini, bien cabe hablar de “ordenamientos de los cuerpos organizados” y los “ordenamientos sectoriales, ver, GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...* cit., pág. 179.

¹²²⁰ Cita de GIANNINI, M. S., “I Pubblici Poterir negli Stati Pluriclasì”, en *RTDP*, núms. 2-3, 1979, págs. 389 y ss. Citado por DOMÍNGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional... cit., pág. 2994. Domínguez Berrueta es, a mi juicio, el autor español que en con mayor acierto ha afirmado la necesidad de afrontar el plano jurídico militar como un problema *más* de interpretación e integración del marco constitucional -ver págs. 2994 y ss. -, si bien partiendo de la noción de poder público; postura ésta que, lejos de ser errónea, no tiene por qué suponer contradicción alguna con la categorización de las FAS como parte integrante de la Administración del Estado, como ya se ha tenido ocasión de exponer.

instituciones -tal la militar- a las normas (en especial a la Constitución).

Como consecuencia de la actual significación de las corrientes institucionalistas, *la naturaleza o la tradición de la Institución castrense no determinan per se el contenido del ordenamiento militar. El Derecho castrense antes que prefigurado por el principio de necesidad o la historia de lo militar queda, en primer lugar, a expensas de los mandatos, principios y valores reconocidos por la Constitución. La naturaleza y la tradición de la Institución militar sólo contribuyen a perfilar el contenido del Derecho militar dentro del espacio que confiere la ley de leyes. La institución queda a expensas de la Constitución. Como contrapartida a esta sumisión a lo expresado normativamente, hoy la concepción institucional ha pasado a constituir un apoyo insustituible que complementa la norma jurídica expresada formalmente y la acerca a la realidad social.*

Adentrándonos ya en el terreno de la norma suprema y una vez advertido el desarrollo doctrinal de estas teorías, parece oportuno señalar -aun brevemente- la recepción de estas corrientes institucionales y ordinamentales en la Constitución española de 1978. En particular, resulta interesante detenerse en la determinación del alcance del institucionalismo por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

D) EL SENTIDO Y ALCANCE DE LAS INSTITUCIONES Y LOS
ORDENAMIENTOS EN EL CONCRETO MARCO
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

a) *La recepción constitucional española del institucionalismo y su
significación positiva respecto de la normatividad constitucional*

Para la tradición normativa española, las corrientes institucionalistas y ordinamentales de Santi Romano tuvieron su recepción por medio del art. 83 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 y, años más tarde, en la reforma del artículo primero del Código Civil de 1974¹²²¹. No

¹²²¹ Así es, el art. 83 de la primera ley citada preceptuaba que se estimaría un recurso si el acto o disposición recurridos infringiesen el "ordenamiento jurídico". El Preámbulo de aquel texto no dejaba lugar a dudas, respecto de tal conformidad afirmaba "que

fueron pocos quienes al poco de aprobarse la Constitución ya afirmaron la recepción constitucional de los postulados ordinamentistas¹²²². Para argumentar tal recepción, bastaría con afirmar las diversas referencias expresas a los ordenamientos e instituciones que se verifican en la Constitución (arts. 1. 1º, 8. 2º, 9. 1º, 86. 1º, 96. 1º, 147. 1º CE)¹²²³. Desde la perspectiva propiamente pluralista de las posiciones ordinamentistas, es decir, la que hace referencia a la existencia de una diversidad de centros de emanación del Derecho, hay que convenir con Pérez Luño que nuestra Constitución sólo permite parcialmente la existencia de esta concepción horizontal de los ordenamientos jurídicos, que en modo alguno lesiona la primacía constitucional¹²²⁴. De otra parte, la recepción constitucional del institucionalismo se ha sostenido fundamentalmente por la trascendencia que se confiere en el texto a los principios jurídicos¹²²⁵ y, singularmente a los valores enunciados en el art. 1. 1º¹²²⁶.

Precisamente este dato se suma a los argumentos que llevan a reforzar la normatividad de la Constitución desde una perspectiva

reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un *positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones*". El art. 1. 4º del actual Código Civil, resulta también expresivo "Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico".

¹²²² Así, cabe citar, entre otros, los trabajos de CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional...", cit.; DÍEZ PICAZO, Luis, "Constitución y...", cit.; y PÉREZ MORENO, Alfonso, "El concepto de ordenamiento jurídico...", cit.

¹²²³ Así, en el art. 1. 1º, en referencia a los valores superiores del *ordenamiento*; en el art. 8. 2º en el que se encomienda la defensa del *ordenamiento* constitucional; en el art. 9. 1º, donde se establece la vinculación de la Constitución y del *resto del ordenamiento jurídico*; art. 86. 1º, en el que se limita la afectación de los Decretos-ley al *ordenamiento de las instituciones básicas del Estado*; art. 96. 1º, por el que los tratados internacionales válidamente celebrados *pasan a integrarse en el ordenamiento* español y, por último, el art. 147. 1º en el que se configuran los Estatutos de autonomía como *norma institucional básica* que el Estado reconoce como *integrante de su ordenamiento jurídico*.

¹²²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*. Tecnos, 3ª edición, Madrid 1988, págs. 155 y ss. considera que el monopolio de fuentes del Derecho por parte del Estado resulta asegurado por la Constitución, y la validez normativa de otras fuentes del Derecho solo se da en tanto en cuanto la norma constitucional lo permita y reconozca (como el caso de los ordenamientos autonómicos, la autonomía de la voluntad, universitaria o municipal).

¹²²⁵ Básicamente, así, GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 57.

¹²²⁶ En esta dirección, CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional... cit.", págs. 393 y ss. y PÉREZ MORENO, Alfonso, "El concepto de ordenamiento jurídico... cit.", págs. 1636 y 1637.

institucional. *La propia centralidad que se confiere desde los presupuestos institucionistas a los valores y principios y el expreso reconocimiento de estos valores y principios en nuestra ley de leyes subrayan la ineludible vinculación constitucional.* Es por ello por lo que no parece admisible que mediante un punto de partida institucionalista u ordinamentista se pretendiera que tanto la Institución castrense como el ordenamiento militar desconociesen la importancia de los ineludibles valores y principios constitucionales, cuando, precisamente es la ley de leyes la que reconoce y conforma a la Institución militar y el Derecho militar.

b) La sujeción de las instituciones a la ley de leyes y el Tribunal Constitucional

Tal y como se ha señalado desde un inicio, la importancia concreta que aquí se confería al hecho de que se considere a las FAS como una institución era que, de alguna manera, ello implicase cierta inmunización al alcance normativo de la Constitución y del ordenamiento general.

Como se advirtió, aquí no se iba a negar el carácter institucional de las FAS, sino la desviada significación que ello parecía comportar. Hasta el momento, mediante el seguimiento de la evolución de la concepción institucional del Derecho y su recepción en España se puede inferir ya que no cabe una consideración institucional que permita una exclusión de lo expresamente preceptuado por las normas jurídicas. No obstante, la atención a la jurisprudencia constitucional permite dar algún paso más a la hora de concretar el alcance que tiene considerar a las FAS como una institución en sentido jurídico.

Ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha expresado la necesidad de que las instituciones -previas o no a la Constitución- se sujeten plenamente a lo dispuesto por la ley de leyes. Incluso entre su doctrina más controvertida¹²²⁷, se desprende que una

¹²²⁷ Se hace ahora referencia a la polémica sentencia 126/1997, de 3 de julio. En la misma el Tribunal ha admitido la preferencia del varón frente a la mujer en la sucesión de los Títulos nobiliarios, ello supone excepcionar el valor, principio y derecho de igualdad (arts. 1. 1º, 9. 2º y 14 CE) para la institución nobiliaria. No obstante, pese a lo censurable de la

institución es admisible si -y sólo si- resulta compatible con los contenidos de la propia norma suprema. La doctrina del Alto Tribunal, si bien referida a otros ámbitos (derechos históricos y títulos nobiliarios), bien puede aplicarse a la Institución militar. No en vano se trata de instituciones que por sus connotaciones políticas y/o históricas presentan dificultades para ubicarse en el Estado constitucional. Así, el Tribunal ha señalado que *no pueden mantenerse la tradición y la historia* -de indudable peso en el ámbito castrense- si son incompatibles con los mandatos y principios constitucionales, pues la Constitución se aplica aún para situaciones previas a su existencia¹²²⁸. Asimismo, el Alto Tribunal ha señalado que el hecho de que una institución persista tras la entrada de la Constitución, incluso en virtud de su reconocimiento expreso, no implica la inmunidad de la institución respecto de la normatividad

sentencia (cuya crítica se recoge en los dos votos particulares formulados por tres magistrados), en dicha resolución se mantiene que la regla general de que la existencia de una institución no excluye en modo alguno la plena normatividad de la Constitución.

La sentencia únicamente establece una posible excepción, si bien discutible, pero que en todo caso no cabría aplicar a la Institución militar. El Tribunal Constitucional afirma que sólo cabe la excepcionalidad en la aplicación de los mandatos, principios y valores constitucionales. el caso de que la institución resulte jurídicamente simbólica o inocua (lo que no es el caso de la Institución castrense). Así, en dicha resolución (FJ 15º) se afirma que:

“... los valores sociales y jurídicos contenidos en la Constitución y, por tanto, con plena vigencia en el momento actual, necesariamente han de proyectar sus efectos *si estuviésemos ante una diferencia legal que tuviera un contenido material*”

En consecuencia, la sujeción constitucional de la institución será plena siempre que pueda implicar un contenido no simbólico o inocuo, material, tal es el caso de la Institución militar (su proyección jurídica en forma de disciplina, unidad, valores militares, tiene un claro contenido material, por lo cual queda siempre vinculada por la Constitución).

¹²²⁸ En este sentido resulta conveniente recordar lo afirmado por el Tribunal Constitucional y efectuar su traslación para el ámbito militar:

“El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional de pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1. 2º CE) *imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales. La Constitución [... es] una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones “históricas” anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales.*” (sentencia 76/1988, de 26 de abril, FJº 3, relativa a los “derechos históricos”)

“... ha de recordarse que el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí sólo, su contraste con la Constitución. Pues si los principios y valores de ésta informan la totalidad de nuestro ordenamiento, la consecuencia es que la Norma fundamental *“imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas (aun con probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales.”* (Sentencia 126/1997, de 3 de julio, FJº 8, preferencia del varón en la sucesión de títulos nobiliarios).

constitucional. Toda institución debe adaptarse al orden constitucional, al *ethos* constitucional democrático, de los valores y principios reconocidos en la ley de leyes¹²²⁹.

III. La significación constitucional que se deriva del hecho de que las Fuerzas Armadas sean una institución jurídica

A) EL RECONOCIMIENTO Y ALCANCE DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO INSTITUCIÓN

a) *El acogimiento de las Fuerzas Armadas a los caracteres de una institución*

La mayoría de quienes han sostenido el carácter institucional de las FAS lo aducen en virtud del entendimiento de que éstas forman una institución¹²³⁰, en el sentido de las construcciones institucionalistas del Derecho esgrimidas por Hauriou, Romano o Renard¹²³¹. Fernández Segado es quien de forma más completa ha

¹²²⁹ En este sentido merece la pena recordar las consideraciones realizadas en los votos particulares formulados a la sentencia 126/1997:

“Una simple observación de lo sucedido al entrar en vigor la Constitución de 1978 muestra con toda claridad que una *buena parte de las instituciones existentes en aquella fecha pervivieron con posterioridad a la misma pero que no se consideraron inmunes a la Constitución, sino que tuvieron que adaptarse al nuevo orden constitucional* -desde la familia y el matrimonio, en el ámbito más privado, hasta, por ejemplo, los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución-.” (Voto formulado por el magistrado Pi-Sunyer y Vives Antón)... *su pervivencia dependerá en buena medida del grado en que sean susceptibles de incorporar, junto a reconocimientos históricos marcados por el espíritu de cada época, el de otros valores que nos resulten más próximos*” (Voto formulado por el magistrado Cruz Villalón)

¹²³⁰ Con la excepción de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L., “Fuerzas Armadas y administración pública... cit. págs. 2701- 2725, que mantiene una visión institucional de las FAS se excluye expresamente de entre quienes sostienen la caracterización institucional de las FAS con base a las teorías de Hauriou, Romano o Renard.

¹²³¹ Estos caracteres, pueden sistematizarse en los siguientes: 1- Idea de la obra a realizar; 2- Poder organizado en conformidad con la óptima realización de los fines a realizar, manteniendo su unidad sustancial. Disposición de los medios adecuados para el cumplimiento del fin, susceptibilidad de manejar, utilizar, organizar y arbitrar tales medios; 3- Manifestaciones de comunión en la idea, que entraña la armonía de las voluntades bajo la dirección de un jefe; 4- Estatus objetivo de los que pertenecen a la institución; 5- Según la formulación de mayor envergadura técnica de Santi Romano, se añade el carácter de que la institución debe tener su propio ordenamiento jurídico; 6- Renard afirma que también se

señalado cómo las FAS se acogen fácilmente a los caracteres definitorios de una institución¹²³²; son varios los autores institucionalistas que perpetran la misma operación¹²³³, para concluir afirmando que las FAS son una institución.

Por el contrario, Suárez Pertierra considera que “no se cumple uno de los caracteres que, desde mi punto de vista, recoge la idea de institución: autonomía de organización, de disposición de medios y de decisión sobre los fines”¹²³⁴. No obstante, cabe señalar que esta última opinión queda claramente motivada por un lógico rechazo a la negativa significación política que supone un mal entendimiento de que las FAS sean una institución. Superado este temor, una vez afirmada la proyección jurídica que adquiere el carácter institucional de los Ejércitos, entiendo que la autonomía de organización no deviene esencial para que se pueda calificar a las FAS como una institución jurídica. Como afirma Casado, uno de los autores que afirman la naturaleza institucional de las FAS, “las normas legales o reglamentarias concernientes a las fuerzas armadas no son una manifestación de autonomía, sino elementos o piezas del ordenamiento jurídico del Estado, subordinados a los mismos principios constitucionales y comunes y nacidos o

precisa que la situación de los miembros se fije por un *status* objetivo que aquéllos no pueden cambiar por un acto de voluntad.

¹²³² Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional... cit., págs. 40-43.

¹²³³ Así, CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, cit. pág. 9, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional... cit. págs. 949-971, TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución... cit., págs. 114-115. Aunque de forma bastante breve, también constata que estos caracteres se dan en las FAS, SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, cit. págs. 129-130. En contra, BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar: ... cit., rebate la consideración institucional negando que en las FAS se den los caracteres de una institución.

En 1965, pese a que afirmase el carácter administrativo de las FAS LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “La Administración militar”, cit. págs. 74-81 atendía todos los caracteres de la Administración militar que son precisamente los que definen una institución en su sentido más distante a la visión que aquí se sigue del alcance del concepto (autonomía administrativa y jurídica material, naturaleza política amplia, acantonamiento jurídico-orgánico, autarquía de la organización, limitación en su control, fuerza expansiva de sus principios).

¹²³⁴ Así, en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas” cit., págs. 2375-2376.

derivados de unas únicas e idénticas fuentes de producción jurídica.”¹²³⁵

De otra parte, cabe señalar que para afirmar que las FAS son una institución no hace falta acudir a disquisiciones terminológicas¹²³⁶. Tampoco hace falta, perderse en la significación que adquiere el hecho de que el artículo principal relativo a las FAS (el art. 8 CE) se incluya en el Título preliminar¹²³⁷, pues, a mi juicio, en lo que hay que detenerse es en la propia regulación contenida en éste y otros preceptos constitucionales.

¹²³⁵ CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, cit. pág. 9.

¹²³⁶ La terminología empleada por los textos normativos es un argumento esgrimido frecuentemente por quienes sostienen una postura institucionalista (ver, ELORRIAGA, Gabriel, “El artículo 8º de la Constitución... cit. pág. 2547 y TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución... cit. págs. 111 y 112 (nota a pie nº 14), si bien, este último autor reconoce que de ello no puede pensarse en una concepción institucional de los Ejércitos en el sentido técnico que él propugna). En los textos legales vigentes, puede advertirse el empleo del término “institución”. Así, expresamente en las Reales Ordenanzas, en el epígrafe que designa el Título primero del Tratado primero de dicha norma -“De la Institución militar”-, así como en sus artículos 10 y 17. Del mismo modo, el Código Penal Militar incluye un título dedicado a “Delitos contra la Nación Española y contra la Institución militar” (Título IV del Libro segundo, artículos 85 a 90). La Ley Orgánica del Régimen disciplinario militar también emplea el término desde su primer artículo.

Como se habrá apreciado, desde el inicio de este estudio, no se ha eludido el empleo del término “institución” a la hora de referir a las FAS, de hecho, aquí se sostiene la admisibilidad jurídico-constitucional de la categoría institucional, por lo cual no comporta paradoja alguna el empleo de este término. Únicamente, por rigor, se ha mantenido la distinción del empleo sociológico y jurídico del mismo.

Menor explicación tiene GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales... cit., cuando hace empleo del mismo, el mismo advierte -ver pág. 581-, que sólo lo hace desde el punto de vista sociológico no jurídico. Esta consideración realizada por Guaita nos revela la poca consistencia que tiene la negación absoluta del reconocimiento jurídico de una institución. El problema, pues, consiste en advertir la significación jurídica que comporta dicho reconocimiento.

¹²³⁷ Para algunos autores, la ubicación en el Título preliminar es uno más de los argumentos para afirmar que las FAS son una institución. Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional... cit. pág. 43; TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas... cit., pág. 105, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional... cit., pág. 958. Cabe destacar la decisiva importancia -del todo desenfocada- que atribuye a esta ubicación BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit., -que mantiene una posición administrativista- es crucial, ver, págs. 72 y ss. Dado que confiere a este hecho gran importancia, acaba concluyendo que “*El artículo 8 de la Constitución ha de entenderse, pues, carente de contenidos jurídicos reales en la medida en que destruye la unidad sustancial de la organización militar.*” (La cursiva es mía). No obstante, autores declarados como institucionalistas niegan la relevancia de la ubicación constitucional. LAFUENTE BALLE, José María, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, EDERSA, Madrid, 1987, afirma en la pág. 344; CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 36, julio diciembre de 1978, págs. 7-41, pág. 8, quien afirma que esta ubicación “*carece de especial significado jurídico*”.

b) ¿Se reconoce una garantía institucional sobre las Fuerzas Armadas?

La concepción institucional no se distancia de la conocida técnica alemana de la “garantía institucional”¹²³⁸. Paralelamente a la consideración de las FAS como institución se ha pretendido afirmar que sobre los Ejércitos recae esta garantía¹²³⁹. A mi juicio, resulta

¹²³⁸ Sobre las garantías institucionales, ver, SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducido por F. Ayala, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1982, págs. 175 y ss. En España véase LUCAS VERDÚ, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz “Garantías institucionales”, Tomo X, Francisco Seix, Barcelona, 1960, págs. 541 y ss. y, fundamentalmente, cabe remitir al trabajo de PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1981, págs. 17 a 56. Ahí se contiene la mejor doctrina alemana existente sobre la técnica de la garantía institucional. Véase también GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas -UAM, Madrid, 1994; BAÑO, José M, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, págs. 155 y ss.; MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 83 y ss. y 99 y ss. JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635-649

Del mismo modo es tenida en cuenta la recepción de esta figura jurídica por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Así ocurre desde la sentencia 4/1981, de 28 de julio, sobre las Diputaciones provinciales, en la que se sentó doctrina al efecto. En diversas ocasiones ha seguido empleando el Tribunal esta técnica, así de entre ellas, cabe citar la sentencia 83/1984, de 24 de julio, relativa a la garantía de la libertad empresarial; la sentencia 13/1985, de 31 de enero, sobre la publicidad procesal; la sentencia 104/1986, de 17 de julio, sobre la libertad de información como garantía democrática de la opinión pública libre; la sentencia, importante desde el plano dogmático, 26/1987, de 27 de febrero, sobre la autonomía universitaria; la sentencia 213/1988, de 11 de noviembre, sobre la autonomía municipal. Incluso nuestro Tribunal ha reconocido garantías institucionales fuera de la Constitución en el ordenamiento preconstitucional, como así consideró al antejuicio en la sentencia 156/1989, de 19 de octubre. Entre las más recientes sentencias en las que se ha reconocido la aplicación de la garantía institucional se puede mencionar la sentencia 37/1994, de 10 de febrero, en ésta se reconoció sobre el Sistema de Seguridad Social en virtud del artículo 41 de la Constitución.

¹²³⁹ Ver, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 959, categoriza a las FAS como una “institución de relevancia constitucional”, partiendo de dicha categorización concluye este autor que las FAS “parecen ser acreedoras de la protección que confiere la técnica de la garantía institucional” (ver, ob. cit. pág. 961). Este posicionamiento ha tenido algún eco doctrinal, así como posiciones abiertamente contrarias.

Así, en su favor, OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, cit. Tal afirmación se contiene en la pág. 31 sin ninguna argumentación (dado que el objeto de la obra es bien otro). En las págs. 32 y 33, afirma que la constitucionalización minuciosa de las FAS respondió a “la necesidad de satisfacer a grupos bien concretos, como ocurre con la garantía institucional de las Fuerzas Armadas nada menos que en el Título Preliminar.”

más que dudosa la aplicabilidad de esta técnica en el ámbito militar; de un lado por su inutilidad¹²⁴⁰, de otro lado por las connotaciones políticas que ello pudiera conllevar¹²⁴¹.

En todo caso, ha de subrayarse ahora que el reconocimiento de la existencia de una garantía institucional sobre las FAS no podría suponer una merma de la normatividad de toda la Constitución sobre la institución garantizada. Y es que una garantía institucional (concebida frente a la acción del legislador), en modo alguno puede garantizar lo que la Constitución excluye¹²⁴². De ahí que incluso aplicando la técnica de la garantía institucional sobre las FAS los elementos propios de esta institución (disciplina, valores, neutralidad, etc.) sólo quedan garantizados en la medida en que sean admisibles constitucionalmente armonizándose con el resto de reglas y mandatos de la ley de leyes¹²⁴³.

En contra de su aplicación sobre las FAS se ha decantado LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 369 y ss.

¹²⁴⁰ Cabe tener en cuenta que esta técnica jurídica surge cuando se exige una función de preservación o aseguramiento superior al mero efecto normativo que de suyo resulta de la Constitución por su posición jerárquica (Ver, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional...* cit. pág. 32). Lo que no tiene sentido es emplear tal garantía para proteger por medio de ella la existencia de unas FAS acomodadas al régimen constitucional; y éste es el motivo que aduce LÓPEZ GARRIDO, Diego, en "La posición constitucional... cit. págs. 956, para aplicar tal garantía.

Entiendo que la existencia y funciones de las FAS quedan garantizadas, simplemente, por el valor normativo que de suyo tiene la Constitución.

¹²⁴¹ Esta técnica debe ser excluida en tanto en cuanto mediante ella se pretenda reconocer cualquier tipo de autonomía política de las FAS, contraria al principio de supremacía civil. Cabe recordar que el empleo usual de esta técnica viene especialmente referido a la protección de esferas de libertad o autonomía tanto para las personas (derechos y libertades) como a las instituciones (universidades, diputaciones, municipios, etc.). La garantía no preserva la existencia formal de la institución, sino un marco objetivo de autonomía frente al legislador y al ejecutivo para garantizar sus componentes básicos (Ver, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional...* cit. pág. 24 y ss). No resulta aconsejable, pues, acudir a la misma por lo que hace referencia a las FAS, en tanto en cuanto coadyuvaría a juridificar alguna esfera de autonomía política militar

Los mismos efectos que deduce López Garrido de la aplicación de la técnica de la garantía institucional parecen querer exculparse de toda sospecha antidemocrática (LÓPEZ GARRIDO, Diego, en "La posición constitucional... cit. págs. 961).

¹²⁴² La eficacia de una garantía institucional sólo se desarrolla desde el plano infraconstitucional, no tiene sentido que la Constitución quedase constreñida por una garantía (Ver, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional...* cit. pág. 34). Lo que no puede suponer la garantía constitucional es una exención de la sujeción constitucional.

¹²⁴³ Ésta sería la única dimensión jurídica admisible que tendría la posibilidad de que sobre las FAS se aplique la técnica de la garantía institucional. Por ello, no se comparten los argumentos contrarios a la misma realizados por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., pág. 370, pues no debe considerarse que la protección

B) LA EVOLUCIÓN DE LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS POR NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es momento ahora de apreciar la posición de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la categorización de las FAS como institución o administración, y lo que es más importante, cabe apreciar la proyección jurídica que ha tenido para el máximo intérprete una u otra concepción de los Ejércitos.

Puede señalarse que, por lo general, cuando el Tribunal Constitucional recoge en sus sentencias la expresión “Administración militar” hace referencia al aparato burocrático de las FAS y del Ministerio de Defensa, y no al conjunto de las FAS¹²⁴⁴. Este empleo de la noción “Administración militar” de forma restrictiva supondría una clara connotación institucional¹²⁴⁵. También resulta significativa la alusión a la “Administración

constitucional de los valores militares, la disciplina militar, etc. “*per se*, sería aberrante y marcharía completamente al margen del tenor íntegro de la Constitución”.

No puede excluirse *a priori* la admisibilidad de elementos propios de las FAS; su admisibilidad se hace depender de lo que la propia Constitución disponga. No es “aberrante” admitir que las FAS tengan una noción singular de la disciplina y la jerarquía, que exista un honor militar constitucionalmente admisible (es decir, efectivamente funcional), tampoco marcha completamente al margen de la Constitución que se dé en las FAS una también particular afección al sentimiento nacional (siempre y cuando, por ejemplo, la concepción militar de la Patria no vulnerase contenido constitucional alguno - derechos lingüísticos, sistema autonómico, etc.)

¹²⁴⁴ Así, el Tribunal Constitucional hace referencia explícita a la “Administración militar” por cuanto al acto administrativo que impone la obligación de prestar el servicio militar (FJ 3º, sentencia 15/1982, de 23 de mayo) los recursos propiamente administrativos (FJ 3º de la misma) o recursos disciplinarios (ver, sentencia 11/1993, de 11 de marzo FJ 1º). También el Tribunal Constitucional hace referencia a la “Administración” militar en relación a los actos de admisión o inadmisión para acceder a las FAS (ver, sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 4º); también se alude a la “Administración” castrense para aludir una afección de bienes a las FAS (Ver, sentencia 2/1993, de 14 de enero, sobre vehículos afectos a la Administración militar, FJº 5); también el tribunal emplea la noción “Administración” en relación a cuestiones relativas al funcionariado civil de la Administración de Defensa (ver, sentencia 111/1984, de 28 de noviembre, FJ 2º).

¹²⁴⁵ Una “Administración militar” como meramente relativa al aparato burocrático y servicial de las FAS implica un claro seguimiento de la concepción institucional de las FAS. Esta reducida “Administración militar” no incluiría a los Ejércitos en sí, esta Administración sería a la que hace referencia el artículo 97 CE; por lo tanto, sólo el Ministerio de Defensa y el aparato burocrático de las FAS quedarían bajo la dirección del Gobierno. Asimismo, las FAS (en tanto que no son Administración) no quedarían sujetas a los principios a los que queda sujeta ésta (arts. 103 y ss. CE), con lo que se mitigaría la normatividad constitucional para la Institución militar.

militar” por el Tribunal Constitucional respecto de todo lo relacionado con el ámbito disciplinario¹²⁴⁶. Ello es debido, a mi juicio, al tenor del art. 25. 3º CE, uno de los que con claridad impele a reconocer la naturaleza administrativa de las FAS. Sin embargo, el Tribunal no suele emplear la calificación de “Administración militar” en relación a los caracteres propios de las FAS, su especial naturaleza o las funciones (no propiamente administrativas) que llevan a cabo los Ejércitos, es decir, las de naturaleza propiamente ejecutiva. Así pues, se advierte que, quizá de forma *subconsciente*, el Tribunal sostiene una percepción institucional de las FAS, pues acude a su calificación como institución a la hora de señalar los caracteres esenciales, naturales y propios de los Ejércitos.

No obstante, en diversas ocasiones el Tribunal ha hecho uso indistinto de los términos “institución” y “administración”¹²⁴⁷ y lo que es más importante, en algunas resoluciones ha afirmado expresamente la caracterización administrativa de las FAS (en concreto, en la sentencias 123/1988, de 26 de junio o la sentencia 18/1994, de 20 de enero¹²⁴⁸). Se infiere así que no existe incompatibilidad entre una y otra categorización para el máximo intérprete.

Por cuanto a lo que particularmente aquí interesa, el alcance del carácter institucional de las FAS como “derogador” de los contenidos constitucionales hay que significar, con Domínguez Berrueta, que en los primeros años de jurisprudencia constitucional se daba una desmedida remisión a los “caracteres propios de la

¹²⁴⁶ En la primera de sus sentencias al respecto (sentencia 31/1985, de 5 de marzo, FJ 5º) el Tribunal hizo alusión al aspecto sancionador de la Administración militar. Referencias a la “Administración” militar en razón de esta materia sancionadora se aprecian, también, en la sentencia 44/1983, de 24 de mayo, o en la sentencia 19/1988 de 16 de febrero.

¹²⁴⁷ Así, en la sentencia 44/1983, de 24 de mayo (FJ 1º), o en la sentencia 123/1988, de 26 de junio (FJ 5º, se advierte una indistinción no sólo en el uso terminológico “administración”-“institución”, sino en la proyección institucional que tiene tanto la alusión a las FAS cuanto a la “Administración militar”.

¹²⁴⁸ En la en la sentencia 123/1988 se afirma que “Las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen, como señalan los escritos del Gobierno y Parlamento balears, su carácter de Administración Pública.” (FJ 5º) El Tribunal también expresamente la sentencia 236/1994, de 20 de julio, afirma en su FJ 3º la integración de la Administración militar en la Administración Pública al afirmar que “Diferentes son también las misiones y funciones asignadas a una y otra Institución [en referencia a las FAS y la Guardia Civil ...] e igualmente distinto es su encuadramiento en el seno de la Administración y dependencia orgánica”

Institución militar”; de este modo, se justificaban ciertas *excepcionalidades* constitucionales¹²⁴⁹. La sola referencia a “la seguridad nacional”, “las necesidades de la defensa”, “el carácter esencial de la disciplina para la Institución militar” y otras cláusulas o técnicas de naturaleza semejante (como la existencia de una “relación de especial sujeción”¹²⁵⁰) parecían ser argumento suficiente para admitir la singularidad castrense en cada caso enjuiciada sin mayores justificaciones siempre requeridas en el Estado de Derecho. No obstante, se puede constatar que la evolución jurisprudencial ha hecho remitir la contundencia inicial de las construcciones institucionalistas. En la sentencia 60/1991, de 14 de marzo (FJ 6º), se afirmó que “no es aceptable la visión de lo castrense como un *mundo aparte*, y del Derecho militar como el *ordenamiento interno* de una institución separada que configura una *sociedad distinta*, perfecta y completa.” Sin embargo, esta acertada percepción no ha impedido la continuidad de una línea restrictiva a la hora de reconocer derechos y libertades en el ámbito militar basada en una concepción institucional¹²⁵¹.

¹²⁴⁹ Ver, DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional de la transición militar... cit. en especial véanse las págs. 2965-2984. Entre otras, en las siguientes resoluciones se aprecia este uso, por parte del Tribunal, del término “Institución militar”: auto 375/83, de 30 de julio, sentencia 44/1983, de 24 de mayo, sentencia 97/1985, de 29 de julio, sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, sentencia 107/1986, de 24 de julio, la sentencia 114/1987, de 6 de julio.

¹²⁵⁰ Al respecto de la categoría de las relaciones de especial sujeción, resultan básicos los estudios de GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en *Revista la Ley*, tomo 2, año 1988, págs. 989-993. En fechas próximas puede seguirse mi reciente estudio COTINO HUESO, Lorenzo, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época) nº 55, 2000 (I), págs. 355-388.

En todo caso, por lo que ahora concierne, cabe señalar que la mera alegación de la existencia de una relación especial -como la militar- parecía eximir de la necesidad de justificar y fundamentar las limitaciones a los derechos de los sometidos, o para relativizar el principio de legalidad en la regulación de los mismos.

¹²⁵¹ El continuismo institucionalista restrictivo de derechos y libertades del militar se aprecia en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional de la presente década: sentencia 101/1991, de 13 de mayo, sentencia 371/1993, de 13 de diciembre, sentencia 72/1994, de 3 de marzo, sentencia 270/1994, de 17 de octubre, sentencia 288/1994, de 27 de octubre, y la sentencia 14/1996, de 29 de enero.

A pesar de ello, poco a poco se formulan mayores justificaciones para admitir las diversas particularidades que se dan en la esfera castrense. El paso decisivo no es otro que aplicar las categorías generales, en especial, la necesidad y la proporcionalidad, que se aplican en todos los ámbitos constitucionales. Estas mismas categorías son también centro nuclear de las exigencias generales para considerar admisibles los límites a los derechos y libertades de los militares (necesidad, congruencia, proporcionalidad y respeto del contenido esencial)¹²⁵². La lenta evolución apreciada en el peso del institucionalismo por parte del Tribunal Constitucional parece ir por detrás de la evolución seguida respecto de las llamadas “relaciones de especial sujeción”¹²⁵³. La cercana sentencia 151/1997, de 29 de septiembre parece indicar que, pese al retraso en adoptar (y adaptar) la evolución jurisprudencial para la relación jurídico - militar, la aplicación de las técnicas generales de limitación y delimitación de los derechos y libertades se abre camino para el mundo de los cuarteles¹²⁵⁴.

¹²⁵² Una descripción detallada de la materia se recoge *supra* en dos amplias notas sitas el epígrafe “Queda excluido del análisis desde la igualdad lo que afecte al vasto ámbito del estatuto de derechos fundamentales del militar”, en el apartado “La premisa de la que partir: la aplicabilidad del principio de igualdad sobre las Fuerzas Armadas y el Derecho militar”. (Capítulo relativo a la composición social del Ejército y su convergencia con la sociedad).

¹²⁵³ Sobre esta categoría, especialmente atinente al ámbito de los derechos fundamentales, se volverá en su momento. Baste adelantar que se trata de una técnica que, en paralelo a la alusión de la existencia de una institución, parecía eximir de la necesaria justificación de los límites a tales derechos fundamentales.

¹²⁵⁴ En esta resolución el Tribunal da definitiva entrada a las referidas técnicas generales, haciendo expresa referencia a las mismas en su FJ 5º. Del mismo modo, el Alto Tribunal encauza la singularidad del mundo militar dentro del plano axiológico y principal que la Constitución impone.

Ello no significa que esta sentencia excluya las posibles limitaciones a los derechos y libertades para el buen funcionamiento de los Ejércitos, como garantía de la seguridad del Estado. Sin embargo, de esta resolución se desprende con nitidez el surgimiento de una nueva época en la se da cabida a los postulados que en el presente estudio se invocan.

Se trataba de juzgar la admisibilidad de la expulsión de un Capitán del Ejército por consentir el adulterio de su esposa. El Tribunal ponderó el derecho a la intimidad del sujeto frente al bien constitucional del *honor militar*, llegando a la conclusión de que se había violado el derecho del militar a su vida íntima. No obstante la decisión final, resultan extraordinarias las reiteradas cautelas con las que el Alto Tribunal ha emprendido esta tarea. En diferentes ocasiones se afirma que “la realización de conductas deshonorosas 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” (FJ 5). En dos ocasiones más se repite esta advertencia en el FJ 6º; en la última de ellas se

Como consecuencia de lo expuesto, puede concluirse afirmando que *el Tribunal Constitucional niega los extremos institucionalistas, si bien en sus sentencias se advierte el peso -a veces desmedido- de estas construcciones, que poco a poco va remitiendo.*

C) ¿CUÁL ES LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO UNA INSTITUCIÓN?

Llegados a este punto, puede ya afrontarse el hecho de que las FAS sean una institución regulada por el Derecho militar (que incluye en su cúspide, como se dijo, el Derecho constitucional militar). Es momento de recordar e incidir en la idea de que el hecho de que se reconozca la existencia de una institución no es “inocuo” jurídicamente. La existencia de una institución sí que tiene relevancia jurídica; implica, ni más ni menos, la integración en el ámbito jurídico de la realidad que subyace tras las formas y estructuras normativas. Una visión institucionista de las FAS completa la determinación de lo dispuesto en las normas y lo hará en plena conformidad con el resto de lo dispuesto con la Constitución. Es, precisamente, en el ámbito constitucional donde la influencia del “método” o “enfoque” institucional no es, en absoluto, despreciable. Este enfoque o método en el que entre nosotros ha insistido Gallego Anabitarte, responde a aquella querencia de Schmitt, Trieppl, Romano o Hauriou de acercar el Derecho a la realidad sin caer en la mera sociología. Se trata, como dice el autor español, de abordar las normas jurídicas conjuntamente con “investigación histórico dogmática, relación con todo el orden jurídico, público y privado, referencia al derecho

considera que “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 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.”

Puede entenderse como un *preludio* a esta evolución del Alto Tribunal la sentencia 56/1997, de 17 de marzo, en la que se concedió el amparo al recurrente y se redefinieron los términos de la prisión provisional en el ámbito militar. No obstante, no puede eludirse el hecho de que en aquella ocasión el demandante era el Coronel Perote, por lo cual se trataba de un asunto muy politizado.

comparado y presencia en la argumentación de la realidad o naturaleza de las cosas”¹²⁵⁵.

Los caracteres propios de las constituciones (brevedad, ambigüedad, flexible interpretación, etc.) hacen necesario el apoyo institucional a la hora de determinar los contenidos constitucionales de lo expresado en la norma suprema. Y precisamente en el ámbito militar, donde la importancia de los hechos (las necesidades concretas de la defensa) son cruciales, la influencia de la comprensión institucional no es baladí, pues, *el apoyo institucional para determinar el tratamiento constitucional de la materia militar supone un válido y útil apoyo.*

Ahora bien, dado que, como toda institución, las FAS quedan a expensas del reconocimiento y conformación de la Constitución, los caracteres propios y tradicionales de los Ejércitos inspirados en la necesidad y la eficacia, sólo en la medida en que sean admisibles constitucionalmente, podrán desplegar su virtualidad jurídica en la medida en la que se armonicen con otras reglas y mandatos de la ley de leyes. Y no resulta sencillo constatar la admisibilidad constitucional de una institución y de los elementos inherentes a la misma¹²⁵⁶. Para ello, en primer lugar, se debe percibir si la institución (en nuestro caso, las FAS) ha sido reconocida o excluida por la Constitución (ya sea implícita o explícitamente). El siguiente paso a seguir -básico en materia militar- consiste en apreciar cuáles son los elementos que de suyo comporta la institución. De entre estos elementos hay que distinguir los que resulten esenciales, es decir, de los que depende la reconocibilidad de la misma (por ejemplo, sin disciplina no existen Ejércitos) o simplemente los elementos históricos y/o naturales de la institución (es decir, las

¹²⁵⁵ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*, cit. pág. 38. Afirma este autor que “no sabía entonces que para entender el Derecho, ordenarlo y explicarlo, iba a ser tan importante la investigación histórica y la fijación de categorías o instituciones” (pág. 37), Gallego califica este enfoque como “método institucional” (pág. 38).

¹²⁵⁶ Para ello, puede servir de orientación apreciar el camino seguido por los votos particulares formulados a la mencionada sentencia 126/1997 (títulos nobiliarios).

extensiones naturales de la institución que provienen del propio desarrollo histórico, por ejemplo, el “honor militar”¹²⁵⁷).

Una vez advertidos estos elementos, debe ser analizado el régimen de compatibilidad de la institución y sus caracteres propios con los contenidos normativos constitucionales. Así, si los elementos esenciales se estiman incompatibles con la ley de leyes, la institución, por necesidad, quedaría excluida por la norma fundamental¹²⁵⁸ (si la Constitución negase la posibilidad de la disciplina militar, estaría negando la existencia de los Ejércitos, lo cual, claro está, no es el caso)¹²⁵⁹. Si la norma suprema no impide los elementos esenciales de la institución, ésta se mantiene pese a que decaigan sus proyecciones naturales o tradicionales, pero no esenciales¹²⁶⁰ (las FAS persisten pese a que no se mantenga la concepción de la virilidad militar de antaño, su tradicional participación en el poder político o un desfasado concepto del honor militar).

¹²⁵⁷ Para el ámbito de las FAS esta distinción entre elementos esenciales, naturales e históricos es básica. La Institución militar no pierde eficacia, sino que la gana, si se *actualizan* sus elementos basales; en cambio, tradicionales caracteres militares, no esenciales, bien pueden decaer por exigencia constitucional. No se puede negar que la concepción de la disciplina ha variado históricamente y lo sigue haciendo actualmente, tampoco puede negarse que el honor militar que se admitirá constitucionalmente resulta sustancialmente distinto al medieval honor caballeresco, que llegó, incluso, al presente siglo. Como se advierte al final de este estudio, la incorporación de los valores constitucionales al tradicional “espíritu militar” resulta incontestable. Aún es más, el propio principio de neutralidad política no tiene actualmente nada que ver con sus proyecciones históricas. La mejor garantía de la supremacía civil, a mi juicio reside en la plena integración social del militar, y no en la merma de sus derechos.

¹²⁵⁸ En referencia a los títulos nobiliarios, en los votos particulares no se duda en afirmar que:

“Para determinar si un determinado elemento de este conjunto normativo es contrario a la Constitución resulta ineludible descartar que la propia institución se encuentre en contradicción con la Constitución vigente, porque, si así fuera, sería la institución toda la que habría de caer, y no sólo uno de sus elementos aislados. (Cruz Villalón).

¹²⁵⁹ Obviamente, como ya se ha señalado, no es el caso de la Institución castrense, reconocida expresamente en la Constitución, a la vez que alguno de sus elementos basales (la disciplina se reconoce en los artículos 28 y 29 CE, así como mediante el principio de jerarquía de la Administración, artículo 103 CE).

¹²⁶⁰ Así se aprecia en los votos particulares aludidos en relación con la institución nobiliaria:

“la desigualdad que caracteriza a los títulos nobiliarios no es *sustancial*, sino meramente *histórica*” (Viver Pi-Sunyer y Vives Antón). “Para comenzar, no nos encontramos ante un elemento *basilar* de la institución [...] estamos exclusivamente hablando de un elemento, en definitiva, *secundario* del sistema” (Cruz Villalón)

Ahora bien, cabría también la posibilidad de que el constituyente hubiese *inmunizado* a la institución -en nuestro caso la militar- de la plena sujeción a lo dispuesto en la ley de leyes. Esta excepcionalidad exigiría, por necesidad, la forma expresa¹²⁶¹. Como se verá en el siguiente apartado de este estudio, la Constitución no *inmuniza* expresamente a las FAS del resto de su articulado¹²⁶².

En conclusión, *la verdadera dimensión jurídica que tiene el hecho de afirmar que las FAS son una institución es el reconocimiento constitucional implícito de estos elementos inherentes de la misma guiados por el principio de necesidad (eficacia, disciplina, valores militares, subordinación política, etc.). Obviamente, este reconocimiento constitucional de tales elementos sólo alcanza hasta dónde los mismos sean compatibles con el resto de la ley de leyes.*

IV. Una visión estructural formal. ¿Prescribe expresamente la Constitución una peculiar sujeción para el ámbito militar?

A) UN MISMO PROPÓSITO, UNAS NUEVAS COORDENADAS

El objeto básico en estas páginas -tantas veces aludido- no es otro que afirmar la plena sujeción de las FAS y del ordenamiento militar a la Constitución española. Ha quedado ya constatado que lo que aparecía como principal enemigo de esta plena normatividad -"aquellas connotaciones institucionalistas"- no merma en absoluto la completa vinculación a la ley de leyes. A pesar de ello, respondiendo a este ánimo de asentar definitivamente la vinculación total de nuestra Constitución para el ámbito militar, cabe ahora atender la cuestión desde una perspectiva diferente a la

¹²⁶¹ Cruz Villalón, en su voto particular formulado por afirma que "el propio Texto constitucional puede establecer excepciones explícitas a los principios y derechos proclamados de forma general, sin que ello entrañe ningún "esquizofrénico" problema de constitucionalidad". Consideración semejante se realiza también en el texto de la sentencia aludida (FJº 7), así, se sitúa como ejemplo la excepción al principio de igualdad del art. 14 CE que se efectúa en el art. 57. 1º CE, al preferir al varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona.

¹²⁶² Me remito a la "visión estructuralista" que se contiene en el posterior apartado. Sirva como ejemplo de lo afirmado el art. 28 CE que habilita al legislador para que excepcione el derecho de sindicación a los sujetos militares.

anterior visión institucionalista. Se trata ahora de aseverar la vinculación de la norma suprema para la institución de las FAS desde una perspectiva estructuralista, formal. Siguiendo la perspectiva institucional se ha afirmado que sería posible que la propia Constitución inmunizara o eximiera a una institución (como la militar) de la normatividad constitucional. Se señalaba entonces que para ello era imprescindible que tal autolimitación de la normatividad constitucional se estableciese de forma expresa. *Pues bien, a continuación se pretende advertir si, partiendo de lo expresado en la norma suprema, resulta posible sostener una sujeción de lo militar a la ley de leyes menor que la debida en otros ámbitos de la esfera pública.*

Y es que esta posible relajación de la normatividad constitucional podría encontrarse en las menciones contenidas en los artículos 8 -en su apartado segundo- y 117 -en su apartado quinto- de nuestra norma fundamental, donde se preceptúa una conformidad a los “principios constitucionales” para el ámbito militar¹²⁶³. El objeto central de la siguiente reflexión se centra en si tal referencia puede interpretarse de forma negativa, es decir, como la mera sujeción a tales principios en tanto tales, es decir, la sumisión a los contenidos de la ley de leyes no como mandatos concretos sino como principios jurídicos de mayor flexibilidad¹²⁶⁴. Esta lectura negativa, como es obvio, relajaría la proyección constitucional para el ámbito militar. Cabe advertir que con relación al ámbito militar y de las FAS, no parece ajena la mención del artículo 52 de la Constitución italiana de 1947, por cuanto dispone

¹²⁶³ Artículo 8:

[...] 2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar *conforme a los principios* de la presente Constitución.”

Artículo 117:

“[...] 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, *de acuerdo con los principios de la Constitución.*”

¹²⁶⁴ Al respecto del diferente alcance de una norma ya como regla ya como principio ver, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, en general todo el Capítulo tercero (“La estructura de las normas de derecho fundamental”, págs. 81-170) y en particular ver las págs. 82-87, las afirmaciones concretas se contienen en las págs. 85-86. Se sigue también la distinción entre reglas y principios efectuada por ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (2ª ed.), Trotta, [s.l], 1997, págs. 109 y ss. No obstante, ello no supone admitir la desnaturalización que, a mi juicio, efectúa este autor del carácter normativo de la Constitución.

que “L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica”. En aquel marco, se ha dado una lectura positiva y una negativa del mismo respecto de la plena normatividad constitucional¹²⁶⁵. Aunque con algunas diferencias, puede afirmarse que una expresión paralela se encuentra en nuestra Constitución en sus artículos 8. 2º y 117. 5º¹²⁶⁶.

¹²⁶⁵ Se trata, pues, de apreciar si el ordenamiento militar simplemente “se informa” de un laxo “espíritu democrático” o, precisamente, dichas expresiones implican un reforzamiento de la sujeción a lo dispuesto en la norma suprema italiana. Sobre el precepto italiano y su significación, véase LABRIOLA, Silvano, “Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, nº 4 págs. 904 y ss.; BETTINELLO, Ernesto, Comentario al artículo 52. 1º y 2º, en PASQUINO, G. y otros, *Rapporti politici*, (Tomo 1) artículos. 48-52, Zanichelli editore, Bologna; Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1992, págs. 70-149; el resto de posiciones existentes al respecto pueden apreciarse brevemente en BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución...* cit., págs. 210-214.

En sentido negativo se ha decantado PACE, en relación con la libertad personal admite que el apartado 3º del artículo 52, presta fundamento suficiente para derogar en el ámbito de las FAS el reconocido derecho a la libertad personal. En la misma dirección, si bien respecto del principio de igualdad, PALADÍN afirma que el art. 52. 3º configura el ordenamiento militar como un ordenamiento especial que deroga al general en la medida necesaria para la satisfacción de los intereses de las Fuerzas Armadas.

En una posición intermedia puede encontrarse a LABRIOLA (ver, ob. cit. págs. 920-921), quien dedujo del art. 52. 3º un principio de reserva de ley para lo referente a lo militar facultándose así la regulación por parte del Parlamento y los debidos controles de constitucionalidad.

Desde la perspectiva más favorable a la plena vinculación constitucional, debe citarse a GIANNINI, Massimo S., “I Pubblici Poteri negli Stati Pluriclasì”, cit. págs. 393., aprecia en este precepto que lo que distingue al poder en el Estado actual es el abandono del reconocimiento de un ámbito de autonomía al ordenamiento militar. MORTATI, Constantino, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, Padova, CEDAM, 1976, pág. 1141, (citado en BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución...* cit., pág. 213), entiende que el art. 52. 3º revela la voluntad constituyente de romper con toda ligazón con la tradición, ya que ésta consideraba al ejército no sólo como un ordenamiento propio, sino además como un ordenamiento con fuerza de excluir la vigencia de algunos principios fundamentales que garantizan las libertades e la persona. MODUGNO, Franco, en la voz, “Pluralità degli ordinamenti”, de la *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIV, Milano Giuffrè Editori, 1985, págs. 28-29, en este sentido, afirma que las normas y los principios constitucionales no permiten la reconstrucción del ordenamiento militar como una entidad separada, particular o interna respecto al ordenamiento general; las FAS son una más de las estructuras administrativas del Estado, si perjuicio de estar dotada de particulares competencias y características. ROSSI, afirma que las FAS son uno de los órganos de la Administración, por lo cual, no pueden tener voluntad autónoma, así se desprende -afirma- de la expresa forma de Estado diseñada por la Constitución italiana (ver, ob. cit. pág. 154-155). En consecuencia, el art. 52. 3º supone la exigencia de salvaguardar un núcleo inviolable o contenido esencial de los derechos constitucionalmente garantizados a todos los hombres (ver, ob. cit. pág. 167).

¹²⁶⁶ Se dan algunas diferencias, el ámbito de referencia normativa es distinto. En el caso italiano se hace referencia a todo el ordenamiento jurídico militar y se le exige conformidad con un “espíritu democrático”. En el caso español la referencia está realizada no para todo el ordenamiento militar, sino para dos ámbitos concretos: la ley orgánica que regule las bases

Es menester señalar, no obstante, que, pese al interés del tema y su profundo calado jurídico, en España el debate no se ha centrado en la posible significación que pueden adquirir estos preceptos en relación con la plena sujeción a la Constitución. La discusión se ha desviado hacia la tan manida ubicación en el Título preliminar de la regulación básica de las FAS (art. 8 CE) y la consideración institucional de las mismas; curiosamente, parece haberse optado por rehuir del propio tenor constitucional. Por contra, pese a esta desatención doctrinal, entiendo que resulta aconsejable detenerse en apreciar el alcance de lo regulado en dichos preceptos, por cuanto en alguna medida pudiesen implicar alguna flexibilización de la normatividad constitucional para el ámbito militar.

B) LA SIGNIFICACIÓN DE LA REMISIÓN A LOS “PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES” CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 8. 2º Y 117. 5º CE; DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

a) *La regla general del art. 9. 1º CE y sus especificaciones*

El valor normativo de la Constitución¹²⁶⁷ lo tiene la norma en sí¹²⁶⁸, y el mismo es reconocido como regla general en el art. 9. 1º,

de la organización militar y la ley que regule el ejercicio de la jurisdicción militar; además el parámetro de conformidad exigido resulta en mayor medida concretable, por cuanto se trata de “principios constitucionales”, que tienen un carácter de abstracción menor que el de la referencia al “espíritu democrático”.

¹²⁶⁷ Al respecto del valor normativo de la Constitución, entre otros, véase, OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, (reimpresión) Ariel, Barcelona, 1995. págs. 14 y ss., 44 y ss. y 76 y ss., AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, (3 vol.), Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid, 1979, *in toto*. BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, págs. 37 y ss., GRIMM, Dieter, “La Constitución como fuente del Derecho”, en BARATTA. A y otros, *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, Eds. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, págs. 13-27, PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., págs. 26 y ss. y *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, (4ª ed.), Madrid, 1988, págs. 29 a 48; GARCÍA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (3ª ed.) Civitas, Madrid, 1985, págs. 63-104, recientemente, de este autor, “El valor normativo de la Constitución de 1978”, en *La Constitución Española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 283-303 y en “El valor normativo de la Constitución española”, en *Revista de Derecho Político*, nº44, 1998, págs. 31-44; o ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “La incidencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1999, págs. 19-35.

regla general que, a la vez, resulta reiterada en diversos preceptos del articulado de la ley de leyes. Estas manifestaciones concretas de la normatividad constitucional conciernen tanto la actuación de los poderes públicos¹²⁶⁹, cuanto a la sujeción de las normas a la Constitución¹²⁷⁰. Particular atención requieren estas reiteraciones de la normatividad constitucional cuando se establecen respecto de algunos ámbitos materiales concretos (partidos, sindicatos, centros privados de enseñanza, estados de excepción, Corona, ámbito autonómico¹²⁷¹), como es el caso de las FAS en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE. Mención singular merece, también, el art. 53. 1º, pues supone la clara voluntad constitucional no sólo de reforzar la normatividad de los derechos fundamentales para los poderes públicos, sino que se conmina a tales poderes a la propia efectividad de los derechos y libertades. La atención presente se debe centrar en descubrir cuál es el significado y alcance de estas previsiones

¹²⁶⁸ Se siguen así, las manifestaciones realizadas por OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. cit. págs. 24-26, en el sentido de que “el carácter supremo de la Constitución es presupuesto de la validez del art. 9. 1º” (ob. cit. pág. 25) -y, obviamente, del resto de concreciones de la misma que se advierten en el texto constitucional-.

¹²⁶⁹ El principio de constitucionalidad, para los poderes públicos, al margen del propio art. 9. 1º, se ratifica en preceptos como el 97. 1º, 103. 1º y 106. 1º, que sujetan la actuación del Gobierno y de la Administración a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La vinculación de la Corona a la Constitución se reitera en preceptos como el 62 y 63, y la de las Comunidades Autónomas, al margen de otras disposiciones (como los artículos 133, 147), deriva, con nitidez, del artículo 155.

¹²⁷⁰ La vinculación constitucional, al margen del propio art. 9. 1º, es reiterada respecto de los tratados internacionales y de las demás normas que emanan de los poderes del Estado en el ámbito de sus competencias constitucionales, así, en los artículos 95 (Tratados internacionales), el 97. 1º (reglamentos) o el 161 (leyes y disposiciones con fuerza de ley).

¹²⁷¹ Así, se pueden encontrar algunas remisiones particulares de la sujeción constitucional para algunos ámbitos materiales de ordenación, en los cuales el constituyente creyó conveniente recordar la vinculación constitucional, por tratarse de áreas en las que fuese preciso despejar posibles dudas o evitar construcciones jurídicas tendentes a *evadir* la normatividad constitucional.

Estas remisiones particulares de la sujeción a la Constitución son las siguientes: “dentro del respeto a la Constitución” en los artículos 6 y 7 -partidos, sindicatos y asociaciones empresariales-; “dentro del respeto a los principios constitucionales”, artículo 27. 6º -en materia de enseñanza-; “dentro de los términos de la presente Constitución” en el artículo 55 -estados excepcionales-; la misma técnica mencionada utilizada en los artículos 62 y 63 “en los términos previstos en la Constitución” o “de conformidad con la Constitución y las leyes” -competencias reales-; “de acuerdo con la Constitución” en el artículo 87; “de acuerdo con la Constitución y las leyes”, artículo 133; “dentro del marco establecido por la Constitución”, artículo 147 -ámbito autonómico-. Como se verá, al igual que las citadas, las remisiones a la conformidad a los principios constitucionales contenidas en los arts. 8. 2º y 117. 5º, deben considerarse recordatorios de la plena sujeción constitucional.

constitucionales que reiteran la sujeción a la Constitución y, de forma concreta, apreciar el alcance de la sujeción a los principios constitucionales dispuesto para el ámbito militar.

b) La referencia a los “principios constitucionales” contenida en los arts. 8 y 117 CE para nuestra doctrina

En el momento en el que se aprobaba la ley de leyes, Casado Burbano se detenía sobre la significación de las alusiones a los “principios constitucionales” contenidas en los artículos mencionados. Respecto del artículo octavo, afirma que “Sin duda, las fuerzas armadas son una estructura de autoridad, cuyo soporte básico es la disciplina, por lo que, en principio, es difícil aplicar a su organización todas las normas rectoras de una comunidad organizada democráticamente, pero ello no quita, sin embargo, el que muchos de los principios inspiradores de estas normas puedan y deban presidir la vida y la actividad castrense, siempre que no mermen la capacidad operativa de los Ejércitos que constituye su razón de ser.”¹²⁷² Por cuanto a la alusión en el artículo 117 señalaba “que implica que aquellos principios que presiden la actuación de los Tribunales ordinarios deben presidir también la actuación de esta jurisdicción especial.”¹²⁷³

Más negativa sería la percepción en estos momentos desde filas próximas a los militares, como la posición de Pellón, quien se preguntaba “pero ¿qué principios van a recogerse? ¿todos los enunciados o que se desprenden del propio texto constitucional?”¹²⁷⁴, él mismo se contestaba afirmando que “lo que se ha querido decir es que el conjunto de disposiciones sobre los Ejércitos, es decir, el ordenamiento militar, no puede ser algo contrapuesto o esencialmente distinto del ordenamiento general del Estado y, en particular, de la constitución, que las fuentes del Derecho Militar deben derivarse, y engarzarse en el sistema jurídico

¹²⁷² CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, cit. pág. 13.

¹²⁷³ *Ibidem* pág. 37.

¹²⁷⁴ PELLÓN, Ricardo, “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 37, enero-junio de 1979, págs. 15-91, en concreto, pág. 23.

que informa la nación, pero esto no impide operar las adaptaciones exigidas por el ámbito específico al que se destinan. En suma, el ordenamiento militar ha de inspirarse en los principios constitucionales, debe informarse de su mismo espíritu democrático, pero no puede adoptar los mismos métodos democráticos.”¹²⁷⁵ Siguiendo a Prosper afirmaba que “La democratización de la función pública se acaba a la puerta de los cuarteles”¹²⁷⁶.

Lucas Verdú afirma que los “principios constitucionales” referidos en el artículo 8 no sólo son los contenidos en el Título I, sino también los principios explícitos e implícitos contenidos en todo el texto constitucional¹²⁷⁷. Serrano Alberca agrupa tales principios en tres grandes grupos: los principios y valores aplicables con carácter general que están reconocidos a lo largo de todo el texto constitucional; los principios propios de la Administración reconocidos en los artículos 103 a 106 y, en tercer y último lugar, los principios especialmente aplicables a las FAS, esto es, la subordinación y obediencia de las FAS al Gobierno, el mando supremo del Rey, el apartidismo y la especialidad de la jurisdicción militar¹²⁷⁸. A este último grupo de principios Fernández Segado añade el derecho y el deber de defender España y la configuración de un estatuto jurídico peculiar para los miembros de las FAS bajo los principios nucleares de unidad, disciplina y jerarquía¹²⁷⁹.

Por su parte, López Ramón, en coherencia con su construcción administrativa de las FAS, subraya que la remisión del artículo 8. 2º a la organización de las FAS de conformidad con los principios viene referida a los principios que rigen la actuación de la

¹²⁷⁵ *Ibidem* págs. 23-24.

¹²⁷⁶ WEIL, Prosper. “Arme et fonction publique”, en la *Defense National*, P. U. F. 1958, pág. 195, ahí citado.

¹²⁷⁷ Ver, LUCAS VERDÚ, Pablo, “El Título I del Anteproyecto Constitucional. (La fórmula política de la Constitución)”, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 9 y ss. En concreto pág. 23.

¹²⁷⁸ Ver, SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo” ... cit., págs. 125-129.

¹²⁷⁹ Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional... cit., pág. 67. Coincide con conjunto de principios BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*,... cit., págs. 80-84, sin perjuicio de su afirmación general, contenida *infra*.

Administración (arts. 103 y ss.)¹²⁸⁰. Respecto del art. 117 CE San Cristóbal señalaba que se trataban de todos los principios del título IV del Poder Judicial, con el resto de los principios básicos del Estado de Derecho¹²⁸¹.

En consecuencia, desde la perspectiva de estos autores, bajo la calificación de “principios” se recogería toda la regulación constitucional atinente a lo militar. Esta es la posición que aquí se sostiene, pero con una diferencia jurídica importante: para estos autores, dicha regulación constitucional parece contar únicamente con la eficacia de principios jurídicos, cuando, tal y como a continuación se sostiene, la eficacia de la Constitución en lo militar no es otra que la que la propia norma confiere a sus preceptos, es decir, ya como valores, ya como principios, ya como reglas o mandatos.

Más próximas a lo que a continuación se sostiene son las posiciones mantenidas por Blanco Valdés, López Garrido, o Blanquer. El primer autor de los citados afirma que la remisión a los principios constitucionales en el artículo octavo plantea “al legislador ordinario el mandato de derogar lo que por muchos ha sido llamado el ordenamiento jurídico castrense, el derecho militar, entendido como un sector del ordenamiento inmune o situado al margen de los valores y principios generales que informan la totalidad del ordenamiento jurídico del Estado”¹²⁸². En un sentido cercano, López Garrido, siguiendo a Vergottini, cree que el mandato del artículo 8. 2º indica el propósito de garantizar una completa permeabilidad entre el ordenamiento del Estado y el militar, tradicionalmente separado, eliminando las reservas que pueda haber entre el poder Ejecutivo y el vértice militar¹²⁸³. Para Blanquer,

¹²⁸⁰ Ver, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., concretamente en la pág. 332, desarrollando la acomodación a los principios administrativos de tal página a la 352. Esta idea la ratifica en su trabajo LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 2589, donde señala que la referencia sería inútil si no viniese referida concretamente a los principios del artículo 103 CE.

¹²⁸¹ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit., pág. 17.

¹²⁸² BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa...* cit., pág. 81. Cabe recordar no obstante la afirmación inicial de este autor en la que parece admitir la existencia de un ordenamiento aislado, que hay que “reducir al mínimo”, ya cit. pág. 24.

¹²⁸³ Ver, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional...” cit., págs. 963-964.

la remisión a los principios constitucionales significaría la necesaria integración y compatibilización de la seguridad del Estado con los derechos fundamentales¹²⁸⁴. Supondría, pues, un *recordatorio* de que, si bien las *necesidades de la defensa* son un bien constitucional que merece particular protección, los derechos y libertades gozan de una especial relevancia constitucional; de la referencia a los “principios” -afirma-, cuanto menos, no puede deducirse inferioridad alguna respecto de la defensa nacional.

c) La escasa atención del Tribunal Constitucional a las referencias de sujeción a los principios constitucionales

Son escasas las consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional al respecto del significado que tienen las alusiones a los principios constitucionales contenidas en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE. Por cuanto al primero de los preceptos, la única alusión de “los principios y valores constitucionales” (art. 8. 2º CE) servía para apoyar la “revisión profunda” que el texto constitucional ha impuesto sobre la regulación del servicio militar (sentencia 69/1991, de 14 de marzo, FJ 5º¹²⁸⁵). Así pues, se trataba de un mero apoyo inconcreto que ponía de manifiesto la influencia general de la Constitución sobre un aspecto propio del ámbito de la defensa, el servicio militar.

Mayor importancia han tenido las alusiones a los principios constitucionales respecto de la jurisdicción castrense. A decir del Tribunal “el art. 117. 5 C. E [...] impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa” (sentencia 60/1991, de 14 de marzo, FJ 3º)¹²⁸⁶. De este modo, la referencia a los principios se identifica con el seguimiento de mandatos concretos como lo son los

¹²⁸⁴ Ver, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución...* cit., págs. 234-235.

¹²⁸⁵ En esta sentencia se afirmaba que “El texto constitucional, [...] impone una revisión profunda de la regulación del Servicio Militar obligatorio -para ponerla en consonancia con los principios y valores constitucionales (art. 8. 2º CE).”

¹²⁸⁶ Esta referencia se reitera en la sentencia 204/1994, de 11 de julio (FJ 4º) y en la sentencia 113/1995, de 6 de julio (FJ 7º).

derechos y garantías básicas; y éstos no se tienen en cuenta en condición de principios. Así, tras la anterior afirmación, el Tribunal ha llegado a concretar que, en virtud de la alusión a los principios constitucionales, los órganos de la jurisdicción militar “están vinculados a los derechos y libertades fundamentales como todos los poderes públicos y que en el ámbito de su competencia [...] han de tutelar igualmente los derechos y libertades señalados en el art. 53. 2 de la Constitución.” (sentencia 113/1995, de 6 de julio, FJ 6º). En consecuencia, la referencia en el artículo 117. 5º a los principios constitucionales ha sido adecuadamente seguida por el Tribunal, pues no se ha interpretado en el sentido de que el legislador y la propia jurisdicción militar sólo se tuvieran que sujetar a los contenidos constitucionales en tanto que meros principios jurídicos¹²⁸⁷. En alguna ocasión, no obstante se ha dado una imperfección técnica, como cuando el alto Tribunal afirmaba que “los órganos de la jurisdicción militar *deben ejercer su potestad jurisdiccional «de acuerdo con los principios de la Constitución»* (art. 117. 5, in fine, CE)”¹²⁸⁸. Ello supone, sin duda una lectura descuidada de este precepto¹²⁸⁹, puesto que la referencia a los principios constitucionales viene referida a la regulación legal de la jurisdicción militar, y no a los principios como el único *material constitucional* con el que han de trabajar la justicia castrense. Cabe señalar que esta misma confusión, se produce en el primer artículo de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y

¹²⁸⁷ Cuestión diferente, claro está, es que la jurisprudencia constitucional haya sido escrupulosa a la hora de apreciar si la jurisdicción militar en su actuación o la regulación de la misma por el legislador han seguido fielmente los mandatos constitucionales, en particular, el respeto de los derechos y garantías del militar. Sobre la jurisdicción militar, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Nuevo perfil orgánico y competencial de la jurisdicción militar”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2855- 2903. Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992; especialmente ofrece una visión desarrollada y crítica del respeto de los principios constitucionales SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996, en dicha obra no se duda en considerar que no se ha respetado la independencia e inamovilidad de los jueces militares (págs. 151-204), así como que la jurisdicción militar vulnera tanto el principio de unidad (págs. 237-243) cuanto el principio de exclusividad (págs. 244-265).

¹²⁸⁸ Sentencia 113/1995, de 6 de julio 8, (FJ 6º).

¹²⁸⁹ El cual, cabe recordar que dispone: “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.”

Organización de la Jurisdicción Militar, en el que se preceptúa que “la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, administra justicia en nombre del Rey, con arreglo a los principios de la Constitución y a las leyes”. No obstante, en su artículo 5 se afirma que “la Constitución [...] vinculan a los órganos de la jurisdicción militar.”

C) LA POSICIÓN AQUÍ SOSTENIDA: LOS ARTS. 8. 2º Y 117. 5º CE
EVITAN CUALQUIER NEGACIÓN DE LA PLENA
NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL PARA EL ÁMBITO
MILITAR

a) *La poca operatividad que podría alcanzar una lectura negativa de lo dispuesto en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE*

Una lectura negativa de estos preceptos supondría entender que en ellos se establece una flexibilización del alcance normativo de la Constitución. Se entendería que para el ámbito militar las reglas y mandatos contenidos en la ley de leyes no regirían como tales reglas y mandatos (que indefectiblemente deben ser cumplidos) sino en calidad de meros principios jurídicos (cuyo cumplimiento se puede graduar y relativizar, pues queda a expensas de las posibilidades reales y jurídicas).

Ahora bien, de seguirse esta lectura negativa los resultados serían incoherentes o, cuanto menos, esta *presunta* reducción a principios del alcance de la ley de leyes, quedaría, por necesidad, muy mermada. En primer lugar, en virtud del artículo 53, para los poderes públicos los derechos fundamentales no pueden en ningún caso, quedar reducidos a la mera condición de principios jurídicos; estos derechos quedarían, pues, fuera de un hipotético ámbito de autolimitación de los artículos 8 y 117¹²⁹⁰. En segundo lugar, hay que

¹²⁹⁰ Sobre la funcionalidad de lo dispuesto en el art. 53. 1º CE, véase MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 585-633, en la pág. 592; SANCHEZ FERRIZ Remedio, “Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 36, 1992, págs. 235-254, en concreto en las págs. 243 y ss.; MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

tener en cuenta que toda excepcionalidad debe ser interpretada restrictivamente; de ahí que debería entenderse también de forma restringida el alcance objetivo y subjetivo de estas *presuntas* mitigaciones de la normatividad de la Constitución. Como consecuencia de esta necesaria lectura restrictiva, por lo que se refiere al art. 8. 2º, esta hipotética flexibilización sólo alcanzaría a la regulación de las “bases” -sólo las bases¹²⁹¹- de la “organización militar” -y no toda la defensa nacional¹²⁹²-. Además, esta “autoderogación” del alcance normativo se reduciría a la actuación del legislador orgánico (no a las normas del legislador ordinario, ni a las emanadas del Gobierno¹²⁹³).

pág. 4 recuerda que “la sujeción general del legislador a la Constitución se hace más intensa cuando están en juego los derechos fundamentales”.

Desde aquí se pretende subrayar que el empleo del término “todos” excluye expresamente que en el terreno de lo militar los derechos y libertades sólo actúen como principios jurídicos que el legislador debe respetar.

¹²⁹¹ De haber prosperado la rechazada enmienda del diputado GASTÓN SANZ al artículo 8. 2º sí que se entendería que *toda* la organización militar sería diseñada por ley sujetándose únicamente a los principios constitucionales. Dicha enmienda propugnaba la siguiente redacción: “Una ley regulará la organización militar con arreglo a los principios de la siguiente constitución”, véase CORTES GENERALES. *Constitución española...* ob. cit. pág. 919. Por ello, respecto del art. 8. 2º el legislador sólo regularía conforme a los meros principios las bases de la organización militar, y no toda la organización militar.

Cabe recordar que, precisamente, la única variación existente entre este precepto del anteproyecto y el aprobado finalmente resulta de la variación de lo señalado en cursiva – “dentro de” que pasó a ser “conforme a”–, corrección de estilo que se produjo en la Comisión constitucional del Senado a raíz de la proposición del Sr. Baeza Martos (ver, CORTES GENERALES, *Constitución española.*, cit., págs. 9 y 3115 y ss). El peso del consenso sobre la materia fue abrumador.

¹²⁹² El objeto de regulación de la ley orgánica a la que hace referencia el art. 8. 2º sólo vendría referido a la organización militar y no a la “defensa nacional” (término cuya amplitud resulta extraordinaria -véase sino la definición incluida en el art. 2 la LODNOM-). En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., pág. 348 acertadamente ha criticado dicha interpretación extensiva del alcance de la reserva orgánica del art. 8. 2º CE. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional...” cit., pág. 65 por contra, entiende que la organización de las FAS no puede desvincularse del concepto de defensa nacional, puesto que las FAS son elemento central de ésta. La doctrina sobre materias conexas asentadas en la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto inclina a pensar la razón del primero; una posible revisión del Tribunal Constitucional podría privar del carácter de orgánico a los preceptos que no atiendan a la organización militar, dado que el legislador no los indicó como debía de haber hecho.

¹²⁹³ Esta hipotética y específica sujeción constitucional no se daría con las leyes o demás normas que en desarrollo de tales bases, la ley orgánica determine o posibilite. No olvidemos la importancia de esto último, por cuanto el articulado de la referida LODNOM, determina la existencia de un total de dieciséis leyes que desarrollen las bases que en esta norma orgánica se incluyen. En consecuencia, esta presunta flexibilización de la normatividad constitucional no vendría referida respecto de estas leyes de desarrollo.

Por lo que concierne a la jurisdicción militar, la conformidad a los principios constitucionales del art. 117. 5º, debe interpretarse sólo referida a la determinación legal de esta jurisdicción y de su ámbito. Como se ha señalado, el artículo 117. 5º en modo alguno puede significar que la jurisdicción militar en el ejercicio de sus funciones sólo tenga en cuenta los principios constitucionales. Como consecuencia de lo expuesto, tanto para el art. 8. 2º, como para el art. 117. 5º, el alcance de estas *autolimitaciones* devendría ciertamente reducido.

b) Una lectura positiva en virtud de la interpretación sistemática

Una lectura positiva respecto de la normatividad constitucional, implica entender que las expresiones contenidas en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE refuerzan el principio de constitucionalidad del art. 9. 1º para el ámbito militar. Esta es, a mi juicio sin duda, la lectura que cabe inferir de lo dispuesto en estos preceptos; una lectura sistemática de la Constitución¹²⁹⁴ es la que nos lleva a esta conclusión.

Y es que tal y como se indicó al inicio de este apartado, en la norma suprema se encuentran una serie de concreciones y reiteraciones de la regla general del art. 9. 1º relativas a unos

Según la doctrina, dichas “bases de la organización militar son los criterios generales, fundamentales por los que ha de regirse la organización militar, no tiene nada que ver con las “bases” de una delegación legislativa (arts. 82-85 CE), ni puede identificarse con las leyes marco (art. 150. 1º CE), sino que ha de entenderse como noción material. (En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional... cit., pág. 64, SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”,... cit., pág. 125 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., pág. 347 nota a pie nº 56). Del mismo modo lo entendió el legislador al establecer por ley orgánica no el contenido de unas bases a desarrollar por delegación legislativa conforme al los artículos 82 y ss. de la Constitución, sino, las bases materiales de la organización de la Administración militar. Así ha sucedido en las dos ocasiones que se ha regulado por ley orgánica en virtud del artículo 8. 2º de la Constitución: en la LODNOM 6/1980 de 1 de julio y en la reforma de ésta por la LODNOM 1/1984, de 5 de enero). Por ello, la *sola* conformidad a los principios constitucionales se daría únicamente para con la ley orgánica, y sólo en cuanto determine las bases de la organización militar (no de la defensa nacional).

¹²⁹⁴ Respecto de la interpretación sistemática constitucional, entre otros, véase el trabajo de ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 4, 1993, págs. 37-50, en concreto, págs. 42-45 y ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional* (Vol. I), 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 159-167

ámbitos materiales concretos (partidos, sindicatos y asociaciones empresariales, educación y enseñanza privadas, estados excepcionales, Corona, Estado de las Autonomías, etc.) La voluntad es clara en todos los casos, se trata de parcelas en las que, al igual que sucede en el marco militar, por la historia y/o por su propia naturaleza la plena normatividad constitucional pudiera ponerse en entredicho, de ahí que la ley de leyes expresamente reitere su plena normatividad para estos contextos conflictivos. *La voluntad constitucional expresada en estos preceptos no persigue otro fin que asegurar y reforzar la plena normatividad, frente a posibles desvirtuaciones que pudiesen darse de la regla general contenida en el art. 9. 1º CE.*

Así pues, este análisis estructural-formal concluye en la línea de lo ya afirmado en los apartados anteriores: los artículos 8. 2º y 117. 5º en modo alguno suponen una limitación del alcance normativo de la Constitución para las FAS. Justamente, lo que contienen son unas referencias expresas que aseveran la completa vinculación normativa de la ley de leyes frente a antiguas concepciones que inmunizaban a las FAS y al ordenamiento militar de su sujeción al ordenamiento civil y general. Debe entenderse la remisión a los principios como una garantía que impide interpretación alguna que excluyera a las FAS de su sujeción a la Constitución.

V. Conclusión: hacia un modelo constitucional de Fuerzas Armadas

A) CONVERGENCIA SOCIAL, CONVERGENCIA EN DERECHO

La plena sujeción constitucional que desde diversas perspectivas se ha defendido a lo largo de estas páginas debe suponer la definitiva ubicación de las FAS en el Estado social y democrático de Derecho y, en consecuencia, la plena convergencia civil-militar. Lejos de antiguas afirmaciones que rezaban la incompatibilidad de la democracia y la libertad con los Ejércitos y de los militares con la sociedad¹²⁹⁵, es la propia Constitución la que

¹²⁹⁵ Son diversas las consideraciones realizadas acerca de la compatibilidad de los elementos propios de las FAS con la libertad y la democracia. Se ha afirmado de los militares que su pensamiento “se opone a la democracia y que desea organizar la sociedad

afirma que tanto en sus funciones, en sus fines y en sus medios debe darse una perfecta avenencia.

En un principio se señaló que los dualismos jurídico y sociológico quedaban íntimamente relacionados; no en vano, tras los dos se escondía la adecuación de las FAS al contexto actual (social, político, económico y jurídico). La necesaria convergencia civil-militar se proyecta sobre el Derecho de una manera insospechada: las construcciones jurídicas específicas que se daban para lo militar deben ceder su puesto a las categorías generales empleadas en Derecho público. Abordar la singularidad jurídico-militar con los parámetros generales ofrece importantes ventajas. *Las cláusulas generales de necesidad, proporcionalidad y, en el marco de los derechos y libertades, el respeto de su contenido esencial, así como el método institucional que acerca la realidad al Derecho son herramientas jurídicas suficientes para impulsar la adecuación al sistema constitucional del Derecho militar, hasta ahora únicamente apegado al principio de la necesidad y a la mala razón de Estado.*

Y lo que es más importante, *en modo alguno la verdadera eficacia de la Institución militar debe quedar afectada con una correcta aplicación de estas técnicas generales.* Como se vio al analizar el principio de necesidad, la necesidad y la proporcionalidad eran los medios jurídicos básicos que adecuaban la amplia gama de los efectos de la necesidad a las verdaderas exigencias en el Estado constitucional. La misma estructura de las categorías jurídicas da perfecta cabida a los datos objetivos y empíricos de la realidad, a las verdaderas necesidades de la defensa. A la vez, el método jurídico institucional, no es sino instrumento de acercar adecuadamente las exigencias de los Ejércitos al Derecho.

El Derecho constitucional no *da la espalda* a la ya aludida “primacía de los hechos” de la que hablaba el Diputado Sr. Solana,

sobre la base de la cadena de mando. Independientemente de si estas conclusiones son acertadas, el método utilizado para llegar a ellas es, a la vez, subjetivo y arbitrario” (Ver, HUNTINGTON, Samuel P. *La mentalidad militar...* cit. pág. 187). Es posible atribuir el carácter antidemocrático o contrario a las libertades a algún sector de las FAS, y especialmente teniendo en cuenta las circunstancias históricas concretas y el peso del protagonismo pasado en la vida política. Si bien, no parece correcto atribuir este carácter como típico de la mentalidad militar. Así, por ejemplo, GIMÉNEZ RIUTORD, Domingo, en *España: Ejército y Cambio*, Miguel Font Editor, Mallorca, 1989, págs. 17 y 18).

es decir, a las necesidades de la defensa. Antes al contrario, las necesidades de la defensa, la disciplina, incluso el “honor militar”, son bienes jurídicos que la Constitución no sólo admite, sino que también protege. No en vano la garantía de estos bienes constitucionales redundaría en el mantenimiento del Estado, y no otro que el Estado constitucional. La eficacia de las FAS no tiene por qué quedar desguarnecida pese a que se sitúe en el marco de la necesidad y proporcionalidad, en el contexto del valor preferente de los derechos y libertades y la órbita propia de una “sociedad democrática”¹²⁹⁶.

El empleo de las técnicas generales, ajenas a la excepcionalidad, implicará a la larga la normalización del Derecho militar y su plena adaptación al sistema constitucional; se tratará ciertamente de alcanzar el aludido *modelo constitucional* de FAS o, en otros términos, la concepción que tiene la ley de leyes de la Institución castrense. Se logrará así hacer buena la aseveración de Von der Goltz, quien afirmó que “La organización de las fuerzas militares depende del grado de civilización”¹²⁹⁷, y ante este reto queda la civilización de la democracia y los derechos y libertades¹²⁹⁸.

¹²⁹⁶ Se hace referencia a un típica cláusula de admisibilidad de los límites a los derechos y libertades reconocida en los textos internacionales. (Así en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su genérico artículo 29. 2º, hace referencia al reconocimiento y el “respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” -extrañamente no hace referencia a la seguridad nacional). Especial significación tiene la alusión a las “medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional” en los preceptos que reconocen derechos el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 6. 1º, y 8, 9, 10 y 11). Fórmula casi idéntica se presenta en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales: “restricciones necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional”.

Al respecto de las exigencias a los límites a los derechos en el contexto europeo, véase, FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11-12, págs. 97-115, en concreto véanse las págs. 101 a 106; ; incluyendo este ámbito y, también el del Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, resulta también referente básico, CHUECA SANCHO, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, (2ª ed.), Barcelona, Bosch, 1999.

¹²⁹⁷ Así, citado en PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. pág. 9

¹²⁹⁸ En este sentido sea válido recordar a BURDEAU cuando afirma que “la democracia sólo accesoriamente se puede considerar una forma de gobierno. Es una filosofía, una religión, un modo de vida, un estilo de relaciones humanas”. (ver, BURDEAU, G. *Traité de science politique*, (vol. V) L. G. D. J, París, 1985, pág. 514, cita recogida en SÁNCHEZ FERRIZ,

B) ¿CUÁL ES LA INSTITUCIÓN MILITAR A LA QUE DA VIDA JURÍDICA LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?: HACIA EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FUERZAS ARMADAS

En algunos momentos en las páginas anteriores se anunció la importancia que tenían los modelos de Ejércitos descritos por el sociólogo americano Moskos. Tanto este autor, como otros que influidos por su obra determinaron una serie de parámetros para advertir y describir el modelo de Ejército que se contaba en un contexto determinado. Y ya en aquellos momentos se advertía tanto la utilidad de estos descriptores, cuanto que no había que dejarse arrastrar por el punto de vista sociológico, puesto que es la propia Constitución -ahora ya sin matices- la que ha decidido su propio modelo de FAS. Este modelo constitucional de FAS no es sino el modo en el que esta institución ha quedado reconocida y conformada por todas las reglas y principios contenidos en la ley de leyes.

Cabe incluso poner de manifiesto de una “coincidencia” normalmente inadvertida: los parámetros que describen un modelo sociológico de FAS son, prácticamente, los mismos caracteres que llevaban a afirmar que las FAS son una institución jurídica. Veámoslo.

Sociólogos como Fleckenstein¹²⁹⁹ han trazado un completo esquema de los parámetros para atender el carácter de las FAS, en el cual se analiza:

- la finalidad de los Ejércitos¹³⁰⁰
- su naturaleza¹³⁰¹,
- la posición política de los Ejércitos y la posible participación política de sus miembros¹³⁰².

Remedio y JIMENA QUESADA, Luis, en *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 24.

¹²⁹⁹ FLECKENSTEIN, Bernhard, “Alemania Federal”, cit., págs. 232-253, en concreto puede seguirse el esquema en la pág. 235. El autor distingue la existencia de un modelo “tradicionalista”, uno “reformista” y uno “pragmático”.

¹³⁰⁰ Este parámetro se sigue en su puntos primero (“Finalidad de las fuerzas armadas”), segundo (“Tarea del soldado”) y sexto (“Motivación vocacional”).

¹³⁰¹ Punto tercero (“Naturaleza del Ejército”)

¹³⁰² Punto noveno (“Soldados y política”) y décimo (“Grupos de interés profesional-sindical”).

- las relaciones divergentes o convergentes de las FAS con la sociedad civil y la composición social de los Ejércitos¹³⁰³

- el concepto de la vocación militar y las condiciones de la profesión (disciplina, valores, uniformidad, salario, horario de servicio)¹³⁰⁴,

Y los juristas, entre los que destaca Fernández Segado¹³⁰⁵, a la hora de afirmar que los Ejércitos constituían una institución afirmaban las siguientes notas de las FAS:

- existe una idea-fuerza sobre la que reposa la institución, y ésta no es otra que la finalidad de las FAS, la defensa militar de España. En este sentido se añadía que la Institución militar tiene una alta valoración de su propia misión, lo que le dota de cierta autosuficiencia frente al exterior.

- la Institución militar requiere, para el eficaz cumplimiento de sus altas misiones de una específica forma de organización y de un régimen jurídico singular del personal integrado en la institución y ésta no es otra que el seguimiento de la unidad, la disciplina y la jerarquía. Asimismo, se señalaba la tenencia de un específico código de valores así como un ordenamiento jurídico propio que es el Derecho militar

- las FAS son un conjunto social perfectamente delimitado frente al exterior, cuyos miembros participan de un sentimiento corporativo que se traduce en una peculiar conciencia de grupo.

- la pertenencia a las FAS comporta un singular *status* del personal, en aras de la eficacia.

No resulta, pues, muy complejo trazar claros paralelismos entre los parámetros que definen los modelos sociológicos y los caracteres de las FAS como institución. Y lo más interesante a nuestros efectos es que unos y otros rasgos definitorios quedan a

¹³⁰³ Punto séptimo (“Relaciones con la sociedad civil”).

¹³⁰⁴ Puntos cuarto (“Valores del soldado”), quinto (“Concepto de la vocación militar”), sexto (“Motivación vocacional”), octavo (“Uniforme”), undécimo (“Salario”) y duodécimo (“Horario de servicio”).

¹³⁰⁵ Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional... cit., págs. 40-43.

expensas de la Constitución, que es la que *dota de vida jurídica* a la Institución militar e impone toda una serie de exigencias respecto de todos y cada uno de estos elementos definitorios conformando, de este manera, el modelo constitucional de FAS. Así pues, una vez constatada la primacía de la ley de leyes y adelantados los instrumentos jurídicos relativos a la materia, de lo que se trata es de apreciar cómo configura la Constitución a la Institución militar, esto es, sin partir de una idea de FAS preconcebida, sino de las FAS tal y como han sido reconocidas constitucionalmente. A ello se dedica el segundo Libro de la presente Tesis.

Precisamente, son estos criterios definitorios de un formato de Ejército los que proporcionan la estructura misma de este segundo Libro:

- las finalidades de los Ejércitos (Capítulo I. Los fines para los que pueden ser constitucionalmente empleadas las Fuerzas Armadas).

- Su naturaleza y la posición política de la Institución militar en el sistema político y la posible participación política de sus miembros, (Capítulo II. Posición que corresponde a las Fuerzas armadas en el sistema político diseñado en la Constitución).

- Las relaciones divergentes o convergentes de las FAS con la sociedad civil y la composición social de los ejércitos, (Capítulo III. Exigencias constitucionales respecto de la composición social de las Fuerzas armadas y sus relaciones con el resto de la sociedad).

- Las condiciones de la profesión militar -disciplina, horario de servicio, salario -, (Capítulo IV. Exigencias constitucionales respecto de la disciplina militar y la organización interna de las Fuerzas Armadas).

- El concepto mismo de la vocación militar y los valores militares, (Capítulo V. Valores castrenses, educación y enseñanza militar a la luz de la Constitución).

TABLA DE CONTENIDOS DEL LIBRO SEGUNDO

“El modelo constitucional de Fuerzas Armadas”

CAPÍTULO I. LOS FINES PARA LOS QUE PUEDEN SER CONSTITUCIONALMENTE EMPLEADAS LAS FUERZAS ARMADAS.....	15
I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA NECESARIA VINCULACIÓN DE LA FUERZA DEL ESTADO A SUS FUNDAMENTOS.....	15
A) <i>El fin esencial de las Fuerzas Armadas en un Estado constitucional y la centralidad de su determinación concreta.....</i>	15
B) <i>Aproximación al abanico de misiones que competen a las Fuerzas Armadas</i>	18
C) <i>La constitucionalización de las misiones de las Fuerzas Armadas españolas</i>	20
D) <i>El sentido y alcance de la fijación constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas.....</i>	25
II. ATENCIÓN CONCRETA DE LAS MISIONES SEÑALADAS EN EL ARTÍCULO OCTAVO	30
A) <i>La necesidad de superar un enfoque inadecuado.....</i>	30
B) <i>La garantía de la soberanía e independencia de España (ámbito externo)</i>	31
a) <i>La vertiente exterior de esta finalidad y la posición de España en el concierto internacional</i>	31
b) <i>La garantía de la soberanía e independencia de España y el pacifismo realista de una Constitución que no se quiso vincular al Derecho internacional.....</i>	34
c) <i>Valoración desde esta perspectiva del reciente conflicto con Serbia.....</i>	42
c. 1. <i>Un breve recordatorio de lo que ya ha pasado a formar parte de la Historia</i>	42
c. 2. <i>La constitucionalidad del empleo de las Fuerzas Armadas en la crisis kosovar.....</i>	47
C) <i>La garantía de la soberanía e independencia de España (ámbito interno)</i>	49
a) <i>No se trata sólo de la soberanía externa, sino también de la soberanía interna</i>	49
b) <i>¿Qué soberanía (interna) tienen que defender las Fuerzas Armadas?.....</i>	52
D) <i>La defensa de la integridad territorial.....</i>	75
E) <i>La defensa del ordenamiento constitucional</i>	60
a) <i>El alcance de la misión más conflictiva de las Fuerzas Armadas</i>	60
b) <i>¿Pueden emplearse a las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo? 67</i>	
F) <i>El empleo de las Fuerzas Armadas para el mantenimiento de la unidad e indivisibilidad de la nación española.....</i>	72
a) <i>Una misión constitucional que no se encuentra de forma expresa en el artículo octavo.....</i>	70
b) <i>¿Qué es la “nación española” que en su caso debe garantizarse por medio de las Fuerzas Armadas?.....</i>	73
c) <i>La defensa del Estado constitucional de los derechos y libertades es, actualmente, la defensa de la “indisoluble unidad de la nación española”</i>	80

III. EL EMPLEO DE LAS FUERZAS ARMADAS PARA OTROS FINES QUE NO SE DERIVAN DEL ARTÍCULO OCTAVO.....	85
A) <i>El artículo octavo no excluye el empleo de las Fuerzas Armadas para otras misiones, siempre en el marco de la ley de leyes</i>	85
B) <i>El desempeño en el interior de misiones no enumeradas en el artículo 8. 1º CE</i>	87
a) Desarrollo normativo y puesta en práctica de funciones no armadas por los Ejércitos en el interior.....	87
b) Los criterios constitucionales que deben regir la decisión del empleo de las Fuerzas Armadas en estas misiones	93
C) <i>El desempeño en el exterior de misiones no enumeradas en el artículo 8. 1º CE</i>	96
a) Desarrollo normativo y puesta en práctica de funciones armadas y no armadas en el exterior.....	96
b) Admisibilidad y criterios constitucionales que rigen estas misiones en el exterior	105
IV: LAS FINALIDADES CONSTITUCIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS LA OTAN Y LA INTEGRACIÓN EUROPEA	108
A) <i>La España constitucional en el escenario internacional</i>	109
B) <i>¿Cómo afrontar constitucionalmente la pertenencia de España a la OTAN y las misiones que por ello pueden corresponder a las Fuerzas Armadas españolas?</i>	115
C) <i>El proceso de construcción de la defensa europea</i>	121
a) La evolución de la Unión Europea Occidental.....	121
b) El Eurocuerpo	126
c) La evolución de la defensa europea en el marco de la Unión Europea hasta el Tratado de Amsterdam.....	128
d) La evolución más reciente	134
D) <i>Las finalidades constitucionales de las Fuerzas Armadas y la defensa en Europa</i>	138
a) La situación actual no plantea excesivos problemas constitucionales.....	138
b) El límite en la cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea reside en la preservación del principio democrático.....	140
c) ¿Es precisa una reforma constitucional?	142
CAPÍTULO II. POSICIÓN QUE CORRESPONDE A LAS FUERZAS ARMADAS EN EL SISTEMA POLÍTICO DISEÑADO EN LA CONSTITUCIÓN	147
I. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CIVIL DEMOCRÁTICO Y SU RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN	148
A) <i>Intervencionismo militar y supremacía civil democrática</i>	148
a) Poder e intervencionismo militar.....	148
b) Concepto y justificación de la supremacía civil.....	152
B) <i>La recepción del principio de supremacía civil en la Constitución española</i>	155
a) La peligrosa lectura institucionalista de los preceptos constitucionales	155
b) Una interpretación sistemática constitucional adecuada en orden al reconocimiento constitucional de la supremacía civil. Las Fuerzas Armadas como integrantes de la Administración del Estado	158
b. 1. Cuál es la legitimidad democrática de las Fuerzas Armadas.....	159
b. 2. La constitucionalización de las Fuerzas Armadas como integrantes de la Administración del Estado	164

C) <i>Los parámetros en los que se concreta el principio general de supremacía civil que deben ser observados en las democracias occidentales como la española.....</i>	170
II. EL MONOPOLIO ESTATAL ABSOLUTO DE LOS PODERES DE COERCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS RESPECTO DE INTERIOR Y EL EXTERIOR	173
A) <i>La supremacía civil exige el monopolio del Estado de la fuerza militar.....</i>	173
B) <i>¿Los compromisos internacionales y la integración europea merman el poder de los poderes democráticos del Estado español sobre la fuerza militar ?.....</i>	176
C) <i>La posibilidad de descentralización territorial de la competencia exclusiva del Estado sobre defensa y fuerzas armadas.....</i>	179
a) <i>¿Pueden ejercer competencias las Comunidades Autónomas en materia de defensa y Fuerzas Armadas?.....</i>	179
b) <i>La posición del Tribunal Constitucional sobre la materia y su acertada delimitación de la competencia exclusiva del Estado en “defensa y Fuerzas Armadas”</i>	184
III. LA DIRECCIÓN Y MANDO EFECTIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS POR EL PODER EJECUTIVO.....	191
A) <i>El simbólico mando regio de las Fuerzas Armadas</i>	191
B) <i>La dirección del Gobierno de la Defensa, la Administración militar y, por ende, de las Fuerzas Armadas a partir de las exigencias constitucionales</i>	197
IV. LA POSICIÓN DE LAS CORTES EN MATERIA MILITAR Y DE DEFENSA DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978	203
A) <i>Ubicación general del parlamento en materia de defensa y Fuerzas Armadas</i>	203
a) <i>Una preocupación histórica y también presente: el predominio del Ejecutivo en el ámbito militar y, en general, en el sistema constitucional</i>	203
b) <i>El papel de las Cortes en materia de Defensa y las Fuerzas Armadas en nuestro sistema constitucional</i>	207
c) <i>La concreción legislativa de la posición constitucional de las Cortes en el ámbito de defensa y Fuerzas Armadas.....</i>	209
B) <i>La evolución de la actividad de las Cortes en materia militar y de defensa hasta la fecha</i>	211
V. LAS FACULTADES DEL GOBIERNO Y DE LAS CORTES RESPECTO DEL EMPLEO DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL EXTERIOR Y EL INTERIOR	214
A) <i>La actuación de las Cortes ante el empleo de las Fuerzas Armadas por el Gobierno en misiones bélicas en el exterior. La conflictiva posición de las Cortes españolas en la crisis de Kosovo</i>	214
a) <i>La participación española en el conflicto de Kosovo y las diversas dudas que se suscitan sobre la posición que desempeñaron las Cortes.....</i>	215
b) <i>¿Fue necesaria una declaración formal de guerra, con la preceptiva autorización previa de las Cortes?.....</i>	216
c) <i>¿Hubiese sido preceptivo el consentimiento previo de las Cortes para una intervención terrestre?.....</i>	222
d) <i>¿Fue inconstitucional la desatención de las Cortes por el Gobierno?</i>	225
e) <i>La actividad de las Cortes respecto de la crisis en Kosovo.....</i>	226
f) <i>Algunas propuestas para reforzar la posición de las Cortes respecto del empleo de las Fuerzas Armadas en operaciones bélicas en el exterior</i>	231
B) <i>Facultades de las Cortes y el gobierno respecto del empleo de las Fuerzas Armadas en el interior.....</i>	232

a) Facultades de las Cortes y Gobierno para el empleo no armado de los Ejércitos en el interior.....	233
b) Facultades de las Cortes y el Gobierno para el empleo armado de los Ejércitos en el interior.....	236
VI. LA SUBORDINACIÓN MILITAR Y LA NEUTRALIDAD POLÍTICA DE LAS FUERZAS ARMADAS	242
A) <i>El sentido constitucional de la neutralidad militar y el marco de la ley de leyes para optar por las diferentes vías por las que controlar el poder militar.....</i>	242
a) Un nuevo enfoque jurídico de la neutralidad militar: la objetividad con la que las Fuerzas Armadas deben estar dispuestas para el cumplimiento de sus fines	242
b) Algunas reflexiones desde la sociología y la Ciencia política sobre la influencia militar y los medios de controlar el poder militar: la única influencia militar admisible en un Estado constitucional	246
c) La Constitución limita las vías por las que controlar el poder militar.....	251
B) <i>El militar sí que debe deliberar: la obediencia reflexiva sólo tiene sentido a favor del régimen constitucional.....</i>	253
a) La quiebra histórica de la obediencia debida por los regímenes liberales	253
b) La necesidad de poner de manifiesto una peligrosa manipulación	255
c) La desobediencia militar sólo se justifica en aras del sostenimiento del régimen constitucional democrático, como una manifestación particular del ius resistendi de todo ciudadano.....	259
C) <i>La “crisis” de la apoliticidad militar y el marco constitucional para alcanzar la neutralidad.....</i>	265
a) La “crisis” del apoliticismo militar individual desde las perspectivas ontológicas y de la propia naturaleza del Derecho.....	265
b) El modelo de control objetivo del poder militar seguido en España.....	267
c) La opción seguida hasta hoy es ineficaz y hasta peligrosa en aras de preservar la supremacía civil	277
d) Para que las Fuerzas Armadas sean neutrales no es imprescindible que los militares lo sean	281
VII. EL DISTANCIAMIENTO ENTRE LAS FUERZAS ARMADAS Y LAS MISIONES DE ORDEN PÚBLICO Y LA SEPARACIÓN ORGÁNICA RESPECTO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO	284
A) <i>Un breve repaso histórico que ha marcado el modelo español</i>	284
B) <i>La supremacía civil y la separación entre las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978.....</i>	289
a) La clara recepción de este principio en el texto constitucional.....	289
b) Una cuestión conflictiva: las “misiones militares” para las que puede ser empleada la Guardia Civil	292
C) <i>La errónea labor del Tribunal Constitucional sobre la materia pone en duda la separación que la ley de leyes establece con claridad.....</i>	296
VIII. LIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR AL ÁMBITO PROPIO DE LO CASTRENSE.....	307
A) <i>La premisa: la justificación de la existencia de una jurisdicción militar</i>	309
B) <i>La recepción constitucional de la jurisdicción militar en España: la fórmula empleada por el constituyente</i>	313

a) Los límites de la facultad del legislador: ¿podría suprimirse la jurisdicción militar o limitarse a los supuestos de guerra?.....	317
b) El ámbito de la jurisdicción militar “en los supuestos de estado de sitio”	322
C) <i>La cuestión polémica: el “alcance del ámbito estrictamente castrense”</i>	322
a) Los criterios seguidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar la significación y alcance de esta cláusula	322
b) Unas notas sobre la configuración legislativa del ámbito de la jurisdicción militar.....	331

CAPÍTULO III. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LA COMPOSICIÓN SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y SUS RELACIONES CON EL RESTO DE LA SOCIEDAD..... 335

I. EL ELEMENTO HUMANO MILITAR, EPISODIO INACABADO DE LA EVOLUCIÓN

DEMOCRÁTICA336

A) <i>Relaciones civiles - militares en el proceso evolutivo: crónica de un distanciamiento</i>	338
B) <i>Causas elementales que implican el distanciamiento civil-militar</i>	341
a) Una previa: el modelo de Ejército profesional o de servicio militar por sí no implica una mayor o menor vinculación civil-militar	341
b) Una causa fundamental de la divergencia civil-militar: las funciones atribuidas a los Ejércitos en cada sistema político.....	342
c) El diferente perfil ideológico del militar como causa de la separación civil-militar.....	347
c. 1. Atribución al militar de un perfil ideológico profesional	347
c. 2. Negativa a la calificación genérica del militar como antidemócrata.....	350
d) Connotaciones ideológicas concretas de las Fuerzas Armadas en España... ..	352
C) <i>Instrumentos que contribuyen al distanciamiento civil-militar</i>	357
a) Una Administración todopoderosa para el individuo. Horario de servicio, rotación y remuneración del militar: cuestiones fundamentales para configurar las relaciones civil-militares.....	358
b) El acceso a la profesión militar: autorreclutamiento y herencia ocupacional.....	364

II. LA PREMISA DE LA QUE PARTIR: LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD SOBRE LAS FUERZAS ARMADAS Y EL DERECHO MILITAR.....368

A) <i>¿Qué igualdad protege la Constitución? Una breve aproximación a la igualdad</i>	369
a) ¿Cómo ha traducido el Estado constitucional la perenne idea de igualdad?	369
b) La regulación constitucional e internacional de la igualdad.....	371
c) ¿Cuándo un trato diferente puede reputarse discriminatorio?	373
d) Las usuales cláusulas específicas de no discriminación y la discriminación positiva	376
B) <i>La desatención doctrinal del principio de igualdad para abordar el peculiar régimen castrense</i>	377
C) <i>Cuándo, cuánto y cómo se ha seguido la singularidad del derecho militar desde el principio de igualdad por la jurisprudencia constitucional</i>	380
a) La forzada atención al principio de igualdad en el ámbito militar por el Tribunal Constitucional. El amplio abanico de cuestiones abordado y la generalizada admisión del trato diferente.....	380
b) La invocación de la igualdad del militar respecto del resto de los ciudadanos y funcionarios públicos	381

b. 1. La igualdad y la particular jurisdicción militar, con un procedimiento y tipos delictivos diferentes	381
b. 2. La especial invocación de la igualdad respecto del diferente tratamiento punitivo a los militares.....	384
b. 3. La igualdad ante el diferente status político del militar.....	386
b. 4. La igualdad y el diferente régimen laboral del militar.....	387
b. 5. El fin del privilegio de la inembargabilidad de haberes del militar a través del principio de igualdad.....	388
b. 6. La igualdad como criterio de resolución en la cuestión política de los militares republicanos y la legislación de amnistía.....	389
b. 7. La igualdad ante las diferencias salariales y estatutarias entre el funcionario militar y otras categorías de servidores públicos.....	393
c) Las demandas de igualdad en el seno de la propia Institución militar	395
D) <i>Una imprescindible valoración: la actuación del Tribunal, salvo excepciones, ha sido errante, falta de celo y defectuosa</i>	399
a) El Tribunal, lacónicamente y sin continuidad de criterio, pone fin al examen de igualdad afirmando que las diferencias alegadas no son comparables	399
b) La insuficiente concreción de la finalidad perseguida por el trato diverso...	400
c) La huida del análisis de la congruencia. Dos ejemplos de la profundidad exigible al Tribunal.....	403
d) El talón de Aquiles del Tribunal: la falta de análisis de la proporcionalidad de la diferencia de trato.....	406
E) <i>Las posibilidades del principio de igualdad ante lo militar, una propuesta hacia el futuro.....</i>	407
a) La igualdad puede predicarse tanto respecto del resto de ciudadanos y servidores públicos, cuanto dentro de las Fuerzas Armadas.....	407
b) ¿Sobre qué parcelas procede invocar el principio de igualdad?	408
b. 1. Deben quedar bajo el principio de igualdad todas las cuestiones relativas a la cláusula específica de no discriminación.....	408
b. 2. Queda excluido del análisis desde la igualdad lo que afecte al vasto ámbito del estatuto de derechos fundamentales del militar.....	409
b. 3. Diferentes ámbitos sobre los que puede operar el principio de no discriminación	413
b. 3. 1º. Algunas parcelas del diferente trato del militar y el resto de ciudadanos y servidores públicos que pueden ser atendidos bajo el principio de igualdad.....	414
b. 3. 2º. Las posibilidades de la igualdad en el seno de los Ejércitos.....	416
III. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DEL ACCESO Y COMPOSICIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS	419
A) <i>La premisa particular: el acceso a la función pública militar en condiciones de igualdad para el ejercicio de funciones públicas bajo los criterios de mérito y capacidad (artículo 23. 2º CE).....</i>	422
B) <i>¿Podría beneficiarse a los familiares de un militar para el ingreso en la función pública?.....</i>	425
C) <i>¿Es constitucional el establecimiento de edades muy tempranas como requisito para acceder a las Fuerzas Armadas?</i>	428

a) Las diferenciaciones por razón de edad para el acceso a la carrera militar exigen un serio análisis constitucional.....	428
b) La actual fijación de una temprana edad como tope para acceder a las Fuerzas Armadas sólo es admisible formalmente. Una propuesta para el futuro	434
D) <i>¿Y el sexo? las mujeres ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI. Una ironía histórica: de la discriminación a una interesada acción positiva.....</i>	438
a) Un momento histórico para la igualdad por razón de sexos: la profesionalización de los Ejércitos.....	438
b) El final de un largo camino: la plena incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas	440
b. 1. Las limitaciones con las que aún contaba la mujer para acceder a los Ejércitos.....	442
b. 2. La reciente superación de tales limitaciones al acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas.....	446
c) El principio de un nuevo trayecto: la interesada necesidad de adoptar medidas positivas en favor de la maternidad militar	447
c. 1. El interés del Estado en incorporar a la mujer a un Ejército profesional con falta de personal	449
c. 2. Las dificultades que plantea la maternidad ante la profesionalización de las Fuerzas Armadas: el problema de la renovación de los compromisos de la madre militar.....	452
c. 3. ¿Qué medidas cabe adoptar ante esta compleja cuestión?	455
E) <i>Un simbólico avance democrático: la aceptación de la homosexualidad en los Ejércitos</i>	457
a) Una aproximación constitucional a la homosexualidad y su admisión en el seno de las Fuerzas Armadas. Un nuevo rumbo impuesto por la justicia supranacional.....	457
b) Una paradoja histórica: las parejas de hecho (en su caso del mismo sexo) obtienen su primer reconocimiento Estatal, precisamente, en el seno de la Institución militar.....	466
F) <i>¿Extranjeros en las Fuerzas Armadas? Un tema relevante para el futuro del Ejército profesional español.....</i>	468
a) Mercenarios y extranjeros voluntarios al servicio del Ejército, algo nada extraño en la historia de España	469
b) La situación actual respecto del acceso de militares a las Fuerzas Armadas españolas	473
c) El marco constitucional general respecto del acceso de extranjeros a la función militar.....	475
d) Los condicionamientos constitucionales respecto de una reforma legal que permitiese el acceso del extranjero a los Ejércitos	482

CAPÍTULO IV. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LA DISCIPLINA MILITAR Y LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LAS FUERZAS ARMADAS

I. UN ELEMENTO ESENCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS: LA DISCIPLINA MILITAR	486
A) <i>La continua redefinición de la obediencia y la disciplina por las exigencias de la eficacia</i>	488

a) Génesis y evolución de la disciplina militar hasta el siglo XX: un concepto prácticamente inalterado	488
b) La redefinición de la disciplina militar en el siglo XX en orden a una mayor eficacia y funcionalidad. La necesidad de evitar cierto confusionismo.....	493
c) La responsabilidad de la evolución de la disciplina y las reticencias a su desarrollo	499
B) <i>La eficacia, jerarquía y disciplina militar y su fundamentación constitucional</i>	503
a) El elemento estructural definitorio de la organización militar: la eficacia de las Fuerzas Armadas. La fundamentación constitucional de la especialidad de los principios de organización militar	503
b) Un primer acercamiento a la disciplina y las diversas facetas de este concepto	508
b. 1. Facetas suprainstitucional e intrainstitucional	508
b. 2. La disciplina institucional y sus vertientes objetiva y subjetiva	510
c) La vertiente objetiva de la disciplina: la especialidad de la jerarquía y disciplina militar desde esta perspectiva	511
d) La intensidad de la disciplina en el ámbito militar alcanza a la esfera interna del individuo. La existencia de un sentido subjetivo de la disciplina y su gran relevancia jurídica.....	517
e) La disciplina en sentido negativo: la corrección disciplinaria y la especial función educativa o medicinal de las sanciones disciplinarias	520
II. CONCEPCIÓN Y EXIGENCIAS DE LA LEY DE LEYES DE LA DISCIPLINA MILITAR ...	523
A) <i>La legitimación constitucional de la disciplina militar como punto de partida</i>	523
B) <i>La quiebra de la obediencia ante una restricción injustificada de un derecho fundamental</i>	525
a) Un supuesto relevante para el caso que ahora ocupa: la conflictiva sentencia del Tribunal Central Militar de 12 de marzo de 1997	526
b) Un intento de encauzar constitucionalmente una difícil cuestión	529
C) <i>La necesaria armonización de la disciplina militar con otros bienes, principios y reglas constitucionales</i>	532
D) <i>La modulación constitucional de la disciplina militar en su vertiente negativa: las exigencias respecto del régimen disciplinario castrense</i>	535
a) La disciplina es el bien jurídico esencialmente protegido por el Derecho disciplinario	535
b) El sometimiento a los contenidos constitucionales modula la concepción de la disciplina misma	540
III. LA CONCEPCIÓN DE LA DISPONIBILIDAD DEL MILITAR Y LA EXTENSIÓN DEL DERECHO MILITAR FUERA DEL SERVICIO BAJO LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES	549
A) <i>El modelo de plena disponibilidad y el régimen de incompatibilidades a la luz de la ley de leyes</i>	550
B) <i>Una cuestión de mayor enjundia: la atracción hacia el ordenamiento castrense de las actividades al margen del servicio</i>	555
a) Las limitaciones del derecho fundamental al matrimonio, un ejemplo del totalitarismo de la Administración militar del pasado inadmisibles en el presente	557
b) Los actos de servicio y el lugar de la conducta del militar.....	560

c) El punto de partida, no se pueden sancionar formas de vida, sino actos concretos.....	567
d) La extensión del Derecho militar fuera de los actos de servicio en razón de la protección de la disciplina militar	568
e) La extensión de las exigencias militares en razón de diversos bienes jurídicos conectados con la eficacia de las FAS. Especial referencia a la dignidad y el honor militar	575
e. 1. Expansión del Derecho penal y disciplinario en razón de la seguridad militar y la idoneidad profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas	575
e. 2. Una materia singularmente polémica, la expansión del Derecho militar para la protección de la dignidad, honor o prestigio de los Ejércitos	579
f) La especial atención de las circunstancias del ejercicio de las libertades públicas del militar para extender el Derecho militar en razón de la neutralidad militar.....	588
IV. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LA REMUNERACIÓN DEL MILITAR Y SU MOVILIDAD GEOGRÁFICA	597
A) La remuneración de militar desde la perspectiva de la ley de leyes	598
B) La movilidad del militar por cambios de destino	602
CAPÍTULO V. VALORES CASTRENSES, EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA MILITAR A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN	607
I. EL “ESPÍRITU MILITAR” EN EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FUERZAS ARMADAS	607
A) La necesaria atención constitucional de un elemento esencial de la Institución militar: los valores castrenses	607
a) Valores castrenses y espíritu militar, elementos distintivos de las Fuerzas Armadas y la profesión militar	610
b) Funcionalidad y evolución de los valores militares hasta el siglo XX	614
c) La legitimación de los valores militares en razón de la eficacia de las Fuerzas Armadas a partir de los fines constitucionales atribuidos a las mismas.....	622
B) El honor militar en el Estado constitucional español.....	626
a) El derecho al honor y el prestigio profesional de la persona militar individualmente considerada.....	629
b) El honor, la dignidad y el prestigio de las Fuerzas Armadas al margen de la de sus miembros, la difícil categorización de estos bienes jurídicos	634
c) El significado constitucional del honor militar poco tiene que ver con aquel concepto anclado en la historia	641
d) Los Tribunales de Honor que la Constitución admite nada tienen que ver con los tradicionales.....	644
e) El verdadero honor militar reside en el prestigio social de las Fuerzas Armadas en virtud de su compromiso con el Estado constitucional	646
C) El necesario patriotismo del militar	650
a) Los motivos de la íntima vinculación de la función militar con los valores patrióticos: historia, política y funcionalidad	650
b) ¿Cuáles son los valores patrióticos que deben inspirar a las Fuerzas Armadas y sus miembros?	652

II. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LA ENSEÑANZA Y LA EDUCACIÓN MILITAR.....	660
A) <i>La centralidad que adquiere el objeto constitucional de la educación en el específico ámbito castrense.....</i>	660
a) Una educación constitucional en razón de las exigencias de los fines de las Fuerzas Armadas, la disciplina moderna y los valores que deben inculcarse al militar	662
b) La necesidad de impartir una enseñanza constitucional en razón de la subordinación del Ejército al poder civil.....	665
c) La educación constitucional como garantía y guía del ejercicio de los derechos del militar.....	666
B) <i>“Período de instrucción”, “Ejército escuela”: ¿De qué enseñanza militar hablamos?</i>	667
a) ¿La instrucción militar como educación?.....	668
b) El fin de un “Ejército escuela”	669
C) <i>La actual enseñanza “en” y “de” los derechos humanos y los principios democráticos de los miembros de las Fuerzas Armadas.....</i>	671
a) La enseñanza “de” los derechos humanos y los principios democráticos en la enseñanza militar.....	671
b) Las dificultades de llevar a cabo una educación militar “en” derechos humanos y principios democráticos	673
b. 1. ¿Qué margen tienen los docentes militares para ejercer su libertad de cátedra?.....	673
b. 2. La sumisión del alumnado militar a la estricta disciplina castrense	674
b. 3. El régimen de permanencia e internado del alumno militar.....	677
b. 4. La enseñanza militar “bordea” el adoctrinamiento prohibido por la Constitución.....	680
D) <i>La utilidad y necesidad de una educación militar constitucional en un momento histórico para las Fuerzas Armadas españolas</i>	683
CONCLUSIONES	687
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	695

LIBRO SEGUNDO:

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE FUERZAS ARMADAS

CAPÍTULO I. LOS FINES PARA LOS QUE PUEDEN SER CONSTITUCIONALMENTE EMPLEADAS LAS FUERZAS ARMADAS

I. A modo de introducción. La constitucionalización de la necesaria vinculación de la fuerza del Estado a sus fundamentos

A) EL FIN ESENCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA CENTRALIDAD DE SU DETERMINACIÓN CONCRETA

La orientación de la fuerza del Estado define al Estado mismo. De poco o nada valdría situarse en un Estado que se diga constitucional si la actuación de la fuerza militar que se legitimase jurídicamente no guardase plena coherencia con los elementos basilares que fundamentan a la organización política misma. Se trata, pues, de la necesaria coherencia entre el poder de convicción y el poder de la fuerza. La misión esencial de las FAS, claro está, es la defensa última del Estado, pero no de cualquier forma de Estado¹³⁰⁶, sino del Estado constitucional. Se trata de la defensa última del único sistema que puede hacer efectivos los derechos fundamentales del individuo y, por

¹³⁰⁶ “Forma de Estado” en su sentido más amplio (más común en el marco anglosajón que en el marco continental, en el que la forma de Estado suele vincularse en mayor medida al Estado unitario, regional o federal). Como recuerda FERRANDO BADÍA, Juan, *Democracia frente a autocracia*. ... cit. págs. 26-28, hasta la Primera Guerra Mundial se significaba el Estado patrimonial, el Estado policía y el Estado de Derecho, tras la Segunda Guerra Mundial, se hace referencia, básicamente al Estado constitucional democrático, los Estados autoritarios y totalitarios ya de izquierdas o de derechas.

ende, los principios democráticos, que es lo que dota de legitimación a la existencia misma del Estado. En este sentido -y sólo en éste-, hay que reconocer que las FAS tienen una misión “ eminentemente política ”¹³⁰⁷. Nada tiene esto que ver con la “ función política del Ejército ” de la que hablase Oehling en un riguroso trabajo bastante distanciado de los postulados democráticos¹³⁰⁸, pues la Institución militar es el instrumento básico de la comunidad sometida a los poderes con legitimación democrática para llevar a cabo, en su caso, la defensa militar del Estado constitucional. En algunas ocasiones nuestra doctrina no ha enfocado la cuestión de los fines de la fuerza militar con la claridad y corrección adecuada. Una cosa es advertir los fines y otra, bien diferente, es recordar que no son las FAS las que deciden cuándo deben actuar.

Pues bien, afirmar cualquier otra finalidad esencial de las FAS que no sea la defensa del Estado constitucional supone caer en aquellas dinámicas históricas que ya ocuparon buena parte de este estudio, expresiones de la mala razón de Estado. Aquellos recursos de la “ razón de Estado ”, la “ seguridad del Estado ”, “ la salvación de la vida del Estado ”, los “ intereses de la defensa nacional ” que situaban al Estado como un ente tan divino como vacío, por cuya defensa cabía relegarlo todo, pierden toda su fuerza cuando no se trata del Estado constitucional. La fuerza de estas nociones se desvanece como la misma idea de Estado, como un globo, que no es nada sin el aire que contiene. Sin el *aire* de los derechos fundamentales y los principios democráticos el *globo* del Estado no es más que una ficción para sostener el poder y los intereses de unos dirigentes a cambio, como mucho, de una paz del terror. Bajo los presupuestos jurídico-políticos que implica el sistema constitucional, *el Estado no tiene una vida como las personas, sino que es un artificio creado por y para ellas, el Estado no es ningún Dios al que adorar por encima de las personas, sino que es el marco en*

¹³⁰⁷ TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, “ Los elementos fundamentales del Derecho militar... cit. pág. 185.

¹³⁰⁸ OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit. *in toto*.

el que ha sido posible reconocer y hacer efectiva la dignidad humana y los derechos inherentes de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política. El Estado es la paz y la seguridad, bienes tan ansiados por el hombre, pero, como se vio, el Estado constitucional no es una paz y seguridad cualesquiera, sino la paz de los derechos fundamentales y, por ende, la paz de la democracia. Todo lo demás es una paz del terror por suerte superada, al menos en España, en un largo y difícil proceso del cual la Historia es fiel reflejo.

Ahora bien, en el marco de la buena razón de Estado -la del Estado constitucional- todos estos antiguos recursos adquieren verdadera virtualidad, en modo alguno alejada de la comunidad política, como sucedía antaño. Cuando se trata del Estado de los derechos y libertades su seguridad y su defensa son valores del más alto nivel. El Estado constitucional no puede ser de ningún modo una organización política débil que en caso necesario no cuente con los medios precisos para su defensa y entre tales medios, obviamente, está la fuerza militar. Aún con todas las condicionantes que su organización y empleo exige en beneficio de la misma democraticidad del Estado, la Institución militar precisa una configuración y organización idónea para ser el eficaz instrumento de la organización política para defenderse. Son los mismos fines que tiene encomendados los que confieren a ésta su carácter de institución y conforman sus características.

Ahí estriba la centralidad de concretar las misiones que tienen encomendadas las FAS en nuestro sistema constitucional, pues ellas son las que generan la Institución militar y todos sus caracteres. Como señala Nigro en general para la Administración, los intereses a tutelar por la organización -en nuestro caso la militar- hacen que ésta constituya una “unidad de medios personales y reales que hacen posible el cuidado de estos intereses”¹³⁰⁹. Asimismo, como también advierte López Benítez respecto de la Administración y que de nuevo

¹³⁰⁹ NIGRO, M. *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica Amministrazione* Milán, 1966, pág. 114, citado por LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales* ... cit. pág. 206.

cabe aplicar para el marco de la Administración militar, ésta tiene un carácter vicarial que la hace servidora de unos fines superiores que, insertándola en la superestructura de la comunidad estatal, evita que se sienta un cuerpo extraño que responda a sus propias reglas e intereses¹³¹⁰.

Estos motivos hacen nuclear la cuestión de preguntarse por cuáles son las finalidades para las que pueden ser empleadas las FAS en el marco constitucional.

B) APROXIMACIÓN AL ABANICO DE MISIONES QUE COMPETEN A LAS FUERZAS ARMADAS

Fue en especial desde la revolución liberal cuando las FAS dejaron de servir los intereses particulares del monarca para servir, en principio, a la defensa general del Estado y sus elementos materiales: instituciones de poder, población y territorio. De este modo se salvaguardaba el régimen político frente a las agresiones violentas de carácter interno o externo. Desde entonces resulta típico a toda fuerza militar que su misión sea “la defensa del Estado contra todos sus enemigos exteriores e interiores, y actuar de hecho contra unos y otros cuando la gravedad del caso lo requiere”¹³¹¹.

Y estas misiones genéricas requieren de diversos tipos de acciones militares, señaladas, entre otros por Pardo¹³¹². En primer lugar, la defensa militar exige acciones de guerra clásica, que implica el empleo de los medios militares más potentes para lograr vencer

¹³¹⁰ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales ...* cit. pág. 207. Cabe señalar que este autor, en el marco del objeto de su interés, siguiendo la doctrina de OTTO BACHOF enfatiza la importancia de la Constitución a la hora de determinar las finalidades de la Administración, limitando su fijación y vinculando a la misma a sus fines típicos (pág. 354). Así atiende el fin de la especial relación militar, (págs. 355 y ss.), si bien, se limita a señalar todos los artículos relativos a la función militar en la Constitución y en especial el artículo 8, pero sin mayor detenimiento, algo comprensible por el amplísimo ámbito material de su estudio.

¹³¹¹ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “La Administración militar”, cit. pág. 116.

¹³¹² PARDO DE SANTAYANA Y COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit., págs. 226-228.

rápidamente al agresor, lo que exige contar con unas FAS preparadas para superar ataques con medios convencionales modernos. También, la actuación militar puede suponer acciones de guerra irregular frente a agresiones de bandas organizadas militarmente, dentro o no del marco de una guerra clásica. En este caso, el agresor no pretende el dominio del territorio, sino de la población, a raíz de lo cual se exige una preparación en técnicas guerrilleras. En la actualidad, la desaparición del bloque soviético y con ella, de su política de dominación ha hecho disminuir la probabilidad de estas acciones. De otra parte, se dan acciones de vigilancia y protección de objetivos en paz, en crisis o en guerra, cuando las Fuerzas de Seguridad del Estado se ven rebasadas o son insuficientes para responder de la seguridad interior, todo ello, en el marco concreto de la actuación de la fuerza militar en el interior según el marco constitucional.

La evolución política y estratégica nacional y, especialmente, internacional ha evolucionado de modo que a las misiones militares clásicas, se añaden otras que, como se verá, nuestra ley de leyes permite, aunque no sean en esencia las misiones que competen a las FAS. Así, de un lado, cabe señalar las misiones de paz y humanitarias y, de otro lado, las misiones en el interior que no requieren del empleo de armas.

Las misiones de paz bien pueden ser misiones de guerra clásica para *hacer la paz* como la reciente experiencia de Kosovo. No obstante, por lo general se tratan de misiones de mantenimiento o de restablecimiento de la paz y pueden exigir de muy diferentes acciones. Así, pueden consistir en la ayuda a poblaciones perseguidas, como la actuación española en el Kurdistán tras la Guerra del Golfo; la vigilancia de procesos electorales difíciles, como en Haití o Namibia; la comprobación de la retirada de tropas, como en Angola; la superación de guerras civiles, como en Nicaragua y El Salvador; la ejecución de operaciones humanitarias, como en Somalia o Bosnia; la separación de los contendientes o las represalias aéreas, como en este último territorio. Y claro está, todas estas acciones exigen unos medios

humanos y materiales organizados y preparados de forma adecuada para poder satisfacer los fines para los que están destinados.

De otra parte, en el interior se aprovecha el elemento humano y material organizado que suponen las FAS para el caso de catástrofes humanitarias o ecológicas, se trata de actuaciones que irónicamente ha calificado Herrero como de “boys scouts”¹³¹³. Estas misiones se caracterizan por no requerir el empleo de las armas, sino de elementos humanos disciplinados y organizados así como de elementos materiales de los cuales dispone la Institución militar. Todas estas misiones serán objeto de atención particular.

C) LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS MISIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS

La determinación básica de las misiones que competen a las FAS se contiene en el artículo 8 de la Constitución, situado en el Título Preliminar que dispone:

“1. 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.”

El tenor de este precepto presenta un continuismo formal con el artículo 37 de la franquista Ley Orgánica del Estado de 1967¹³¹⁴:

¹³¹³ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 18.

¹³¹⁴ Como reconoce mayoritariamente la doctrina, este artículo del texto de 1967 es el precedente más directo del precepto constitucional, la fuente inmediata de inspiración del constituyente en orden a la regulación constitucional de las FAS. Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional...”, cit., págs. 22 y 23; BALLBÉ, Manuel *Orden público y militarismo...*, cit., pág. 460; CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional militar*, cit. pág. 26; ARTEAGA MARTÍN, Félix, “Reflexiones sobre el artículo octavo...”, cit., págs. 2 y 3 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las FAS...*, cit., págs. 208 y ss.

“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”.

Sin embargo las diferencias entre uno y otro preceptos son bien importantes. Así, en la Constitución se excluye a las “Fuerzas de Orden Público” de las FAS, de otra parte, se da una relevante distinción entre la defensa del “orden institucional” y del “ordenamiento constitucional”, menor importancia adquiere, como se verá, la no aparición expresa de la misión de la unidad de la Patria . Ahora bien, la diferencia entre uno y otro preceptos va mucho más allá, tanto como la diferencia entre un régimen autoritario y un régimen constitucional democrático¹³¹⁵.

Al margen del continuismo con aquella ley, la redacción de 1978 recogió en buena medida lo afirmado por García Ruiz en un trabajo publicado en 1977. Este autor señaló que a las FAS competía, en primer lugar, la defensa exterior frente a amenazas y agresiones que atenten a la soberanía, independencia, integridad del Estado. En segundo lugar, la defensa interior frente supresiones violentas que ataquen a la soberanía (rebelión) o a la unidad territorial (secesión). En tercer lugar, competía a las FAS la defensa de la Constitución frente a cualquier amenaza, desorden o revuelta violenta que vulnere los principios consagrados por la soberanía popular. Asimismo, García Ruiz advertía la existencia de unas tareas complementarias como las docentes, culturales y la colaboración con las autoridades civiles en problemas sanitarios y ecológicos¹³¹⁶. Frente a esta posición autores

¹³¹⁵ Ya en 1978 Casado Burbano afirmaba al respecto que “Hoy, con la no grande pero sí suficiente perspectiva histórica, podemos constatar que este precepto no ha sido obstáculo formal ni material para que, por los cauces previstos en ese mismo orden institucional, se haya adoptado un régimen político basado en principios radicalmente opuestos.” Ver, CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española”, cit. pág. 15.

¹³¹⁶ GARCÍA RUIZ, E. *La misión del Ejército en la sociedad contemporánea*, Madrid, 1977, así citado tanto por BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, Dykinson, Madrid, 1987, en concreto, págs. 137 y ss. como GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las

como De Esteban abogaban por excluir toda referencia a una defensa institucional e, incluso, al papel de las FAS en el caso de subversión¹³¹⁷.

Respecto de las misiones de las FAS, en nada variaría el texto del precepto del primer borrador constitucional al texto finalmente aprobado, en el marco de un bloqueado consenso en esta materia, al que ya se ha hecho referencia. Ninguna de las enmiendas presentadas tuvo éxito. En la mayoría de las mismas, se pretendía que se incluyese de forma expresa la misión de garantizar la unidad de la nación o de la Patria, otras matizaban la referencia a la defensa del ordenamiento constitucional¹³¹⁸.

Como se advirtió, en el constitucionalismo democrático occidental resulta inusual la expresión de las misiones que competen a la fuerza militar¹³¹⁹, siendo ello común en el constitucionalismo sudamericano. La mención expresa de las misiones de las FAS en algunos textos de países europeos occidentales tiene un claro carácter garantista. Se trata de Estados con experiencias nada democráticas, por lo que con la expresión de tales misiones se pretende vincular la finalidad de FAS al régimen constitucional. Así sucede en Alemania¹³²⁰, Austria¹³²¹, Portugal¹³²² y en España. Tanto en Portugal

funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio”, cit. 184 y ss., puesto que quien suscribe no ha seguido esta obra sino por tales referencias. Este último autor recuerda que similares misiones propugnaban autores como FARRÁS, S. “Las Fuerzas Armadas”, en *La izquierda y la Constitución*, Taula de Canvi, Barcelona, 1978, págs. 139-140 o LUCAS VERDÚ, Pablo, “El Título I del anteproyecto constitucional (La fórmula política de la Constitución)”, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 23.

¹³¹⁷ Así, DE ESTEBAN, Jorge de, “Las bases de una Constitución para España”, *Sistema*, nº 19, 1977, pág. 108, citado por GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio”, cit. pág. 185.

¹³¹⁸ Más tarde se atiende de forma concreta las deliberaciones sobre tales enmiendas por su significación en la interpretación subjetiva de este precepto. Un completo y exclusivo seguimiento del iter constituyente respecto de las misiones puede seguirse en GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio”, cit. págs. 184-187.

¹³¹⁹ Véase el epígrafe “Unas notas sobre la recepción de lo militar en los textos constitucionales”.

¹³²⁰ Artículo 87 A:

“1. La Federación dispondrá fuerzas armadas con fines defensivos. Sus efectivos y las líneas generales de su organización deberán tener reflejo presupuestario.

como en España se dan unas connotaciones particulares; en el país vecino fueron las FAS las que llevaron a la democracia e incluso se

2. Las fuerzas armadas solo podrán utilizarse con fines distintos de los defensivos en los casos en que así lo disponga de modo expreso la presente Ley Fundamental.

3. En las situaciones de excepción de los casos de defensa y tensión las fuerzas armadas deberán asumir la protección de objetos civiles y asumir las funciones de regulación del tráfico en la medida en que ello sea necesario en orden al cumplimiento de su mandato defensivo. Además, en los mismo casos, también se podrá encomendar a las fuerzas armadas la protección de objetos civiles en apoyo de medidas policiales; a estos efectos, las fuerzas armadas actuarán en cooperación con los organismos competentes.

4. En orden a la superación de un peligro que amenace la existencia de la Federación o el régimen liberal democrático de la propia Federación o de un Land el Gobierno Federal, en el caso de que se den los presupuestos del apartado segundo del Artículo 91 y las fuerzas de policía y del servicio federal de protección de fronteras no resulten suficientes, podrá hacer intervenir a las fuerzas armadas en su apoyo para proteger objetos civiles y hacer frente a elementos subversivos organizados y armados militarmente. La intervención de las fuerzas armadas deberá cesar tan pronto como lo solicitaran la Dieta Federal o el Consejo Federal."

1321 Artículo 9 A:

"1. Austria se compromete a la defensa integral de su territorio, cuya función es garantizar frente al exterior la independencia, así como la integridad y unidad del territorio federal, especialmente con vistas al mantenimiento y defensa de la neutralidad permanente. Al mismo tiempo habrán de protegerse y defenderse las instituciones constitucionales y su capacidad de actuación, así como las libertades democráticas de los habitantes frente a ataques violentos desde el exterior."

Artículo 79:

"1. Corresponde al Ejército federal la defensa militar del país. Deberá organizarse conforme a los principios de un sistema de milicia.

2. El Ejército federal estará además destinado, en la medida en que el poder civil legal recurra a su participación.

1. Fuera del ámbito de defensa militar del país.

a) Para la protección de las instituciones constitucionales y de su capacidad de actuación, así como de los derechos democráticos de sus habitantes.

b) Para el mantenimiento del orden y de la seguridad en el interior.

2. Para prestar ayuda ante catástrofes naturales y accidentes de alcance extraordinario.

3. Mediante ley constitucional federal se regularán otras funciones del Ejército federal."

1322 En la Constitución portuguesa, inicialmente configuraba a las FAS como "policía constitucional", se disponía en el artículo 3 que las FAS "garantizan el regular funcionamiento de las instituciones democráticas y el cumplimiento de la Constitución", teniendo "la misión histórica de garantizar las condiciones que permitan la transición pacífica y pluralista de la sociedad portuguesa a la democracia y al socialismo (artículos 3. 5º, 7º y 14º). También, en el Título X de la Fuerza militar, se disponía que la fuerza militar había de "garantizar la independencia nacional, la unidad del estado, la integridad del territorio, el funcionamiento regular de las instituciones democráticas y el cumplimiento de la Constitución y, finalmente, las condiciones que permitieron la transición pacífica y pluralista de la sociedad portuguesa a la democracia y al socialismo." Tras la reforma constitucional 30 de septiembre de en 1982, sólo el artículo 275 alude a las fuerzas armadas. Los funciones que se les atribuyen en este nuevo preceptos son la defensa militar de la República y la colaboración, en los términos de la ley establezca, en tareas relacionadas con satisfacción de necesidades públicas y la mejora de la calidad de vida de la población.

instituyeron inicialmente en garantes de la misma sin respetar el principio de supremacía civil. Nuestro caso es bien distinto de éste, las FAS españolas fueron un grupo de presión en la elaboración de la Constitución, aun con una fuerza mitigada, y a resultas de esta posición derivó este precepto cuya mayor atipicidad no se da tanto por su contenido sino, más bien, por su situación en el Título Preliminar que ha llevado a interpretaciones bastante desafortunadas.

Pero no hay que dejarse llevar por una *hipocondría* a la hora de interpretar la regulación constitucional relativa a las FAS. La constitucionalización de sus misiones no es sino una garantía en un país que contaba con una tradición militarista y poco democrática, lo cual, con esta regulación expresa, se pretende evitar. En modo alguno estaba de más recordar cuáles eran las misiones que correspondían a las FAS; pues si las funciones militares pueden sobreentenderse en cualquier Estado de tradición democrática, no era así en España. De ese modo, con este precepto se trata de vincular jurídica y políticamente a las FAS a unas misiones para que en modo alguno suceda lo que pasaba en nuestro constitucionalismo histórico, en el que no se regulaban las misiones en la ley de leyes porque resultaba obvio el papel que competía a las FAS, una posición que ya no puede sostenerse en un Estado democrático.

Que estas misiones se recojan en el frontispicio constitucional, si bien fue un , a la Institución militar tiene una explicación constitucional objetiva y coherente que en nuestra doctrina sólo Guaita ha tenido el acierto de advertir. A decir de este autor “la trascendencia de las misiones que se asignan a las Fuerzas Armadas justifica la inclusión del precepto transcrito [el art. 8] en el título preliminar de la Constitución, sin que por ello queden aquéllas “desadministrativizadas”, resulta ciertamente una *especialidad* de bulto que se les encomiende nada menos que “defender” el ordenamiento constitucional”¹³²³. El hecho de que sean las FAS el instrumento de los

¹³²³ Ver, GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales...cit., págs. 579-580.

poderes democráticos que, en su caso, deba proteger materialmente el Estado constitucional es motivo suficiente para que la ley de leyes les dé cabida en el Título Preliminar. Además, la atribución de estas misiones es un buen fundamento jurídico para explicar la diferenciación entre la Administración civil y la militar que se opera en el artículo 97 CE.

Ahora bien, todo hay que decir que esta deferencia que se tuvo con las FAS al incluirlas en el Título Preliminar tiene otra consecuencia jurídica relevante, a mi juicio no excesivamente positiva. Y es que tal ubicación es significativa desde la perspectiva de la reforma constitucional, puesto que la misma habría de operarse por medio del procedimiento agravado del artículo 168 de la Constitución. Sin embargo, de haber sido incluido en el Título IV -su ubicación natural- el mecanismo sería el que determina el artículo 167, y por tanto menos gravoso. Como se verá, la integración en sistemas colectivos de defensa y la evolución de la Unión Europea en esta parcela agradecerían una posible reforma de este artículo octavo. Incluso la reforma del artículo octavo podría darse en el marco de una posible redefinición del Estado español al tenor de una posible evolución del conflicto nacionalista en España.

En todo caso, hay que obviar extrañas interpretaciones que no tendrían soporte alguno en una lectura sistemática de la Constitución y es preciso acudir, más que a la ubicación de este artículo, a su naturaleza y contenido.

D) EL SENTIDO Y ALCANCE DE LA FIJACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS MISIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS

Es preciso fijar el sentido y alcance que tiene la determinación constitucional de las misiones que competen a las FAS, pues en modo alguno se trata de una cuestión intrascendente ni pacífica. Antes de entrar en el significado mismo de las funciones que ahí se recogen, es preciso formularse algunas preguntas previas ¿se trata de una declaración de carácter programático o tiene un sentido estricto

jurídico? ¿se trata de un *numerus clausus* o de un *numerus apertus*, esto es, son éstas las únicas misiones que pueden competir a las FAS en el marco constitucional? ¿la enumeración de tres misiones puede entenderse como una prelación, es decir, una prioridad o preferencia según el orden por el cual se expresan? ¿se trata de tres misiones separadas y diferenciadas o de las mismas es preciso advertir una única misión con facetas que pueden discernirse?

Podría pensarse que estas cuestiones no tienen más relevancia que la propia del interés jurídico, nada más lejano de la realidad. De la posición que se sostenga dependen cuestiones tan importantes como pueda ser si constitucionalmente las FAS han de defender a España, con independencia del carácter constitucional del Estado español. También se trata de algo tan actual e importante como pueda ser la constitucionalidad de la actuación de la fuerza militar en el caso de un posible desmembramiento -secesión- del Estado. De igual forma del análisis del contenido del artículo octavo, en conexión con el resto de la Constitución, se hacen residir cuestiones como la admisibilidad constitucional de la ejecución por nuestras FAS de misiones fuera de área con fines de paz, humanitarios, de defensa de los derechos humanos o, incluso, en defensa de los intereses de la seguridad del Estado. Asimismo, del entendimiento que se haga de este precepto reside la admisión o no de la constitucionalidad de la colaboración de los Ejércitos en nuestro país ante catástrofes humanas o ambientales. La constitucionalidad de reciente participación española en la guerra del Kosovo se hace depender, también, del entendimiento sobre la regulación de la ley de leyes sobre la materia. Así pues, queda advertido el lector de la relevancia práctica del análisis que a continuación se expone.

La posición que aquí se sostiene parte precisamente de esta idea de garantía frente a una tradición militarista y poco democrática. Por ello, la expresión de las misiones constitucionales que se da en el artículo 8 CE tiene un carácter taxativo *en sentido político*, esto es, se pretende erradicar un mal empleo de las FAS por quienes tienen

atribuidos su mando y dirección. No obstante, fuera de estas connotaciones jurídico-políticas, el artículo 8. 1º CE no implica que las misiones ahí señaladas sean las *únicas* tareas constitucionales que nuestros Ejércitos puedan hacer efectivas ni dentro ni fuera del territorio, ya sean con o sin la fuerza militar. La enumeración de las misiones constitucionales en el artículo octavo determina cuál es el sentido atribuido a la defensa militar del Estado, viene a subrayar el carácter defensivo de nuestra Constitución o como señala Herrero, “supone la formulación de un concepto constitucional de seguridad”¹³²⁴ (militar), por el cual, sin que se excluyan otras posibles misiones de las FAS de tipo altruista –misiones internacionales- o de puesta a disposición de su organización y medios en el interior –de *boys scouts-*, la finalidad esencial que se superpone a todas las demás¹³²⁵ es la defensa del Estado constitucional español.

No parece adecuado concebir de forma taxativa las misiones encomendadas en el artículo octavo, al menos, como lo ha hecho buena parte de la doctrina¹³²⁶. Por el contrario, parece más adecuada la

¹³²⁴ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 18.

¹³²⁵ En este sentido, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 24 considera que “tampoco puede sustituirse la percepción de la amenaza concreta por un altruismo universal que haga de la defensa de la paz y el orden internacional la motivación de una política de defensa y seguridad. Restablecer y guardar la paz al servicio de las Naciones Unidas puede ser importante tarea en beneficio de la propia seguridad [...] Pero han de ser explicadas a la opinión pública en función de la seguridad propia y no como mera contribución al bienestar de la comunidad internacional.”

¹³²⁶ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, en “Principios de la ordenación... cit. pág. 2585 o en *La caracterización jurídica de las FAS*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 331; dicho autor sostenía que las misiones encomendadas en el artículo octavo eran las únicas misiones *armadas* que podía acometer el Ejército.

La mayoría de la doctrina hasta entonces afirmaba un completo carácter taxativo de las misiones enunciadas en el artículo octavo, esto es, ni siquiera reconocía la posibilidad constitucional de llevar a cabo en el interior misiones que no conllevaran el empleo de las armas. Así, BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, pág. 70 no duda en afirmar que “Si algo queda claro en el artículo del que venimos tratando es que las Fuerzas Armadas [...] no pueden ser utilizadas por el ejecutivo, sino en aquellas misiones que, también expresa por más que latamente, se determinan en la Constitución.” Además de estos autores, entre otros, se afirmó el carácter taxativo de las misiones de las FAS en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, en el manual colectivo de DE ESTEBAN, Jorge y otros, *El régimen*

posición que ya mantuviese Martínez Sospedra recién aprobada la Constitución¹³²⁷, quien afirmó que el artículo 8. 1º CE se limitaba a señalar aquellos cometidos de mayor relevancia *política* que podrían encomendarse a nuestros Ejércitos. Esta lectura es la que aquí se comparte, no sin una advertencia. Esta interpretación no supone en modo alguno afirmar que las finalidades señaladas en el artículo 8 CE no tienen contenido jurídico o que sean meramente declarativas como algún autor ha entendido¹³²⁸, ni significa que el artículo 8 no suponga ninguna limitación para el empleo de la fuerza¹³²⁹. Este artículo, aparte

constitucional español, vol. II, Labor, Barcelona, 1982, págs. 268-275; SANCHEZ AGESTA, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1990, págs. 254-257; SERRANO ALBERCA, José Manuel, "Comentario al artículo octavo", cit., págs. 120-122; ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Foro, Madrid, 1978, págs. 129-130 o CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", cit. págs. 30-33.

LAFUENTE BALLE, José M. "Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8 de la Constitución", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, N° 36, 1992, págs. 67-71, señala, que el carácter era taxativo pero el artículo 8. 1 -"Constitución jurídica"- ha quedado de alguna manera desfasado por una "Constitución real", por lo que tiene que converger en una "Constitución integrada" en el sentido esgrimido por Konrad Hesse (ver, ob. cit. pág. 68).

Más recientemente, MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, "El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad", texto de la ponencia presentada al "I Coloquio sobre política de defensa y seguridad", 14 diciembre de 1998, (Universitat de Barcelona), texto mecanoscrito facilitado por los autores; éstos consideran que "las funciones del art. 8 CE coinciden con las denominadas clásicas, lo que no quiere decir que las FAS no puedan desempeñar otras, pero eso a su vez no significa que el legislador ordinario pueda arrogarse el atribuirles nuevas funciones. Desde un principio quiero dejar claro mi apoyo a una redefinición de las funciones de las FAS, pero mientras esto no se produzca debe respetarse la letra de la Constitución de 1978."

¹³²⁷ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, "Notas para un comentario del título preliminar", en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, págs. 67-82, en concreto, págs. 81-82.

¹³²⁸ En especial, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas... cit. págs. 206 y ss. y en GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Intervención militar en Serbia; 2º inconstitucionalidad", (277 líneas), <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=ind9905&L=debatescons&F=&S=&P=858>, (23/5/1999), en *Debate sobre los aspectos constitucionales de la intervención militar española en Serbia*, mayo 1999, <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A1=ind9905&L=debatescons>, donde afirma que "La práctica constitucional durante estos últimos veinte años, así como la obra legislativa y los compromisos internacionales adquiridos, sin embargo, han convertido el precepto en meramente declarativo." A diferencia de este último parecer, quien suscribe entiende que el artículo 8 CE sí tiene virtualidad jurídico-política, en la línea de lo afirmado.

¹³²⁹ Que es la posición que parece seguir LAFUENTE BALLE, José M. "Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones... cit. este autor acaba afirmando

de definir el sentido que tiene la defensa militar para la Constitución, es una garantía de que las FAS no sean instrumento para operar fines extraños a su posición en el marco constitucional, es una garantía frente a los responsables de su dirección y empleo –el Ejecutivo– y parámetro de control para quienes velan por el control de la fuerza armada y la constitucionalidad de su actuación. En este sentido, que la fuerza militar pueda ser el instrumento con el que ejercer algunas misiones no expresadas en el artículo octavo, pero admisibles en el marco constitucional no supone, en modo alguno que, como señalase Sevilla Andrés, el Ejército tenga una “función propia en la vida colectiva [que...] va mucho más allá de la recogida en el artículo 8 de la Constitución”¹³³⁰.

De otra parte, de ninguna manera puede entenderse que la formulación del artículo octavo implique una prelación de misiones que compete ejercer a las FAS bajo la dirección del Ejecutivo. Se trataría de entender que a la hora de disponer el empleo de la fuerza militar, quedaría por encima de todo la misión de “garantizar la soberanía e independencia de España”, en segundo orden “defender su integridad territorial” y sólo, de no ser contrario a los anteriores fines, el empleo por el Ejecutivo de las FAS sería el de defender “el ordenamiento constitucional.” Ha sido en nuestra doctrina Hillers de Luque quien *puso el dedo en la llaga* al formular esta interpretación que él mismo criticaba. Afirma este autor que “en toda norma jurídica, los valores protegidos siempre van numerados de mayor a menor grado de importancia” por lo que en el artículo octavo “Al hacer esta enumeración distintiva de valores separando conjunción copulativa “y” al ordenamiento constitucional, está diciendo claramente que los dos primeros no quedan supeditados a este último; que son valores independientes cuya interpretación no se sujeta al “ordenamiento

que el artículo 8 no es taxativo y que mejor sería que no hubiese enumeración alguna de las misiones de las FAS, puesto que el sometimiento al artículo 97 CE de la fuerza armada disiparía recelos históricos.

¹³³⁰ SEVILLA ANDRÉS, Diego, “Comentario al Artículo 8 de la Constitución”, cit. pág. 19.

constitucional”¹³³¹. Hillers considera que para que no se diese esta prelación habría de haberse señalado que a las FAS competía la misión de “garantizar la soberanía e independencia de la Patria, defender la integridad territorial, según (de acuerdo con, conforme a ... etc.) el ordenamiento constitucional”¹³³². En consecuencia, en caso de conflicto esta última misión saldría perdiendo¹³³³.

Sin perjuicio de lo erróneo de esta tesis, cabe decir que en nuestra doctrina no se comprendió la posición de *abogado del diablo* de este autor, pues precisamente lo que hacía era criticar a la Constitución por haber regulado así las misiones de las FAS¹³³⁴. Ahora bien, esta interpretación resulta insostenible porque, como en este estudio se afirma, las tres misiones conferidas a las FAS son, al fin y al cabo, sólo una: la defensa militar del Estado constitucional y que supone, por ende, la defensa militar de sus elementos políticos, territoriales y humanos tanto de cara al interior de la organización política como frente al exterior. Y esta única finalidad hace inescindibles a las tres que se señalan en el artículo octavo que no pueden entenderse de forma aislada, sino como expresión de una misma cosa. La atención concreta de estas misiones será la que nos desvele esta interpretación última.

II. Atención concreta de las misiones señaladas en el artículo octavo

A) LA NECESIDAD DE SUPERAR UN ENFOQUE INADECUADO

Cuando se analizan de forma concreta las misiones de las FAS, se parte de un esquema preconcebido a mi juicio no del todo adecuado. Se ha visto el artículo octavo como la recepción de las funciones

¹³³¹ HILLERS DE LUQUE, Sigfredo, “Las Fuerzas Armadas y la Constitución... cit. pág. 87.

¹³³² *Idem*.

¹³³³ *Ibidem* pág. 88.

¹³³⁴ LÓPEZ RAMON; Fernando, “La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas” págs. 320-321, también GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 189.

clásicas de las FAS en dos vertientes fundamentales, la exterior y la interior. Así, “garantizar la soberanía e independencia de España” sólo podría interpretarse como directa alusión a ataques exteriores al Estado, y en el polo opuesto, la defensa del “ordenamiento constitucional” sería una referencia directa a los ataques provenientes del interior de carácter subversivo. En medio, se situaría la defensa de la “integridad territorial” que bien podría provenir del exterior, bien del interior.

Todo hay que decir que el punto de partida que supuso lo afirmado por García Ruiz y los mismos debates constitucionales parten de este punto de vista¹³³⁵. Sin embargo, y sin negar por completo este enfoque, como a continuación se expone, defender la soberanía de España no sólo tiene implicaciones, digámoslo así, exteriores, sino también interiores, que no sólo tienen lugar en virtud de la defensa del ordenamiento constitucional expresada al final de este precepto. Todo es consecuencia de la íntima conexión de todas las misiones de la fuerza militar expresadas en el artículo octavo.

¹³³⁵ Como se ha señalado, García Ruiz afirmó que a las FAS competía, en primer lugar, la defensa exterior frente a amenazas y agresiones que atenten a la soberanía, independencia, integridad del Estado. En segundo lugar, la defensa interior frente supresiones violentas que ataquen a la soberanía (rebelión) o a la unidad territorial (secesión). En tercer lugar, competía a las FAS la defensa de la Constitución frente a cualquier amenaza, desorden o revuelta violenta que vulnere los principios consagrados por la soberanía popular.

En los debates constitucionales diversas intervenciones siguen esta percepción, así la intervención del diputado socialista Múgica, o la del comunista Solé Tura, el 16 de mayo de 1978, Ver, CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., pág. 2380 o en el de 5 de julio (pág.3886). Por ejemplo, el diputado comunista señaló que en el art. 8 “se define el papel constitucional de las fuerzas armadas como un papel de defensa contra agresiones exteriores, de defensa de la soberanía y de la independencia de nuestra país. Ésta es su misión fundamental y también la defensa del ordenamiento constitucional.”

B) LA GARANTÍA DE LA SOBERANÍA E INDEPENDENCIA DE ESPAÑA
(ÁMBITO EXTERNO)

a) *La vertiente exterior de esta finalidad y la posición de España en el concierto internacional*

Coincide la doctrina en apreciar que esta misión de las FAS hace directa referencia a su finalidad defensiva frente a ataques provenientes del exterior¹³³⁶. En este sentido, la “soberanía e independencia”, como también la “integridad territorial” resultan los términos usualmente empleados en el Derecho internacional a la hora de referir las tensiones -usualmente por medio de las armas- entre diferentes Estados, como sucede en la Carta de la ONU o en la clásica Resolución 2625 (XXV)¹³³⁷. Como es sabido, desde la perspectiva del Derecho internacional, la soberanía del Estado es principio fundamental del mismo Derecho internacional siendo la premisa que hace a cada Estado sujeto del Derecho y órgano del mismo. Asimismo, la soberanía es el punto de partida del reconocimiento de una serie de competencias exclusivas ajenas a la jurisdicción internacional así como la razón por la que se atribuye a cada Estado iguales derechos y deberes e igual condición de pertenencia a la comunidad

¹³³⁶ Así, todos los autores que atienden la materia, en diversas ocasiones ya referidos.

¹³³⁷ Así, por ejemplo, en la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 2. 4º se preceptúa que:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

La Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 se hace referencia a “la integridad territorial de Estados soberanos e independientes” “Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento total o parcial de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”, “Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. [...] El uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención.” En esta línea también es clásica como la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

internacional¹³³⁸. Desde esta perspectiva externa, la Constitución recoge claramente una idea defensiva militar bajo el término “garantizar” la propia existencia del Estado y su capacidad de autodeterminación lo cual conlleva una continua preparación y vigilancia de las FAS adecuada al contexto internacional.

Respecto de la situación de España en este contexto estratégico internacional y su fuerza militar, baste señalar algunos elementos básicos apuntados por diversos autores¹³³⁹. En primer lugar, cabe partir de la privilegiada situación geoestratégica de España, que con su sólida plataforma peninsular y sus apéndices insulares ocupa el flanco sur europeo; junto con Marruecos domina el área de Gibraltar que cierra el Mediterráneo; con Portugal tiene acceso a un enorme espacio atlántico por el que discurren las grandes vías de comunicación y del comercio mundial; y, en su conjunto, constituye un eslabón, naturalmente muy fuerte por su relieve y longitud de

¹³³⁸ En este sentido, en la Resolución 2625 (XXV) se señala la igualdad jurídica de los Estados, el goce de sus derechos inherentes a la plena soberanía, el deber de respetar la personalidad de los demás Estados, la integridad territorial y la independencia política de los mismos, su derecho a elegir y a llevar a delante libremente su sistema político, social, económico y cultural y el deber de cada estado de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.” Entre cualquier obra de referencia sobre el tema, se ha seguido CARRILLO SALCEDO, Juan A, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, (2ª ed.), Tecnos, Madrid, 1976, en concreto, las conclusiones sobre el particular pueden seguirse en las págs. 95 y ss., 103 y ss. y 331 y ss. y PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales* (6ª ed.), Tecnos, Madrid, 1996.

¹³³⁹ En especial se sigue el monográfico de *Las ideas estratégicas para el inicio del tercer milenio*, Cuadernos de Estrategia de la Dirección General del Instituto Español de Estudios de Política de Defensa Estratégicos (Grupo de Trabajo número 6/98), bajo la coordinación de Miguel Alonso Baquer. En esta obra se contienen veinticinco amplias recensiones sobre las más importantes obras sobre estrategia de los últimos años, así como sobre las más relevantes del marco español. Se atienden ahora las obras relativas a España: MUNILLA LÓPEZ, Eduardo, *Introducción a la estrategia militar española*, Colección Adalid, Servicio de Publicaciones del EME, Madrid 1984, (recensión a cargo de ROMERO SERRANO, JOSÉ Mª, págs. 109-116) y ALONSO BAQUER, Miguel, *Estrategia para la defensa. Los elementos de la situación militar en España*, Instituto de Estudios Económicos, Grafinat S.A., Madrid, 1988 (recensión a cargo de TOLEDANO MANCHEÑO, Juan A., págs. 167-176. Además, se sigue, OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, “La privatización del deber militar: el servicio militar y la organización de las fuerzas armadas españolas ante el nuevo escenario estratégico”, cit. o los diversos trabajos contenidos en AA. VV, *La defensa en España al siglo XXI*, y AA. VV. , *La profesionalización en los Ejércitos*, cit.

costas, que permite la proyección de Europa hacia África, América y oriente medio y viceversa. Por su geografía, economía, y estabilidad política, España resulta ser una potencia de grado medio, con intereses y responsabilidades regionales en el sur de Europa, si bien, su evolución histórica y cultural le permiten influir en la política global con mayor relevancia que la propia potencialidad de sus recursos. Por cuanto al nivel de la fuerza militar, España se sitúa en una posición intermedia quizá algo por debajo de su posición económica. La relación de fuerzas con los países vecinos es diversa, el balance frente a Francia es negativo, al potencial militar del país galo se une su tenencia de arsenal nuclear. Con relación a Marruecos este país sostiene un Ejército más numeroso, si bien su armada y fuerza aérea son considerablemente inferiores. Con Portugal, la relación de fuerzas es claramente positiva del lado español.

La integración en las organizaciones internacionales de defensa y el proceso de profesionalización han provocado una reestructuración de la fuerza militar en un momento adecuado en tanto no se da una amenaza inminente. No obstante, el valor permanente de su situación estratégica no excluye potenciales ambiciones exteriores, de otra parte, se encuentra en una zona de fuerte fricción con el norte de África, donde los índices de riesgo no permiten su menosprecio. Además las plazas de Ceuta y Melilla de alto valor estratégico militar para España resultan, a la vez, motivo de una seria discrepancia con el país vecino hasta ahora latente. Los mayores peligros se dan, pues, sobre estas plazas y el tráfico por el Estrecho, así como sobre el sur peninsular Canarias y Baleares. Otro factor decisivo en materia de defensa militar es la falta de una conciencia de defensa que se debe, fundamentalmente, a dos factores: los problemas nacionales internos y la feliz ausencia de un conflicto relevante con otro u otros Estados dada su neutralidad en las dos grandes guerras del presente siglo. La pertenencia de España a las organizaciones de defensa colectiva y su evolución en el marco europeo de defensa vinculan al país al ámbito

más amplio de la situación geoestratégica y política internacional, respecto de la cual se hará más tarde referencia.

b) La garantía de la soberanía e independencia de España y el pacifismo realista de una Constitución que no se quiso vincular al Derecho internacional

Al margen de la percepción de los elementos básicos de la realidad, resulta preciso volver al marco de atención jurídica y, en concreto, al alcance que tiene la determinación constitucional del artículo octavo, situando éste en el contexto de la ley de leyes. En éste y otros preceptos se afirma la necesidad de la defensa militar del Estado. Esta concepción de la defensa militar que expresa la Constitución (de forma conjunta con el artículo 30, 97 o 149 CE) denota la parcial recepción de aquel pacifismo instaurado – nominalmente- por el constitucionalismo liberal. La ley de leyes excluye una política internacional de carácter expansionista y guiada por la coacción y el empleo de las armas. Ahora bien, no hay que confundirse, se trata de un pacifismo realista que no excluye el posible empleo de las armas en aras de la seguridad del Estado y que, además, no se vincula constitucionalmente al seguimiento del Derecho internacional.

La garantía de la soberanía (externa) del Estado no limita la actuación de las FAS a la estricta legítima defensa internacional ni la vincula constitucionalmente al seguimiento de los Tratados Internacionales como lo hiciera de forma expresa la Constitución republicana de 1931. La opción del constituyente de 1978 por no continuar la línea de aquél texto o de las Constituciones de Irlanda¹³⁴⁰,

¹³⁴⁰ Artículo 29:

“1. Irlanda afirma su fidelidad al ideal de la paz y cooperación amistosa entre las naciones basado en la justicia internacional y en la moral.

2. Irlanda afirma su adhesión al principio del acuerdo pacífico de los conflictos internacionales mediante el arbitraje o las decisiones de la justicia internacional.

3. Irlanda acepta los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos como criterio de conducta en sus relaciones con otros Estados.”

Italia¹³⁴¹ o Grecia¹³⁴² tiene un claro significado que Herrero ha advertido recientemente¹³⁴³. Ni la Constitución ni las leyes han vinculado la garantía de la soberanía e integridad territorial al Derecho internacional¹³⁴⁴, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ello pudiera conllevar. La Constitución, si bien se caracteriza por

¹³⁴¹ Artículo 11: “Italia rechaza la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales; consiente, en condiciones de paridad con los otros Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales dirigidas a tal fin.”

¹³⁴² Artículo 2:

“1 - El respeto y la protección del valor de la persona humana constituyen la obligación primordial del Estado.

2 - Grecia, adaptándose a las reglas universalmente reconocidas del Derecho internacional persigue el fortalecimiento de la paz y de la justicia, así como el desarrollo de relaciones amistosas entre los pueblos y los Estados.”

¹³⁴³ Este autor no repara concretamente en la ligazón de la Constitución republicana al Derecho internacional en virtud del artículo 77, más allá de la mera declaración del artículo 6, ni en algunos de los textos constitucionales mencionados, si bien, sin perjuicio de ello, se coincide en su posición cuando afirma que el “constituyente que, abandonando el llamado Derecho Constitucional de la Paz, reivindica el derecho de guerra (artículo 63. 3º). Tal vez no como instrumento de política nacional, y ello por razones no sólo jurídicas -la Carta de las Naciones Unidas-, sino también técnicas, de consecuencias anti Clausewitz; pero sí como garantía de la propia seguridad. Con ello la Constitución de 1978, que en tantos aspectos había seguido el modelo de 1931, paradigmático de aquella orientación, cambia de dirección y se decanta por una nueva tendencia del Derecho constitucional internacional, más realista que liberal, y que después había de ser seguida por más recientes constituciones.” HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 19.

¹³⁴⁴ El legislador no ha vinculado la actuación de las FAS al Derecho internacional, lo cual podría haber sido una opción, sino que no somete a tales condicionamientos ni siquiera la declaración de guerra (art. 63. 3º CE).

En consecuencia, no tiene por qué seguirse la visión restrictiva que supone que la defensa del Estado sólo alcanza la legítima defensa a la que hace referencia el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas (como “defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas”). Esta visión restrictiva es la que primaba en la Proposición de Ley 122/000274, de Modificación 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, presentada por el Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida, el 11 de mayo de 1999 (BOCG, Congreso de los Diputados, 24 de mayo de 1999, Serie B, nº 306-1, págs. 1-2). En la misma, se proponía como apartado primero del artículo 6 “El objetivo de la Defensa Nacional es el establecido en el artículo 8 de la vigente Constitución, *esto es*, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento Constitucional, frente a la agresión de otro Estado en los términos de la Resolución de las Naciones Unidas número 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, de Definición de la Agresión” Como se incide en el apartado segundo del texto propuesto, esta interpretación supone “el caso de defensa frente a una agresión directa al objetivo de la Defensa Nacional”. Dicha proposición caducó.

su apertura internacional (artículo 93. 1), no excluye su supremacía (artículo 95)¹³⁴⁵: como recientemente se ha afirmado, “la Constitución española ha expresado un internacionalismo desvaído y fragmentario”¹³⁴⁶.

Además, el mantenimiento de una posición internacional que beneficie la defensa de España es algo que no puede quedar excluido constitucionalmente por el reconocimiento de la paz contenido en el Preámbulo de la ley de leyes como ha querido ver la mayoría de la

¹³⁴⁵ Como es sabido, la cuestión no es ajena a la polémica doctrinal, si bien, a mi juicio, salvo en el caso de lo dispuesto en el artículo 10. 2º CE, la atención al Derecho internacional debe seguirse desde otras perspectivas, pero no desde la constitucional que ahora se sigue. En este sentido, acerca de la primacía constitucional sobre el Derecho internacional, MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y el Derecho comunitario”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 181-197, en concreto en la pág. 186 afirma que “hay un consenso generalizado en torno a la infraconstitucionalidad de los Tratados internacionales”. Desde la perspectiva de un internacionalista, también, PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit, págs. 194-209, en concreto, págs. 204 (“de ningún modo un tratado puede prevalecer sobre la Constitución”. Desde la perspectiva constitucionalista, con profundidad, ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Soberanía constitucional e integración europea”, en *Fundamentos*, cit. págs. 503-555, en concreto, págs. 532 y ss. quien en la pág. 539 afirma con rotundidad que nuestro modelo constitucional “se trata de un modelo monista de primacía del ordenamiento estatal, sobre la base de la soberanía plena de la Constitución formal”. Sobre el tema, con brevedad, ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. págs. 181-183, más lacónicamente, en un sentido semejante ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, en LÓPEZ GUERRA, Luis y otros, *Derecho constitucional*, (vol. I) 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs.83-84.

Sin embargo la cuestión ya no es tan clara cuando se trata del *ius cogens* internacional, para el ámbito de las misiones de las FAS, afirma el carácter constitucional del *ius bellum*, RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José L., “Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, cit. pág. 188, posición que aquí no se comparte. Sobre el *ius cogens* internacional, entre otros, PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit, págs. 66-70.

¹³⁴⁶ REMIRO BROTONS, Antonio, “La Constitución y el Derecho Internacional”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 227-257, en concreto en la pág. 256 afirma:

“El mero hecho de que un Estado sea democrático implica el amparo y protección de los valores básicos del Derecho Internacional contemporáneo, como son los derechos humanos y las libertades públicas; pero con eso no basta. Es preciso que en su marco normativo primario el Estado manifieste su disposición para cooperar en la realización de los objetivos de una sociedad internacional pacífica y en la observancia –también doméstica– del Derecho que aspira a regir sus relaciones. En este sentido, la Constitución española ha expresado un internacionalismo desvaído y fragmentario que no coincide con el espíritu que ha animado la política exterior española en los últimos veinte años”.

doctrina. En nuestro Preámbulo constitucional “La nación española [...] en uso de su soberanía, proclama su voluntad de [...] Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.” Diversos autores no han dudado en afirmar el reconocimiento de la paz como valor o principio jurídico en nuestro sistema, lo cual se deriva, entre otros argumentos, de la afirmación contenida en el Preámbulo constitucional¹³⁴⁷. Por ello, la mayoría de la doctrina entiende que lo afirmado en el Preámbulo y la legalidad internacional exigen considerar inconstitucional cualquier actuación de los poderes públicos que menoscabe o ponga en peligro la paz internacional, o que en el ordenamiento jurídico español sólo cabe acudir a una guerra en supuestos de estricta legítima defensa frente a agresiones exteriores¹³⁴⁸.

¹³⁴⁷ Sobre una visión constitucional de la paz se han seguido diversos estudios contenidos en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a “Derecho, paz, violencia”, en concreto: HERRERA FLORES, Joaquín, “Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico”, págs. 107-123; PÉREZ LUÑO, Antonio E., “La paz como valor constitucional”, págs. 125-132 y SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit. págs. 133-161. Asimismo, RUÍZ MIGUEL, Alfonso, “¿Tenemos derecho a la paz?”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, Madrid, 1985.

¹³⁴⁸ En contra de esta posición hay, no obstante, toda una serie de autores en nuestra doctrina. Así, CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar...* cit. págs. 206-209, para quien la defensa militar se concreta en el derecho inmanente de legítima defensa del que habla el art. 51 de la Carta de la ONU y “La guerra queda así confinada a supuestos de legítima defensa frente a agresiones externas cuando no han funcionado otros mecanismos internacionales previstos para el arreglo pacífico de las controversias. Creemos que nuestra Constitución adopta claramente esta perspectiva. Precisamente el preámbulo proclama la voluntad de la nación española de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.” (Ob. cit. pág. 208).

También es ésta la postura de LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas” cit. págs. 2582 y ss. Para este autor, a pesar de la ausencia de una renuncia constitucional expresa, no cabe la menor duda de las finalidades exclusivamente defensivas de cualquier intervención armada en el sistema constitucional español, en virtud de la pauta interpretativa e integradora que se deduce del Preámbulo de la Constitución. Esta visión la comparte GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales ... cit. en concreto, págs. 188-189 y 209, quien afirma que “La función defensiva o disuasoria de nuestros Ejércitos resulta, por ello, evidente y se manifiesta en dos sentidos: en el plano internacional, al estar proscritas las agresiones terceros, y en el plano interno, como veremos, al quedar apartados de las funciones de mantenimiento del orden político.” En sentido semejante, también, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 53-54. BLANQUER CRIADO, David, *Ciudadano y soldado...* cit., en concreto págs. 360 y 364.

Sin duda, nuestro Preámbulo implica algún contenido jurídico¹³⁴⁹, como lo es partir de un entendimiento de la guerra como un disvalor, una realidad negativa no deseable¹³⁵⁰. Del Preámbulo también puede desprenderse la interdicción constitucional de la propagación por parte de los poderes públicos de doctrinas belicistas¹³⁵¹. Mas, sobre todo, el Preámbulo se configura como una cláusula *anti* – Clausewitz, también recogida en otras constituciones europeas¹³⁵², que excluye acciones militares expansionistas o basadas en los puros intereses estatales opuestas a una finalidad genérica de paz, es decir, supone una renuncia a la guerra como instrumento de política internacional, como clásicamente era empleada.

Sin embargo, el Preámbulo supone la aceptación constitucional de un pacifismo realista y activo¹³⁵³, que no excluye la actuación de las

Sin acudir al argumento del Preámbulo constitucional, la mayoría de la doctrina sostiene el uso de las FAS sólo para repeler agresiones SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 2385 o MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar*, cit. págs. 319-320.

¹³⁴⁹ Sobre el tema, se ha seguido BLANQUER CRIADO, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 361 y ss.

¹³⁵⁰ En este sentido de acuerdo con PÉREZ LUÑO, Antonio E., “La paz como valor constitucional”, pág. 129.

¹³⁵¹ Ello se apoyaría también en el artículo 27. 2º CE, que pese a no contener ninguna referencia expresa sobre de la paz, debe ser interpretado conforme al artículo 26. 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que afirma la necesidad de promover en la educación “el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”. En este sentido, BLANQUER CRIADO, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 361 y ss. págs. 360 y 365.

¹³⁵² El artículo 26 de la Ley Fundamental de Bonn señala que “Son contrarias a la constitución las acciones que puedan provocar la alteración de la convivencia pacífica de los pueblos y que se emprendan con tal propósito, especialmente el emprender una guerra de agresión. La ley deberá establecer su castigo.”

En este sentido, lo que impide el preámbulo constitucional en España son políticas de conquista a través de las FAS, como, por ejemplo, se contiene en una tradicional norma francesa que tiene por origen la Constitución de 1791 y se incluye en el Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946: “La República francesa fiel a sus tradiciones [...] No emprenderá guerra alguna con fines de conquista ni empleará nunca sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo.”

¹³⁵³ Cabe recordar que en el Preámbulo constitucional se insertó el término del “fortalecimiento” a la vez de la colaboración en unas relaciones pacíficas de los pueblos de la Tierra. Así lo recuerda SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit. pág. 112, haciendo referencia al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión, 20 de junio de 1978, pág. 3484.

FAS en el exterior para situaciones de crisis, puesto que ello también puede interpretarse como colaboración para el logro de la paz¹³⁵⁴. El pacifismo que recoge la Constitución no es el pacifismo absoluto de Jesús, los Cuáqueros o Gandhi, quien afirmase que “No hay caminos para la paz; la paz es el camino”, se trata, por el contrario de un pacifismo realista, moderado o limitado que Cranston calificó de “pacifismo político”: no se desea la violencia y la guerra, pero la violencia puede ser legítima frente a violencia una mayor y arbitraria¹³⁵⁵. Como afirma Soriano “la Constitución se acoge a esta suerte de pacifismo limitado o relativo ya indicado, consciente de que un extremo pacifismo sólo puede darse en el ámbito de lo teórico; la misma existencia de la Constitución, en la que se regula un ejercicio legítimo de la violencia del Estado es una muestra de este posicionamiento constitucional.”¹³⁵⁶

Así pues, “la colaboración en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas” a la que alude nuestro Preámbulo, sin renunciar a la finalidad que supone el logro de la paz en las relaciones internacionales, no excluye en modo alguno el uso de la fuerza. Nuestra Constitución es eminentemente defensiva, pero no sólo en un sentido estricto, no sólo se trata de repeler posibles agresiones tal y como son definidas por el marco internacional¹³⁵⁷. La defensa del

¹³⁵⁴ Así sucede, por ejemplo en el marco alemán, teniendo en cuenta el mencionado artículo 26 (dos citas *supra*) Como STERN ha señalado, este precepto “prohíbe una determinada actuación [... si bien] la RFA puede participar en los pasos hacia la garantía de la paz, en alianzas defensivas, en medidas de respuesta internacionales ante situaciones de crisis” (ver, STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, (Trad. por J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, págs. 854-855).

¹³⁵⁵ SORIANO, Ramón, “La paz y la Constitución española de 1978”, cit. pág. 94.

¹³⁵⁶ *Ibidem* pág. 95. Y en la pág. 112 vuelve a afirmar que no se da una contradicción entre el artículo 63. 3º CE (declaración de guerra) y el Preámbulo, lo que se explica por “un sano y sensato realismo político derivado de la convicción de que en nuestro tiempo sólo es posible un pacifismo relativo y responsables.”

¹³⁵⁷ Sobre el particular baste reiterar la posibilidad que ha tenido el legislador de vincular la declaración de guerra al Derecho internacional, lo cual no se ha hecho hasta el momento. (Ver la referencia a la frustrada Proposición de Ley 122/000274, de Modificación 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, presentada por el Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida, el 11 de mayo de 1999, a la que se ha hecho referencia *supra*. En general sobre

Estado español no tiene porqué significar únicamente la estricta defensa y garantía de la integridad territorial española, sino también la defensa de diversos intereses estratégicos españoles, lo cual puede implicar acciones militares que no se desarrollen en el ámbito territorial del Estado. Las instituciones políticas responsables serán las que determinen la política internacional y de defensa a seguir; el Preámbulo constitucional únicamente será un resorte jurídico argüible para aquellos casos en los que una política beligerante no pueda sostenerse bajo la finalidad de lograr unas relaciones internacionales pacíficas.

Por suerte o por desgracia, esta “colaboración” puede adoptar las más variadas formas, que la llevan a una gran relativización a la hora de atender su admisibilidad desde el punto de vista de las exigencias constitucionales que el Preámbulo pueda comportar. Por ejemplo, no sólo deben entenderse admisibles las misiones de mantenimiento de la paz (*peace keeping*), sino también aquellas destinadas al logro de la paz (*peace making*) como lo fue la participación española en la crisis kosovar¹³⁵⁸. El logro de la estabilidad en determinados puntos geográficos puede llegar a entenderse como medio para facilitar las futuras relaciones pacíficas. De otra parte, cabe señalar que es posible establecer una relación directa entre democracia y paz (no en vano, no se ha dado en la Historia ni una sola guerra entre democracias¹³⁵⁹), de

el empleo de la fuerza en el ámbito internacional, cabe remitirse, entre otros, a BERMEJO GARCÍA, Ramón, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Civitas-Universidad de Navarra, Madrid, 1993, en concreto, sobre la legítima defensa, págs. 219-312 y PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit. 603-689.

¹³⁵⁸ En este sentido, dos días después del inicio de los bombardeos de la OTAN contra Serbia, el representante del Grupo parlamentario Popular, Fernández de Mesa Díaz del Río en la Comisión de Defensa del Congreso señaló que “no estamos en una operación de *peace keeping*, es decir, de guardar la paz, de mantenimiento de la paz, sino que estamos en una de las llamadas misiones de *peace making*, de hacer la paz” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 660, sesión nº 38, 26 marzo de 1999), págs. 19200 y ss.

¹³⁵⁹ En este sentido, de las trescientas cincuenta y tres guerras con más de mil víctimas ocurridas desde 1816 a 1991, no ha habido ninguna entre regímenes liberales democráticos (155 entre democracias y no democracias y 198 entre no democracias). Dichos datos los extraigo de RUMMEL, R. J., “Power kills; Absolute Power Kills Absolutely”, working papers of the Haiku Insitute of Peace Research, 1991, dicho documento forma parte del primer

ahí que lograr instaurar el sistema político democrático en determinadas zonas estratégicas puede llegar a considerarse, también, como medio de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas”, a la vez de fomentar la seguridad del propio Estado español. Así pues, el alcance de esta afirmación del Preámbulo constitucional se relativiza por completo. Desde el solo punto de vista de la ley de leyes que aquí se sostiene¹³⁶⁰, estos argumentos, si bien rebatibles, cuanto menos dificultan que la laxa directiva pacífica contenida en el Preámbulo impida a las correspondientes instituciones políticas emprender algunas vías en la política exterior y de defensa que impliquen, incluso, cierta beligerancia.

De este modo, no puede extrañar que en el Preámbulo de la Directiva de Defensa Nacional 1/96¹³⁶¹ se afirme que “nuestra seguridad se halla indisolublemente vinculada a la de los países vecinos, a la de aquéllos que comparten un mismo modelo de sociedad y a la de aquéllos otros situados en áreas de nuestro interés estratégico”. En esta dirección, las acciones conducentes a la preservación de la estabilidad internacional o la participación en un sistema de defensa colectivo es una opción que, por sí, no viola el artículo 8 CE. Lo que la Constitución exige es que tales acciones o la incorporación a dicha defensa colectiva no supongan la subordinación del interés en la defensa del Estado español a otros fines. Así pues, *a priori* no puede entenderse contraria a las misiones encomendadas en el artículo 8 CE la participación de España en actuaciones

volumen de materiales del seminario, MOORE, John N., “The Rule of Law: Controlling Government”, University of Virginia, School of Law, 1999.

Cabe señalar que, precisamente, la Guerra de Kosovo puede considerarse como la ocasión más próxima a una contienda entre Estados democráticos, si bien, el régimen yugoslavo no satisface las exigencias de respeto a las libertades públicas, puede afirmarse que cuenta con una significativa legitimación democrática.

¹³⁶⁰ Se trata, no olvidemos, de una visión constitucional y del Derecho interno, sin perjuicio del necesario cumplimiento de los tratados internacionales y, por ende de la Carta de las Naciones Unidas, que no forma parte, necesariamente, de los contenidos constitucionales.

¹³⁶¹ Sancionada el 20 de diciembre de 1996 por el presidente del Gobierno, su texto puede seguirse en <http://www.mde.es/mde/docs/basicos/2.htm> (6/8/1999).

internacionales militares que las autoridades políticas entiendan favorables para los intereses estratégicos de la defensa de España¹³⁶².

c) Valoración desde esta perspectiva del reciente conflicto con Serbia

c. 1. Un breve recordatorio de lo que ya ha pasado a formar parte de la Historia

El pasado 19 de marzo de 1999, la delegación serbia abandonó las conversaciones que en Rambouillet se mantenían para encontrar una solución negociada a la crisis de Kosovo. Cinco días más tarde, el 24 de marzo, el secretario general de la OTAN, Javier Solana, daba la orden a sus mandos de activar la Operación “Fuerza Aliada”. Esa misma noche, los aviones aliados comenzaron a bombardear Serbia en lo que suponía la primera intervención militar de la OTAN desde su creación y el primer conflicto bélico de España con otro país desde el establecimiento de la democracia, sin contar con la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹³⁶³. Al día siguiente del inicio de los bombardeos, los quince miembros de la Unión Europea reunidos en Berlín justificaron los ataques de la OTAN, como única opción posible. El día 26 de marzo, la Federación Rusa no consiguió obtener una resolución del Consejo General de las Naciones Unidas para condenar los ataques y exigir un inmediato alto el fuego. El día 30 de este mes, el Parlamento español respaldó mayoritariamente la decisión aliada de intervenir en Serbia. Tras una semana de ataques, la limpieza étnica en Kosovo comenzó a adquirir insoportables proporciones, la cifra de refugiados superaba ya los 400. 000; los

¹³⁶² En este sentido, la Directiva de Defensa Nacional 1/1996, entre los objetivos de la política de defensa viene a recoger la idea de que lo que prima, en todo caso, son los intereses de la defensa propia, así se señala como objetivo “contribuir, en la medida de las posibilidades nacionales, a la seguridad y defensa colectiva con los aliados y para colaborar al mantenimiento de la paz y estabilidad internacionales, *particularmente en nuestro entorno geográfico y cultural.*” (apartado 2. 2º).

¹³⁶³ Como más tarde se concreta, no cabe olvidar que años antes la fuerza aérea española había participado en los bombardeos contra las tropas serbias de Bosnia, bajo los auspicios del Consejo de Seguridad.

kosovares expulsados acudían mayoritariamente a Macedonia y, en especial, a Albania, generando un grave problema humanitario. A lo largo de abril, el Gobierno de Milosevic no cedió ante los ataques de la OTAN; comenzaba a planear la posibilidad de una intervención terrestre, opción que sólo gozaba de la clara determinación de los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña y no contaba con un sólido respaldo en los diversos países y gobiernos de la Alianza Atlántica. El día 23 de abril comenzó en Washington la Cumbre que conmemoraba el 50 aniversario de la OTAN. En la misma, además de establecer un “Nuevo concepto estratégico”, más proclive a actuaciones como la llevada a cabo en el Kosovo, los diecinueve países aliados decidieron mantener los ataques aéreos y emprender una fuerte presión económica contra Yugoslavia. Durante la cumbre, aseguraron a las naciones vecinas de Yugoslavia que la OTAN respondería si eran atacadas por Belgrado y elaboraron un plan para la reconstrucción económica y política de los Balcanes tras el conflicto. A finales del mes de abril se dio cierto síntoma de ruptura de la unidad política en Serbia; el viceprimer ministro yugoslavo, Vuk Draskovic, pedía la presencia de tropas extranjeras en Kosovo, siendo destituido pocos días más tarde. Sin embargo, la cohesión política frente a los ataques de la OTAN se mantuvo firme en la sociedad serbia. El día 6 de mayo, los países del G-8 reunidos en Berlín propusieron un plan de paz para Kosovo, en el que habría un despliegue internacional bajo bandera de la ONU; dicho plan de paz pasó a constituir el documento base de las futuras negociaciones¹³⁶⁴. No obstante, el día 8 de mayo las relaciones internacionales se recrudecieron tras el bombardeo de la embajada China por los misiles aliados; tres días más tarde, Rusia y China exigían con severidad el fin de los bombardeos. El día 13 de este mes, un informe de la OTAN afirmaba que eran ya cerca de un millón y medio los albanos-kosovares

¹³⁶⁴ El mismo se puede consultar en “Kosovo. Principios generales para una solución política a la crisis de Kosovo elaborados por los ministros de Asuntos Exteriores del G-8. Petersberg (Alemania), (Traducción del inglés), de 6 de mayo de 1999”, <http://www.mde.es/mde/infoes/kosovo/texto22.htm>, (6/7/1999).

refugiados en el extranjero o desplazados internamente. El día 18 de mayo, tras casi dos meses de continuos bombardeos, el presidente serbio Slobodan Milosevic señaló que estaba “dispuesto a aceptar” el plan de paz elaborado por el G-8; sin embargo, ante la falta de una clara disposición, el 25 de mayo el Secretario General de la OTAN anunciaba que proseguirían los bombardeos y la amenaza de una operación terrestre hasta que se cumpliesen las exigencias de la Comunidad Internacional. Bajo esta firme presión, tres días más tarde, Milosevic afirmaba aceptar “los principios generales” del plan de paz. Los últimos días del mes de mayo, las delegaciones de Rusia y la Unión Europea se entrevistaron directamente con el Presidente Yugoslavo, quien, el 2 de junio aceptó definitivamente el Plan de Paz G-8 (ratificado un día después por el Parlamento Yugoslavo). Por su parte, los miembros de la OTAN asentían en cesar los bombardeos, a condición del repliegue de las tropas serbias; se aceptaba también que la fuerza de pacificación de Kosovo estuviese bajo bandera de la ONU y contase con diferentes zonas de mando. El día 4 de junio comenzaron las negociaciones militares en la frontera macedonia, cinco días más tarde, el 9 de junio, el general británico Michael Jackson y su homólogo serbio Svetozar Marjanovic, firmaban el Acuerdo Técnico-Militar para la retirada de las tropas serbias de Kosovo. Al día siguiente, 10 de junio, el Secretario General de la OTAN ordenaba el fin de los bombardeos tras confirmar el comienzo del redespiegue de las tropas serbias en Kosovo. La guerra había terminado. Pocas horas después, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó -con la abstención de Rusia- la Resolución 1. 244 que legitimaba el plan de paz para Kosovo elaborado por el G-8. Un día después comenzaron a llegar los primeros soldados de la fuerza multinacional. El día 20 de junio, la Alianza Atlántica declaró el fin de la guerra tras comprobar la total retirada de las tropas serbias.

Éste ha sido un breve relato de los hechos de lo que, sin duda, ha pasado a la Historia del presente siglo. La información durante la crisis fue abrumadora, sin embargo, una vez detenidas las

relampagueantes luces de los misiles de la OTAN, así como los terribles rostros de los cientos de miles de refugiados, la atención informativa sobre la situación del Kosovo ha remitido. Aquella zona se incorpora a la lista de aquellos territorios de los Balcanes que en la última década del milenio han quedado, como es sabido, en una más que difícil situación estratégica, política, social y económica que quizá sólo el tiempo se encargará de remediar.

Durante más de dos meses de bombardeos en los medios intelectuales nacionales, la posición fue mayormente contraria a la intervención aliada¹³⁶⁵, no obstante, las encuestas señalaron una aceptación general de la sociedad española del ataque de la OTAN a Serbia¹³⁶⁶, si bien, con menor rotundidad que otros países europeos.

¹³⁶⁵ Como es obvio, ante la indeterminación de lo que debe entenderse por “intelectualidad”, no resulta sencillo documentar esta afirmación, si bien, esta posición desfavorable pudo percibirse durante el desarrollo de los acontecimientos en los diversos medios de comunicación. Como muestra de ello pueden citarse los artículos de opinión publicados en *El País* a lo largo del conflicto, que implican un claro balance contrario a la acción aliada. Esta parece seguir siendo la posición incluso una vez concluida la acción bélica. Así, se aprecia en las posiciones mayoritarias de los participantes en el debate abierto en el foro de esta publicación *Kosovo después de la guerra*, que se ha podido seguir en [http:// www.elpais.es/p/d/debates/debates.htm#5](http://www.elpais.es/p/d/debates/debates.htm#5), septiembre de 1999, (4/9/1999), con participación de BASTENIER, Miguel Á, “Unificar Europa”, de 10 de junio; VEIGA, Francisco, “Problemas no bombardeables”, de 11 de junio; HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Balance de Kosovo”, de 12 de junio; LAMERS, Karl, “Un difícil proceso de paz”, de 12 de junio; ORTEGA, Andrés, “Estimado señor Pesc:”, de 14 de junio, “El mundo después de Kosovo”, de 12 de junio, “Un protectorado”, de 5 de julio y “Pensar lo impensable”, de 28 de junio; VÁZQUEZ MONTALBÁN, Manuel, “La ONU”, de 14 de junio; GARTON ASH, Timothy, “No ha hecho más que empezar...”, de 14 de junio; TERTSCH, Hermann, “Hacia una solución balcánica global”, de 17 de junio y “Nueva asignatura para Belgrado”, de 26 de junio; RUPÉREZ, Javier, “El paisaje después de la batalla”, de 18 de junio; HARO TECGLÉN, Eduardo, “Madre Rusia”, de 22 de junio; WIESEL, Elie, “¿Tendrá fin esta tragedia?”, de 23 de junio; ALONSO ZALDÍVAR, Carlos “¿Merecía la pena?”, de 24 de junio; SAID, Edward, “Más reflexiones sobre la guerra de Kosovo”, de 30 de junio; FISK, Robert, “La discutible labor de los periodistas en Kosovo”, de 30 de junio; VIDAL-FOLCH, Xavier, “Periodistas, verdugos y víctimas en Kosovo”, de 7 de julio; SOROS, George, “Abrir los Balcanes”, de 8 de julio; GARTON ASH, Timothy, “Europa tras la guerra de Kosovo”, de 29 de julio; THUROW, Lester, C. “No es tan difícil reconstruir Kosovo”, de 31 de julio.

¹³⁶⁶ Según la encuesta efectuada por el Barómetro de Primavera de Demoscopia, publicada por *El País*, Domingo, 18 de abril de 1999, ([http:// www.elpais.es](http://www.elpais.es) documento nº 1080), tras casi un mes de acciones de la OTAN, un 55% de los españoles aprobaba la participación de España, junto a los demás países aliados, en el conflicto de Yugoslavia. Entre éstos un 24% estaban claramente a favor de la intervención y un 33% estaban “más bien” de

Asimismo, la inmensa mayoría de los representantes de la nación en el Parlamento fueron favorables a las acciones emprendidas contra el régimen de Milosevic, con la única excepción del Grupo parlamentario federal de Izquierda Unida. Ahora bien, la aceptación de nuestros representantes políticos y de la mayoría de la sociedad de la actuación en el Kosovo no hubiera resultado un argumento que justificase una posible violación de nuestra norma fundamental. Y es que, al margen de percepciones puramente sociológicas o estrictamente políticas, cabe preguntarse la admisibilidad constitucional de las medidas llevadas a cabo por las autoridades españolas¹³⁶⁷, en tanto que nuestro Estado participó en los ataques sobre Serbia como miembro de la OTAN. En el marco de atención presente, siempre desde la perspectiva constitucional es preciso preguntarse ahora si aquélla participación fue contraria al empleo constitucional de las FAS. Más adelante se abordarán otras cuestiones que suscitó esta intervención¹³⁶⁸.

acuerdo con la misma. Por el contrario, un 30% no eran favorables a la acción aliada en Yugoslavia (un 16% “más bien” no y sólo un 14% era claramente contrario).

¹³⁶⁷ Desde algunos sectores políticos se afirmó tal inconstitucionalidad, como se sigue a lo largo de este estudio. Del mismo modo, cabe señalar que en la conclusión del Congreso nacional de la Asociación española de Derecho constitucional y Teoría del Estado, celebrado en Alicante los días 28 y 29 de abril de 1999 (en pleno desarrollo de los bombardeos de la Alianza), se suscitó cierta confrontación en razón de la presentación de un escrito en el que se afirmaba la preocupación por la inconstitucionalidad del desarrollo de los acontecimientos. Dicho escrito no llegó a suponer una declaración oficial de dicha Asociación, si bien dio pie a que se crease un foro donde formalizar las posiciones favorables o contrarias a la constitucionalidad de la actuación española en el Kosovo. Dicho foro se dio en la Red Académica de Derecho Constitucional (DERECONS), foro científico promovido por un grupo de profesores de Derecho Constitucional de diversas universidades españolas a cargo del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo. En concreto, las posiciones sobre el particular se manifestaron en la sede de dicho foro destinada a los debates constitucionales, ver, *Debate sobre los aspectos constitucionales de la intervención militar española en Serbia*, mayo 1999, <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?AI=ind9905&L=debatescons>. En dicho debate participaron, únicamente, tres profesores: Francisco José Bastida Freijedo, Carlos Ruiz Miguel y Carlos Garrido López, y los tres estimaron la inconstitucionalidad de la actuación española en Kosovo. Los dos primeros por la falta de consentimiento previo de las Cortes para la participación y el último, básicamente, porque las funciones constitucionalmente asignadas a las FAS tienen un carácter netamente defensivo y excluyentes de actuaciones ofensivas como lo fue el ataque a Serbia, a la vez de recordar la ilicitud nacional e internacional que suponía dicho ataque.

¹³⁶⁸ Así, se atenderán las siguientes cuestiones:

c. 2. La constitucionalidad del empleo de las Fuerzas Armadas en la crisis kosovar

En razón de todo el planteamiento constitucional expuesto con anterioridad, entiendo que la actuación española en la crisis de Kosovo no puede considerarse contraria ni al artículo 8 CE ni a lo afirmado en el Preámbulo constitucional¹³⁶⁹ en contra de lo sostenido por algunos autores¹³⁷⁰. Y es que aquella acción bélica se puede justificar como una posición activa para lograr la paz y estabilidad en una zona de crisis próxima a los intereses geoestratégicos españoles y, en especial, europeos. Cabe señalar que nadie puso en duda la intervención bélica de la OTAN con participación de fuerzas aéreas españolas unos años antes contra las fuerzas serbias en territorio Bosnio, puesto que en aquél caso se contaba con la habilitación del Consejo de Seguridad de la ONU¹³⁷¹. Ello pone de manifiesto el

¿en el caso de la Guerra de Kosovo, era precisa una declaración formal de guerra y, por ende, una previa autorización de las Cortes Generales para que España participase en las acciones aliadas?, ¿era, cuanto menos, necesario el consentimiento del Gobierno español para que nuestras fuerzas interviniesen bajo mando aliado?, ¿podía el Gobierno haber autorizado una intervención terrestre de nuestras tropas sin la autorización parlamentaria?

¹³⁶⁹ He tenido la ocasión de exponer los argumentos que me llevan a afirmar “La constitucionalidad de la participación española en la crisis de Kosovo”, de 23 páginas, en *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. La clave del Mediterráneo*, de próxima publicación, este estudio tuvo por origen la celebración del Congreso con el mismo estudio, en Valencia, mayo de 1999.

¹³⁷⁰ En sentido contrario a esta percepción, aunque con ciertas dudas, Garrido considera que el hecho de constituir una misión ofensiva resulta contrario a las exclusivas misiones defensivas de las FAS españolas, ya en virtud del Preámbulo constitucional, cuanto, en especial, en razón del artículo 8 CE:

“En mi opinión, no exenta de dudas, la intervención aérea española podría reputarse inconstitucional [...] por el carácter ofensivo de la misión militar en la que nuestro país está participando bajo el mandato de la OTAN. [...] El tenor de las expresiones utilizadas en el artículo 8. 1 CE (garantizar, defender), por su parte, confieren asimismo a las misiones de las FAS un claro sentido defensivo o disuasorio. [...] Nuestras FAS, en suma, no están para agredir, sino para defender la soberanía nacional o colaborar en misiones humanitarias, de paz o de mantenimiento de la seguridad colectiva. ¿Son los bombardeos de territorio yugoslavo una misión nítidamente ofensiva? Pese a los argumentos usados por la OTAN para justificar jurídicamente los ataques, no parece arriesgado afirmar que su acción no puede ser catalogada dentro de aquéllas dirigidas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales [...] La intervención armada ha sido, pues, ofensiva.” (Ver, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Intervención militar en Serbia... cit.)

¹³⁷¹ En el marco de la operación *Denny flight*, como consecuencia de las Resoluciones 816, 820, 836 del Consejo de Seguridad y de la resoluciones tomadas por el Consejo Atlántico,

verdadero problema en la materia, que no es sino la conformidad o no con el Derecho internacional, y no la posibilidad de operar agresiones bélicas fuera del territorio nacional.

La acción militar en Serbia en la que participó España no siguió los mecanismos que se exige en la Carta de las Naciones Unidas, de otro lado, la acción aliada no puede ser catalogada como una misión puramente humanitaria o de mantenimiento de la paz, sino, de hacer la paz, el ataque militar implicaba una determinación política beligerante. Sin embargo, a mi juicio, desde la perspectiva constitucional e interna que ahora ocupa, lo que exige el artículo octavo es que se salvaguarden los intereses de la defensa de España a la hora de decidir emplear las FAS en las acciones fuera de área. En este sentido, podrá dudarse, y ciertamente es discutible, que la actuación de la OTAN, y por ende de España, en Serbia ha sido óptima para preservar la estabilidad en la zona e, indirectamente, la seguridad del Estado español. Ahora bien, esta valoración de clara índole política corresponde a las respectivas instituciones constitucionales que gozan de la suficiente legitimidad democrática. De otra parte, aunque de modo secundario y adicional, puede considerarse que las medidas adoptadas en el caso Yugoslavo tenían como finalidad (o cuanto menos, ésta era una de ellas) tanto lograr la paz en un espacio donde ésta se veía seriamente perturbada, así como el logro del respeto de los derechos humanos, y tales finalidades resultan constitucionalmente admisibles desde la perspectiva constitucional, en tanto que los derechos humanos están en la base de todo el sistema político y la colaboración para el logro de la paz en las misiones internacionales se sitúa, como se ha visto, en el Preámbulo de la ley de leyes¹³⁷². Así pues, por todo lo afirmado no debe considerarse

España envió un destacamento aéreo, y los aviones españoles quedarían implicados en acciones de combate contra las fuerzas serbias de Bosnia. Así se sigue de MINISTERIO DE DEFENSA, "Diez años de participación española en misiones de paz", cit.

¹³⁷² Desde la perspectiva internacionalista incluso se veía con cierta esperanza la superación de "consideraciones de política exterior" como fuese la ilegalidad internacional de una actuación sin contar con la autorización de la ONU, puesto que era "la única forma de dar contenido genuino al Estado que se apellida democrático y de Derecho". Así, REMIRO

inconstitucional la misión de las FAS en la crisis de Kosovo en relación con el artículo 8 CE y el resto de la Constitución.

C) LA GARANTÍA DE LA SOBERANÍA E INDEPENDENCIA DE ESPAÑA (ÁMBITO INTERNO)

a) *No se trata sólo de la soberanía externa, sino también de la soberanía interna*

Tal y como se ha reflejado, la referencia a la garantía de la soberanía e independencia de España impulsa en primer término a atender la defensa del Estado español desde la perspectiva internacional. Sin embargo, la “defensa de la soberanía” de España a la que se alude en el artículo octavo no tiene por qué limitarse exclusivamente a esta perspectiva internacional¹³⁷³, sino una interpretación sistemática y la propia lógica deben impulsar a conectar la “soberanía” del artículo 8 con la del artículo 1. 2, pues se trata simplemente de dos puntos de referencia sobre un mismo objeto.

En este sentido no se antoja muy acertado Muñoz Alonso cuando afirma que “el concepto “soberanía” en este artículo 8. 1 de la Constitución no es al que se refiere el artículo 1. 2 de la misma [...] sino la que se manifiesta en la obra de Jean Bodin”¹³⁷⁴. Se pretende así, erróneamente, escindir el concepto de soberanía interno y externo para afirmar que en el artículo octavo sólo se atiende a esta segunda

BROTONS, Antonio, “La Constitución y el Derecho Internacional”, cit. pág. 257, tras atender la superación que supone el *caso Pinochet*, afirmaba “¿Acaso también será este el criterio que animará la acción del Gobierno cuando nuestros aliados insten la cooperación de España en la ejecución de operaciones armadas en terceros países que, con independencia del juicio que merezca su solvencia moral, no cuentan con la preceptiva autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo que las haría internacionalmente ilegales? De no ser así, ¿habremos topado al fin con los límites de la democracia y el Estado de Derecho por consideraciones de política exterior?”

¹³⁷³ La mayoría de la doctrina, que ciertamente incide poco en esta misión de las FAS, no suele hacer referencia más que a la perspectiva internacional, si bien, en una ocasión, un autor vincula la garantía de la defensa de la soberanía de España con los artículos 1. 2º y 2 CE, en concreto SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 2385.

¹³⁷⁴ MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar*, pág. 320

dimensión de la soberanía. Por el contrario, no hay dos soberanías, una interna y una externa, sino que se trata de dos puntos de referencia con los que observar esta gran ficción sobre la que se legitima desde hace siglos la existencia del Estado.

Cabe recordar con García Marín y en especial con Wyduckel la inescindibilidad del concepto de soberanía por cuanto al exterior y al interior. En efecto, como recientemente nos ha recordado este último autor la soberanía “ha servido desde el principio a un doble impulso, actúa como poder supremo para la independencia tanto hacia el interior como hacia el exterior. Esto era ya evidente a fines de la Edad Media con el comienzo de las reflexiones sobre la soberanía y se desarrolla con la teoría del Estado y de la soberanía de Bodino.”¹³⁷⁵ Es del todo concluyente para nuestro propio ámbito de estudio cuando afirma que “No menos problemática se presenta la diferenciación interior/exterior del Estado a la luz del dogma de la soberanía. Mientras la soberanía interna se orienta hacia el aseguramiento en el seno del Estado del orden, la defensa y la paz, la soberanía externa sirve al mantenimiento de la independencia del Estado en las relaciones con otros Estados, así como en el orden jurídico internacional. Por ello, no se trata de dos soberanías diferentes, sino, ante todo, de dos aspectos del mismo y único fenómeno que, por una parte, se muestra en las relaciones internas y, por otra, en las relaciones externas.”¹³⁷⁶

Así pues, la soberanía que defienden las FAS no es únicamente la posición del Estado español en el marco internacional, sino la

¹³⁷⁵ WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit. págs. 237-238. En este mismo sentido, GARCÍA MARÍN, José, “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, cit. en la pág. 52 nos recuerda que desde el inicio del mismo concepto de la soberanía, ésta comenzó a cobrar dos facetas interna y externa, la interna intentaba vencer los obstáculos al poder regio, nobleza, alto clero, ciudades, etc. y “cara al exterior suponía la no dependencia de poderes ajenos, ya fuera el poder papal o imperial e incluso de otras monarquías que, de igual manera, habían luchado o seguían luchando por desembarazarse de uno u otro”. En la misma dirección nos recuerda el origen y significado de la soberanía exterior-interior, ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., págs. 10-11.

¹³⁷⁶ WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit. pág. 288.

soberanía tal y como se reconoce en la Constitución española, de modo general en su artículo 1. 2 que dispone que “ La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.”, este precepto debe, ineludiblemente ser conectado, entre otros¹³⁷⁷, con el artículo 2 en cuanto dispone que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”¹³⁷⁸.

b) ¿Qué soberanía (interna) tienen que defender las Fuerzas Armadas?

No es este el marco en el que adentrarse en el concepto de soberanía y su sentido en la Constitución española, si bien, resulta indispensable acercarse a la materia por cuanto resulta del todo relevante al objeto de determinar la finalidad de las FAS. Como punto de partida hay que estar con Solozábal cuando señala que “El concepto de soberanía [...] es un viejo nombre pero cuyo significado no puede entenderse de acuerdo con los patrones teóricos y al servicio de los propósitos políticos a que se atuvo en su nacimiento y que la han acompañado durante buena parte de su trayectoria histórica.”¹³⁷⁹

¹³⁷⁷ Para advertir la concepción de la soberanía en nuestra ley de leyes, resulta preciso atender no pocos pasajes del texto, a partir del mismo Preámbulo en el cual se señala que “La nación española [...] en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de derecho que asegure el *imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*. [...] En consecuencia, las Cortes aprueban y el *pueblo español ratifica* la siguiente Constitución”. También del artículo 66. 1 se sigue que “Las Cortes Generales *representan al pueblo español*”, en el artículo 87 se reconoce la “*iniciativa popular*”. En el artículo 117. 1 se afirma que “La justicia emana del pueblo”, por último cabe señalar que el artículo 149. 1. 32ª se habla de “la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.”

¹³⁷⁸ Recientemente, en la doctrina Peralta ha vinculado esta soberanía interna con el artículo 8. 1º de la Constitución. Así, PERALTA, Ramón, “Soberanía nacional y Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 105, julio/septiembre de 1999, págs. 309-334, en concreto en la pág. 322, que afirma que en el artículo octavo “se señala que las Fuerzas Armadas, siempre bajo las órdenes del Gobierno, como el garante último de la soberanía nacional como fundamento del ordenamiento constitucional (artículo 8 CE), soberanía relacionada aquí con los conceptos de independencia e integración territorial que le son inherentes.” Ahora bien, como más tarde se sigue, en modo alguno aquí se comparte su comprensión de la nación y la soberanía nacional.

¹³⁷⁹ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José “El problema de la soberanía en el Estado autonómico”, en *Fundamentos...* cit. págs. 461-502, cita de la pág. 465.

Cabe advertir que no es ahora la primera referencia que se efectúa sobre la materia en este estudio, sino que ha sido ya objeto de atención a lo largo del desarrollo del mismo. Como sabemos, en el marco del pensamiento que dio origen al Estado liberal se dio un concepto de soberanía nacional, en especial por parte de Sieyès y Condorcet, y un concepto de soberanía popular, más próximo a la tesis de Rousseau y sostenido por Bacot¹³⁸⁰. En ellos se situaba el punto de partida de una nueva legitimación (convicción) de un “Estado” (Maquiavelo) que se había forjado a manos de la concentración por el Monarca del poder feudal, un poder que se expresaba jurídicamente en términos de “soberanía” (Bodino).

El concepto de soberanía popular partía de algo concreto, de la individualidad de la persona viviente, todos y cada uno de los individuos eran el pueblo presente que había de participar activamente en la vida política, ahora bien, de forma indelegable, el poder no podía ser representado. De ahí se llegaría finalmente en el período jacobino a atribuir la soberanía popular a un sujeto moral, una abstracción que la vaciaría de contenido concreto y que facultaría formas de participación en una teórica “democracia directa” que heredarían y falsearían más tarde -otra vez- los regímenes socialistas. Una construcción así tenía cierto carácter incendiario que fue desde un inicio mitigado con la atribución de la soberanía a la “nación” o al “pueblo”, de manera que se mermaba este punto de partida de la individualidad para atribuir el poder a una unidad, “pueblo” o “nación”, tan abstracto como distante de todos y cada uno de los sujetos individuales sometidos a las mismas leyes. De lo que se trataba era de no atribuir la soberanía al monarca para hacerlo a un ente abstracto, metafísico que, por serlo, permitía una sencilla manipulación. A diferencia de la soberanía popular, con la construcción de la soberanía de la nación se posibilitaban varios objetivos nada desdeñables para los intereses burgueses: privar de la

¹³⁸⁰ Sobre el particular, en especial MÁIZ, Ramón, “Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la Revolución Francesa”, en *Fundamentos*, cit. págs. 167-202.

titularidad formal del poder al Rey; la pervivencia de una nación trascendente de pasado, presente y futuro y, en tercer lugar, trasladar el poder a una Asamblea que representaba al pueblo metahistórico sin atarse, de ningún modo a un sufragio universal. Así, el “pueblo” o la “nación” no tenían por qué ser todos y cada uno de los miembros de la comunidad política, sino un ente jurídico que el Derecho se encargaría de determinar concretando los derechos ciudadanos para unos pocos.

Sin embargo, la evolución democrática a partir de los postulados liberales haría reencontrarse, de alguna manera, a la soberanía popular y a la soberanía de la nación o del pueblo, se trata ahora de la soberanía de la Constitución¹³⁸¹, de la soberanía de los derechos fundamentales¹³⁸². Ahora la soberanía adquiere un significado bien distanciado al que tuvieron una y otra en el pasado, la primera de la mano del marxismo y de los regímenes socialistas y la segunda de la mano del Estado burgués. Como señala González Casanova para el caso español, tras siglo y medio de que el soberano siguiera siendo el Rey o el caudillo militar, se llegó a la “definitiva instauración del sistema participativo popular de relaciones políticas reguladas y al retorno revolucionario al núcleo originario de la soberanía nacional como símbolo de la libertad personal y de los derechos propios de la dignidad humana efectivamente garantizados.”¹³⁸³ La soberanía no sólo ha cambiado de sujeto, del monarca al pueblo, sino que ha dejado de ser una divinidad que permitía tanto un “absolutismo monarquizante” como una soberanía opresora a base de mayorías ciegas y tiránicas, por el contrario, se trata, en palabras de este autor de “una constitucionalización perpetuamente abierta, en una creación de conflictos y acuerdos entre mayorías y minorías que responden al

1381 Una breve y adecuada visión evolutiva de la idea de soberanía hasta la culminación en el sentido de la “soberanía de la Constitución” tal y como aquí se sigue, puede verse en ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil...* cit. págs. 12-14.

1382 En particular, BASTIDA, Francisco J., “La soberanía borrosa: la democracia” en *Fundamentos*, cit. págs. 381-460.

1383 GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, “La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español”, cit. pág. 325.

origen más noble de la imaginación bodiniana: la tolerancia convivente y pluralista que destierra cada día la guerra civil.”¹³⁸⁴

Así, la metafísica idea de la nación había de descender a la tierra en la forma de derechos fundamentales del individuo que la Constitución reconoce. El efectivo reconocimiento de la dignidad de la persona y de sus derechos inherentes, como dice nuestra constitución son el fundamento del orden político (art. 10. 1º CE). De este modo, en un Estado democrático no puede aducirse una idea de soberanía que, como sucediera desde el siglo XIX tanto en los liberalismos burgueses como en los pensamientos totalitarios, disuelva esta individualidad en la nación. Como señala Zagrebelsky, se ha erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, las sociedades pluralistas actuales –claro está, en el occidente democrático- hacen de la Constitución una plataforma de partida de cada minoría que se viene a más en el ejercicio de sus derechos y libertades, por lo cual, la soberanía de la Constitución es un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegura esta pluralidad y, a la vez, la unidad política estatal. La Constitución es así un “compromiso de posibilidades”, no un proyecto rígidamente ordenado, es un centro de convergencia, y no un centro de poder sobre el que todo converge, de arriba para abajo, como en el pasado¹³⁸⁵.

Como consecuencia de todo ello, el reconocimiento de la soberanía nacional del pueblo español de nuestra Constitución, que deben defender las FAS, sí predetermina una estructura del poder y unos componentes esenciales del ordenamiento jurídico¹³⁸⁶, se trata de

¹³⁸⁴ *Ibidem*, pág. 326.

¹³⁸⁵ ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil...* cit. referencias a lo afirmado en las págs. 12 a 14.

¹³⁸⁶ No se sigue aquí la posición sostenida por Punset, quien mantiene el concepto de nación abstracto, PUNSET, Ramón, “En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)”, en *Fundamentos*, cit. , págs. 329-360, págs. 344 y ss. A su juicio la atribución de la soberanía al pueblo español no predetermina ninguna estructura específica del ordenamiento jurídico ni exige la democraticidad del sistema. La titularidad de la soberanía por el pueblo sólo implica “una cierta forma de articulación del

una articulación del poder desde la idea del límite del mismo, de esta minoría que se viene a más, precisamente a través del ejercicio de sus derechos. Como Francisco Bastida ha señalado recientemente son los derechos fundamentales del individuo fragmentos de la soberanía¹³⁸⁷. Ésta es la soberanía que deben garantizar las FAS, como se puede advertir, íntimamente vinculada a la defensa del “ordenamiento constitucional”, que más tarde ocupa la atención del estudio.

En consecuencia, la defensa del Estado y de su soberanía deja de ser un fin en sí mismo como lo fuera por ejemplo para Hegel. El derecho del individuo no pasa de ser “un momento evanescente” que queda sacrificado en favor de la misma¹³⁸⁸. Ya no se trata de defender el Estado en sí y porque sí, como mero contingente, la defensa del Estado en un sistema constitucional se justifica en tanto en cuanto implique la defensa de todo un sistema político directamente vinculado con la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político (art. 1. 1º CE) y fundamentado en los derechos fundamentales (art. 10. 1º CE). Unas FAS que no se vinculen directa y primordialmente con la defensa del sistema democrático resultan incompatibles con el Estado constitucional.

Con Hernández Olivencia debemos convenir que un carácter básico del Derecho militar reside en que la persona se concibe esencialmente como instrumento al servicio de la eficacia de la institución¹³⁸⁹. Si se parte de este presupuesto, se percibe con claridad la tensión esencial que se produce entre el ordenamiento general propio de un Estado constitucional y el ordenamiento militar. Y es que

poder”, que sólo produce una tensión hacia la representatividad del pueblo y en especial hacia la distribución de poderes típica del Estado liberal.

¹³⁸⁷ Se sigue lo expuesto por BASTIDA, Francisco J., “La soberanía borrosa: la democracia”, cit., en concreto págs. 411 y ss. en especial 423 y ss. 423 epígrafe “La reconstrucción del soberano democrático. Los derechos fundamentales como fragmentos de soberanía”.

¹³⁸⁸ Ver, HEGEL, Georg W. G., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, traducción de Alfredo Llanos, Ediciones Siglo, citado por BLANQUER, David V., *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 303.

¹³⁸⁹ HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R. *Introducción al Derecho Administrativo Militar*, cit., pág. 15.

la diferencia entre uno y otro ordenamientos es, ni más ni menos, estructural: la dignidad de la persona, fundamento del orden político y el ordenamiento jurídico (art. 10. 1º CE) deja, aparentemente, de ser núcleo inspirador para el Derecho castrense; en éste el ser humano no es un fin, sino que pasa a considerarse como un medio. Nos encontramos, pues, ante una difícil armonización del Derecho militar y el ordenamiento constitucional.

A mi juicio, sólo puede admitirse constitucionalmente a la persona como medio en tanto en cuanto así lo sea en favor del sistema político fundamentado en la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes. Es de este modo como resulta posible lo que me atrevo a calificar como el “reencuentro del Derecho militar con la persona”. Lo cierto es que este reencuentro no deja de estar mediado por la idea de Estado, que sigue siendo el objeto de defensa, si bien, sólo lo será el Estado constitucional que es el único que hace posible el reconocimiento efectivo de la dignidad de la persona y de sus derechos inherentes.

D) LA DEFENSA DE LA INTEGRIDAD TERRITORIAL

El artículo octavo encomienda a las FAS la defensa de la integridad territorial. Como se señaló desde un inicio, a diferencia de la misión de la garantía e independencia de España que se conectaba únicamente con la defensa exterior, se ha afirmado que la defensa de la integridad territorial afecta tanto a la defensa exterior como a la defensa interior, ya en los debates constitucionales¹³⁹⁰, ya en la doctrina¹³⁹¹. De este modo, parece considerarse que cuando el ataque a

¹³⁹⁰ El diputado socialista Múgica afirmaba en este sentido que la defensa de la integridad territorial “tiene una doble connotación: la que procede de que un poder extranjero no podrá agredirnos impunemente con el propósito de apropiarse de parte del territorio nacional, y la que se deriva de la firme voluntad de la gran mayoría de los ciudadanos que habitan las comunidades que integran España, de seguir siendo españoles con todas sus consecuencias”, Ver, CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., pág. 2379.

¹³⁹¹ Así, SANCHEZ AGESTA, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, cit. págs. 251-252; SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, cit.,

la integridad territorial provenga del exterior, la finalidad se reconduce en el ámbito de la garantía de la soberanía e independencia de España. Del anverso, cuando el ataque a la integridad proviene del interior, pasa a reconducirse a la defensa del ordenamiento constitucional¹³⁹². Ello, si bien es admisible, a mi juicio no supone sino una prueba más de la profunda interconexión de las tres vertientes con las que el artículo octavo señala la finalidad última que no es otra que la defensa del Estado constitucional, soberanía, territorio y ordenamiento constitucional no son sino sus expresiones matizadas.

La vinculación de una fuerza militar a un territorio es ya clásica, De Vergottini afirma que el tradicional objeto de defensa ha sido el territorio y de modo más secundario, la población¹³⁹³. Bañón y Olmeda recuerdan que es inherente a las FAS su relación con la unidad territorial, en este sentido afirman que “La racionalidad organizativa de los Ejércitos es territorial, puesto que su función es la ocupación y defensa de un determinado ámbito geográfico”¹³⁹⁴. La mención del artículo octavo a la integridad territorial no puede desconectarse de la misión de las FAS de la garantía de la soberanía de España, ya en el exterior ya en el interior, como aquí se ha planteado y ello es así

pág. 120; GARCÍA RONDA, Ángel “Estudio comparativo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas... cit., pág. 2556, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional...”, cit., pág. 54, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio”, cit. págs. 198-199; BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit. pág. 99; SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 2385-2386; MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar*, cit. págs. 321-322; BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, cit. págs. 70-71 y CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. pág. 110.

¹³⁹² Esta subsunción la realizan expresamente BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, cit. págs. 70-71.; DE ESTEBAN, Jorge y GARCÍA TREVIJANO, Pedro J. *Curso de Derecho Constitucional español*, (Vol. III) Universidad Complutense, Madrid, 1994, pág. 360, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional...”, cit., págs. 54-55, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio”, cit. pág. 199.

¹³⁹³ DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1971, págs. 48-51.

¹³⁹⁴ BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 31.

porque el territorio aparece indisolublemente unido a la existencia misma del Estado y a la noción de la soberanía.

. Las teorías sobre la relación jurídica que une al Estado con el territorio son varias¹³⁹⁵. De un lado, se ha considerado que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre el territorio, sin embargo esta posición se descarta en tanto que el mismo territorio, al menos en la concepción clásica del Estado, es un elemento constitutivo de éste, por lo que no puede diferenciarse en una relación sujeto-objeto que distinga a los dos. Para Jellineck, el Estado ejerce un *imperium* sobre el territorio a través del elemento humano. Otra teoría sostiene que el territorio es parte integrante de la personalidad del Estado, por lo cual la relación del Estado con su territorio es como la que une a la persona con su cuerpo, que no se define como el derecho a la propiedad. Para el formalismo jurídico de Kelsen el territorio es el ámbito espacial de la validez del ordenamiento jurídico estatal.

Sin perjuicio de estas teorías, lo más significativo como señala Sánchez Ferriz resulta ver cómo actúa o se manifiesta en la realidad la relación esencial entre Estado y territorio. En este sentido Mortati señala que no sería concebible un poder dirigido a garantizar la convivencia pacífica y la satisfacción de los intereses de un grupo social sin la disponibilidad y la vinculación del territorio en que dicho grupo convive. En una dirección próxima, Burdeau señala que no es que el territorio sea un elemento constitutivo del Estado, sino que es una condición indispensable para que la autoridad política se ejerza efectivamente. Como señala el autor francés, el territorio es de una parte el marco de la competencia que determina la esfera de autonomía de cada Estado en el ámbito internacional, por lo cual conlleva la obligación de “proteger en los límites del territorio, los derechos de los otros Estado y notablemente el derecho a la integridad

¹³⁹⁵ Se sigue el breve recorrido de la más autorizada doctrina de la Teoría del Estado respecto de la consideración del territorio como elemento físico del Estado y, por tanto, con relación a su vinculación con la soberanía llevado a cabo por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 201-204. Desde la perspectiva del Derecho internacional, por todos, PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit. págs. 343 y ss.

e inviolabilidad, tanto en tiempo de paz como de guerra, así como los derechos que cada Estado pueda reclamar por sus súbditos en territorio extranjero". En este primer sentido resulta básico acudir a la clásica sentencia arbitral Isla de Palmas, del 4 de abril de 1928 de Max Huber¹³⁹⁶. En segundo lugar, el territorio es medio de la acción del Estado, quien tiene el suelo tiene el habitante. De este modo se pone de manifiesto, de nuevo, la inescindibilidad del concepto de soberanía, sin perjuicio de que pueda observarse desde el punto de referencia externo o interno.

Teorías institucionales como las de Duguit o Delbez han discutido esta visión del territorio como elemento del Estado. Sin embargo no es sencillo descartar que la actividad del Estado precisa del territorio para cumplir sus fines y tareas, por lo cual la doctrina clásica de los elementos constitutivos del Estado sigue siendo la predominante, si bien, como es sabido la situación de Palestina ha dejado y deja en el aire no pocos interrogantes sobre la materia.

A los efectos del presente estudio lo que interesa advertir es esta conexión del territorio con el Estado y con la misma soberanía (interna y externa) que defienden las FAS. Esta conexión explica que la integridad territorial afecte tanto a los fines de la fuerza militar cara al exterior como cara al interior.

¹³⁹⁶ En esta resolución se afirmaba:

"la soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer las actividades estatales. Este derecho tiene por corolario un deber: la obligación de proteger, en el interior del territorio los derechos de los demás Estados, en particular su derecho a la integridad e inviolabilidad en tiempo de guerra, así como los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero. El Estado no puede cumplir este deber si no manifiesta su soberanía territorial de forma adecuada a las circunstancias. La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo; es decir, al hecho de excluir las actividades de otros Estados, pues es ella la que sirve para repartir entre las naciones el espacio sobre el que se desenvuelven las actividades humanas, a fin de asegurarles en todos los lugares el mínimo de protección que el Derecho internacional debe garantizar." MAX HUBER en, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pág. 839, citado por CARRILLO SALCEDO, Juan A, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, cit.

E) LA DEFENSA DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

a) El alcance de la misión más conflictiva de las Fuerzas Armadas

Desde un inicio se ha insistido en la idea de que una cuestión son los fines constitucionales para los que se puede emplear a las FAS y otra bien distinta la cuestión de qué poderes tienen facultad de decidir cuándo y cómo debe actuar la fuerza militar y los mecanismos de control de tales decisiones. Estos aspectos serán analizados más tarde, si bien cabe adelantar que en ninguno de los casos son las propias FAS las que en el marco de la Constitución deciden cuándo actuar. Y resulta del todo adecuada esta distinción entre fines y órganos de decisión y control porque de lo contrario el análisis de los fines de las FAS se desvirtúa por completo. Tanto los pocos que quieren revivir un pasado militarista interpretando las misiones de las FAS, cuanto los más que se obstinan en limitar al máximo esta posibilidad funden y confunden los fines del artículo 8 con la distribución constitucional de poderes.

Estos problemas se aprecian en particular respecto de la misión de defender “el ordenamiento constitucional”. Sin duda, ésta es la misión de las FAS que mayores debates doctrinales ha suscitado no tanto por su significado sino por los problemas relativos a los márgenes de actuación de la fuerza militar en el interior con la que se identifica directamente esta misión. Como se verá, los problemas residen en determinar si de algún modo esta función da pie a reconocer algún tipo de autonomía política a la Institución militar y, sobretodo, a la exigencia de una previa declaración del estado de sitio para que pueda disponerse de la fuerza armada en el interior para defender el “ordenamiento constitucional”. Pero no son ahora el objeto de atención estas cuestiones relativas a la decisión y control del empleo de las FAS para llevar a cabo este fin, sino que cabe intentar acercarse a cuál es el significado de la “defensa” del “ordenamiento constitucional”.

Hay que recordar que en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 se afirmaba -también al final del precepto- que a las FAS competía la defensa del “orden institucional”. El influyente trabajo de García Ruiz de 1977 señalaba como tercera misión de la fuerza militar la defensa de la Constitución frente a cualquier amenaza, desorden o revuelta violenta que vulnere los principios consagrados por la soberanía popular. En los debates constituyentes se dieron dos enmiendas con el fin de modificar esta última referencia del precepto. Raúl Morodo proponía la garantía de “la Constitución y las leyes”¹³⁹⁷, sin embargo tal enmienda de limitado alcance no fue defendida. En el Senado Azcárate pretendió suprimir la referencia al ordenamiento constitucional tal y como entre la doctrina De Esteban propugnaba¹³⁹⁸. Afirmaba que las FAS debían limitarse a la defensa en su más estricto sentido; se temía atribuir una finalidad a la Institución militar que pudiese ser entendida como el reconocimiento de cierta autonomía política. Sin embargo esta enmienda tampoco llegó a defenderse en la Comisión.

A mi juicio no cabe duda de que la atribución de la defensa del ordenamiento constitucional se imbrica expresa y directamente con la idea de garantía que es propia, como diría Oehling a “aquellos países en cuya historia política ha sido frecuente la incursión del establecimiento armado, o en que se manifiesta el ánimo temeroso de tal posibilidad”¹³⁹⁹. En Portugal, en una experiencia constitucional bien próxima espacial y temporalmente se erigió a las FAS en “policía constitucional”¹⁴⁰⁰, se atribuyó a las FAS una autonomía para defender el sistema constitucional por su actuación decisiva para poner fin al régimen autoritario anterior. Se trataba, pues, de unas circunstancias

¹³⁹⁷ Enmienda nº 463 del diputado del Grupo Mixto Raúl Morodo Leoncio.

¹³⁹⁸ DE ESTEBAN, Jorge de, “Las bases de una Constitución para España”, cit., pág. 108.

¹³⁹⁹ OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, cit., pág. 70. En ellos dice que “se tiende a incluir la salvaguardia de los principios fundamentales”.

¹⁴⁰⁰ Sobre la cuestión portuguesa ya han sido varias las referencias a lo largo del presente estudio, la expresión de “policía constitucional” la recojo de CASADO BURBANO, Pablo, “La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales”, cit. pág. 25.

antagónicas a las españolas y de una constitucionalización bien diferente a la nuestra, eso sí, para llegar a un mismo fin: la garantía del régimen constitucional. Aquí, que las FAS tengan la finalidad de defender el ordenamiento constitucional no supone erigir a las FAS en una fuerza militar que analiza cuándo debe defenderse la Constitución, como sucedía en el país vecino, sino que supone la afirmación constitucional de que los poderes legítimos del Estado tienen la obligación de defender su carácter democrático y constitucional, si es preciso empleando la fuerza militar. Al mismo tiempo y como consecuencia, que la Institución militar tenga esta misión supone, necesariamente, su vinculación al sistema constitucional que en última instancia han de defender según lo dispongan los poderes democráticos. Como recuerda Ballbé, esta misión fue propugnada por los sectores menos conservadores con el objetivo de que las FAS “no quedaran al margen del nuevo sistema que se implantaba, como un cuerpo separado, trascendente a cualquier tipo de régimen”¹⁴⁰¹.

Hay que advertir la significativa opción terminológica por la palabra “ordenamiento” y no “orden” constitucional. La explicación resulta evidente: se quiso así distanciar a las FAS de toda misión interior relativa al clásico orden público en el que estuvieron implicadas en los dos últimos siglos; de ahí que no se siga el “orden institucional” del artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 para intentar no dar pie a confusión alguna¹⁴⁰². Como señalaron los magistrados de la Vega Benayas y Díaz Eimil en un voto particular “nuestra Constitución [...] configura a las Fuerzas Armadas como una Institución nacional para la defensa exterior y para garantizar el ordenamiento constitucional, no el orden jurídico interno o público, concepto éste, el de orden público (en absoluto equiparable al de

¹⁴⁰¹ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. , pág. 464.

¹⁴⁰² En este sentido, entre otros, ELORRIAGA, Gabriel, “El artículo 8º de la Constitución y la institución nacional de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 2548, quien afirma que no se querían asumir todas las exigencias doctrinales del término.

ordenamiento constitucional), que compete a la policía o seguridad interior, de la que la Guardia Civil forma parte.”¹⁴⁰³

Como entre otros advierten García de Enterría y Tomás Ramón, el ordenamiento funciona como un sistema total según se desprende de los artículos 1. 1º, 9. 1º y 96.1 CE¹⁴⁰⁴. Y en virtud de esta totalidad del ordenamiento, la misión que señala el artículo octavo para las FAS no supone que se pueda disponer de ellas cuando se ponga en peligro un aspecto concreto del orden constitucional, sino, como dice Ballbé cuando “esté en peligro el ordenamiento, es decir, el conjunto del sistema institucional y normativo”, por lo que para este autor “esta misión supone una transformación radical de las funciones asignadas hasta el momento a éstas [a las FAS]” puesto que se les sitúa “como garante y protector, en última instancia, del Estado democrático”¹⁴⁰⁵. La garantía del “ordenamiento constitucional” se distancia, pues, de la garantía de la seguridad pública, entendida como el ejercicio de los derechos y libertades y la seguridad ciudadana que en virtud del artículo 104 CE corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ahora bien, una vez captada la intención de la ley de leyes de discernir el “orden público” del “ordenamiento constitucional”, se verá más tarde que esta última expresión no dista mucho del “orden constitucional”.

El empleo de las FAS para satisfacer esta misión debe tener lugar cuando la Constitución se vea amenazada en su íntegra existencia material, cuando fuera de los cauces legales y por las vías de la subversión y la violencia se pretenda trastocar el sistema, no cuando los ataques provengan de meras extralimitaciones normativas o

¹⁴⁰³ Voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 194/1989, de 16 de noviembre.

¹⁴⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo* (3ª ed.), cit. pág. 57.

¹⁴⁰⁵ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit., citas de las págs. 463 y 464.

Diversos autores, sin acudir a la idea de ordenamiento, no dudan en señalar que la referencia al ordenamiento constitucional supone todos sus principios esenciales, así SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, cit., pág. 120-121; MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar*, cit. pág. 323.

institucionales, sino de focos materiales que amenacen con derribar el edificio constitucional y todo lo que la permanencia de este comporta¹⁴⁰⁶. La defensa del ordenamiento constitucional queda de este modo, íntimamente vinculada a las consecuencias de los actos típicos recogidos bajo la figura penal de la rebelión¹⁴⁰⁷, así como unida al presupuesto de declaración del estado de sitio en virtud de situaciones internas¹⁴⁰⁸, al igual que, como se verá, se vincula a las

¹⁴⁰⁶ Se siguen ahora básicamente los planteamientos de BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar pág. 100 y CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", cit. pág. 16 y CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, págs. 110-112. Cabe señalar que ya en 1950 se seguiría esta percepción de la gravedad extrema que presupone la actuación de la fuerza militar por GUAITA MARTORELL, Aurelio, "La Administración militar", cit. que en la pág. 116 afirmaba que "el Ejército no tiene una misión de policía, cabe, no obstante, ver una doble faceta en su finalidad, la defensa del Estado: *de ordinario*, la Administración militar fija su atención en lo enemigos exteriores, pero sin que ello suponga que se desentienda de los interiores, pues la actuación del Ejército contra esos enemigos interiores, aunque sea en caso de gravedad extrema", este autor seguía, a su vez a ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, (22º ed.), Valladolid, 1950, vol. II pág. 793 y ss.

¹⁴⁰⁷ El Código Penal de 1995 regula la rebelión en su Libro II, Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo Primero (artículos 472-484) y define la misma en el artículo 472 como el alzamiento público y violento para los siguientes fines:

1º. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.

2º. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.

3º. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.

4º. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.

5º. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

6º. Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.

7º. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno."

Sobre el tema, pese a tratarse de la anterior regulación (artículos 214 y ss. del anterior Código Penal), se ha seguido a GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal*. (La conducta punible en el delito de rebelión), Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1990, sobre el tema, págs. 138 y ss.

¹⁴⁰⁸ Como es sabido, la Constitución no fija en el artículo 116 CE los presupuestos bajo los cuáles procede la adopción de las medidas excepcionales, tarea que fue abordada por la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, que cumplimenta lo prevenido en el art. 116. 1º de la Constitución, sobre los estados de alarma, excepción y sitio, en concreto en su artículo 32. 1º: "Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra [...] el

~~situaciones descritas por el artículo 155 CE¹⁴⁰⁹. Así pues, se trata de situaciones en las que está en crisis el proyecto político configurado por la norma fundamental¹⁴¹⁰.~~

La defensa del ordenamiento constitucional consiste, por consiguiente, en una misión material y política, como política es la defensa del Estado constitucional que se recoge, como hemos visto, no sólo en esta expresión final del artículo 8. 1º CE, sino en todas las misiones que ahí se contienen. Se trata de hacer a las FAS defensoras materiales de la Constitución para aquellos casos extremos en que se estime oportuno. Poco o nada tiene que ver esta defensa material con la defensa jurídica de la Constitución que compete al Tribunal Constitucional de la que hablaría inicialmente Kelsen en tesis contrapuesta a Schmitt¹⁴¹¹. Ello llevó a De Otto a considerar “desafortunada” la expresión del artículo octavo, si bien comprensible

Ordenamiento Constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de Estado de Sitio.” Baste de momento esta referencia, dado que sobre este tema se volverá en su momento.

¹⁴⁰⁹ Artículo 155. 1: “Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés General de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés General.” Más tarde se apreciará sete presupuesto de actuación.

¹⁴¹⁰ No es menester detenerse ahora sobre la problemática de si el empleo de las FAS en este tipo de situaciones queda vinculado a la declaración del estado de sitio, puesto que ello pertenece a la cuestión de los órganos de decisión del empleo de la fuerza militar, no a los fines de ésta.

¹⁴¹¹ KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, (con estudio preliminar de Guillermo Gasió, Trad. y notas de Roberto J. Brie, Supervisión Técnica de Eugenio Bulygin), Tecnos, Madrid, 1995 y SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución – estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, (ed. y prólogo a cargo de Pedro de Vega), Tecnos, Madrid, 1983.

Diversos autores recuerdan que es la defensa de la Constitución a cargo de las FAS es de carácter material, política, bien diferenciada de la defensa jurídica encomendada básicamente al Tribunal Constitucional. Así, entre otros, TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española ... cit. pág. 120; LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, págs. 950-951; SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 2387; DE ESTEBAN, Jorge y GARCÍA TREVIANO, Pedro J. *Curso de Derecho Constitucional español*, cit. pág. 360 o ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. págs. 212-213.

puesto que es común el uso de esta terminología en el marco de un concepto general de perfiles políticos, como advierte este autor, es una noción aplicada a las más variopintas instituciones¹⁴¹².

La doctrina ha concentrado la misión de defender el Estado democrático en esta misión de garantía del ordenamiento constitucional, si bien, como aquí se ha sostenido, esta misión también se deduce de la de garantizar la soberanía de España, puesto que todas y cada una de las finalidades recogidas en el artículo 8. 1º CE son, al fin y al cabo, inescindibles. Y es por ello por lo que, en todo caso, es menester recordar lo que con anterioridad ya se afirmase: en modo alguno es admisible una prelación de los fines de las FAS, no hay salvación alguna del Estado que no se imbrique directamente con el régimen constitucional. En este sentido hay que censurar la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar relativa al golpe de Estado de 1981, que daba a entender que la salvación de la Patria y un profundo amor a la misma, a su unidad y seguridad podía desvincularse de la defensa del ordenamiento constitucional, a la vez que consideraba que atentar contra el Gobierno constitucional y los representantes del pueblo no suponía la intención de suprimir el ordenamiento constitucional, posición que sería después corregida por el Tribunal Supremo¹⁴¹³

¹⁴¹² DE OTTO PARDO, Ignacio, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, en concreto, págs. 11-17.

¹⁴¹³ Se trata de las sentencias de 28 de octubre de 1982 del Consejo Supremo de Justicia Militar y la del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 que comenta detenidamente en su epílogo GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal*, cit. págs. 221 y ss. El Consejo Supremo dio a entender en su fallo que la meta no era la supresión del ordenamiento constitucional democrático, ni contra el Jefe del Estado sino “sólo” atentar contra el Gobierno constitucional y los representantes del pueblo. Además señaló que aun siendo los hechos constitutivos de un grave delito que ocasionó “profunda perturbación en la vida pública nacional, no hay inconveniente en reconocer en los motivos que indujeron a sus autores a elegir tan equivocado camino, en una creencia basada en su desinterés, bien que exacerbado, amor a la patria, a su unidad y a la seguridad de las Fuerzas Armadas, a todo lo que erróneamente creían mejor servir con su actuación.” En casación el Tribunal Supremo afirmó con rotundidad que el alzamiento iba dirigido “contra la legalidad constituida, contra la Constitución, contra el Gobierno y contra instituciones fundamentales de la nación, como el Congreso” (Considerando 13).

b) *¿Pueden emplearse a las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo?*

Se ha situado en términos generales el significado que supone la defensa del ordenamiento constitucional en el marco del artículo 8. 1º CE y se ha advertido con meridiana claridad la distinción del ordenamiento constitucional del clásico orden público, -hoy seguridad pública- que compete a los cuerpos policiales. Asimismo, se ha afirmado que el presupuesto consiste en situaciones bien graves y extremas en las que corre serio peligro el Estado democrático. Sin embargo, este esquema aparentemente claro presenta una zona gris, una zona intermedia como lo es el supuesto del terrorismo¹⁴¹⁴ en un país que destaca en el concierto internacional democrático por sufrir esta lacra.

Nada más lejos de la intención de quien suscribe que atribuir en general la acción antiterrorista del Estado a las FAS. Pero como a continuación se explica, es la propia Constitución y la acción del legislador y la jurisprudencia la que abre las puertas en alguna medida al empleo de las FAS en la lucha antiterrorista. Y es que si por lo común la rebelión se encuentra en un ámbito que es propio al mantenimiento del ordenamiento constitucional, también el terrorismo ha quedado vinculado a éste.

La jurisprudencia constitucional no ha dudado en afirmar desde un inicio (Sentencia 25/1981, de 14 de julio) que “las actuaciones que contempla [el terrorismo ...] afectan a la estabilidad del conjunto del *ordenamiento constitucional*” (FJ 4º), se trata de “determinadas acciones [...que] ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático” (FJ 5º), que pretenden “perturbar el orden constitucional” (FJ 6º). Esta percepción del Alto Tribunal se ha mantenido en el tiempo, así, en la sentencia 199/1987, de 16 de diciembre sobre el terrorismo afirmaba el “peligro que el

¹⁴¹⁴ Sobre el tema y su tratamiento constitucional, por todos, REMOTTI, José C. *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999.

mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático” (FJ 2º) con alusiones a la “subsistencia del orden democrático constitucional”, haciendo continuas referencias a la protección del “orden constitucional” (FJ 4º). También estos planteamientos se han verificado en la sentencia 71/1994, de 3 de marzo. Cabe advertir que en ninguno de los casos el Tribunal Constitucional hacía mención alguna del artículo 8. 1º CE.

La legislación antiterrorista que estas sentencias analizaban también ha vinculado desde un inicio el ámbito del terrorismo al mantenimiento del “orden constitucional”, término que, como se acaba de apreciar, el Alto Tribunal emplea de forma indistinguida con el de “ordenamiento constitucional”. Incluso el más reciente Código Penal de 1995, califica los tipos delictivos de terrorismo como aquéllos que tienen por finalidad “subvertir el orden constitucional”¹⁴¹⁵.

En las famosas sentencias del Tribunal Supremo relativas a los *Papeles del Cesid*¹⁴¹⁶ el Tribunal no sólo siguió esta línea de vincular los delitos de terrorismo al “ordenamiento” u “orden constitucional”, sino que expresamente (en su FJ 7º) se acude al artículo octavo de la Constitución para justificar que los documentos de referencia afectaban “a la seguridad y defensa del Estado [...] puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista, cuya finalidad es alterar el orden constitucional”.

En consecuencia, cabe plantearse si los poderes democráticos pueden emplear a las FAS en la lucha antiterrorista al entender que se trata de “la defensa del ordenamiento constitucional”. Y cabe recordar que en verano de 1981 el Gobierno de Calvo Sotelo ordenó el

¹⁴¹⁵ Cabe recordar qué delitos de terrorismo están regulados dentro del Título XXII del Libro II de los “Delitos contra el orden público” en los artículos 571-580. Tanto en el artículo 571 como en el 577 se recoge expresamente la finalidad de estos delitos de “subvertir el orden constitucional”.

¹⁴¹⁶ Se hace referencia a las tres sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (asuntos nº 602, 634 y 726 de 1996), todas de 19 de marzo de 1997, que incluyen semejantes fundamentos jurídicos, idénticos por lo que ahora se atiende. Cabe recordar que a las mismas se formularon seis votos particulares de gran interés.

despliegue del Ejército en el pirineo navarro para cerrar la frontera a posibles comandos de ETA. También, durante varios meses de 1992, y a raíz de diversas amenazas de atentados, unidades militares españolas fueron utilizadas por decisión del Ministerio de Defensa en la vigilancia y protección de algunas instalaciones y líneas férreas (Madrid-Sevilla) relacionadas con los acontecimientos de la Exposición Universal de Sevilla¹⁴¹⁷.

A mi juicio la respuesta es positiva, esto es, se puede emplear a las FAS en la lucha antiterrorista, ahora bien, no en cualquier lucha antiterrorista. Pese a que las acciones terroristas van dirigidas a subvertir el ordenamiento constitucional, no toda acción terrorista pone en peligro el mismo, sino sólo en los casos en los que las actuaciones revistan un alcance y gravedad máximo que tambalee los cimientos del sistema democrático. Como señalase el Tribunal Constitucional “la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada.”¹⁴¹⁸ ¿Es que acaso no podrían emplear las FAS los poderes democráticos si el peligro efectivo del régimen constitucional proviniese de una organización terrorista?, sin duda alguna, si se diese por infortunio esta situación, sí.

Pero claro, estos órganos políticos a los que compete tomar la decisión del empleo de la fuerza militar en el interior quedan sujetos a la premisa de un efectivo peligro del Estado constitucional. Como se verá en su momento esta decisión es fiscalizable política y jurídicamente en el marco de la distribución de poderes propia del Estado constitucional. A mi juicio, las ocasiones descritas no

¹⁴¹⁷ Así lo recuerda LAFUENTE BALLE, José M. “Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones... cit. pág. 68 y GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio”, cit. pág. 210. Este empleo de las FAS en 1992 suscitó serias dudas para el constitucionalista Ramírez, que expresó en “Decisión discutible”, Diario 16, 13 de marzo de 1992 (citado por Garrido pág. 211). Lafuente, criticó tales actuaciones por no subsumirse en las misiones del artículo 8 y no haberse procedido a una necesaria declaración del estado de sitio. Para Garrido suponen un paso atrás porque a su juicio a las FAS no compete la lucha antiterrorista, puesto que ésta sólo pertenece al ámbito de la seguridad pública.

¹⁴¹⁸ Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre FJ 4º.

constituyeron en modo alguno una efectiva puesta en peligro del régimen constitucional. Sin embargo esa valoración no compete a quien suscribe, sino a quienes está atribuido el control de la actuación del poder Ejecutivo –Cortes y jurisdicción- que no pusieron obstáculos a aquel empleo.

F) EL EMPLEO DE LAS FUERZAS ARMADAS PARA EL
MANTENIMIENTO DE LA UNIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA
NACIÓN ESPAÑOLA

a) *Una misión constitucional que no se encuentra de forma expresa en el artículo octavo*

El artículo 8. 1º CE no contiene de forma expresa la alusión de que a las FAS corresponde la garantía de la unidad e indisolubilidad de España, tal y como se pretendió por medio de diversas enmiendas¹⁴¹⁹. Sin perjuicio de ello, en los debates y explicaciones de voto en las constituyentes se señaló con rotundidad que no era preciso recoger expresamente esta misión en el artículo octavo porque tal

¹⁴¹⁹ Así la enmienda nº 2 del diputado de Alianza Popular Antonio Carro que pretendía que se sustituyese el término “España” por el de “nación española”. Más concretamente, el también diputado de Alianza Popular Licinio de la Fuente, en su enmienda nº 463 propuso que se garantizase además de la soberanía e independencia, la unidad, lo mismo que propusiese el diputado centrista Ortí Bordas en su enmienda nº 736. No obstante, estas enmiendas no fueron defendidas, aunque algunas de ellas se refundirían en la posición que sostuviese Manuel Fraga (AP) frente a los diputados Llorens Bargues (UCD) y Javier Solana (PSOE) en el debate para la aprobación del Dictamen de la Comisión por el Congreso. A favor de su no inclusión, tanto el diputado de la UCD como el del PSOE señalarían que era innecesario, puesto que se veía implícita en la misión de defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Ver, CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit. Debate del 5 de julio, págs. 3880-3887, intervención del diputado Fraga en las págs. 3880-3881, contestación sobre el particular del diputado Llorens Vargues, pág. 3882 y, de nuevo, pág. 3887, las consideraciones del diputado Solana págs. 3883-3884.

Aprobado el texto en el Congreso, diversos senadores *volverían a la carga* con la intención de que se expresase en el artículo octavo la garantía de la unidad(enmiendas nº 172, 317, 225 y 382, por los senadores Gamboa, Abel Matutes (todos del Grupo Mixto) y Díez Alegría (Grupo Independiente), no todas se debatirían, pero en todo caso tanto en la Comisión como en el Pleno se toparon con el mismo argumento de que en el Congreso. Ver, CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit. Debate en comisión del 22 de agosto, págs.1707-1717 y en el pleno, de 26 de septiembre, págs. 2941-2950.

unidad e indivisibilidad de España quedaba reconocida en el artículo 2 de la ley de leyes e implícitamente en el artículo octavo puesto que competía a las FAS la defensa de la integridad territorial y del ordenamiento constitucional.

Los debates constitucionales son un referente histórico que ayuda a la comprensión de la existencia de la norma, por lo cual, no se les puede negar su validez como criterio interpretativo, sin embargo, su valía cualitativa es de por sí secundaria y limitada¹⁴²⁰. Frente a postulados hobbesianos, la grandeza del Derecho reside en la independización de la voluntad subjetiva de la que emana, es decir, en la adquisición de un valor normativo objetivo que puede ser, incluso, contrario al pretendido por quienes elaboraron la norma. La voluntad subjetiva del constituyente (expresada en términos objetivos, es decir, en los debates¹⁴²¹) es, un medio secundario para perfilar el contenido normativo del texto constitucional. Conforme la norma se distancia en el tiempo, la voluntad subjetiva pierde, paulatinamente, su valor interpretativo; este debilitamiento se da, en especial, en la medida en la que el contexto social y político en el que tuvo su origen la norma, se distancie de aquél en el que la norma ha de ser efectiva.

En algunos pasajes de este estudio se señala la conveniencia de mitigar en lo posible una interpretación subjetiva de la ley de leyes dado el contexto en el que se gestó nuestra norma fundamental en lo relativo a la parcela militar; en muchas ocasiones resulta preferible

¹⁴²⁰ En general, sobre la interpretación jurídica, por todos, BETTI, Emilio, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1963 y LARENZ, Karl, *Metodología en la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1978. De modo más concreto, sobre el valor de la voluntad subjetiva del legislador véase, BETTI, Emilio, *La interpretación de la ley...* cit. págs. 70 y 220. Asimismo, sobre el valor de la voluntad del constituyente a la hora de interpretar la norma suprema, véase, ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Capítulo V, págs. 131-163, "Los debates parlamentarios y la historia", en donde, al margen de recogerse las líneas doctrinales respecto de la importancia de los debates, se analiza la postura mantenida por el Tribunal Constitucional al respecto, así en págs. 148 y ss.

¹⁴²¹ Como materiales objetivos que conforman la voluntad del constituyente se hace especial referencia a las explicaciones de voto emitidas por los partidos. En alguna media podría darse entrada también como criterio interpretativo a las respuestas esgrimidas para negar las enmiendas que fueron rechazadas.

atender a lo que objetivamente dispone el texto constitucional. Ahora bien, éste no es, ni mucho menos el caso de la materia que ahora ocupa, y ello es así porque las voluntades que se expresaron en el período constituyente no suponen más que un complemento de lo que se deriva del texto del artículo 8. 1º CE, tal y como hasta el momento se ha expuesto.

En efecto, las FAS pueden ser empleadas con el fin constitucional de defender la nación española, y por ende, mantener su unidad e indivisibilidad, pues es precisamente la nación española el fundamento mismo de la Constitución (art. 2). Y ello es así por todas y cada una de las misiones atribuidas a las FAS en el artículo 8, que como se ha dicho, confluyen en un único *telos*: la defensa del Estado constitucional español. Defender la unidad e indivisibilidad del Estado es tanto garantía de su soberanía, de su integridad territorial cuanto del ordenamiento constitucional. De ahí se explica el el artículo 2 de la LODNOM incluya la garantía de la unidad de España, al lado de su soberanía, independencia, integridad territorial y ordenamiento constitucional¹⁴²². Sin perjuicio de ello, es menester efectuar diversas consideraciones sobre el particular, puesto que la defensa de la nación española, es decir, del titular de la soberanía, poco tiene que ver con antiguas concepciones bien distantes del sistema constitucional.

b) ¿Qué es la “nación española” que en su caso debe garantizarse por medio de las Fuerzas Armadas?

El artículo dos de la ley de leyes señala que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”. Como se expuso, este precepto tiene un claro origen castrense que vio en él, y en buena medida lo consiguió, la garantía frente a un temido desmenbramiento

¹⁴²² Artículo 2: “La defensa nacional [...] Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la *unidad*, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución.”

de España con el avenimiento de la Constitución y el régimen democrático.

La nación española, el “pueblo español, del que emanan los poderes del Estado” (art. 1. 2 CE) es el titular de la soberanía, y como se ha explicado, poco o nada tiene que ver la comprensión de la soberanía, y en concreto del sujeto de la misma -la nación o el pueblo español- con antiguas concepciones. La unidad y homogeneidad del pueblo español ha de ser entendida tal y como dispone el artículo 1. 2º, esto es, compatible con el reconocimiento de las nacionalidades y regiones que la integran, y no de un modo monolítico. Y, sobre todo, la nación española, como señalan Solozábal “es la generación nacional viva, constituida democráticamente”, “suma de todos los (ciudadanos) españoles”¹⁴²³; en el mismo sentido, afirma Francisco Bastida que “El pueblo de la constitución democrática ha de ser la ciudadanía vinculada al ordenamiento jurídico, no la perteneciente a una comunidad de destino.”¹⁴²⁴

El artículo 2 CE afirma que la nación española es el fundamento de la Constitución. Se trata, pues, de una *legitimación nacionalista* de la Constitución, lo cual, como señala Solozábal “se justifica por su carácter nacional, en cuanto instrumento de autogobierno propio, por su aportación a la constitución política de la nación, a la que dota de su correspondiente organización, de modo que la Constitución se acepta no sólo por su utilidad o necesidad en cuanto soporte de una determinada idea -democrática, liberal- del orden político, asumida de acuerdo con patrones universales de racionalidad o eficiencia técnica, sino porque es *la nuestra*, la que nos hemos dado según nuestras necesidades, conforme a nuestra experiencia y cultura histórica.”¹⁴²⁵

¹⁴²³ En este sentido, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J., “El problema de la soberanía en el Estado autonómico”, cit. págs. 480 y 481 respectivamente.

¹⁴²⁴ BASTIDA, Francisco J., “La soberanía borrosa: la democracia”, cit. págs. 450-451.

¹⁴²⁵ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J., “El problema de la soberanía en el Estado autonómico”, cit. pág. 468.

Como al lector avezado no habrá pasado desapercibido, se parte aquí del nacionalismo político y en especial en su última versión, el patriotismo constitucional de Habermas¹⁴²⁶, a mi juicio, un imprescindible punto de partida y entendimiento preciso para superar no pocos males de los que la historia es buena muestra.

Cicerón escribía que el pueblo “no es una mera masa de individuos agrupados de cualquier forma, sino una amplia asociación humana, unida por el reconocimiento del Derecho (*consensus iuris*) y la utilidad común”¹⁴²⁷ y el Estado para Kant no era sino “la unión de una multitud de hombres bajo leyes jurídicas”¹⁴²⁸. Esta concepción política de la nación y del Estado se siguió, aun de forma mitigada en la Francia revolucionaria, pues a la nación se unieron ideas de colectividad indivisible y perpetua, de la *France éternelle* que engloba a generaciones pasadas presentes y futuras¹⁴²⁹ sostenidas por los “Monárquicos” (en especial Mounier). Sin embargo, el mayor peso en la idea de nación se debe al abate Sieyès para quien la Nación “es el conjunto de ciudadanos que viven bajo una misma ley y están representados en una misma legislatura”¹⁴³⁰. Así, como recuerda

¹⁴²⁶ Sobre el mismo se han seguido HABERMAS, Jürgen, “Ciudadanía i identitat nacional. Reflexions sobre el futur europeu”, traducción al catalán de su conferencia pronunciada en la Universidad de Barcelona en 1991: en *Ciudadanía i identitat nacional*, UB, [sin fecha], págs. 57-96; HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, (reimpresión de la 1ª ed. en español de 1989) con Introducción de Manuel Jiménez Redondo (págs. 9-14), Tecnos, Madrid, 1994, en especial, págs. 91 y ss. y HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, (traducción de la edición alemana de 1995, y presentación, de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1997, en especial, págs. 111 y ss.

¹⁴²⁷ Así citado por GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 63. Sobre la evolución de la concepción de la nación, de forma resumida pueden verse, esta misma obra, págs. 72-73, así como TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 178-183 y SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 193-197.

¹⁴²⁸ Así citado por GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit., pág. 113.

¹⁴²⁹ Sobre el verdadero pensamiento de Sieyès, en especial MÁIZ, Ramón, “Los dos cuerpos del soberano... cit. págs. 175-176.

¹⁴³⁰ Así citado por MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, “El Estado del nacionalismo étnico y la inestabilidad en el área mediterránea”, en *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. La clave del Mediterráneo*, de próxima publicación, este estudio tuvo por origen la celebración del Congreso con el mismo estudio, en Valencia, mayo de 1999, texto mecanoscrito, pág. 4.

Sospedra, la Nación era una asociación voluntaria que reposa sobre el consentimiento de sus miembros, sin perjuicio que, pueda basarse, como era el caso de Francia, en una comunidad de vida preexistente y, en razón de ello, estar dotada de un contenido material histórico determinado, pero ello, aunque favorece la cohesión de la asociación, era en el fondo secundario¹⁴³¹. Este entendimiento básicamente político de la nación no serviría para Alemania, pues, como percibió Fichte, la nación jurídica era insuficiente para movilizar a la gente, los gobernantes precisaban “la sangre vivificante del patriotismo popular. La gente ha de llegar a creer que morir por la Patria tiene sentido: se muere para vivir eternamente en la memoria y en la perpetuación del propio pueblo, del grupo nacional en donde se ha nacido.”¹⁴³². Así resurgía un nacionalismo de corte histórico, étnico y cultural que tenía sus orígenes en la Grecia clásica, ahora a manos del romanticismo liberal de Fichte y del pensamiento estatalista de Hegel. Y esta concepción histórica, étnica o cultural de la nación y el Estado, como es sabido, degeneró en expresiones históricas como el fascismo y nazismo.

Con posterioridad surgiría la fórmula de Renan, sólo en apariencia intermedia puesto que unía una concepción subjetiva de la nación -la voluntad de sus miembros- con una concepción objetiva -elementos históricos o de otro tipo que habían forjado con certeza una nación-. La nación pasaba a concebirse como empresa común y plebiscito permanente de pasado, presente y futuro, “deseo expresado de continuar la vida en común”¹⁴³³. Pero este deseo -esta voluntad- trascendería a los ciudadanos vivientes, la voluntad no era más que un producto del pasado “Una nación es pues una gran solidaridad, constituida por el sentimiento de los sacrificios que se han hecho y los sacrificios que todavía se está dispuesto a hacer. Supone un pasado, se

¹⁴³¹ *Idem.*

¹⁴³² GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit., pág. 124.

¹⁴³³ RENAN, E. *¿Qué es una nación? Cartas a Strauss*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 83, citado por BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, pág. 161.

resume, no obstante, en el presente: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar una vida en común”¹⁴³⁴.

Bajo el punto de partida de este concepto de Renan, es decir, este falso voluntarismo expresado en términos de plebiscito histórico, no resultaría muy complejo eludir la voluntad real de los ciudadanos presentes -la generación viva de la nación-. Surgía así la perennidad de la nación, que en España Ortega y Gasset o José Antonio no disimularían en modo alguno, para el último, “la sustancia de la nación se emancipa de la voluntad de los hombres que la componen”¹⁴³⁵. Dado que la nación era algo objetivo, en virtud de su generación histórica, las generaciones presentes y su voluntad no eran sino un eslabón, una milésima parte de una cadena histórica, una voluntad permanente, imperecedera. Como critica Xacobe Bastida “No vale cualquier voluntad, sino que ha de ser una voluntad avalada en el transcurso de la Historia, una voluntad concordante con el devenir del Destino de la Nación”¹⁴³⁶.

Y como este autor sostiene, ésta fue la tesis dominante en nuestro proceso constituyente para sostener el artículo 2 de nuestra Constitución¹⁴³⁷. En nuestro país, la explicación de la unidad de la nación española no viene por la raza, lengua o cultura comunes, sino que España es “una realidad forjada por la historia”¹⁴³⁸. Ahora bien, ello no nos debe llevar al nihilismo de Xacobe Bastida, puesto que en la actual ley de leyes no hay nada de Constitución interna o de Constitución histórica, perenne, imperecedera. Este autor -como recientemente ha señalado González Casanova “desde cierta

¹⁴³⁴ *Ibidem*, págs. 82-83.

¹⁴³⁵ Citado por BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, pág. 180.

¹⁴³⁶ BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, cit. pág. 173.

¹⁴³⁷ Xacobe Bastida lo demuestra a lo largo de toda su obra, con referencias concretas a todos los debates parlamentarios.

¹⁴³⁸ Así lo afirmó el diputado comunista Solé Tura, ver, CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, pág. 724. Esta no es sino una más de las citas recogidas por Xacobe Bastida a lo largo de su obra.

marginalidad combativa”¹⁴³⁹- crítica con severidad a todo aquél que parte de la historia de la nación española y que luego *osa* afirmar que la nación española es una nación política, una España constitucional, que es precisamente lo que suele hacer la mayoría de la doctrina. Entiende que toda referencia histórica es incompatible con la consideración de una nación política.

Sin embargo, a mi juicio se trata de una posición extrema y nihilista que desconoce que la historia es un mero punto de partida, el marco de referencia seguido por nuestra ley de leyes para constituir el verdadero punto de partida que supone una nación política, la España constitucional. Todos y cada uno de los ciudadanos vivientes vimos reconocidos nuestros derechos y libertades a partir de un punto de referencia que nosotros mismos fijamos, que no era ni la raza, ni la cultura, sino que entendimos que era la historia la que nos había proporcionado este marco de referencia para hacer efectivos los principios universalistas del reconocimiento de la dignidad y los derechos y libertades que son el fundamento del orden político (art. 10. 1º CE). Para explicar la España constitucional no hace falta acudir a Don Pelayo ni a los Reyes Católicos¹⁴⁴⁰ más que como elementos

¹⁴³⁹ GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, recensión a la obra de Xacobe Bastida, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 105, julio/septiembre de 1999, págs. 355-361, donde también se afirma, con todo acierto que el estudio de este autor encaja en un nacionalismo radical militante.

¹⁴⁴⁰ Se hace referencia al reciente estudio de PERALTA, Ramón, “Soberanía nacional y Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 105, julio/septiembre de 1999, págs. 309-334, en concreto, págs. 319. Este trabajo constituye un buen ejemplo de todo lo que critica, no sin falta de razón en este caso, Xacobe Bastida. Baste citar una de sus afirmaciones en la que una nación étnica-histórica se antepone a los derechos y libertades llevando a cabo una manipulación del nacionalismo constitucional (pág. 326):

“El pueblo español es el sujeto histórico, étnico-político- que constituye la Nación Española, realidad histórica devenida a lo largo de la Edad Media (Monarquía hispanogótica, Reconquista), conformada entre los siglos XVI y XVIII (desde el reinado de los Reyes Católicos hasta el de Carlos III) e instituida de forma moderna con el constitucionalismo nacional-liberal originado en 1812 hasta la actualidad. De este modo, el pueblo español, resultante de este largo proceso histórico tendente a la integración territorial y social, soberanamente, autónomamente, instituye en el pacto constituyente y consensuado de 1978 un orden político democrático que garantiza con plenitud sus libertades, sus derechos fundamentales como derechos individuales, inalienables e imprescriptibles.”

Ahora bien, , a mi juicio no es esta visión la que actualmente predomina en nuestra doctrina.

históricos que nos aportan un marco del que partir, el mismo punto de partida que fija la Constitución para el ejercicio del derecho a la autonomía (art. 143. 1º CE)¹⁴⁴¹. Como señala Habermas para España, en nuestro país, como en tantos otros, nos encontramos con un Estado administrativo de raíces históricas que sería el adoptado por nuestra ley de leyes para dar “un paso envidiable más del pueblo español en avanzar por democracia y derechos fundamentales”¹⁴⁴².

De este modo, no es el nacionalismo el que justifica la Constitución, sino la Constitución la que cifra o identifica el contenido del nacionalismo. El referente básico de la nación española es la libertad, la democracia y el respeto de la dignidad humana asumidos como decisiones fundamentales en la Constitución (arts. 1. 1º y 10.1º CE)¹⁴⁴³. Tal idea del nacionalismo constitucional puede salvar al nacionalismo liberándolos de tendencias etnicistas y desvinculándolo de las imposiciones de la historia. El patriotismo constitucional de Habermas que en España afortunadamente parece recibirse no es ni mucho menos lo que entiende Xacobe Bastida. A su juicio es un medio agresivo de transformistas políticos cubierto con un velo democrático con el fin de reprimir las legítimas querencias nacionalistas. Por el contrario, el nacionalismo constitucional es una nueva forma de comprender y asumir una realidad, la existencia de los Estados, que ha sido la única vía por la que una parte de la humanidad ha logrado, con muchísimos y penuriosos esfuerzos, hacer efectivos los derechos y libertades que son inherentes a su propia dignidad. A la vez, el

¹⁴⁴¹ Artículo 143. 1: “En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.”

¹⁴⁴² HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, cit., pág. 113.

¹⁴⁴³ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J., “El problema de la soberanía en el Estado autonómico”, cit. págs. 484-485.

patriotismo constitucional es la única vía para que detrás de una idea nacionalista no germine la flor del fascismo¹⁴⁴⁴.

La historia, que no la historiografía, es uno de los mejores maestros de los que la humanidad puede aprender. La antigua Roma, como se vio, fue el primer ejemplo histórico de una organización política que, cuanto menos en la teoría, quedaba fundamentada en principios universalistas y naturalistas, esto es, de la igual dignidad del hombre. Y esta universal dignidad humana sólo ha logrado hacerse efectiva dos milenios después sobre la base de los Estados nacionales, en el Estado constitucional democrático. No puede criticarse que la existencia de los Estados tenga como punto de partida referentes culturales e históricos, que nos han venido dados a las generaciones vivientes. Estos referentes han sido nuestro punto de partida para hacer efectivos los derechos fundamentales y son a la vez los condicionantes que modulan nuestro entendimiento y alcance concreto de tales principios universalistas que se han alcanzado en cada marco de comunidades de individuos. La democracia no renuncia a una identidad que parte de las particularidades de la tradición, como pueda ser la española. Se trata, como señala Habermas, de “interpretaciones diversas -impregnadas de las correspondientes historias nacionales- de los mismos principios jurídicos universalistas.”¹⁴⁴⁵

¹⁴⁴⁴ Se hace referencia así a la afirmación de García Trevijano que asegura que “se puede decir sin cometer injuria que en el fondo de toda idea nacionalista está germinando ya la flor del fascismo”, así en GARCÍA-TREVIJANO, A. *Del hecho nacional a la conciencia de Estado o El discurso de la República*, Temas de hoy, Madrid, 1994, pág. 106, citado por BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, pág. 202.

¹⁴⁴⁵ HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, pág. 73, también, en las págs. 101-102 hace referencia a la relativa importancia que tiene la historia y la cultura en su nacionalismo constitucional:

“la vinculación a estos principios, que el patriotismo constitucional fomenta, ha de nutrirse de la herencia de tradiciones culturales consonantes. Las tradiciones nacionales siguen acuñando todavía una forma de vida que ocupa un lugar privilegiado, si bien sólo en una jerarquía de formas de vida de diverso radio y alcance. A estas formas de vida corresponden, a su vez, identidades colectivas que se solapan unas con otras, pero que ya no necesitan de un *punto central* en que hubieran de agavillarse e integrarse formando la identidad nacional. En vez de eso, la idea abstracta de universalización de la democracia y de los derechos humanos

c) *La defensa del Estado constitucional de los derechos y libertades es, actualmente, la defensa de la "indisoluble unidad de la nación española"*

Ésta es la nación indivisible que deben proteger las FAS en virtud del artículo 8. 1º CE, una nación política que sólo tiene sentido bajo su significación democrática y de derechos y libertades. Una España de generaciones vivas que poco o nada tiene que ver con una rancia concepción de la Patria distanciada de los principios democráticos. Y esta será, en su caso, por la Patria por la que pueda llegarse a sacrificar la vida en contienda. Nada más distante del *pro patria mori* que surgiría en las Cruzadas¹⁴⁴⁶ que tanto interés despertase en Maquiavelo, y que finalmente con Hegel pasaría a ser el supremo deber ético sobre la Tierra, *dulce et decorum est pro patria mori*¹⁴⁴⁷. Se trata del derecho y deber de defender a España, en cierto modo vinculado al derecho de resistencia como último remedio frente a quienes intenten apartar el orden constitucional, reconocido en algunas constituciones europeas¹⁴⁴⁸. En la medida que pueda exigírsele

constituye la materia dura en que se refractan los rayos de las tradiciones nacionales -del lenguaje, la literatura y la historia- de la propia nación."

Cabe recordar que las críticas a este autor residen fundamentalmente en que no pueda despreciar de modo absoluto la identidad cultural o histórica, lo cual, a mi juicio no es en modo alguno negativo. Así Xacobe Bastida afirma que "Incluso en un planteamiento tan depuradamente universalista como el de J. Habermas, la identidad postnacional basada en el estímulo de comunes convicciones sobre la universalidad de los derechos democráticos necesita el recurso a la tradición particular", ver, BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, pág. 202 nota a pie nº 40. Esta crítica se recoge también en GARCÍA AMADO, J. A., "La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas", *Doxa*, nº 13, 1993, págs. 240-241.

¹⁴⁴⁶ TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 178-183.

¹⁴⁴⁷ Sobre la exigencia de la puesta en peligro de la propia vida, y en general, sobre la exigencia de formar parte de la fuerza militar en el Estado español se volverá en su momento. En concreto, sobre la centralidad de la materia en el pensamiento de Hegel, HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, págs. 120 y ss, *Más allá del Estado nacional*, págs. 31 y ss. y 178 y ss. Así como BLANQUER CRIADO, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 301 y ss.

¹⁴⁴⁸ Así se reconoce en el artículo 20. 4º de la Ley Fundamental de Bonn: "Todos los alemanes tienen el derecho de ofrecer resistencia como último remedio frente a quienes intenten apartar el orden constitucional." En el artículo 21. 1º de la Constitución portuguesa

al hombre empuñar las armas y, en su caso, morir por la Patria, es porque será por una Patria identificada con los derechos y libertades, *nuestros* derechos y libertades. El Estado no podrá coaccionar a quien no quiera llegar a entregar su vida por esta Patria constitucional, ahora bien, si una sociedad no está dispuesta a defender sus derechos y libertades individuales el Estado constitucional pierde su sentido y, por tanto, está abocado a su desaparición.

Es así como deben entenderse afirmaciones como las de Marchante cuando señala que “la base insoslayable y previa para establecer un sistema eficiente de Defensa Nacional es la propia existencia de una Nación. Cuando los componentes de la misma no estén unidos por un conjunto de sentimientos, ideas e intereses que fundamenten la existencia de una comunidad nacional que deba ser salvaguardada, su defensa como tal será imposible, pues ni siquiera sería una solución dejarla en manos de mercenarios.”¹⁴⁴⁹ Ahora bien, tales sentimientos, ideas e interés que fundamentan la comunidad nacional no son otros que los valores superiores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político. Esta será la conciencia de defensa que haya que despertar en la sociedad española y es así como debe entenderse el artículo 14. 2º de la LODNOM cuando afirma que la “Base fundamental de la defensa nacional son los propios ciudadanos. Por ello, el Gobierno cuidará de desarrollar el patriotismo y los principios y valores reflejados en la Constitución.” Y obviamente éste será el “amor a la Patria” y el “servicio a la Patria” que exigen y fomentan las Reales Ordenanzas¹⁴⁵⁰.

queda también claramente vinculado a los derechos y libertades: “Todos tienen el derecho de resistir a cualquier orden que ofenda sus derechos, libertades y garantías y de repeler por la fuerza cualquier agresión cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública.” También es constitucionalmente reconocido este derecho de resistencia en el artículo 2 de la Constitución francesa: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

¹⁴⁴⁹ MARCHANTE GIL, Armando, “Consideraciones sobre una política militar”, cit. pág. 109.

¹⁴⁵⁰ Quien suscribe en modo alguno desconoce que las Reales Ordenanzas no parten, ni mucho menos de los planteamientos aquí seguidos, como ya se afirmó en otro momento, pero a la vez niega que se trate de una norma inconstitucional en tanto en cuanto puede ser

La visión aquí sostenida de la finalidad de las FAS, pese no haberse seguido por nuestra doctrina, parece haberse asumido por los representantes de la nación, como puede apreciarse tanto en el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado para establecer la fórmula y plazos para alcanzar la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas¹⁴⁵¹ cuanto en la reciente Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas. En la Exposición de Motivos de esta ley (apartado I) no se duda en afirmar “la necesidad de dotarse de una defensa eficaz que garantice el ámbito de seguridad imprescindible *para seguir construyendo el sistema de libertades, de bienestar económico y de igualdad social que nuestra Constitución proclama*”. En este sentido, con una importante carga simbólica cabe recordar la reforma del juramento de bandera de los militares españoles, que pasan a jurar o prometer, en primer lugar, “hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado” (artículo 3 de esta ley).

Resulta harto conocido el problema nacional en nuestro país, en el que un posible desmembramiento del Estado español es una hipótesis no excesivamente irreal. Ello, como es obvio, afecta a nuestro

interpretada de conformidad a la Constitución. Este es el caso de los artículos 1, 2 y 3, en concreto de esta norma:

Artículo 1: “Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor.”

Artículo 2: “Bajo el mando supremo del Rey, las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, están exclusivamente consagradas al servicio de la Patria, quehacer común de los españoles de ayer, hoy y mañana, que se afirma en la voluntad manifiesta de todos.”

Artículo 3: “La razón de ser de los Ejércitos es la defensa militar de España y su misión garantizar la soberanía e independencia de la Patria, defender la integridad territorial y el ordenamiento constitucional.”

¹⁴⁵¹ Este Dictamen fue aprobado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados el 28 de mayo de 1998 y en sesión plenaria del Senado el 9 de junio de 1998 (BOCG nº 209, de 21 de mayo de 1998, págs. 2 y ss.) donde se afirma en su apartado segundo que :

“Los españoles estamos convencidos de la necesidad de dotarnos de una defensa eficaz que garantice el ámbito de seguridad imprescindible para seguir construyendo el sistema de libertades y el ámbito de bienestar económico y de igualdad social que nuestra Constitución proclama como modelo desde su primer artículo.”

objeto de estudio en tanto en cuanto podría llegar a emplearse a las FAS por los poderes democráticos para mantener la unidad e indisolubilidad de España que reza nuestra Constitución. Y no puede caber duda que este empleo de la fuerza militar es completamente admisible a la luz de la actual ley de leyes, pese a que muy recientemente esta afirmación por el Ministro de Defensa suscitara la polémica¹⁴⁵².

Ahora bien, nuestra ley de leyes no es inmutable e irreformable, nuestra Constitución ni incluye cláusula alguna de irreformabilidad, como en el conocido caso de la Ley Fundamental alemana¹⁴⁵³. Por el

¹⁴⁵² Se hace alusión a las declaraciones del Ministro realizadas en una cadena de radio el día 10 de enero de 2000, en las que ante la pregunta “¿Qué papel juegan las Fuerzas Armadas para que un día Euskadi, bueno..., pues no se separe de España?”, a lo que el ministro afirmó que “si hubiera un movimiento de querer arrebatarse a España una parte de su territorio, para eso está la Constitución, que dice que actúen las fuerzas armadas”, declaraciones efectuadas días después de su discurso –de despedida– en la Pascua militar (el texto de dicha intervención está a disposición en www.mde.es), discurso en el que se abogó, citando a Ortega y Gasset por “autoconvencernos de nuestra españolidad”, a la vez que se repudiaba todo nacionalismo que suponga un odio al vecino. Más tarde se matizó en el sentido de afirmar que “lo que estamos viviendo ahora, que es un proceso de separatismo, es un problema que no es de las armas ni las fuerzas armadas”. Dichas manifestaciones provocaron un revuelo político y fueron replicadas con dureza tanto por representantes de Izquierda Unida y los grupos nacionalistas. Desde estos ámbitos, por lo que aquí concierne nadie puso en duda la constitucionalidad de lo afirmado, si bien se consideró que el artículo octavo era “retórico” y “lo más anticuado” de nuestra Constitución.

Sobre el particular, se siguen los siguientes artículos periodísticos: “Duras críticas a Serra por invocar al Ejército como garante de la unidad”, en *El País*, martes 11 de enero, y los contenidos en *La vanguardia*, a cargo de BRUNET José M., “El ministro ve el nacionalismo como “el odio a la tierra del vecino””, de 11 de enero de 2000 y GONZÁLEZ CABEZAS, J. Ramón, “La cita de Serra”, de 12 de enero de 2000.

¹⁴⁵³ Artículo 79. 3º “Es inadmisibile una modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en Länder, al principio de participación de los Länder en la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20.”. (artículo 1: “1º La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes públicos han de respetarla y protegerla. 2º El pueblo alemán reconoce a los derechos humanos, inviolables e inalienables, como el fundamento de toda comunidad humana, la paz y la justicia en el mundo. 3º Los derechos fundamentales que a continuación se proclama vinculan a los poderes legislativo y ejecutivo y a los tribunales de justicia”; artículo 20: “1º La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. 2º Todos los poderes del Estado proceden del pueblo. El poder se ejerce por el pueblo a través de elecciones y plebiscitos y mediante órganos especiales legislativos, ejecutivos y judiciales. 3º El poder legislativo está sujeto al orden constitucionalmente establecido; el poder ejecutivo y los tribunales actúan bajo sometimiento a las leyes y al derecho. 4º Todos los alemanes tienen el derecho de ofrecer resistencia como último remedio frente a quienes intenten apartar el orden constitucional.”

contrario, la voluntad del soberano -el pueblo español- bien puede modificar el actual entendimiento del Estado español y, por ende, redefinir el empleo de las FAS en el mismo. Como es sabido, el tema de los límites implícitos o inmanentes de una reforma constitucional es bien polémico. En el presente estudio se siguen los pareceres de un sector de la doctrina que considera que no existen tales límites en una reforma constitucional, siempre en el entendido de que la propia concepción de la soberanía del pueblo implica como punto de partida el efectivo reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, otra cosa, que por supuesto es bien posible, ya no es un sistema constitucional¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵⁴ Sobre la reforma constitucional y sus límites, se ha seguido a DE OTTO PARDO, Ignacio, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, cit. y su *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, cit. págs. 63 y ss. En especial, REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "El poder constituyente constituido. La limitación del soberano", en *Fundamentos*, cit. págs. 361-379, que aborda la cuestión más directamente, así como, en esta obra, las posiciones de BASTIDA, Francisco J., "La soberanía borrosa: la democracia", en concreto, págs. 391 y ss. y ALÁEZ CORRAL, BENITO, "Soberanía constitucional e integración europea", cit. págs. 503-555, en concreto, págs. 532 y ss.

De otra parte, Xacobe Bastida recoge a los autores que afirman que en el artículo 2 de la Constitución se residencia un límite implícito a toda reforma constitucional. Así, SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, "Comentario al art. 2 de la Constitución española", en ALZAGA, Oscar, *Comentarios a las leyes políticas*, cit. págs. 125-126. De Vega o Cavero afirman que la variación de la estructura nacional sólo podría tener lugar por la vía revolucionaria, así DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional* Tecnos, Madrid, 1985, en concreto pág. 286 o CAVERO, Íñigo, "La Constitución ante la autodeterminación", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* nº 15, pág. 328. Estas últimas posiciones llevan a Xacobe a afirmar que, al ser la nación española una Constitución histórica, "se asegura de manera definitiva la unidad estatal por cuanto se destierra al campo de la ilegalidad más absoluta la posible reforma constitucional atinente a la estructuración territorial", ver, BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, pág. 180.

III. El empleo de las Fuerzas Armadas para otros fines que no se derivan del artículo octavo

A) EL ARTÍCULO OCTAVO NO EXCLUYE EL EMPLEO DE LAS FUERZAS ARMADAS PARA OTRAS MISIONES, SIEMPRE EN EL MARCO DE LA LEY DE LEYES

Al inicio de este capítulo se explicó el sentido y alcance de la fijación constitucional de las misiones para las que pueden ser empleadas las FAS en virtud del artículo octavo. Y como se indicó, uno de los problemas básicos se residenciaba en si dicho precepto había de ser interpretado de forma taxativa, es decir, que las FAS sólo pueden ser empleadas para la realización de los fines ahí fijados. Ya en ese momento se señaló que este precepto no era meramente declarativo, sino *taxativo* pero *en sentido político*; supone orientar la actuación de la fuerza militar hacia fines y cometidos que se distanciaban de antiguas funciones de índole política para las que se empleaba la fuerza militar. Básicamente, se alejaba a las FAS de las misiones policiales atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en virtud del artículo 104 CE. No obstante, si bien es ésta una de las significaciones centrales del artículo 8. 1º, no es la única, sino que, como se ha visto, supone una completa redefinición del sentido que tienen las FAS en un Estado constitucional; en modo alguno se trata de una mera declaración sin alcance jurídico. De otra parte, en los últimos apartados se ha seguido una misión que no aparece de forma directa en el tenor de este precepto -la garantía de la nación española y su indivisibilidad-. No obstante, en este caso se trata de una misión que se deduce con claridad de la interpretación del texto de este artículo.

No es éste el tipo de casos que ahora suscitan el interés, se trata a continuación de advertir si las FAS pueden ser empleadas para fines que no se desprenden del artículo 8. 1º CE. Como se verá, se trata de la actuación de los Ejércitos, de un lado en el exterior: para los casos de misiones internacionales de carácter humanitario, de defensa de los

derechos humanos y de paz que no se imbriquen directamente en la seguridad y defensa del Estado constitucional. De otro lado, consiste en el posible desarrollo de funciones en el interior como en los casos de emergencias naturales, humanas o ecológicas.

Pues bien, en unos y otros supuestos la visión que aquí se suscribe no es otra que la admisibilidad del empleo de las FAS para toda aquella función que no contraríe ni el artículo 8 de la Constitución, ni cualquiera de las reglas o principios contenidos en la ley de leyes. Básicamente de lo que se trata es de no vulnerar el alcance jurídico del artículo 8 ni el de otros preceptos de la ley de leyes como, en especial el artículo 104, siendo que, a la vez, el desempeño de otras misiones no contenidas en el artículo 8 supongan la satisfacción de bienes constitucionales o incluso legales que en modo alguno alteran el texto constitucional. De este modo, que las FAS se empleasen para llevar a cabo típicas misiones que corresponden a los cuerpos policiales vulneraría la distinción entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y FAS establecida en la Constitución, salvo, como se verá en su momento, en los casos en los que actuaciones que de ordinario competen a los primeros pasen a ser subsumibles en las misiones militares del artículo 8. Esta visión, hay que insistir, no supone de ninguna manera admitir que el artículo 8 no tiene alcance o contenido alguno o que éste haya quedado desfasado y superado por la realidad¹⁴⁵⁵, sino que supone admitir tanto la fuerza jurídica de este precepto como la de todos y cada uno de los contenidos constitucionales.

De nuevo, en esta materia el temor a una autónoma actuación militar ha llevado a nuestra doctrina a abordar la materia con un excesivo recelo, por lo que inicialmente se excluyó toda posibilidad de que las misiones de las FAS pudiesen excederse de lo expresado en el artículo 8. 1º CE. Sin embargo, es menester recordar, una vez más, que una cuestión son las finalidades para las que puede emplearse a los

¹⁴⁵⁵ Así pues, no se comparte, como se afirmó, la posición sostenida por LAFUENTE BALLE, José M. "Sobre el carácter taxativo o declarativo ... cit. pág. 68. quien señalaba que la Constitución formal (art. 8 CE) había quedado por una "Constitución real".

Ejércitos, y otra muy distinta advertir quiénes son los poderes competentes para decidir tal empleo.

B) EL DESEMPEÑO EN EL INTERIOR DE MISIONES NO ENUMERADAS
EN EL ARTÍCULO 8. 1º CE

*a) Desarrollo normativo y puesta en práctica de funciones no armadas
por los Ejércitos en el interior*

Dentro del marco constitucional europeo, sólo en la Constitución de Austria se recoge el empleo de la fuerza militar “Para prestar ayuda ante catástrofes naturales y accidentes de alcance extraordinario” (art. 79. 2. 2º); a la vez, el apartado tercero de este precepto establece la garantía de una reserva de ley constitucional para regular “otras funciones del Ejército federal”, todo ello se establece en un contexto de definición de misiones bien distinto del nuestro¹⁴⁵⁶.

En España, como en otros países, no se entendió precisa una referencia expresa en la Constitución para que las FAS fuesen empleadas en el interior para satisfacer finalidades de este tipo, sin embargo, en el marco de una defensa civil que compete a las autoridades civiles, no se encuentra de forma expresa el rechazo del posible empleo de la fuerza militar. Sobre el particular, cabe recordar el sentido amplio de la “defensa de España” en el artículo 30 CE que incluye la defensa militar (aptdo. 2º) y que, en referencia a la vertiente civil de la defensa, menciona la posibilidad de un “servicio civil para fines de interés general” (aptdo. 3º) y de los “los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública” (aptdo. 4º). Así pues, puede afirmarse que se parte de la premisa de que la defensa civil no compete a las FAS, si bien no se excluye una posible colaboración de los Ejércitos no por su potencial

¹⁴⁵⁶ Así por cuanto toca a la atribución de misiones “de orden y seguridad en el interior” en virtud del apartado 2º B) de este precepto, un modelo, pues, bien diverso al nuestro.

armado, sino por sus elementos humanos, materiales y organizativos. Y esta indefinición deja un margen para que el legislador la concrete como entienda oportuno siempre que no vulnere los contenidos constitucionales.

La posibilidad de este tipo de actuaciones de las FAS en casos de necesidad distanciados de sus misiones establecidas por el artículo 8 - misiones que sarcásticamente denomina Herrero de *Boys Scouts*- no era nueva en España. Cabe señalar que la regulación previa a la ley de leyes ya recogía expresamente la participación de efectivos militares en las mismas. Así, la Ley de Incendios Forestales de 1968 señalaba la posible solicitud de las autoridades civiles de una colaboración de las FAS cuando la extinción excedía de sus capacidades¹⁴⁵⁷. De mayor importancia y proximidad en el tiempo es el aún vigente Real Decreto 1125/1976, de 8 de abril, que regula la colaboración de las autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción¹⁴⁵⁸. Más significativo resulta incluso que en las mismas

¹⁴⁵⁷ En concreto, en su artículo 13.1º: “En el caso de que un incendio forestal alcance proporciones que rebasen las posibilidades de su extinción con los medios locales o provinciales a su disposición, las respectivas autoridades gubernativas podrán solicitarse la colaboración de las Fuerzas Armadas”.

¹⁴⁵⁸ Art. 3. 1º “Cuando la autoridad gubernativa estime que se puede presentar alguna situación cuya gravedad pudiera dar lugar a solicitar la cooperación de unidades militares, informará a las correspondientes autoridades militares a fin de que éstas, con la antelación suficiente, puedan tomar las medidas preventivas adecuadas.” Tales situaciones de gravedad consistían según el presupuesto de esta norma (art. 1) en “casos de graves perturbaciones del orden público, producidas por catástrofes naturales o industriales, o anormalidades en los servicios públicos, en estados de normalidad y excepción”.

Pese a que pueda sorprender, esta norma infralegal es aún vigente por los siguientes motivos: pese a tener un rango infralegal, al ser preconstitucional no puede predicarse de ella inconstitucionalidad formal, sólo material, que ni ha sido declarada ni en virtud de su contenido parece oponerse a la ley de leyes. En segundo lugar, cabe señalar que no fue derogado de forma expresa por la Ley orgánica 4/1981 reguladora de los estados de excepción, pese a que los presupuestos de aplicación del Real Decreto y del estado de alarma son muy semejantes, puede entenderse, en todo caso, que se trata de técnicas de intervención diferentes para diferentes situaciones de necesidad que las autoridades competentes estiman, como es el caso de las situaciones de excepción de Protección civil que más tarde se sigue. Además, es definitivo el Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto, dictado en desarrollo de la Ley de Protección Civil que remite de forma expresa en su artículo 10. 3º al Real Decreto de 1976.

Reales Ordenanzas de 1978, aprobadas a la par que la Constitución, se asuma con normalidad el empleo de los Ejércitos en casos de catástrofe o situaciones extraordinarias¹⁴⁵⁹. Poco después, en los artículos 21 y 22 de la LODNOM de 1980 se hacía referencia a la oportunidad de la actuación de la organización militar para “casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga”¹⁴⁶⁰. En esta norma -siguiendo el propio entendimiento del artículo 30 CE-, la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias se vincula al ámbito civil. Sin perjuicio de ello, también se recoge la posibilidad de que las autoridades civiles requirieran a las FAS para colaborar en estos casos de gravedad, percibiéndose, como ya sucedía en la legislación anterior, una actuación subsidiaria de los Ejércitos.

Poco después se aprobó la Ley orgánica 4/1981 reguladora de los estados de excepción. Entre los tres tipos de excepcionalidad, en el presente ámbito de estudio interesa en especial el estado de alarma, puesto que los presupuestos de hecho que pueden dar lugar a su declaración¹⁴⁶¹ son los que se acercan con claridad al tipo de

Sobre la vigencia de esta norma, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las FAS*, cit., págs. 329-330; GARCÍA CUADRADO, Antonio M. “El estado de alarma y su ambigua naturaleza”, cit. pág. 88

¹⁴⁵⁹ Artículo 22:

“La ejemplaridad debe presidir la actuación de la Institución Militar, que constituirá, entre las del Estado, modelo de cooperación ciudadana, especialmente en caso de catástrofe y cuando lo requieran circunstancias extraordinarias.”

¹⁴⁶⁰ Artículo 21: “La defensa civil es la disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional, y también en la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias. Una Ley de defensa civil regulará sus condiciones, organización y funcionamiento.”

Artículo 22. 1º “Las Fuerzas Armadas, a requerimiento de la Autoridad Civil podrán colaborar con ella en la forma que establezca la ley para casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga.”

¹⁴⁶¹ El presupuesto de declaración del estado de alarma se recoge en el artículo 4 de esta norma:

“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución podrá declarar el Estado de Alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

situaciones que podrían exigir una colaboración de los Ejércitos no de carácter armado. El estado de alarma supone una situación de anormalidad que tiene una naturaleza bien diversa a la de los otros dos (estado de excepción y estado de sitio)¹⁴⁶². Así lo delata la misma Constitución, que pese a no fijar su presupuesto no establece la suspensión de derechos y libertades para el estado de alarma (art. 55 CE). Pues bien, la ley orgánica no deja claro si entre sus efectos se incluye la posible actuación de las FAS¹⁴⁶³. A mi juicio, una interpretación sistemática tanto de esta norma, como de todo el ordenamiento jurídico conduce a responder en sentido afirmativo a esta cuestión, pero en sentido matizado: se trataría de una actuación del Ejército no por su potencial militar, sino por su potencial humano, material y organizativo, es decir, una actuación no armada; además, en virtud del propio texto de esta norma, el posible empleo del Ejército en el estado de alarma habría de operarse a instancia del Gobierno pero bajo sus mandos naturales¹⁴⁶⁴. En todo caso, cabe

Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.”

Al respecto, entre otros, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, págs. 66-72 y GARCÍA CUADRADO, Antonio M. “El estado de alarma y su ambigua naturaleza”, cit. págs. 90-92.

¹⁴⁶² Así lo afirma toda la doctrina, entre otros FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 11 (1981), págs. 83-116, en concreto, pág. 95; SERRANO ALBERCA, José M., “Comentario al artículo 116”, en GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a las Constitución*, cit., págs. 1555-1599, en concreto pág. 1571; LAFUENTE BALLE, José M. “Los estados de alarma, excepción y de sitio (2)”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 31 (1990), pág. 29 y GARCÍA CUADRADO, Antonio M. “El estado de alarma y su ambigua naturaleza”, cit. pág. 83.

¹⁴⁶³ En efecto, el artículo 9. 1º que es el que ahora interesa no hace mención alguna de la posibilidad de solicitar la colaboración de la fuerza militar:

“Por la declaración del Estado de Alarma todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.”

¹⁴⁶⁴ Los argumentos por los que sostengo esta opinión se basan, primero, en una lectura sistemática de esta norma. En el marco de lo regulado por esta ley, la actuación armada de la fuerza militar sólo tiene cabida en el supuesto del estado de sitio, pues es únicamente en

advertir que la cuestión no tiene excesiva trascendencia, en tanto en cuanto el estado de alarma es de dudosa utilidad y muestra de ello es que no ha sido nunca declarado, aunque diversas situaciones de hecho podrían entenderse entre los presupuestos de declaración. Ello es debido a que hay recursos legales igual o incluso más operativos y menos impopulares que la declaración de un estado de anormalidad.

En este sentido cabe remitirse a la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil y a toda la normativa de desarrollo¹⁴⁶⁵, que viene a continuar planteamientos anteriores: las actuaciones propias a la defensa civil, es decir, supuestos de emergencia, competen a las autoridades civiles que ante una mayor gravedad pueden, requerir la colaboración de las FAS¹⁴⁶⁶.

la regulación de esta situación cuando se hacen las referencias a la fuerza militar como tal, es decir, por su potencial bélico inherente a su naturaleza. Es entonces cuando cabe acudir a otras normas directamente atinentes a las situaciones de excepción, como las ya citadas o la Ley de Protección Civil y su desarrollo, para advertir que en todas se recoge la posible colaboración no armada de las FAS en situaciones de igual o menor gravedad que implica el Estado de Alarma. De ahí que, pese a que no se haga referencia alguna en el artículo 9. 1º LOAES, pueda admitirse que el Gobierno disponga el empleo no armado de la fuerza militar, si bien éste, al aplicarse el artículo 9. 1º que es para los servidores civiles, la fuerza militar actuará bajo sus mandos naturales.

No dice nada sobre el particular la mayoría de la doctrina. Únicamente, GARCÍA CUADRADO, Antonio M. "El estado de alarma y su ambigua naturaleza", cit. pág. 95 lo afirma, señalando que se actuará, obviamente según lo disponga el Gobierno, pero bajo sus mandos naturales. En contra de la posibilidad MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, "El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad", cit. pág. 14, estos autores lo niegan bajo el argumento de que no están en la lista de personal a disposición de la autoridad competente. Por su parte, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, pág. 70, no atiende a la cuestión, lo único que niega es que en esta situación pueda darse una militarización civil.

¹⁴⁶⁵ Así, el Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto de medidas provisionales de emergencia en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, dictado en desarrollo de la Ley de Protección Civil, cuyas disposiciones ya no son aplicables en lo referente a elaboración, contenido y ejecución de planes de protección civil, pero sí en el marco de nuestro interés, requerimiento de las FAS (art. 10). También, entre otras normas, cabe referir el Real Decreto 2639/1986, de 30 de diciembre de creación de la Comisión Delegada del Gobierno para situaciones de crisis y, sobretodo, dando tardío cumplimiento al artículo 8 de la ley de 1985, el Decreto 407/1992, de 24 de abril, aprobó la Norma Básica sobre Protección Civil. Esta norma básica fue desarrollada más tarde por diversas normas y resoluciones. Sobre la materia, por todos, OCHO MONEÓ, José *Riesgos Mayores y protección civil*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

¹⁴⁶⁶ Artículo 1: "2º. La protección civil es un servicio público en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones públicas, así como los

De este modo, todo este desarrollo normativo delata que el legislador asumió desde un inicio que las FAS pueden ser empleadas en el interior al margen de las finalidades del artículo 8. 1º CE, en estas misiones de colaboración que no suponen el empleo de su potencial armado. En este sentido hay que advertir que desde la aprobación de la ley de leyes los Ejércitos han actuado en diversas ocasiones, y no sólo en la colaboración para sofocar innumerables incendios, para lo cual las unidades militares acostumbran a disponer de un retén de

ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria.”

Artículo 2:

“1º. La competencia en materia de protección civil corresponde a la Administración civil del Estado y, en los términos establecidos en esta Ley, a las restantes Administraciones públicas. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que las circunstancias lo hicieren necesario, participarán en las acciones de protección civil.

2º Asimismo, en tiempos de paz cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija, las Fuerzas Armadas a solicitud de las actividades civiles competentes, colaboraran en la Protección Civil dando cumplimiento a las misiones que se les asignen.

3º La colaboración de las Fuerzas Armadas, que actuarán en todo caso encuadradas y dirigidas por sus mandos naturales, deberá solicitarse de la autoridad militar que corresponda”.

El artículo 10 del Real Decreto 1378/1985 de desarrollo de la ley, aún vigente sobre el particular dispone lo siguiente:

“1. La colaboración de las Fuerzas Armadas en la prevención inmediata y en el control de las situaciones de emergencia será solicitada por el Ministro del Interior, del Ministro de Defensa, según lo dispuesto en el apartado f) del artículo 16 de la Ley 2/1985, de 21 de enero sobre Protección Civil.

2. Si la autoridad local no tuviera posibilidad de comunicar con el Gobernador Civil, si éste no la tuviera para comunicar con el Ministro del Interior, o si las circunstancias de los hechos no admitieran demora, dichas autoridades podrán recabar directamente de las autoridades militares correspondientes la colaboración de unidades militares, prevista o no con anterioridad. Tan pronto como sea posible, las autoridades civiles y militares informarán a sus superiores jerárquicos de las decisiones adoptadas.

3. De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 2.º de la Ley 2/1985, la colaboración de las Fuerzas Armadas será requerida cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija. Las Unidades de las Fuerzas Armadas, que actuarán, en todo caso, encuadradas y dirigidas por sus Mandos naturales, colaborarán, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1125/1976, de 8 de abril, sobre colaboración de las autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción.”

Se trata, pues, de la confirmación de la subsidiariedad en el empleo de las FAS y la premisa de una mayor gravedad a los supuestos ya de por sí de urgencia y necesidad del marco de la protección civil. Asimismo, de otra parte, se observa el extraño supuesto de la desconcentración de atribuciones, inverso a la tendencia general de la centralización y concentración que provoca la necesidad, cuando la extrema urgencia exige la rápida toma de decisiones que no pueden hacerse esperar a las autoridades centrales.

incendios, sino también, con mayor relevancia, cabe recordar los dispositivos sanitarios militares en 1982, ya con motivo de la visita del Papa, ya con motivo de la celebración de los Mundiales de Fútbol de dicho año¹⁴⁶⁷. Más recientemente, los Ejércitos han sido empleados en la tragedia del camping de Biescas (Huesca, agosto de 1997) o en el desastre ecológico de Aznalcóllar (Sevilla, abril de 1998).

b) Los criterios constitucionales que deben regir la decisión del empleo de las Fuerzas Armadas en estas misiones

Resulta llamativo que hasta casi una década después de la entrada en vigor de la Constitución, y a pesar del desarrollo normativo que ha seguido, ningún autor admitiese que las FAS pudieran actuar más allá de las funciones expresadas en el artículo 8. 1º¹⁴⁶⁸, y es obvio decir que nadie entendía que aquellas misiones de colaboración en supuestos de “grave riesgo, catástrofe o calamidad pública” (art. 30. 4º CE) pudiesen conectarse con las del artículo octavo. El excesivo recelo a las FAS y, sobre todo, a que éstas se arrogasen funciones que pudiesen desarrollar de forma autónoma, explica en parte esta posición, como también lo fue -dicho sea de paso- la desatención de lo relativo a la materia jurídico militar.

¹⁴⁶⁷ Ante la importante concentración de masas de tales eventos, se puso en estado de alerta unidades sanitarias militares por si fuesen necesaria. Los dispositivos se denominaron ICARO PAX e ICARO NARANJA.

¹⁴⁶⁸ Así hasta el trabajo de López Ramón, la mayoría de la doctrina afirmó un completo carácter taxativo de las misiones enunciadas en el artículo octavo, esto es, ni siquiera reconocía la posibilidad constitucional de llevar a cabo en el interior misiones que no conllevaran el empleo de las armas. Así, BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, cit. pág. 70 no dudaba en afirmar que “Si algo queda claro en el artículo del que venimos tratando es que las Fuerzas Armadas [...] no pueden ser utilizadas por el ejecutivo, sino en aquellas misiones que, también expresa por más que latamente, se determinan en la Constitución.” También, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, en el manual colectivo de DE ESTEBAN, Jorge y otros, *El régimen constitucional español*, vol. II, Labor, Barcelona, 1982, págs. 268-275; SANCHEZ AGESTA, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1990, págs. 254-257; SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, cit., págs. 120-122; ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Foro, Madrid, 1978, págs. 129-130 o CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española”, cit. págs. 30-33.

La situación habría de variar gracias al excelente estudio de López Ramón, quien afirmó que las misiones del artículo 8. 1º no limitaban taxativamente el campo de actuación de las FAS, sino que era constitucionalmente admisible su empleo en “funciones que en ningún momento pueden requerir el uso de armas”¹⁴⁶⁹, puesto que se excluía toda función relacionada con los artículos 8. 1º y 104 CE que son las que posibilitan el empleo de las armas del Estado. Tales razonamientos fueron asumidos por la doctrina posterior¹⁴⁷⁰. Martínez y Díaz Hernández, extendiéndose sobre lo que ya afirmase López Ramón han considerado una serie de principios que rigen la actuación de los Ejércitos en estos casos que aquí se suscriben en buena medida. Señalan estos autores¹⁴⁷¹ que la actuación de las Fuerzas Armadas deberá ser: a) *excepcional*, como lo son los supuestos que le dan lugar; b) *subsidiaria*, en tanto que la competencia es de la Administración civil, que requerirá su colaboración cuando el resto de los instrumentos del Estado devengan insuficientes o ineficaces; c) *subordinada* a la autoridad civil, que es la que requiere a las FAS, aunque logísticamente dependan de sus mandos naturales, que, a su vez, dirige el Gobierno; d) *no armada*, es decir, tanto el material como el propio carácter de las operaciones no tendrá carácter bélico; e) *temporal*, su duración será la estrictamente necesaria para reconducir la situación a una en la que los medios ordinarios del Estado puedan recuperar el control, así como por último, f) *responsable*¹⁴⁷², tanto las

¹⁴⁶⁹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las FAS*, cit., pág. 328.

¹⁴⁷⁰ Así, inmediatamente, por BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, cit. págs. 75-76. Más tarde, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional...”, cit., págs. 59-60, LAFUENTE BALLE, José M. “Sobre el carácter taxativo o declarativo... cit., pág. 70, quien afirmó que “el art. 30. 4 de la Constitución no excluye a las Fuerzas Armadas de los deberes de la ciudadanía en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”. Más recientemente, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales... cit. pág. 207 y MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, “El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad”, que más que un argumento constitucional constatan un hecho.

¹⁴⁷¹ MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, “El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad”, cit. págs. 11-12.

¹⁴⁷² En este sentido, sin perjuicio de la responsabilidad general de los poderes públicos, cabe recordar que el artículo 4 del Real Decreto 1125/1976 dispone que “la responsabilidad de

autoridades civiles como militares serán responsables de las actuaciones llevadas a cabo.

Como se ha visto, no son pocos los instrumentos jurídicos que habilitan al empleo de las FAS para estas situaciones de grave riesgo, básicamente tres: el Real Decreto 1125/1976, la declaración de emergencia de la Ley orgánica 4/1981 y la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil y su normativa de desarrollo. Los presupuestos de hecho que pueden dar lugar a esta colaboración del Ejército, en muchas de las ocasiones coinciden¹⁴⁷³, por lo que la opción por uno u otro dependerá en muy buena medida del criterio del poder legítimo habilitado para ello. Y como se vio al tratar del concepto abstracto de la necesidad en Derecho público, tal decisión así como los efectos de la misma quedarán sometidos a los límites y controles propios de la distribución de poderes del Estado democrático¹⁴⁷⁴. Será básicamente la decisión política del Ejecutivo y, en su medida, del legislativo, la

todas las medidas a adoptar ante cualquier emergencia [...] es siempre y en todo caso de las autoridades gubernativas correspondientes". De otra parte, para el caso del estado de emergencia, la propia Constitución dispone en el artículo 116. 6º que "La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificaran el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes." En este sentido, el artículo 3 LODNOM es claro:

"Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.

Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes."

¹⁴⁷³ En este sentido cabe recordar el tenor de los presupuestos generales de las normas:

Como presupuesto de regulación de deberes ciudadanos el art. 30. 4º CE habla de "grave riesgo, catástrofe o calamidad pública"; el Real Decreto 1125/1976 en su artículo 1 de "casos de graves perturbaciones del orden público, producidas por catástrofes naturales o industriales, o anomalías en los servicios públicos, en estados de normalidad y excepción"; las Reales Ordenanzas en su artículo 22 de "caso de catástrofe y cuando lo requieran circunstancias extraordinarias"; la LODNOM de "casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga"; en general, como presupuesto del estado de alarma, el artículo 6 de la Ley orgánica 4/1981 señala las "alteraciones graves de la normalidad" y, por último, la Ley 2/1985 de Protección civil señala en su artículo 1 en general que se trata de "situaciones de grave riesgo".

¹⁴⁷⁴ Dado que como se ha insistido se escinde el tratamiento de las misiones de las FAS de la cuestión de su dirección y control, será cuando se aborde esta segunda vertiente cuando se vuelva sobre la materia.

que estime la adecuación del empleo de la fuerza militar con carácter no armado; en buena medida, tales decisiones serán fiscalizables jurisdiccionalmente por cuanto al seguimiento de los presupuestos (conceptos jurídicamente asequibles¹⁴⁷⁵) así como de los efectos concretos de dicho empleo, no armado, de la fuerza militar.

Cuestión diferente será la conveniencia en el recurso de las FAS en estas situaciones de carácter extraordinario. Comparto en buena medida la opinión de Herrero cuando afirma que “No todas las *buenas acciones* propias de los *boy scouts* son las más idóneas para el guerrero”, así como el criterio rigurosamente constitucional de la completa anteposición de las funciones propias de la Institución militar –las del artículo 8. 1º CE- sobre este tipo de funciones de defensa civil propias de la Administración civil, pero en las que los Ejércitos pueden colaborar¹⁴⁷⁶. Como con acierto afirma Pardo, “las fuerzas armadas tienen como finalidad principal la defensa militar de la nación. Las diferentes misiones que se les pueda confiar no deben dañar a esta finalidad.”¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷⁵ Como sabemos se trata de la fiscalización de los actos políticos, que en nuestro país, tras la doctrina de los actos reglados, se avanzó en el sentido de la afirmación de los “conceptos jurídicamente asequibles”, como es el caso de la doctrina jurisprudencial de las referidas sentencias del Tribunal supremo de 1987 *caso papeles del CESID*, línea iniciada unos años antes respecto del nombramiento del Fiscal General del Estado.

¹⁴⁷⁶ Sin embargo Herrero considera respecto de las misiones del art. 8. 1º que “Éstas y no otras son las funciones de las Fuerzas Armadas y con ellas deberán conectarse todas sus misiones, ver, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 18.

¹⁴⁷⁷ PARDO DE SANTAYANA Y COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit., pág. 226.

C) EL DESEMPEÑO EN EL EXTERIOR DE MISIONES NO ENUMERADAS
EN EL ARTÍCULO 8. 1º CE

*a) Desarrollo normativo y puesta en práctica de funciones armadas y
no armadas en el exterior*

En el apartado dedicado a la misión de la garantía de la soberanía e independencia de España en su vertiente externa, se ha sostenido la tesis de que la seguridad militar del Estado constitucional español no se limita a la estricta legítima defensa para repeler ataques provenientes del exterior. Por el contrario, se ha afirmado que la seguridad militar del Estado puede implicar acciones militares que no se desarrollen en el ámbito territorial español e incluso que no se limiten a la estricta garantía de la integridad territorial. Como entonces se observó, el mismo Preámbulo constitucional cuando proclama la voluntad del pueblo español de colaborar y fortalecer las relaciones pacíficas no excluye esta posibilidad, si bien la matiza en el sentido de que lo que no es admisible por la ley de leyes son acciones expansionistas o basadas en los puros intereses estatales, opuestas a una finalidad genérica de paz. Así, se ha afirmado la constitucionalidad de acciones militares españolas como la protagonizada en el seno de la OTAN en la pasada guerra con Servia. De un lado, tal actuación podía considerarse vinculada al concepto de seguridad del Estado constitucional que nuclearmente se recoge en el artículo 8. 1º, puesto que se trataba de la estabilidad en una zona de crisis bien próxima a los intereses geoestratégicos españoles y, en especial, europeos a los que en la actualidad están unidos nuestros propios intereses de seguridad. De otro lado, al margen del artículo 8. 1º CE pero siempre sin contrariarlo, esta acción militar podía entenderse en el marco de la laxa proclamación de la paz en el Preámbulo, que como se ha expuesto, supone el reconocimiento de una paz realista y activa.

Pues bien, ahora se aborda esta segunda perspectiva, esto es, el empleo de las FAS en misiones más distantes de la seguridad del

Estado constitucional español y, por ende, del artículo octavo. Se trata básicamente del empleo de las FAS en misiones de carácter humanitario, de defensa de los derechos humanos o de paz; al igual que respecto del empleo de la fuerza militar en el interior, nuestro constituyente optó por no recoger expresamente la posible utilización de los Ejércitos en el exterior para el desempeño de este tipo de misiones, lo cual no supone que apriorísticamente excluyera estos cometidos humanitarios y de paz. Lo que de forma incuestionada implica el artículo octavo es que hay una completa primacía de los intereses de la seguridad del Estado constitucional sobre otro tipo de funciones que puedan desarrollar las FAS más distantes de la propia seguridad del Estado. Una muestra de la asunción con normalidad de esta perspectiva por el legislador nos la procuran, de nuevo, las Reales Ordenanzas que se aprobaron a la par que el texto constitucional. En su artículo 9 se afirma que “Cuando unidades militares españolas actúen en misiones de colaboración para mantener la paz y seguridad internacionales, se sentirán nobles instrumentos de la Patria al servicio de tan elevados fines”. No obstante, la LODNOM no dispuso nada sobre el particular, pese a haber sido dicha ley una buena oportunidad para desarrollar normativamente la materia.

Desde 1989 comenzó a emplearse a las FAS en operaciones de paz, siempre bajo los auspicios y autoridad de las Naciones Unidas¹⁴⁷⁸. Así en Angola (1989 a 1993)¹⁴⁷⁹, Namibia (1989-1992)¹⁴⁸⁰, en

¹⁴⁷⁸ Para seguir las misiones humanitarias y de mantenimiento de la paz en las que España ha participado y participa, pueden seguirse los documentos “¿Qué son las misiones de paz y ayuda humanitaria?” y, en especial “Diez años de participación española en misiones de paz”, agosto de 1998, <http://www.mde.es/mde/mision/mision3.htm>, (2/9/99).

¹⁴⁷⁹ Se trató de las misiones de verificación de la ONU en Angola, UNAVEM-I-II-III. El 23 de Diciembre de 1988 el Secretario General de NN.UU. solicita oficialmente a España su participación en el contingente de Observadores de la ONU en Angola, creado por Resolución 626/88 del Consejo de Seguridad para “verificar el redespiegue hacia el norte en una primera fase de las tropas cubanas allí establecidas y posteriormente la retirada total de dichas tropas de todo el territorio de la República de Angola”. Desde Enero de 1989 comienzan a desplegar oficiales de 10 países, incluido España, a razón de 7 por país. La misión finaliza en julio de 1991, pero con la firma de los Acuerdos de Paz de Estoril entre el gobierno y la guerrilla de UNITA, se prolonga y enlaza con un nuevo mandato, que dará lugar a una nueva misión, UNAVEM-II, cuyo mandato según la Resolución 696/91 sería “verificar un efectivo alto el fuego y supervisar la actuación de la policía angolana durante el proceso de transición”. En

Centroamérica (1990-1992)¹⁴⁸¹ y concretamente en El Salvador (1990-1995)¹⁴⁸² y Guatemala (desde 1995)¹⁴⁸³. También en Haití (1990)¹⁴⁸⁴, en

consecuencia, 350 observadores militares de 24 países, junto con 90 policías y 160 funcionarios civiles, conformaron esta misión. España aportó 15 Oficiales.

Aunque estaba previsto que la duración de UNAVEM-II fuera de 17 meses, los problemas acontecidos como resultado de las elecciones, obligaron a las Naciones Unidas a prolongar la misión. España, al igual que otros países, inicialmente redujo su presencia en la zona, para dar por finalizada la participación en diciembre de 1993. Tras los nuevos acuerdos suscritos por el gobierno y UNITA en Lusaka, se transformó en una nueva operación UNAVEM-III, desplegada en 1995, en la que no hubo participación española.

¹⁴⁸⁰ Misión Grupo de la ONU de Asistencia a la Transición en Namibia, UNTAG. Tras casi 25 años de gestiones diplomáticas el Grupo de Ayuda para la Transición en Namibia, (UNTAG), en virtud de las Resoluciones 435/78 y 632/89, fue el testigo del nacimiento de una nueva nación bajo el mandato de “asegurar la rápida independencia de Namibia a través de elecciones libres e imparciales bajo el control y supervisión de NNUU”. España junto con representantes de otros 50 países, aportó 8 aviones “Aviocar” C-212 y en la última fase un Hércules C-130, además de 150 militares del Ejército del Aire. En el CG de UNTAG en Windhoek, participaron 4 Oficiales. La misión del contingente español fue realizar todo tipo de apoyo aéreo por el transporte y diversas misiones de reconocimiento sobre lugares de difícil acceso. Los cuatro últimos aviones españoles, incluso participaron en el desfile de la independencia del día 22 de Marzo de 1990, a petición del recién estrenado gobierno.

¹⁴⁸¹ Misión Grupo de Observadores de la ONU en Centroamérica, ONUCA. La resolución 644/89 del Consejo de Seguridad establece ONUCA cuyo mandato original de “vigilar el cese de ayuda a las fuerzas irregulares y movimientos insurreccionales que operaban en la región y el no-uso del territorio de un Estado para atacar a otros”, fue ampliado dos veces (R.650 y 653 del Consejo de Seguridad en 1990) para permitir que ONUCA tomara parte en “la desmovilización voluntaria de la Resistencia nicaragüense y para supervisar el cese del fuego y la separación de fuerzas”. El contingente español fue el más numeroso de los países participantes, llegando a contar con 57 Oficiales, desplegados por los cinco países afectados. En enero de 1992, una vez finalizada la misión, el contingente español se incorporaría a ONUSAL.

¹⁴⁸² Misión observadores de NN.UU. en el Salvador, ONUSAL. Fruto de la Resolución 693/91 del Consejo de Seguridad. En un principio se establece la División de Derechos Humanos, en donde se integran 5 Oficiales españoles. Una vez logrado el alto el fuego entre el gobierno de El Salvador y el Frente de Liberación Nacional Farabundo Martí (FMLN), se asignó a ONUSAL la tarea de verificar el cese del enfrentamiento contenido en los acuerdos de Chapultepec. En enero de 1992, se incorporaron 101 oficiales que, con los procedentes de ONUCA totalizaron 138 observadores militares españoles en la División Militar de ONUSAL, al mando de un General de Brigada español. El mandato de ONUSAL fue ampliando sucesivamente, hasta abril de 1995, fecha en que, una vez cumplida su misión que constituyó una de los mayores éxitos de la ONU hasta entonces, se transformó en una nueva operación, ya no de mantenimiento sino de consolidación de paz (MINUSAL).

¹⁴⁸³ Misión de las Naciones Unidas en Guatemala, MINUGUA. El 18 de agosto de 1994 la Asamblea General de NN.UU. autorizó el establecimiento de una Misión de Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala (MINUGUA). De acuerdo con su Mandato, la operación debe verificar la implementación del acuerdo sobre derechos humanos firmado entre el Gobierno de Guatemala y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), en México, el 29 de marzo de 1994, y ayudar al fortalecimiento de las instituciones que trabajan

la Guerra del Golfo (tanto embargo a Irak como protección al pueblo kurdo, 1990-1991)¹⁴⁸⁵, Mozambique (1992-1994)¹⁴⁸⁶, Ruanda (1994-1995)¹⁴⁸⁷, Irak (1994-1995)¹⁴⁸⁸, y Albania (1997)¹⁴⁸⁹. En el marco de la

por la protección de los derechos humanos en Guatemala. Al igual que en anteriores misiones en Centroamérica, la participación española ha sido predominante. Inicialmente, al contar con el asesor militar y seis observadores militares, el asesor policial y catorce oficiales de la guardia civil y una amplia representación en los restantes sectores de la misión. Posteriormente, alcanzado el acuerdo de paz entre el gobierno guatemalteco y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) y autorizada una operación más amplia por Resolución 1094 del Consejo de Seguridad, con un contingente de 42 observadores militares y un General de Brigada que se hizo cargo del mando del Grupo de Observadores Militares, para verificar el alto el fuego, la desmovilización, el desarme y la reconciliación nacional. El día 3 de marzo de 1997 se inició el proceso que se completaría en los tres meses previstos en la Resolución de NNUU. En la actualidad, la participación española en MINUGUA está reducida a 7 Oficiales como asesores militares.

¹⁴⁸⁴ Misión de Verificación en Haití, ONUVEH. Resultado de la Resolución 45/2 (1990) de la Asamblea General y con el mandato de apoyar al gobierno de Haití en la realización y supervisión de las elecciones de Diciembre de 1990 y proporcionar asesoramiento de expertos en orden público y seguridad, tratando de evitar el fraude y la corrupción. 154 civiles y 65 militares de 6 países realizaron la tarea en tres meses. España contribuyó con 9 oficiales.

¹⁴⁸⁵ El conflicto del golfo comienza un 2 de agosto de 1990 cuando el líder iraquí Sadam Huseim ordenó la invasión del emirato de Kuwait, y alcanzó su punto álgido el 16 de enero de 1991, fecha en que dio comienzo el ataque final para la liberación de Kuwait, por una coalición internacional liderada por EE.UU. actuando con autorización expresa del Consejo de Seguridad contenida en la resolución 678 de 29 de noviembre de 1990.

España participó en este conflicto contribuyendo al control del embargo marítimo decretado por ONU. Para ello envió a la zona desde agosto del 90 hasta abril del 91, 2 Corbetas que actuaron en el Mar Rojo y 1 Fragata en el Golfo Pérsico.

Tras concluir la Guerra del Golfo y como consecuencia de la represión que sufriera posteriormente el pueblo Kurdo las FAS españolas participaron en la Operación "PROVIDE CONFORT". El total de hombres enviado por España ascendió a 586. Las misiones asignadas a las fuerzas españolas fueron: el transporte de refugiados, la construcción y organización de campos de refugiados, aportar un hospital de campaña, dar seguridad a las instalaciones, y distribuir la ayuda humanitaria procedente de España. La operación comenzó el 26 de abril de 1991 y terminó el 24 de junio de ese mismo año, aunque una bandera paracaidista continuaría en la zona, encuadrada en las fuerzas multinacionales, hasta el mes de julio.

¹⁴⁸⁶ Misión de las Naciones Unidas en Mozambique, ONUMOZ. El 4 de octubre de 1992 se alcanzó en Roma un acuerdo de paz entre el Frente de Liberación de Mozambique (FRELIMO), en el gobierno, y la Resistencia Nacional Mozambiqueña (RENAMO). Como consecuencia, de acuerdo con la Resolución 797/92, se aprobó una operación de gran envergadura (7500-8000 hombres) en la que la participación española máxima fue de 21 Observadores Militares y 50 Guardias Civiles. Tras las elecciones de noviembre (26 y 27) de 1994, se constituyó un nuevo gobierno y se dio por finalizada la operación, que en líneas generales ha constituido uno de los mayores éxitos de la ONU

¹⁴⁸⁷ Misión de las Naciones Unidas en Ruanda, UNAMIR. La participación española en esta misión se deriva de los trágicos acontecimientos posteriores al estallido de la violencia generalizada en Ruanda en abril de 1994. Además del envío de ayuda humanitaria con medios del Ministerio de Defensa, coordinada por la Agencia Española de Cooperación Internacional

(AECI) del Ministerio de Asuntos Exteriores, en apoyo de organizaciones no gubernamentales españolas; a mediados de septiembre de 1994 un avión CN-235 con 20 hombres del Ejército del Aire se incorporó a esta misión, por un período de seis meses. Dadas las condiciones de inseguridad y ausencia de infraestructuras en Ruanda, el destacamento español operó desde Nairobi (Kenia), realizando vuelos tanto a Kigali como a los campos de refugiados en Zaire y otros países de la zona. Esta participación finalizó a finales de marzo de 1995.

1488 Comisión Especial de Naciones Unidas para Irak, UNSCOM. La operación de control por parte de NN.UU. de la capacidad de Irak en el área de las armas químicas se hizo operativa con carácter provisional en octubre de 1994, aunque la misión llevaba ya largo tiempo trabajando en la verificación de información relativa a ésta y otras áreas de desarrollo de armamento. España ha participado de forma discontinua y normalmente por períodos de tres meses, desde enero de 1995 con tres oficiales expertos en el área de misiles y con uno más, del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos, especialista en el campo de las armas químicas, y tiene previsto seguir participando en las inspecciones que se realicen en el futuro.

1489 Operación ALBA (Fuerza Multinacional para Albania). Ante el deterioro paulatino de la situación interna en Albania, producido como consecuencia de la quiebra de los conocidos bancos piramidales, el Consejo de Ministros de la Unión Europea, en su reunión del 24 de marzo de 1997, reafirmó su determinación de ayudar a dicho país a recobrar la estabilidad política y a restaurar la seguridad interna. Asimismo, acogió favorablemente los esfuerzos para establecer, a solicitud del Gobierno de Albania, una Fuerza de protección multinacional que permita el establecimiento de una situación que asegure la distribución de la ayuda humanitaria internacional. Por su parte, el Consejo Permanente de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, en su reunión del 27 de marzo de 1997, en respuesta a la petición oficial de las autoridades albanesas a determinados países para contribuir a resolver la situación en Albania, expresó su decisión de proporcionar el asesoramiento y el marco de coordinación dentro del cual otras organizaciones internacionales pudieran colaborar a tal fin.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por Resolución 1101, de 28 de marzo de 1997, ante la solicitud presentada por el Representante permanente de Albania y el ofrecimiento del representante permanente de Italia, acepta el ofrecimiento de ciertos Estados miembros de establecer una fuerza de protección multinacional temporal y limitada para facilitar la entrega humanitaria en condiciones de seguridad y sin demora y para ayudar a establecer un medio resguardado para las misiones de las organizaciones internacionales en Albania. La citada Resolución del Consejo de seguridad autorizó a los Estados Miembros participantes en la fuerza de protección multinacional a realizar la operación en forma neutral e imparcial, actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, para salvaguardar la seguridad y la libertad de circulación del personal de dicha fuerza multinacional.

España decidió participar con unidades militares en la Fuerza Multinacional. El día 9 de abril, una unidad tipo Grupo Táctico de la Brigada Legionaria, con 250 soldados, y un Escalón Logístico Avanzado, de 75 soldados, embarcaban en Málaga hacia el puerto italiano de Brindisi para, una vez allí, unirse a los contingentes italiano y francés y desembarcar en el puerto de Durres el día D (15 de abril). Desde allí se desplegaría hacia el norte para operar en la zona de la ciudad de Lehze. La participación española se completaría con 5 oficiales en el Estado Mayor Internacional de la operación liderada por Italia y situado en Tirana. El contingente español se trasladó hacia su área de responsabilidad al norte del país y estableció su base de operaciones en Shengjin. Desde allí se desarrolló una intensa actividad para asegurar las comunicaciones, escoltar los convoyes humanitarios y prestar apoyo a la población de la zona, especialmente en ayuda sanitaria. La operación finalizó satisfactoriamente en agosto de 1997.

OSCE se ha participado en misiones de observación en Chechenia (1995-1997)¹⁴⁹⁰, Moldavia (1997)¹⁴⁹¹ Georgia (1998)¹⁴⁹².

Sin perjuicio de las anteriores misiones de las FAS en el exterior y al margen de su participación en la Guerra del Golfo, destaca sobremanera la participación de fuerzas españolas en el conflicto Balcánico de la ex - Yugoslavia desde 1991. Y entre las comprometidas misiones que allí se dieron en el marco de Naciones Unidas, de la OTAN, la OSCE y de la Unión Europea¹⁴⁹³, cabe destacar que las

¹⁴⁹⁰ Grupo de la OSCE de Asistencia a Chechenia, AGOSCE. La misión de la OSCE en Chechenia se establece como consecuencia de la decisión adoptada en la 16ª reunión del Consejo Permanente de la OSCE, el 11 de abril de 1995. Como consecuencia de los aspectos militares incluidos en los acuerdos alcanzados en el protocolo ruso-checheno de 21 de junio de 1995, la OSCE se dirigió a varios Estados miembros, entre ellos España, solicitando la participación de militares. España accedió a esta oferta y desde el 16 de julio 1 oficial del Ejército de Tierra contribuyó a los esfuerzos internacionales que buscan soluciones estables a esta conflictiva región caucásica. Tras sucesivos relevos pasaron por la misión tres oficiales españoles, hasta el día 8 de marzo de 1997 en que, tras haber contribuido a la celebración de las elecciones que tuvieron lugar el 27 de enero, se da por finalizada la participación española en la misión. Como sabemos tales gestiones no dieron sus frutos y, desde 1999 hasta el presente, la solución militar Rusa ha sido impactante, sin que las autoridades Rusas hayan permitido misión internacional alguna.

¹⁴⁹¹ Misión OSCE para Moldavia a solicitud de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, España decidió contribuir a la misión que esta organización tiene desplegada en Moldavia, con un suboficial a partir del 9 de marzo de 1997. Esta misión está compuesta por 8 personas y el objetivo es facilitar las negociaciones para encontrar una solución pacífica al conflicto, basada en el refuerzo de la integridad territorial de la República de Moldavia, junto con un status especial para la región del Trans-Dniester.

¹⁴⁹² Misión OSCE para Georgia. Esta Misión se inició en diciembre de 1992 con 8 miembros, que actualmente han aumentado hasta 18. El objetivo es promover las negociaciones entre las partes en conflicto en Georgia con vistas a encontrar una solución pacífica y duradera. España contribuye en esta misión con un Comandante desde enero de 1998.

¹⁴⁹³ Las FAS españolas no participaron en la primera fase del establecimiento de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas, UNPROFOR. La misión se estableció como resultado del Acuerdo de Ginebra de 23 de noviembre de 1991, auspiciado por la ONU, cuyo Consejo de Seguridad en la Resolución 743 de 21 de febrero de 1992 decide establecer una Fuerza de Protección (UNPROFOR) en las llamadas Zonas Protegidas de las Naciones Unidas (UNPAs). España no llegó a participar en esta fase del despliegue de UNPROFOR.

Fue posteriormente, cuando España con una Agrupación Táctica de unos 1.000 hombres participó a partir de octubre de 1992, ello se debía a las Resoluciones 761, 770 y 776 del Consejo de Seguridad que ampliaban el mandato de UNPROFOR a Bosnia-Herzegovina con la misión de asistir y proteger el reparto de ayuda humanitaria. El mandato para Bosnia-Herzegovina fue ampliado sucesivamente para incluir entre sus misiones la de interposición y buenos oficios y la de protección de las "áreas seguras" creadas por la Resoluciones 824 y 836. A partir de marzo de 1995 la operación UNPROFOR se vio reducida a las operaciones en Bosnia-

Herzegovina, modificándose las denominaciones y mandato de las operaciones en Croacia y Macedonia, según las Resoluciones 981,982 y 983.

Como consecuencia de la firma de los Acuerdos de Dayton, en diciembre de 1995, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1031 por la que se autorizaba a los Estados miembros a establecer la Fuerza de Implementación (IFOR), para obligar en su caso a las partes a cumplir los términos de los acuerdos, actuando bajo la cobertura del Capítulo VII de la Carta. A partir de este momento las Naciones Unidas dejaron a la OTAN el control de la operación militar y a la OSCE el de determinados aspectos de la protección de derechos humanos y el desarrollo de una misión de asistencia electoral; mientras que se establece una nueva operación de Naciones Unidas en Bosnia Herzegovina compuesta por policías civiles, la Fuerza Internacional de Policía (IPTF) y otra, en los territorios croatas aún ocupados por los serbios (UNTAES).

La participación española en UNPROFOR ha consistido en: Una Agrupación Táctica de entidad variable entre 1000 y 1400 hombres, incluyendo elementos de ingenieros, caballería, sanidad, logísticos, etc.; un número variable de oficiales y suboficiales asignados a los diferentes Cuarteles Generales de UNPROFOR, y 19 Observadores Militares.

De otra parte, las FAS españolas fueron empleadas en la Operación "SHARP GUARD". Esta operación fue montada como consecuencia de la Resolución 820 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en junio de 1993, y es una operación conjunta OTAN/Unión Europea Occidental de embargo naval, en la antigua Yugoslavia, que sustituyó a la que de manera individual estaban llevando a cabo las dos organizaciones; la "Maritime/Albanian Guard" de OTAN y la "Sharp Fence" de la Unión Europea Occidental. España participó con 1 Fragata en la Agrupación Unión Europea Occidental y 1 Fragata en la STANAVFORMED de OTAN. Esta presencia naval fue apoyada por un buque de apoyo (petrolero) de la flota, un avión de patrulla marítima y un submarino. La misión en líneas generales consistió en la detención e inspección de todo tipo de buques con rumbo a la antigua Yugoslavia. Tras la firma de los acuerdos de Dayton pasó a integrarse en la IFOR y se dividió en dos operaciones: la "Sharp Guard" al sur del paralelo 42 y la "Decisive Enhancement" al norte del mismo paralelo, con la misión principal de apoyar al componente terrestre de IFOR.

Con motivo de la resolución del Consejo de Seguridad que levantó el embargo de armas pesadas a la antigua Yugoslavia, a partir de las cero horas del día 19 de junio de 1996, la operación "Sharp Guard" fue suspendida, si bien una Fragata se mantuvo en la STANAVFORMED de OTAN dentro de la operación "Decisive Enhancement", de apoyo naval a la IFOR y que se desarrollaba desde el mes de diciembre al Norte del paralelo 42N.

Asimismo, con motivo del establecimiento de la Fuerza de Implementación de los Acuerdos de Dayton (IFOR), la operación se integra en esta fuerza y pasa a denominarse "Decisive Edge" con las mismas misiones que tenía. Del mismo modo se mantendría en la Fuerza de Estabilización (SFOR), continuadora de la IFOR.

IFOR (Fuerza de Implementación de la OTAN en Bosnia-Herzegovina)

Como consecuencia de la firma de los Acuerdos de Dayton en diciembre de 1995 y ratificados en París, y al amparo de la Resolución 1031 del Consejo de Seguridad de NNUU, el 20 de ese mes de diciembre se produce la transferencia de autoridad de UNPROFOR (NNUU) a IFOR (OTAN) para asegurar la implementación de los aspectos militares contenidos en los acuerdos.

España participó en esta nueva operación con los mismos efectivos que contribuían a UNPROFOR y a las operaciones "Sharp Guard" y "Deny Flight", incrementando los efectivos terrestres hasta alcanzar los 1750 hombres en una unidad tipo Brigada Mecanizada, dentro de la operación que llevó a cabo el Cuerpo de Ejército de Reacción Rápida de la OTAN. La transferencia de autoridad a la OTAN tuvo lugar el día 20 de diciembre de 1995 por un período de un año. Finalizó el mandato por tanto el 20 de diciembre de 1996, dando paso a una

fuerzas aéreas españolas participaron en los bombardeos contra las fuerzas serbias de Bosnia, sin que ello provocase dudas de constitucionalidad en virtud de estar auspiciadas por las Naciones Unidas y llevadas a cabo por la OTAN¹⁴⁹⁴.

Así pues, desde el final de la década de 1980 no han sido pocas las ocasiones en las que han sido empleadas las FAS en misiones internacionales. Si bien en algunas de ellas sucedía como en el caso de la actuación interna, es decir, no se incluía el uso de la fuerza armada; buena parte de estas misiones en las que se implicaba a la Institución militar no era por su tenencia de medios organizativos, materiales y personales, sino por su potencial armado. Ya en las funciones de separación de fuerzas en contienda, como de mantenimiento de la paz

fuerza más reducida denominada Fuerza de Estabilización (SFOR), también bajo la dirección de la OTAN.

Otra de las misiones fue la Fuerza de Estabilización de la OTAN en Bosnia-Herzegovina, SFOR. Tras largos debates, la OTAN mediante las Resoluciones 265 y 267 adoptó la decisión de mantener una Fuerza por un período de 18 meses. Esta decisión fue trasladada al Consejo de Seguridad de la ONU quién mediante la Resolución 1088 (1996) creó la SFOR hasta julio de 1998, con la misión general de proporcionar un entorno de seguridad que permita el desarrollo de los aspectos civiles acordados en Dayton. España participaba con más de mil efectivos terrestres, una fragata y fuerza aérea.

En el marco de la Unión Europea, se dio la Misión de la Unión Europea para la Ex-Yugoslavia, ECFM. Se creó en 1991 una Misión de Verificación de la CE en la antigua Yugoslavia que desarrolla acciones de observación, análisis e informe, acerca de todos los elementos de la situación global, que se realizan en tiempo real, de forma precisa y con carácter imparcial, con una participación máxima de 50 militares y 3 diplomáticos durante la presidencia española de la Unión Europea, mientras que actualmente participan 9 militares y 1 diplomático. De otro lado, también en el ámbito de la Unión cabe mencionar la Fuerza Específica de la Unión Europea para Ayuda Humanitaria para la Ex-Yugoslavia, ECTF, a resultas de la Cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de Birmingham de octubre de 1992, se organiza la Fuerza Específica (Task Force) para la Ayuda Humanitaria a la ex-Yugoslavia (ECTF). A la cabeza de la misión ha estado desde sus orígenes un General español, que contó con un Cuartel General en Zagreb. La operación se dio por finalizada en abril de 1996. Asimismo nuestro país se hizo cargo de la administración Europea de la ciudad de Mostar, por el ex - alcalde de Valencia, el Sr. Pérez Casado hasta 1996.

¹⁴⁹⁴ Dicha participación se llevó en el marco de la Operación "DENY FLIGHT" iniciada en septiembre de 1993, como consecuencia de las Resoluciones 816, 820, 836 del Consejo de Seguridad de NN.UU. y de las resoluciones tomadas por el Consejo Atlántico, para apoyo de las acciones de UNPROFOR en Bosnia Herzegovina, con la misión de reforzar la vigilancia de las zonas declaradas prohibidas por la Resolución 781 de NN.UU., y para proporcionar apoyo aéreo directo a UNPROFOR; apoyo aéreo táctico a la operación "Sharp Guard", y llevar a cabo operaciones aéreas ofensivas "Air Strikes" en su caso, para hacer cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad. Estas misiones llegarían a implicar a los aviones españoles en acciones de combate contra las fuerzas serbias de Bosnia.

de forma activa, se hiciese o no uso de la fuerza, los Ejércitos estaban allí en su condición de tales. Y, como se ha subrayado, el caso más claro del empleo de las FAS en el extranjero en misiones puramente militares que exigieron acciones bélicas lo constituye su participación en los bombardeos en Bosnia. La diferencia de esta acción militar con la guerra de Kosovo, estriba, pues, en que para ésta última no se contó con los auspicios de las Naciones Unidas.

b) Admisibilidad y criterios constitucionales que rigen estas misiones en el exterior

En nuestra doctrina, hasta bastante después de la entrada en vigor de la ley de leyes no se atendió la constitucionalidad del empleo de las FAS en el exterior, haciendo uso, incluso de su potencial bélico. Y como a continuación se describe, los pasos fueron temerosos y en modo alguno alcanzan a la posición que aquí se mantiene.

En 1987, Blanco Ande¹⁴⁹⁵ no dudó en señalar que las misiones del artículo 8. 1º CE tenían su techo máximo en acciones dentro del ámbito territorial del Estado, por lo cual no pertenecían a este precepto las misiones de fuera de área. Con ello no se puede estar de acuerdo ni partiendo de la interpretación más estricta y limitativa de este precepto. Y es que una guerra que sólo tenga por fin la directa preservación del territorio nacional, no sólo se libra dentro de las fronteras, puesto que, por ejemplo, sería absurdo que en contienda no pudiera actuarse en la zona fronteriza. Como poco después señalaría Sotomayor, las guerras modernas obligan a adelantar nuestras fuerzas para sustraer al territorio nacional de cualquier agresión enemiga¹⁴⁹⁶. Para sostener la constitucionalidad de misiones fuera de área en razón de compromisos internacionales, Blanco Ande arguyó los apoyos de la

¹⁴⁹⁵ BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 162.

¹⁴⁹⁶ SOTOMAYOR SÁEZ, R. "Ejércitos supranacionales y actuaciones fuera de área", en AA.VV. *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y España*, cit. pág. 153, que es referido por RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José L., "Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional... cit. pág. 190.

dirección del Gobierno de las política exterior, la Administración militar y la defensa del Estado (art. 97 CE) puesto en relación con los artículos 94¹⁴⁹⁷ y 63. 2º y 3º¹⁴⁹⁸ de la ley de leyes. De este modo se asumía el carácter no excluyente y taxativo del artículo 8. 1º CE.

Pasados ya unos años desde que las FAS españolas habían comenzado a desarrollar diversas misiones de paz, en 1993 Fernández Segado mostraba alguna atención a la constitucionalidad de operaciones de mantenimiento de la paz, y estimó que no planteaban problema alguno de admisibilidad en tanto en cuanto no fueran de combate y no comportasen la utilización de armas más allá de la legítima defensa¹⁴⁹⁹. Poco más tarde, dos autores para apuntalar la constitucionalidad de estas misiones fuera de área quisieron darle la cobertura del ordenamiento internacional. De un lado, a argumentos anteriores Sánchez del Río buscaría apoyo en el artículo 96. 1º CE, por el cual se *recibe* el ordenamiento internacional¹⁵⁰⁰. De otro lado, Rodríguez Villasante, siguiendo la doctrina internacionalista afirmaría que el *ius cogens* internacional tiene carácter constitucional, por lo que se constitucionalizaba, por así decirlo, lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas al respecto del empleo de la fuerza. La consecuencia era clara, las acciones militares fuera de área serían constitucionales

¹⁴⁹⁷ Artículo 94. 1: "La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

b) Tratados o convenios de carácter militar.

c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I."

¹⁴⁹⁸ Artículo 63: "2º. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.

3º. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes generales, declarar la guerra y hacer la paz."

BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 163.

¹⁴⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional...", cit., pág. 61.

¹⁵⁰⁰ SÁNCHEZ DEL RÍO SIERRA, "Fuerzas Armadas y asistencia humanitaria", en *Revista Española de Defensa*, marzo de 1994, pág. 43, citado por RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José L., "Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional... cit. pág. 189 y por GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Sobre las funciones constitucionales... cit., pág. 209.

siempre que se dieran bajo el auspicio y autoridad de las Naciones Unidas, y ésta sería la posición mantenida hasta la actualidad¹⁵⁰¹.

Pues bien, desde aquí se sostiene que estas misiones humanitarias y de paz, que desarrollan las FAS en muchas ocasiones por su potencial armado y pueden comportar el empleo de las armas, son plenamente constitucionales porque no contrarían el artículo 8. 1º CE en tanto que no sean contrarias a la seguridad del Estado constitucional español. Y ésta es una decisión y valoración que queda al juicio de los poderes democráticos. Aún es más, tanto el propio Preámbulo constitucional cuanto otra serie de argumentos sirven para confirmar su admisibilidad desde el punto de vista de la ley de leyes, puesto que por medio de estas misiones debe perseguirse la finalidad de alcanzar la paz, a la vez de promover valores que consagra la Constitución¹⁵⁰². Y, por último, el empleo de las FAS para estas misiones no queda constitucionalmente sometido al Derecho internacional, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan derivarse para el Estado español.

Con relación a este tema, desde aquí se coincide con Pardo cuando afirma que “se engaña a la opinión pública, cuando se pretende justificar la existencia de los Ejércitos por acciones humanitarias o de mantenimiento de la paz, haciéndole olvidar que la razón fundamental de la existencia de unas fuerzas armadas, es la de

¹⁵⁰¹ Así, DÍEZ DE NICOLÁS, Juan, “Opinión pública y participación española en la seguridad Internacional”, en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 56-61; HORACIO CERDA, Carlos, “Las operaciones militares de paz y el Derecho Internacional Humanitario”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 65, enero-junio 1995, págs. 307-344; DOMÉNECH OMEDAS, José L., “Las operaciones de paz en las Fuerzas Armadas españolas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, págs. 431-456. En 1995 reiteraría esta solución, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales ... cit. págs. 208-210. También, PIGNATELLI MECA, Fernando en su ponencia con título “*La dimensión internacional de la profesionalización de las FAS*”, realizada en el marco de los encuentros celebrados en los Cursos de Verano de El Escorial, organizados por la Universidad Complutense de Madrid los días 28-29 de agosto de 1997.

¹⁵⁰² En este sentido PIGNATELLI MECA, Fernando en su ponencia con título “*La dimensión internacional de la profesionalización de las FAS*”, cit. y, en especial, BLANQUER CRIADO, David, *Ciudadano y soldado...* cit., en concreto págs. 355 y ss.

disponer de una fuerza militar para defender la soberanía y la integridad nacional.”¹⁵⁰³

En esta misma dirección, comparto en este caso la opinión de Herrero cuando considera que “Restablecer y guardar la paz al servicio de las Naciones Unidas puede ser importante tarea en beneficio de la propia seguridad, y ello por múltiples razones. Pero han de ser explicadas a la opinión pública en función de tal seguridad propia y no como mera contribución al bienestar de la comunidad internacional. Cuando la opinión pública se resiste a esforzarse en defensa propia, ¿no sería extraño e incluso sospechoso que lo hiciera por la ajena?”¹⁵⁰⁴. Y es que, tal y como aquí se ha sostenido, nuestra Constitución sitúa en primer lugar *nuestros* intereses de seguridad, y toda misión ya en el interior ya en el exterior debe girar en torno a este centro nuclear y partir de él.

IV: Las finalidades constitucionales de las Fuerzas Armadas la OTAN y la integración europea

Dada la perspectiva constitucional del presente estudio no es éste el lugar apropiado para adentrarse en la complejidad de las organizaciones internacionales o supranacionales vinculadas a la seguridad, la paz y la defensa militar más que desde la perspectiva de nuestra propia Constitución. En concreto, interesa situar el punto de vista de nuestra norma fundamental en torno dos puntos de referencia: la pertenencia de España a una organización internacional de defensa colectiva, la OTAN y, en segundo lugar, la materia de la defensa militar en el marco de construcción del proyecto supranacional de la Unión Europea del que España forma parte.

Las cuestiones que básicamente se atienden ahora son aquellas relacionadas con la finalidad de las FAS establecidas en el artículo 8

¹⁵⁰³ PARDO DE SANTAYANA Coloma, José R., “El futuro de la seguridad y la defensa de Europa”, cit. pág. 66.

¹⁵⁰⁴ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 24.

CE y cómo quedan afectadas, en su caso, por la pertenencia de nuestro país a estas organizaciones. Desde el punto de vista de la norma fundamental, cabe acercarse ahora a dos cuestiones que pueden relacionarse, a su vez, con dos ámbitos distintos. En primer lugar, respecto de la pertenencia a la OTAN hay que preguntarse cómo se imbrica constitucionalmente la posible actuación de las FAS españolas ante el presupuesto fundamental defensivo de esta organización: la actuación frente a la agresión a un país perteneciente a OTAN por parte de un país tercero. En segundo lugar, respecto del ámbito de la defensa en el marco europeo, cabe preguntarse si la evolución que ahí se registra en materia de defensa afecta a la soberanía de España que defienden las FAS y a la posible eficacia de las mismas en esta finalidad.

Para abordar estas cuestiones, resulta oportuno acercarse con carácter previo, aun con suma brevedad, a la situación estratégica internacional en tanto que se vincula con el Estado democrático español.

A) LA ESPAÑA CONSTITUCIONAL EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL

Como resulta obvio, la naturaleza jurídica del presente estudio no es el marco en el que operar análisis alguno del orden internacional. Ahora bien, en tanto que ello supone la realidad y sobre ésta es la que opera la Constitución y el Derecho, resulta conveniente apuntar de forma sucinta algunos elementos básicos descriptivos y valorativos de dicha realidad, enfocada, a su vez, desde la perspectiva de la estabilidad democrática. Para ello, se siguen diversos estudios sobre el particular¹⁵⁰⁵ así como dos documentos relevantes y bien recientes: la

¹⁵⁰⁵ Así, básicamente se sigue el monográfico de *Las ideas estratégicas para el inicio del tercer milenio*, cit. donde se contienen veinticinco amplias recensiones sobre las más importantes obras sobre estrategia de los últimos años, así como sobre las más relevantes del marco español. Asimismo, se sigue, OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, "La privatización del deber militar: el servicio militar y la organización de las fuerzas armadas españolas ante el nuevo escenario estratégico", cit. y los diversos trabajos contenidos en AA. VV, *La defensa en*

Directiva de Defensa Nacional 1/96, de 20 de diciembre y el nuevo concepto estratégico de la OTAN¹⁵⁰⁶.

Tras la Segunda Guerra mundial se inició la llamada *Guerra Fría* que implicó una carrera armamentística sin precedentes incluyendo un descomunal arsenal nuclear que garantizaba la destrucción del mismo globo terráqueo. En este contexto, los dos bloques no dudaron en situar sus fichas en Europa, personando a los países aliados a ser el primer muro de contención de la amenaza soviética para Estados Unidos y primeros objetivos de la Unión Soviética. Del otro lado, se sometió a los diversos Estados-satélites al yugo opresor del comunismo. La diversa evolución económica de los dos bloques fue la que decidió una solución final. La superioridad norteamericana se traduciría en una nueva iniciativa de defensa estratégica en la administración Reagan, la “guerra de las galaxias” a la que una pobre Unión Soviética no tenía capacidad alguna de dar respuesta, por lo que se vio obligada a renunciar a la eterna lucha militar.

Poco después caería el muro de Berlín y con él la descomposición del bloque socialista. El nuevo escenario estratégico varió espectacularmente provocando que se replanteasen todas las instituciones de seguridad, en especial las de defensa militar. La hegemonía militar de los Estados Unidos pasó a ser incontestable, lo cual limita la posibilidad de conflictos generalizados tipo guerra mundial. Sin embargo, la caída del bloque socialista y el fin de la *Guerra Fría* ha dado lugar a nuevas formas de inestabilidad con caracteres bien diversos a la situación anterior. Los conflictos ya no entran como antaño en la escisión de los dos bloques, lo cual amortiguaba su presencia; ahora, la falta de esta tensión Este-Oeste

España al siglo XXI, cit. en concreto, FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, Eduardo, “La situación estratégica internacional, marco obligado de la seguridad de España”, cit. y PARDO DE SANTAYANA Coloma, José R., “El futuro de la seguridad y la defensa de Europa”, cit., así como diversas reflexiones sobre el particular contenidas en AA. VV. , *La profesionalización en los Ejércitos*, cit. y los diversos trabajos contenidos en la obra de próxima publicación, AA. VV *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. La clave del Mediterráneo*, cit.

¹⁵⁰⁶ Aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno –entre ellos de España- que participaron en la reunión del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Washington los días 23 y 24 de abril de 1999.

aumenta la proliferación de conflictos locales y limitados si bien con un elevado potencial de violencia. Las amenazas nucleares, pese a no estar en modo alguno superadas ni controladas –en especial, el peligro que supone el arsenal nuclear de Corea del Norte-, ceden el protagonismo ante este tipo de conflictos locales que exigen un nuevo tipo de fuerzas. En especial se requiere la movilidad internacional de las fuerzas y su pronta disposición en las zonas de conflicto.

La hegemonía norteamericana se ha unido a la progresiva evolución de uno de sistemas de defensa colectivos que surgieron en la guerra fría: la Alianza Atlántica¹⁵⁰⁷. La OTAN ha incluido a algunos países que eran satélites de la Unión Soviética, como Hungría, Chequia o Polonia, que se sitúan en ciernes de entrar, a su vez, en la Unión Europea. Asimismo, en países como España, una vez en el cauce de la democracia, se optó por la pertenencia a la organización atlántica. La mayor parte de los países de la Unión Europea, con los Estados Unidos han reforzado su sistema de defensa colectiva, básicamente en el marco de la OTAN; así, se ha reforzado la vinculación con la Alianza Atlántica –como Francia o España-. De otro lado, se han ido dando tímidos, pero paulatinos pasos en una “identidad europea de defensa”. Europa mantiene a la OTAN como principal pilar de la seguridad comunitaria, mientras trata de generar nuevas estructuras militares propias no opuestas a aquélla, si bien la heterogeneidad de los países del marco europeo y de sus intereses¹⁵⁰⁸

¹⁵⁰⁷ Los países que forman parte de la Alianza Atlántica son los siguientes:

-Desde su génesis en virtud del Tratado de Washington de 1949: Estados Unidos, Canadá, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, el Reino Unido y Portugal.

-En 1951 Grecia y Turquía se incorporaron a la Alianza en 1951 y la República Federal de Alemania, en 1954

- España, en 1982

- Por último, Hungría, Polonia y la República Checa, en 1999.

¹⁵⁰⁸ Hay que adelantar que Austria, Suecia, Finlandia e Irlanda no pertenecen ni a la OTAN, ni a otra organización internacional vinculada a la paz o la defensa que no sea la OSCE. Si bien, como se verá, en tanto miembros de la Unión Europea han pasado a formar parte de la Fuerza de intervención rápida europea, sobre la base de un EuroEjército en el que deben integrar algunas unidades. De otro lado, es obvio decir que los intereses de cada uno de los Estados que forman parte de la Unión Europea no siempre son convergentes.

es un freno a la consolidación de un sistema de defensa independiente del norteamericano.

En el marco geo-estratégico europeo las situaciones más preocupantes provienen, de una parte, de la inestabilidad de algunas Repúblicas que componían la antigua Unión Soviética o, como en el caso de Chechenia, de repúblicas que componen la misma Federación Rusa, heredera principal del arsenal nuclear comunista. No obstante, los mayores riesgos a la seguridad europea por su proximidad geográfica provienen, de un lado, de los Balcanes donde un exacerbado nacionalismo de corte histórico-étnico y religioso ha hecho que la guerra esté presente, de momento, hasta la reciente guerra de la OTAN con Serbia, sin que las esperanzas de estabilidad en la zona sean ni mucho menos serias. La OTAN, como es sabido, ha participado de forma activa y beligerante en este marco haciendo variar el orden internacional que se iba asentando desde la caída del muro. De otro lado, también supone una amenaza para la seguridad de occidente el fundamentalismo islámico y en menor medida de las presiones demográficas africanas.

La fuerza en la política internacional continúa estando presente, pese a que en los Estados democráticos resulte impopular acudir al pensamiento de Clausewitz. En la década de los ochenta Francia o Inglaterra y, por supuesto Estados Unidos no dudaron en emplear las fuerzas militares en apoyo de sus relaciones exteriores, como no dejó de hacerse en la década de los noventa, en el más reciente caso de Kosovo. Sin embargo, parece darse un estado de opinión en la dirección de no considerar el empleo de la fuerza en la política internacional; ello coincide con una duradera estabilidad en los países democráticos que ha erosionado una conciencia sobre la necesidad de procurar -y contribuir- a una defensa sólida¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁹ En este sentido, entre otros, PARDO DE SANTAYANA Y COLOMA, José R. y otros, "La estructura de la Defensa", cit., págs. 155-156, quien afirma que "La opinión pública ha dejado de creer en la posibilidad de una amenaza armada, sensación que hasta ahora siempre había gravitado sobre la existencia de los Estados. Esta situación se había presentado por adelantado en España a causa de la paz prolongada aquí hemos disfrutado, de nuestra lejanía del Bloque soviético, y de tendenciosas campañas falsamente pacifistas, que creen

Cabe poner de manifiesto, asimismo, que los medios con los que se libran las guerras actuales suponen una redefinición misma de las fuerzas militares, en las que si bien se mantiene el combatiente, la importancia de los medios logísticos, de guerra electrónica, etc. hacen variar las exigencias de la organización militar (disciplina, valores, etc.) así como la clásica escisión entre tierra, mar y aire. A resultas de estos cambios, se opta por Ejércitos más preparados y operativos, por lo que en diversos países de Europa occidental se cuenta con Ejércitos plenamente profesionalizados¹⁵¹⁰ y en la práctica mayoría del resto se siguen modelos mixtos¹⁵¹¹.

No cabe duda que la razón de Estado ha primado y prima cuando se trata del orden internacional. Sin embargo, sería una visión sesgada e incluso sectaria desconocer la vinculación que se da entre los sistemas colectivos de defensa en los que está integrado el Estado español y la democracia. Desde su concepción y con el matiz que puede suponer Turquía, los países componentes de la OTAN son países liberal-democráticos, y así se exige que lo sean todos los países que forman parte de la Unión Europea. Por tanto, estos sistemas de defensa colectiva o entidades de carácter federalizante, suponen, de un lado, una garantía de paz entre los miembros que los componen, una paz vinculada a la democracia. De otro lado, suponen una garantía frente a los Estados que no forman parte de estos sistemas de defensa colectiva, esto es, a salvo de los Estados democráticos neutrales, los sistemas colectivos de defensa implican una garantía frente a aquellas organizaciones políticas que no se fundamentan en el reconocimiento efectivo de la dignidad humana tal y como se entiende en los países liberal-democráticos. El componente democrático de

poder eliminarlos peligros por el simple hecho de ignorarlos. Esta pérdida de la sensación de amenaza repercute directamente en la opinión pública respecto a la exigencia actual de una Defensa Nacional. Sin embargo, cualquier persona bienintencionada admite la existencia de riesgos, algunos de ellos amenazadores, así como la necesidad de defenderse de ellos.”

¹⁵¹⁰ Así en Reino Unido, Bélgica, Francia, España y Holanda.

¹⁵¹¹ En Alemania, Portugal, Dinamarca, y en menor medida, en Italia y Noruega. En Grecia el índice de proporcionalidad es mínimo. Todos estos datos los extraigo de FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, Eduardo, “Las personas al servicio de la defensa”, cit. págs. 278-279.

estas entidades supraestatales es a su vez una garantía frente a una posible involución democrática en el seno de cada organización política.

Bajo este marco genérico en España, la última Directiva de Defensa de 1996 expresaba los tres objetivos básicos de la política de defensa en nuestro país, a saber:

“1) Consolidar la presencia de España en las organizaciones internacionales de seguridad y defensa, asumiendo plenamente las responsabilidades y compromisos derivados de su participación en ellas.

2) Mejorar la eficacia de las Fuerzas Armadas españolas para que estén plenamente capacitadas para llevar a cabo las misiones que tienen constitucionalmente encomendadas, para contribuir, en la medida de las posibilidades nacionales, a la seguridad y defensa colectiva con los aliados y para colaborar al mantenimiento de la paz y estabilidad internacionales, particularmente en nuestro entorno geográfico y cultural.

3) Conseguir que la sociedad española comprenda, apoye y participe con mayor intensidad en la tarea de mantener un dispositivo de defensa adaptado a las necesidades, responsabilidades e intereses estratégicos españoles.”

De este modo, como se advierte, el primer objetivo de la política de defensa española supone la consolidación de la presencia en el marco internacional. Para este fin, se afirmaron diversas directrices. De una parte, se afirmaba la presencia de España en la Alianza Atlántica en el marco del Tratado fundacional de la misma y la Resolución del Pleno del Congreso de los Diputados el día 14 de noviembre de 1996¹⁵¹². En segundo lugar se afirma una participación activa en el desarrollo de la Unión Europea Occidental,

¹⁵¹² Cabe adelantar que la actuación en la crisis kosovar conculcaba tanto el Tratado como la Resolución del Congreso, como se verá en su momento con relación a la posición de las Cortes en el ámbito militar.

incrementando sus capacidades política y operativa, amén de un apoyo “de acuerdo con sus posibilidades e intereses” de las iniciativas conducentes al mantenimiento de la paz y la estabilidad mundiales, promovidas y auspiciadas por las Naciones Unidas, a la par de una participación activa en la OSCE. Por último, por cuanto al Norte de África, se afirma la intención de impulsar en las relaciones bilaterales y multilaterales en materia de defensa.

Una vez señalada de forma superficial cuál es a grandes rasgos tanto la situación estratégica internacional, como las vinculaciones de la democracia sobre la misma y haciendo particular mención de España, es momento, pues, de volver al ámbito jurídico-constitucional propio al presente estudio.

B) ¿CÓMO AFRONTAR CONSTITUCIONALMENTE LA PERTENENCIA DE ESPAÑA A LA OTAN Y LAS MISIONES QUE POR ELLO PUEDEN CORRESPONDER A LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS?

Como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, el artículo octavo de la ley de leyes es el que disciplina esencialmente la concepción constitucional de la seguridad del Estado español: lo querido por la Constitución es una efectiva seguridad del Estado democrático.

Y desde este punto de vista, la pertenencia a entes internacionales o supranacionales relativos a la defensa debe considerarse como una opción admisible adoptada por los poderes democráticos para procurar de forma más efectiva la seguridad de España en el concierto internacional. En este sentido, cabe recordar que en la Constitución española no se dispone la neutralidad como, sucede por ejemplo en el caso de la ley de leyes de Austria¹⁵¹³. De ahí que fue constitucional la

¹⁵¹³ Artículo 9 A:

“1. Austria se compromete a la defensa integral de su territorio, cuya función es garantizar frente al exterior la independencia, así como la integridad y unidad del territorio federal, especialmente con vistas al mantenimiento y *defensa de la neutralidad permanente*.

Sobre la neutralidad austríaca: CORNARU, Markus, “Autriche: comment rester neutre et devenir européen?”, en *Notes et études documentaires* números 5064-5065, diciembre de 1997

integración formal en la OTAN a través de la vía del artículo 94. 1º CE en tanto se trataba de un “tratado o convenio de carácter militar”¹⁵¹⁴. La decisión de entrada en la organización atlántica¹⁵¹⁵ se adoptó por el Congreso¹⁵¹⁶, durante el gobierno del Sr. Calvo Sotelo¹⁵¹⁷, tras las reticencias de la presidencia del Sr. Suárez. Más tarde -en 1986-, a resultas del cambio de posición del PSOE, el mantenimiento en la OTAN sería objeto de consulta en referéndum en el que se decidió la pertenencia, si bien manteniéndose fuera de la estructura militar de la organización. En noviembre de 1996, ya bajo el gobierno del Sr. Aznar, se decidió la integración en la estructura militar de la organización atlántica con el respaldo de una resolución del Congreso, esta vez con amplias mayorías y sin referéndum¹⁵¹⁸.

De este modo, en principio, la pertenencia a esta organización no suscita dudas de constitucionalidad. Ahora bien, nuestra ley de leyes exige la anteposición de la seguridad del Estado español sobre otro tipo de intereses y, de otra parte, la pertenencia a una organización

(1998), monográfico dedicado a *La défense en Europe. Les adaptations de l'après - guerre froide*, (dirigido por Patrice Buffotot), págs. 35-44.

¹⁵¹⁴ Al respecto de la participación en organizaciones internacionales por esta vía, se sigue CARDONA LLORENS, Jorge, “La manifestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados en la Constitución española: balance de diez años de práctica internacional”, en AA.VV, *Diez años de régimen constitucional*, (Enrique Álvarez Conde, coord.), Tecnos, Madrid, 1989, págs. 299-312 y REMIRO BROTONS, Antonio, “La Constitución y el Derecho Internacional”, cit., más tarde se atenderá la vía del artículo 93 CE.

¹⁵¹⁵ Sobre la pertenencia de España a la OTAN, entre otros, PARDO DE SANTAYANA, José Ramón, “Presente y futuro de la Alianza Atlántica y la OTAN”, en *Cuenta y Razón...* cit. págs. 41 - 50. En particular, sobre los aspectos políticos AGÚERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit., págs. 337 y ss. y OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, “La privatización del deber militar: el servicio militar... cit. págs. 138-140 y DE LUIS, Juan, “Espagne: l'eupéanisation de la politique de sécurité”, en *Notes et études documentaires* números 5064-5065, diciembre de 1997 (1998), monográfico dedicado a *La défense en Europe. Les adaptations de l'après - guerre froide*, (dirigido por Patrice Buffotot), págs. 71-89, en concreto, págs. 77-79.

¹⁵¹⁶ La votación en el Congreso fue decisiva, 186 votos a favor (UCD, CD, PNV, CIU y UPN) y 146 en contra (PSOE, PCE, PSA, EE, IRC, PAR y UPC), con la ausencia del representante de FN. En el Senado la votación fue de 106 votos a favor, 60 en contra y una abstención.

¹⁵¹⁷ BOE DE 31 de mayo de 1982.

¹⁵¹⁸ La resolución fue aprobada por 293 votos a favor (PP, PSOE, CIU, PNV y UV), con 23 en contra (IU, BNG, EA, Pilar Rahola (ex - ERC) y, por error, la Ministra Loyola de Palacio).

internacional llevada a cabo por la vía del artículo 94 CE no supone un menoscabo de las competencias de los poderes democráticos españoles para decidir o controlar el empleo de las FAS¹⁵¹⁹.

Desde la perspectiva de las finalidades constitucionales de las FAS que es ahora el objeto de atención, cabe señalar en primer lugar, que la Alianza Atlántica está vinculada a los principios democráticos y a los derechos y libertades del individuo¹⁵²⁰, por lo que no se trata de

¹⁵¹⁹ En este sentido, cuando se aborde la cuestión de la decisión y control sobre la fuerza militar se advertirá esta posición, que suscita diversos pareceres en la doctrina jurídica.

¹⁵²⁰ Quien suscribe esta afirmación no desconoce su carácter político más que jurídico, puesto que en este ámbito lo jurídico queda en un plano más secundario, por obra de la razón de Estado. En todo caso, cabe poner de manifiesto la vinculación a la democracia – liberal de la OTAN.

Así, cabe señalar que el Tratado del Atlántico Norte, firmado en Washington el 4 de abril de 1949 contiene diversas vinculaciones a la democracia liberal y a los derechos individuales. Así en su mismo Preámbulo, en el que se afirma que los Estados Partes están por dicho tratado “Resueltos a salvaguardar la libertad, su herencia común y su civilización, fundadas en los principios de democracia libertad individual y reinado del Derecho.” Ya en su articulado, en su artículo 2 se dispone que: “Las Partes contribuirán al desenvolvimiento de las relaciones internacionales pacíficas y amistosas, robusteciendo sus instituciones libres y asegurando una mejor comprensión de los principios sobre los que se fundan tales instituciones, y desarrollando las condiciones propias para asegurar la estabilidad y el bienestar.

De otra parte, en el recién aprobado Concepto Estratégico de 1999, en el primer punto (punto 6) de su Parte I, puede leerse: “El objetivo esencial y permanente de la Alianza, expresado en el Tratado de Washington, consiste en salvaguardar la libertad y la seguridad de todos sus miembros por medios políticos y militares. Sobre la base de los valores comunes que constituyen la democracia, los derechos humanos y el imperio del derecho, la Alianza está comprometida desde su creación con la garantía de un orden pacífico, justo y duradero en Europa.”

En el punto 33 de su Parte III, puede leerse:

“Mediante una prosecución activa de la asociación, de la cooperación y el diálogo, la Alianza representa una fuerza positiva en la promoción de la seguridad y de la estabilidad en el conjunto de la región euroatlántica mediante su política de apertura, trata de preservar la paz, sostener y promover la democracia, contribuir a la prosperidad y el progreso y favorecer una asociación auténtica con todos los países euroatlánticos democráticos entre ellos. Esta acción persigue el reforzamiento de la seguridad de todos, no excluye a nadie y contribuye a superar las divisiones y los desacuerdos que podrían dar lugar a inestabilidad y conflictos.” Más tarde, punto 36, se afirma: “En el marco del Acta fundacional OTAN-Rusia sobre relaciones, cooperación y seguridad mutuas, la OTAN y Rusia se han comprometido a desarrollar sus relaciones sobre la base del interés común, la reciprocidad y la transparencia, con el fin de establecer en la región euroatlántica una paz duradera y abierta a todos, sobre la base de los principios de la democracia y de la seguridad cooperativa.” Que es lo mismo que se afirma respecto de las relaciones con Ucrania (punto 37).

Finalmente, en la conclusión (punto 65) se afirma:

la garantía de una paz cualquiera, sino de la querida por la Constitución. Asimismo, en segundo lugar, es preciso tener en cuenta que la pertenencia a la OTAN supone básicamente el compromiso de prestación de mutua asistencia ante un ataque armado (artículo 3)¹⁵²¹. Se conviene que toda acción militar contra un territorio de uno o varios de los Estados parte¹⁵²² “será considerado como un ataque

“El Concepto estratégico [...] permite a una OTAN transformada contribuir a un entorno de seguridad en evolución, favoreciendo la seguridad y la estabilidad con la fuerza de su compromiso compartido con la democracia y con la resolución pacífica de controversias. En un mundo incierto, sigue siendo necesaria una defensa eficaz, pero al reafirmar este compromiso, la Alianza seguirá también aprovechando plenamente todas las ocasiones de ayudar a construir un continente sin divisiones promoviendo el ideal de una Europa entera y libre.”

Sobre la vinculación de la OTAN a los principios democráticos, entre otros, se han seguido diversos estudios publicados en *OTAN Review* (edición web -www.nato.com-), en concreto, DONNELLY Chris, “Defence transformation in the new democracies: A framework for tackling the problem”, en *OTAN Review Webedition*, nº 1 enero de 1997, vol. 45, págs. 15-19 y KIRSHIN Yuri, “Ensuring military security in a democratic society”, en *OTAN Review Webedition*, nº 1 enero de 1997, vol. 45, págs. 22-28. Ambos trabajos centran especialmente la atención en el “control democrático” supremacía civil sobre las fuerzas militares en los países componentes de la Alianza Atlántica, en particular, en los últimos incorporados.

De otra parte, resulta también importante otra vertiente, la opinión pública y la publicidad de las decisiones de la Alianza Atlántica, sobre el particular, cabe remitirse a BRUCE, Erika v.C., “Nato's Public Opinion Seminar Indicates Continuing, but not Unshakeable, Support”, en *OTAN Review webedition*, nº 2 abril de 1997, vol. 40, págs. 1-8, en el que se refleja el estado de aceptación y conocimiento de las actividades de la organización en aquella época.

En España, esta última vertiente del contenido democrático de la Alianza se puso de manifiesto por OEHLING, Hermann, en su Prólogo a AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. págs. 13-34, en concreto, págs. 33-34 con relación al acuerdo de información periódica a los ciudadanos de los países miembros a base de recomendaciones a los Estados miembros.

¹⁵²¹ Art. 3: “Con el fin de asegurar de manera más eficaz el cumplimiento de los fines del presente Tratado, las Partes, pronunciándose individual y conjuntamente de un modo continuo y efectivo en favor del desenvolvimiento de sus propios medios y prestándose mutua asistencia, mantendrán y acrecentarán su capacidad individual y colectiva de resistencia a un ataque armado.”

¹⁵²² Art. 6: “Para la aplicación del art. 5 se considera ataque armado contra una o varias Partes: una acción militar contra el territorio en Europa o en América del Norte, contra los Departamentos franceses de Argelia, contra las fuerzas de ocupación de cualquiera de las Partes en Europa, contra las islas situadas en la jurisdicción de una de las Partes en el Atlántico al Norte del Trópico de Cáncer o contra los navíos o aeronaves de cualquiera de las Partes en la misma región.”

El Protocolo sobre la adhesión de Grecia y Turquía del 22 de octubre de 1951 modificó el art. 6 como sigue:

“Para la aplicación del art. 5 se considera como ataque armado contra una o más de las partes un ataque armado:

dirigido contra todas y, en consecuencia, [las Partes] convienen en que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en el ejercicio del derecho de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes atacadas tomando individualmente, y de acuerdo con las otras, las medidas que juzgue necesarias, comprendido el empleo de las fuerzas armadas, para restablecer la seguridad en la región del Atlántico Norte”¹⁵²³.

Rodríguez Villasante ha sostenido que cualquier agresión contra el territorio de un país aliado, podía interpretarse como un ataque a la integridad territorial española que es la que tienen por misión garantizar los Ejércitos españoles (art. 8 CE)¹⁵²⁴. A mi juicio, no es precisa esta interpretación de la integridad territorial para admitir la constitucionalidad de un hipotético empleo de las FAS para responder a una agresión a un país aliado. La Constitución no excluye la participación en un sistema colectivo de defensa y, como se ha dicho, es admisible para la ley de leyes que se optase por tal participación, en tanto que se justifica como algo positivo para la efectiva seguridad de España que es lo querido por el artículo 8. 1º CE. De ahí que, las

I) contra el territorio de ellas en Europa del Norte, contra los Departamentos franceses en Argelia, contra el territorio de Turquía o contra las islas colocadas bajo la jurisdicción de una de las partes en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer.

II) contra las fuerzas, navíos o aeronaves de una de las partes que se encuentren sobre esos territorios, así como en cualquier otra región de Europa en la que las fuerzas de ocupación de las partes estén estacionadas en la fecha de entrada en vigor del Tratado o encontrándose sobre el Mediterráneo en la región del Tratado del Atlántico del Norte al norte del Trópico de Cáncer, o por encima de éste.”

¹⁵²³ Art. 5:

“Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o varias de ellas, ocurrido en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas y, en consecuencia, convienen en que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en el ejercicio del derecho de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido por el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes atacadas tomando individualmente, y de acuerdo con las otras, las medidas que juzgue necesarias, comprendido el empleo de las fuerzas armadas, para restablecer la seguridad en la región del Atlántico Norte. Todo ataque armado de esta naturaleza y todas las medidas tomadas en consecuencia serán puestas inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas acabarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales.”

¹⁵²⁴ RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José L., “Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional... cit. pág. 190.

consecuencias de la presencia en la OTAN, como lo es este compromiso de mutua asistencia, en principio, no resulta contrario a contenido constitucional alguno desde la perspectiva de las misiones de las FAS.

No obstante, hay que señalar que nuestra ley de leyes no parece estar adaptada para aceptar con holgura la misma evolución de la concepción de la defensa que parece imperar en la actualidad. La evolución de las misiones encomendadas a instituciones de defensa colectiva en un nuevo contexto internacional no tienen una cómoda cabida en el actual texto de la norma suprema. En este sentido, por cuanto a la participación en la OTAN, sería aconsejable, aunque no imprescindible, una reforma constitucional que adecúe nuestro ordenamiento a esta evolución, siempre, claro está, en el entendimiento de que es éste el camino que quiere seguir la nación española, lo que así parece en virtud de las decisiones de quienes democráticamente la representan.

En este orden, podrían seguirse las líneas de la regulación constitucional alemana sobre el particular, la cual compatibiliza de manera oportuna no pocas de las finalidades aludidas, paz, democracia y derechos fundamentales y sistemas de defensa colectiva. En la Ley Fundamental de Bonn se incluye tanto el establecimiento de ideales pacíficos con claras implicaciones jurídicas, cuanto la posibilidad de la integración en instituciones de defensa colectiva que implique ciertas restricciones en su soberanía, si bien, a la vez, no se renuncia a la vocación pacifista y a los intereses de la seguridad propia¹⁵²⁵.

¹⁵²⁵ Así, en la Ley Fundamental se recogen los ideales del logro de la paz (Preámbulo) a la vez que éstos mismos parecen inspirar el resto de la regulación (artículos 1. 2º, 24, 26, 87 a). Además, se reconoce con claridad la vinculación que existe entre el reconocimiento de los derechos humanos con la paz en el mundo (artículo 1. 2º). Asimismo, por causas conocidas, se señala expresamente las finalidades netamente defensivas de las FAS (artículo 87 a. 1º “La Federación dispondrá fuerzas armadas con fines defensivos”). Esta misma voluntad se refuerza al contemplarse que “Las fuerzas armadas solo podrán utilizarse con fines distintos de los defensivos en los casos en que así lo disponga de modo expreso la presente Ley Fundamental” (artículo 87 a. 2º). Ahora bien, estas declaraciones pacíficas que no sólo tienen un mero alcance declarativo, quedan completadas con otros preceptos de la Ley Fundamental.

C) EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA DEFENSA EUROPEA

Cuando se aborda la materia de la seguridad en Europa, no sólo cabe remitirse a una organización como la OTAN, sino que los elementos internacionales son varios a la par de complejos. Así, cabe mencionar la Organización de Seguridad y Cooperación Europea (OSCE)¹⁵²⁶. Sin embargo, sin perjuicio de ésta, la atención debe centrarse en el panorama relativo a la Unión Europea, es decir, a la misma Unión Europea (UE), la Unión Europea Occidental y la existencia del Eurocuerpo. Se trata, con la OTAN, de ámbitos diferentes que en un complejo proceso han tendido y tienden a la convergencia hasta el momento presente, convergencia a la que se ha denominado, básicamente, “identidad europea de defensa”. La compleja vinculación de hecho entre unos y otros ámbitos hace preciso no estudiar la materia desde la sola perspectiva formal y jurídica. Para mayor claridad se centra la atención inicialmente respecto de la Unión

El artículo 24. 2º facilita sin duda la incorporación alemana a instituciones de defensa colectiva. Dicho precepto dispone que “La Federación podrá ingresar, en orden a la preservación de la paz, en un sistema colectivo de seguridad recíproca; a tal efecto la Federación deberá consentir las restricciones en sus derechos de soberanía que sean necesarias para generar y asegurar un orden duradero de paz en Europa y entre los pueblos del mundo.” Dicha disposición reconoce expresamente la posibilidad de participar en la existencia de instituciones supranacionales que cuenten con competencias soberanas de defensa –que no es el caso de la OTAN-, y aún es más, lo hace sin dejar de orientar la finalidad pacífica de las mismas, con especial referencia a la propia seguridad de la nación en el contexto Europeo. De otra parte, las metas pacíficas se encuentran también expresamente canalizadas en el artículo 26 de la Ley Fundamental. El mismo, en su apartado primero, viene a limitar una absoluta relativización de los ideales pacíficos: “Son contrarias a la constitución las acciones que puedan provocar la alteración de la convivencia pacífica de los pueblos y que se emprendan con tal propósito, especialmente el emprender una guerra de agresión. La ley deberá establecer su castigo.”

¹⁵²⁶ Esta organización estable es producto de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE). Su documento de partida fue el Acta Final de Helsinki, de 1 de agosto de 1975, nacida a raíz de la diplomacia soviética para reconocer las fronteras tal y como habían quedado dibujadas tras la Segunda Guerra Mundial. Para llegar a un acuerdo las potencias occidentales pusieron como condición la aceptación por los soviéticos de la inclusión de los derechos humanos en las negociaciones, de modo que se llegó finalmente a un consenso para cooperar en tres ámbitos denominados “cestos” de cooperación: seguridad y defensa, economía y cuestiones humanitarias. Sobre la OSCE, entre otros, puede seguirse COTTI, Flavio, “The OSCE's increasing responsibilities in European security”, en *OTAN Review webedition*, (Revista de la OTAN), nº 6, nov. 1996, vol. 44, págs. 7- 12.

Europea Occidental y el Eurocuerpo, para adentrarse más tarde en la evolución seguida en el ámbito de la Unión Europea, evolución que alcanza al mismo momento en el que se elabora el presente estudio.

a) La evolución de la Unión Europea Occidental

Los precedentes de la identidad europea de seguridad y defensa se remontan al período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial. El 4 de marzo de 1947 Francia y el Reino Unido firmaron el Tratado de Dunquerque, una alianza bilateral de tipo clásico contra Alemania, aún definida en aquel momento como enemigo. Sin embargo, pronto se advertiría cuál era el potencial enemigo: la URSS. Como consecuencia, Francia, el Reino Unido y los países del Benelux crearon la Organización de Defensa de la Unión Occidental por medio del Tratado de Bruselas del 17 de marzo de 1948 con el fin de la legítima defensa colectiva. Poco más tarde se creaba la OTAN en el Tratado de Washington de 1949. En el año 1952 se plantea en la República Federal de Alemania el rearme de las Fuerzas Armadas¹⁵²⁷, lo cual supuso una inquietud que impulsó un excesivamente ambicioso proyecto de la Comunidad Europea de Defensa¹⁵²⁸ que suponía la práctica desaparición de los Ejércitos nacionales¹⁵²⁹. Sin

¹⁵²⁷ Iniciada por la Ley de 23 de Julio de 1955. Así lo recuerda MARTÍNEZ SORIA, “Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea (PESC) y la solución de los conflictos internacionales. Un estudio crítico de la reforma de la PESC en el Tratado de Amsterdam”, en *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. La clave del Mediterráneo*, cit., texto mecanoscrito.

¹⁵²⁸ Sobre la Comunidad Europea de Defensa, se sigue, básicamente a EYMAR ALONSO, Carlos, “El Eurocuerpo y el futuro marco jurídico de la defensa en Europa”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 69, enero-junio de 1997, págs. 171-192, en concreto, págs. 173-181. Este autor remite sobre el tema en España a PONS ALCOY, Juan Antonio, *El sistema europeo de defensa*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989 (donde se incluyen los proyectos y el texto del tratado que no fue finalmente ratificado), así como a GARCÍA ARIAS, Luis, “La Comunidad Europea de Defensa”, *CPI*, Madrid, 1952.

¹⁵²⁹ La Comunidad Europea de Defensa tenía su origen en el Tratado internacional de 27 de mayo de 1952, suscrito inicialmente por Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. Un año después se ratificaba el Texto del Tratado por todos los países excepto Italia y Francia, finalmente en agosto de 1954, la Asamblea Nacional de este último país rechazó la ratificación. En este Tratado se pretendía llegar a una integración tan completa como fuera posible de todas las necesidades militares, a fin de garantizar la defensa de Europa

embargo la negativa de Francia supuso acudir a medios mucho más laxos. Quizá, como señalase García Arias, “la creación de este Ejército supranacional europeo resultase un paso demasiado rápido y precipitado”¹⁵³⁰.

Los elementos estructurales de la Unión Europea Occidental¹⁵³¹ son el Pacto de Bruselas firmado el 17 de marzo de 1948 y los Acuerdos de París de octubre de 1954, año en el que pasaría a formar parte de la misma la República Federal de Alemania que también entraba en la OTAN¹⁵³². No se trataba, como la OTAN, de un estricto pacto de defensa colectiva, sino que se extendía según su propio título a un “Tratado de colaboración en materia económica, social y cultural y de legítima defensa colectiva”. Una vez más, hay que subrayar que esta organización, no sólo defensiva pero con éste componente, nació

en estrecha colaboración especialmente con la OTAN. Se creaban Consejo de Ministros, Asamblea, Comisariado y Tribunal de Justicia, los dos últimos eran los mismos que los previstos en el Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero de 18 de abril de 1951.

La pertenencia a la Comunidad suponía la renuncia casi completa al ejercicio de competencias soberanas sobre los Ejércitos: reclutamiento, uniforme, formación, reglamento disciplinario, política de armamento y contratación de material militar, incluso, se preveía la posibilidad del empleo de “una lengua auxiliar común”. Así, sólo se permitía el reclutamiento y mantenimiento de fuerzas nacionales en límites bien estrechos (art. 10), el reclutamiento sería efectuado por el Comisario. Se renunciaba al uniforme nacional, salvo las pequeñas tropas nacionales, se llevaría un uniforme común (art. 15). También se negaba la elaboración de planes propios de formación, también elaborados por el comisario sobre la doctrina de Academias de la Comunidad (art. 74). También se comprometían las Partes a redactar un único reglamento de disciplina general militar (art. 79), así como toda la elaboración y ejecución de programas de armamento y material, aprovisionamiento e infraestructura quedaban sometidos al Consejo de Ministros y al Comisariado (arts. 101-107).

¹⁵³⁰ GARCÍA ARIAS, Luis, “La comunidad Europea de Defensa”, *CPI*, Madrid, pág. 177, así citado por EYMAR ALONSO, Carlos, “El Eurocuerpo y el futuro marco jurídico de la defensa en Europa”, cit. pág. 177.

¹⁵³¹ Sobre la Unión Europea Occidental, por todos, ROBLES CARRILLO, Margarita A. *La Unión Europea Occidental y la cooperación europea en materia de seguridad y defensa*, McGraw Hill, 1997, que es el punto de referencia que aquí se sigue, si bien se complementa con CORRAL SUÁREZ, Margarita. “Algunas consideraciones sobre la “integración” de la UEO en la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, nº 7, 1994, págs. 15-30 y MAURY, Jean-Pierre, “L’UEO: quel rôle pour demain?”, en *Notes et études documentaires* números 5064-5065, diciembre de 1997 (1998), monográfico dedicado a *La défense en Europe. Les adaptations de l’après – guerre froide*, (dirigido por Patrice Buffotot), págs. 243-250, así como todas las noticias de prensa a las que se irá haciendo referencia.

¹⁵³² En efecto, la RFA accedía a la OTAN por Protocolo de 23 de octubre de 1954, y a la Unión Europea Occidental por el Acta Final de Londres, 28 de septiembre - 3 octubre, de 1954.

vinculada a los derechos y libertades y los principios democráticos¹⁵³³. Sin embargo, la organización quedaría siempre oscurecida por la OTAN, que era la que asumía por completo la seguridad en Europa privando prácticamente de toda competencia a la Unión Europea Occidental. Su única y relativa importancia se debía a que de esta organización formaba parte el Reino Unido, que hasta 1974 no pasaría a formar parte de la Comunidad Económica Europea. La incorporación del Reino Unido a la Comunidad mermaría ya todo interés, que era poco, en la Unión Europea Occidental, que pasaría a un largo letargo¹⁵³⁴. Como señala Robles, esta organización hasta los años ochenta no actuó como pacto de legítima defensa, ni tampoco en otras materias, todo ello, a su juicio, por una carencia total de competencias¹⁵³⁵.

El final de esta crisis tendría lugar con la atribución de algunas funciones a la organización, ello se debió a las disensiones de los países europeos con Estados Unidos y la Alianza Atlántica¹⁵³⁶. No obstante, estas discrepancias en modo alguno supusieron una quiebra de la primacía de la OTAN. Esta revitalización se reforzaría con la entrada en la Unión Europea Occidental de España y Portugal en

¹⁵³³ Así en el Preámbulo del Tratado de Bruselas de 1948 se señalaba la voluntad de “afirmar los derechos fundamentales del hombre y la dignidad y el valor de la persona humana [...] la confirmación de la defensa de los principios democráticos, las libertades cívicas e individuales, las tradiciones constitucionales y el respeto de la ley, que permiten formar un patrimonio común.”

¹⁵³⁴ Sobre la etapa desde la creación hasta su revitalización en la década de los años ochenta, por todos, ROBLES CARRILLO, Margarita A. *La Unión Europea Occidental...* cit. págs. 2-52.

¹⁵³⁵ En concreto, *ibidem*, págs. 34-35.

¹⁵³⁶ Sobre esta etapa de relativa vitalización y sus causas, *ibidem* págs. 53-91. A decir de esta autora, la reactivación se debió a tres causas:

- la pérdida de credibilidad del compromiso norteamericano con la seguridad de Europa,
- la imposibilidad de articular una cooperación en la materia en las instituciones comunitarias
- y el hecho que fuera la Unión Europea Occidental la única organización ya existente que agrupaba a los estados interesados en esta cooperación.

1988¹⁵³⁷, más tarde, en 1995 se incorporaría Grecia¹⁵³⁸ y una larga lista de países pasarían a ser observadores¹⁵³⁹, de modo que en la actualidad, forman parte de esta organización nueve países, todos ellos miembros de la Unión Europea¹⁵⁴⁰. Desde finales de los años ochenta, la Unión Europea Occidental iría vinculándose cada vez más con la Unión Europea.

Cabe hacer referencia a las *misiones de Petesberg*, encomendadas a la Unión Europea Occidental que luego se institucionalizarían en el marco de la Unión Europea¹⁵⁴¹. Martínez Soria nos recuerda que Petersberg es una montaña cerca de Bonn, en cuya cima se encuentra un hotel histórico en el que se reunieron en junio de 1992 los Jefes de Estado de los Estados miembros de la Unión Europea Occidental y acordaron extender determinadas operaciones de la organización a zonas más allá de Europa, para alcanzar los siguientes objetivos: operaciones humanitarias, de evacuación, mantenimiento de la paz o imposición de la paz¹⁵⁴². Cuatro años más tarde, el 3 de junio de 1996 el Consejo Atlántico de Berlín extendió las misiones de la OTAN de forma similar¹⁵⁴³. Estas nuevas misiones de gestión de crisis podían ser realizadas bajo responsabilidad de la Unión Europea Occidental, pero con medios colectivos de la OTAN, en determinadas circunstancias.

¹⁵³⁷ Protocolo de adhesión de 14 de noviembre de 1988, en el mismo, se manifestaba el carácter incompleto de una Europa integrada que no comprendiese la seguridad y la defensa con una mayor cohesión. Este protocolo entró en vigor el 27 de marzo de 1990, (BOE de 8 de mayo).

¹⁵³⁸ Protocolo de 20 de noviembre de 1992, en vigor desde el 6 de marzo de 1995.

¹⁵³⁹ Documento de 20 de noviembre de 1992, en vigor desde el 6 de marzo de 1995. Estos países que pasaron a ser observadores son: Dinamarca, Finlandia, Suecia, Irlanda y Austria, así como diez Estados de la Europa del Este (Bulgaria, República Checa, República Eslovaca, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumania).

¹⁵⁴⁰ Se trata pues de Francia, el Reino Unido, Bélgica, Holanda y Luxemburgo desde 1948, Alemania desde 1954, España y Portugal desde 1988 y Grecia desde 1995.

¹⁵⁴¹ Así, como luego se atiende, en el artículo 17. 2º del Tratado de Amsterdam.

¹⁵⁴² MARTÍNEZ SORIA, "Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común... cit.

¹⁵⁴³ Comunicado de Prensa M-NAC (DM)-2 (96), 89, NATO public data service, de 13 de junio de 1996, citado por este autor. También se sigue sobre el particular, ROBLES CARRILLO, Margarita A. *La Unión Europea Occidental...* cit., págs. 130-135.

La importancia de la Unión Europea Occidental como organización internacional es muy reducida¹⁵⁴⁴, su protagonismo en el conflicto de Bosnia se ha circunscrito a aspectos secundarios: control del embargo en el Adriático (operación combinada OTAN-UEO),¹⁵⁴⁵ control de sanciones en el Danubio¹⁵⁴⁶, asesoramiento de la policía local de Mostar¹⁵⁴⁷ y atención de la situación en Albania¹⁵⁴⁸. Estas últimas dos acciones fueron fruto de la cooperación entre la Unión Europea y la Unión Europea Occidental¹⁵⁴⁹. La intensificación de la cooperación estas dos organizaciones, así como la OTAN, ha traído como únicas consecuencias organizativas el traslado de la sede de la Unión Europea Occidental de Londres a Bruselas, lo que facilita su contacto con la OTAN y con la Unión Europea, y la creación de la unidad de planificación de políticas y de alerta rápida de la Unión Europea, de la que forma parte la Unión Europea Occidental. En la actualidad Javier Solana Preside la organización.

b) El Eurocuerpo

El Eurocuerpo supone, sin duda, el componente más desconocido del marco de la defensa europea¹⁵⁵⁰. Los ministros de defensa francés y

¹⁵⁴⁴ Sobre la evolución más reciente, ROBLES CARRILLO, Margarita A. *La Unión Europea Occidental ...* cit. págs. 129-190 MARTÍNEZ SORIA, “Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común... cit. y CORRAL SUÁREZ, Margarita. “Algunas consideraciones sobre la “integración” de la UEO... cit. págs. 22-30.

¹⁵⁴⁵ Acuerdos de 8.6.1993 de los Consejos de la Unión Europea Occidental y de la OTAN, basados en la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas UN Doc. S/Res/820 (1993). Sobre el tema, desde la perspectiva española, “Diez años de participación española en misiones de paz”, cit.

¹⁵⁴⁶ Acuerdo del Consejo de Ministros de la Unión Europea Occidental de 5 de abril de 1993, dicha misión, a la que ya se hizo referencia con anterioridad, finalizó con la entrada en vigor del Acuerdo de Paz de Dayton, de 14 de diciembre de 1995.

¹⁵⁴⁷ El mandato finalizó el 15 de octubre de 1996.

¹⁵⁴⁸ Decisión del Consejo de la Unión Europea Occidental de 2 de mayo de 1997.

¹⁵⁴⁹ Decisión del Consejo de la Unión Europea Occidental de 22 de septiembre de 1998. Acción común de 20 de noviembre de 1993 (Ver, *Diario Oficial UE*, nº L 286, y de 9.3.1999 *Diario Oficial* nº L 63.)

¹⁵⁵⁰ Sobre el EuroEjército se ha seguido EYMAR ALONSO, Carlos, “El Eurocuerpo y el futuro marco jurídico de la defensa en Europa”, cit. y, su evolución más reciente, PARDO DE

alemán, el 22 de mayo de 1992 presentaron el llamado *rapport la Rochelle*, en el cual se afirmaba la necesidad de que Europa dispusiese de una capacidad militar propia. Siguiendo el dicho francés de que “más vale un cuerpo sin cabeza, que una cabeza sin cuerpo”¹⁵⁵¹, ante el antiguo fracaso de la Comunidad Europea de Defensa, y la lentitud de los progresos en materia de defensa en el seno de la Unión Europea, decidieron la práctica resolución de hecho de poner a trabajar conjuntamente unidades militares de diversos países europeos¹⁵⁵², sin plantearse la naturaleza de esta decisión de hecho. Bélgica se sumaría en mayo de 1993, y España, por acuerdo del Consejo de ministros, el 1 de julio de 1994, también Luxemburgo aportaría una compañía al Eurocuerpo¹⁵⁵³. En 1995 se produjo un acuerdo con el Comandante Supremo Aliado en Europa de la OTAN para su empleo bajo mando aliado¹⁵⁵⁴ y el Eurocuerpo fue declarado operativo. Desde 1998 un

SANTAYANA Coloma, José R., “El futuro de la seguridad y la defensa de Europa”, cit. págs. 73-74 y DE LUIS, Juan, “Espagne: l’européanisation de la politique de sécurité”, cit. así como por medios periodísticos a los que se hará referencia oportuna. Respecto del mismo, pese a no haber poder accedido, se tiene noticia del monográfico dedicado en la revista *Ejército. Revista de las Armas y Servicios* de enero de 1996, si bien la mayor parte de los estudios ahí contenidos son relativos a cuestiones propiamente militares, no de naturaleza jurídica.

¹⁵⁵¹ Frase pronunciada por ROVAN, Joseph, “Das Eurokorps von der Vision zur Wirklichkeit”, en *Eurokorps un Europäische Einigung*, Editionz Zeitgeschichte, así cit. por EYMAR ALONSO, Carlos, “El Eurocuerpo y el futuro marco jurídico de la defensa en Europa”, cit. pág. 177.

¹⁵⁵² Se trata de la calificación de “unidades subordinadas” que componen el EuroEjército, a saber: 1ª División Mecanizada belga de Saive, la 10ª División alemana de Siegmaringen, la 1ª División blindada francesa de Baden Baden, la 10ª Brigada de Infantería Mecanizada de Córdoba, la Brigada franco alemana de Mulheim y el 42 regimiento francés de transmisiones en Achern. (ver, *ibidem*, págs. 172-173.)

Cabe adelantar que en su evolución más reciente, se han cifrado sus contingentes en 65.000 soldados y 645 carros de combate. Además, en su Estado Mayor de Estrasburgo trabajan 362 militares, a los que hay que añadir otros 600 del batallón del cuartel general. En total, casi un millar de militares de cinco nacionalidades; entre ellos, 148 españoles. Así en GONZÁLEZ, Miguel, entrevista al General Juan Ortuño Such (comandante del Eurocuerpo), intitulada “Lo habitual será que el EuroEjército actúe con la OTAN”, en *El País*, de 15 de noviembre.

¹⁵⁵³ Según DE LUIS, Juan, “Espagne: l’européanisation de la politique de sécurité”, cit. pág. 83.

¹⁵⁵⁴ Estos datos se siguen de PARDO DE SANTAYANA Coloma, José R., “El futuro de la seguridad y la defensa de Europa”, cit. pág. 74.

español pasó a la Comandancia Eurocuerpo en Estrasburgo¹⁵⁵⁵. Con Eymar hay que señalar que resulta casi indescifrable la naturaleza jurídica del Eurocuerpo, pues no se trata de un Tratado Internacional ni de una organización internacional, sino que se estructuró como un mero acuerdo intergubernamental¹⁵⁵⁶. Pues bien, bajo este estatuto, el Eurocuerpo, como a continuación se manifiesta, ha sido imbricado en el proceso de construcción europea en el marco de la Unión.

c) *La evolución de la defensa europea en el marco de la Unión Europea hasta el Tratado de Amsterdam*

Los precedentes de la identidad europea de seguridad y defensa europea¹⁵⁵⁷ se remontan a la frustrada intención de crear la Comunidad Europea de Defensa, a la que ya se ha hecho referencia. Tras este fracaso, tres años después de la creación de la Comunidad Económica Europea y del Euratom, volvió la voluntad política de construcción europea. En los años 1961 y 1962 el francés Christian Fouchet elaboró tres propuestas, conocidas con el nombre de *Plan Fouchet*. Se pretendía por medio de un Tratado sobre la Unión de Estados, que luego englobaría a la Comunidad Económica Europea, una política exterior unificada, un fortalecimiento de la seguridad

¹⁵⁵⁵ El general GONZÁLEZ, Miguel, entrevista al General Juan Ortuño Such (comandante del Eurocuerpo), intitulada “Lo habitual será que el EuroEjército actúe con la OTAN”, cit.

¹⁵⁵⁶ Él llega a calificarlo como “una entidad internacional no identificada”, ver, EYMAR ALONSO, Carlos, “El Eurocuerpo y el futuro marco jurídico de la defensa en Europa”, cit. pág. 180.

¹⁵⁵⁷ Para la siguiente lectura de la evolución de la política de seguridad y defensa en Europa, se ha seguido, además de los autores hasta ahora citados MOLINA DE LA HOZ, Carlos F., *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1994, en concreto, págs. 851-856 y ss.; ABELLÁN HONRUBIA, Victoria y otros, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1998, en concreto, págs. 55-58 y 313 y ss. así como, con relación al Tratado de Amsterdam, en especial, AA.VV. *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, (Marcelino Oreja, dir., Francisco Fonseca, coord.), Mc Graw Hill, Madrid, 1998, págs. XIII-XIV, 8-12, más concretamente, cabe subrayar en esta obra el análisis sistemático de la segunda parte, todo el capítulo 5 “Una identidad exterior coherente y creíble”, págs. 279-378 (en concreto 359-378), así como, por último, en la tercera parte, dedicada a las perspectivas, el apartado 4 “El marco de la seguridad en Europa”, págs. 713-725. La evolución más reciente se ha seguido, como se verá, por medios periodísticos.

contra cualquier agresión y a una coordinación de las políticas de defensa. Más tarde, cuando renaciese la voluntad política en la cumbre de la Haya de 1969, se adoptó el *informe Davignon* por parte de varios ministros de exteriores¹⁵⁵⁸. En el mismo se afirma la necesidad de poner en marcha una acción política común, sin institucionalizar, pero que permitiese mayores contactos e información de las relaciones internacionales de cada Estado. En 1973 surgieron nuevos criterios para la cooperación política, aunque de Derecho internacional, no supranacional –de Derecho comunitario–, se dio el compromiso de no fijar definitivamente posiciones sin una consulta previa. Poco más tarde, en 1974, se formuló definitivamente la cooperación política: “adoptar progresivamente posiciones comunes y poner en práctica una diplomacia concertada en todos los ámbitos de la política internacional que afecten a los intereses de la Comunidad”¹⁵⁵⁹, pero no había estructuras permanentes para la armonización de una política exterior común. Habría que esperar a 1983, en Stuttgart para que la seguridad, aunque en el ámbito militar, entrase en el ámbito de la política exterior común¹⁵⁶⁰. Y esta política exterior común se institucionalizó coincidiendo con la entrada de España en la Comunidad Europea¹⁵⁶¹, por medio del Acta Única de 1986. En el Acta Única (artículo 30) se establecía un régimen de información y consulta mutuas antes de adoptar posiciones definitivas de interés general y susceptibles de una posición europea común, no obstante, persistía una ausencia total de política de defensa. Estos mecanismos de consulta se mostraron frustrantes ante la crisis yugoslava, destacando

¹⁵⁵⁸ Primer Informe de los Ministros de Asuntos Exteriores a los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la CEE, de 27 de Octubre de 1970.

¹⁵⁵⁹ MOLINA DE LA HOZ, Carlos F., *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, cit., pág. 851.

¹⁵⁶⁰ Declaración solemne sobre la Unión Europea de 19 de Junio de 1983 en Stuttgart. Ésta es referida por MARTÍNEZ SORIA, “Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común... cit.

¹⁵⁶¹ Como más tarde se atiende, la entrada de España en la Comunidad Europea se operó por la vía del artículo 93 CE que exige una ley orgánica que autorizase la adhesión a las comunidades, esta fue la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto.

el reconocimiento de las repúblicas de Eslovenia y Croacia por parte de Alemania sin esperarse a posición común alguna.

Un nuevo paso decisivo lo supondría el Tratado de Maastricht de 1992. En su artículo 2, se señalaba entre los objetivos de la Unión “afirmar la identidad de la escena internacional, estableciendo una política exterior y de seguridad común, que incluya en el futuro, la definición de una política de defensa común, que podrá conducir, en su momento, a una defensa común”. Así pues, el Tratado de Maastricht incorporó a la defensa militar por primera vez, si bien con una fórmula bien laxa. Se optaba así por una dinámica gradual y etapista, tan propia a la construcción europea¹⁵⁶². Los instrumentos eran los de la “cooperación sistemática” y la información mutua, a la par de un procedimiento para alcanzar posiciones comunes. A juicio de Molina, se trataba de un sistema descentralizado en confianza política recíproca, no obstante, podía ya hablarse de la supranacionalidad en la materia¹⁵⁶³. Las vinculaciones con la Unión Europea Occidental ya eran claras, se podía recurrir a la misma, que pasaba a constituir el *brazo armado* de la Unión¹⁵⁶⁴, aunque bien débil. De forma significativa se incluían los términos de la “identidad europea de defensa”. En Maastrich se distinguía la seguridad que quedaba en el ámbito de la política exterior, de la defensa militar, vinculada a la Unión Europea Occidental¹⁵⁶⁵. Esta parcela de la defensa

¹⁵⁶² Así en el antiguo artículo J. 1º (Tratado de Maastricht):

“1º La Unión y sus Estados miembros definirán y realizarán una política exterior y de seguridad común, que se regirá por las disposiciones del presente título y abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad”.

De otra parte, en el antiguo artículo J. 4º se señalaba que la aplicación de la política exterior y seguridad común, tiene como uno de sus objetivos, la definición y en el futuro de una política de defensa común y, en un tercer momento, de la defensa común.

¹⁵⁶³ MOLINA DE LA HOZ, Carlos F., *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, cit. pág. 853.

¹⁵⁶⁴ MARTÍNEZ SORIA, “Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común... cit.

¹⁵⁶⁵ El artículo B quedó desarrollado en el Título V (Artículo J.4): Según éste la Unión Europea pide a la Unión Europea Occidental que forme parte integrante del desarrollo de la UE, que elabore y ponga en práctica las decisiones y acciones de la UE en el ámbito defensivo. Al mismo tiempo se respetarán las obligaciones contenidas en el Tratado del Atlántico Norte y

militar quedaba excluida de las acciones comunes, instrumento esencial de la política exterior.

Resulta del todo relevante para el objeto de nuestro interés señalar que la vinculación con los principios democráticos y los derechos fundamentales se hacían presentes desde un inicio en el marco de la defensa de la Unión. Así, en el artículo J. 1 (actual art. 11) se delimitaban los ámbitos de actuación: “la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia de la Unión; el fortalecimiento de la seguridad de la Unión y de sus Estados miembros; y el mantenimiento de la Paz y fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta Final de Helsinki y con los objetivos de la Carta que París; el fomento de la cooperación internacional; y el desarrollo y la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

En la cumbre franco-alemana de Nuremberg se lanzó, el 9 de diciembre de 1996, un proyecto más ambicioso. Alemania y Francia pedían la inserción progresiva de la Unión Europea Occidental en la Unión Europea¹⁵⁶⁶ y varios países apoyaron esta línea en la Conferencia Intergubernamental, pese a otros en contra¹⁵⁶⁷. En julio de 1997, el Consejo de Ministros de la Unión Europea Occidental llevaría a cabo la “Declaración de la Unión Europea occidental sobre el papel de la Unión Europea occidental y sus relaciones con la Unión Europea

se aclara que este artículo no es óbice para la cooperación entre dos o más Estados en el marco de la Unión Europea Occidental o de la OTAN.

¹⁵⁶⁶ Así, lo señala MARTÍNEZ SORIA, “Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común... cit.

¹⁵⁶⁷ Sobre la conferencia intergubernamental de 1996, en materia de defensa, en especial ROBLES CARRILLO, Margarita A. *La Unión Europea Occidental ... cit.* pág. 176-191 y AA.VV. *El Tratado de Amsterdam ... cit.* págs. 362-368. La Conferencia Intergubernamental debería fijar un plan por etapas y con fechas concretas. España, Italia, Bélgica y Luxemburgo apoyaron el plan franco-alemán; en cambio el Reino Unido, Austria, Suecia, Dinamarca y Finlandia se opusieron

y la Alianza Atlántica”¹⁵⁶⁸, donde afirmaba que la Unión Europea Occidental era parte integrante del desarrollo de la Unión y del desarrollo de la Identidad Europea de Defensa.

Más tarde, en el tratado de Amsterdam la defensa pasaba a ocupar un gran interés¹⁵⁶⁹, el Título V del Tratado de la Unión iba a sufrir una importante reforma. Con el Tratado de Amsterdam se funde la política de seguridad y la de defensa que habían sido escindidas en el Tratado de Maastrich¹⁵⁷⁰. No se varía la naturaleza internacional –no comunitaria- de la cooperación intergubernamental en este área, sino que se perfila con mayor rigor jurídico y se intensifica. Se preservan las relaciones internacionales particulares a la par de desarrollar una política común. También, se creaba un Secretario general del Consejo, que en los distintos medios se denominaría “Mr. PESC” (art. 26)¹⁵⁷¹ que había de ejercer numerosas funciones políticas, diplomáticas y, tal vez, también ejecutivas, como, por ejemplo, organizar los contingentes armados al servicio de las Naciones Unidas. Respecto de la relación de la Unión Europea con la Unión Europea Occidental, en el Tratado de Amsterdam esta última organización pasa a considerarse parte integrante del desarrollo de la Unión, que había de proporcionar a la Unión Europea el acceso a una capacidad operativa, que elabore y ponga en práctica las decisiones y acciones de esta organización en el ámbito defensivo. La Unión

¹⁵⁶⁸ Declaración nº 30 al Tratado de Maastricht. adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea Occidental el 22 de julio de 1997.

¹⁵⁶⁹ En especial, sobre el Tratado de Amsterdam y la seguridad y la defensa, AA.VV. *El Tratado de Amsterdam*, cit. 359-378.

¹⁵⁷⁰ Artículo J.7 (actual art. 17):

“1. La política exterior y de seguridad común abarcará todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política de defensa común, de conformidad con el párrafo segundo, que podría conducir a una defensa común si así lo decidiera el Consejo Europeo. En tal caso, recomendará a los Estados miembros la adopción de esa decisión de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

¹⁵⁷¹ Artículo J.16(actual art. 26):

“El Secretario General del Consejo, Alto Representante de la política exterior y de seguridad común, asistirá al Consejo en cuestiones propias del ámbito de la política exterior y de seguridad común, en particular contribuyendo a la formulación, preparación y puesta en práctica de las decisiones políticas y, cuando proceda, en nombre del Consejo y a petición de la Presidencia, dirigiendo el diálogo político con terceros.”

Europea, en consecuencia, señalaba el necesario fomento de relaciones institucionales más estrechas con la Unión Europea Occidental con vistas a la posibilidad de la integración de la misma en la Unión Europea, si así lo decidiera el Consejo Europeo. Al mismo tiempo se insiste en el respeto de las obligaciones contenidas en el Tratado del Atlántico Norte y se aclara que este artículo no es óbice para la cooperación entre dos o más Estados en el marco de la Unión Europea Occidental o de la OTAN¹⁵⁷². Del mismo modo, como ya se adelantó,

¹⁵⁷² Artículo J.7 (actual art. 17):

“1º [...] La Unión Europea Occidental (UEO) es parte integrante del desarrollo de la Unión y proporciona a la Unión el acceso a una capacidad operativa especialmente en el contexto del apartado 2. La UEO secunda a la Unión en la definición de los aspectos de defensa de la política exterior y de seguridad común tal como se establecen en el presente artículo. La Unión, en consecuencia, fomentará relaciones institucionales más estrechas con la Unión Europea Occidental con vistas a la posibilidad de la integración de esta organización en la Unión, si así lo decidiera el Consejo Europeo. En tal caso, recomendará a los Estados miembros la adopción de esa decisión de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

La política de la Unión con arreglo al presente artículo no afectará al carácter específico de la política de seguridad y de defensa de determinados Estados miembros, respetará las obligaciones derivadas del Tratado del Atlántico Norte para determinados Estados miembros que consideran que su defensa común se realiza dentro de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y será compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco.

La definición progresiva de una política de defensa común estará respaldada, según consideren adecuado los Estados miembros, por la cooperación entre sí en el sector del armamento.

2. Las cuestiones a que se refiere el presente artículo incluirán misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz.

3. La Unión recurrirá a la UEO para que elabore y ponga en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa.

La competencia del Consejo Europeo para establecer orientaciones de acuerdo con el artículo 13 regirá también respecto a la UEO en aquellos asuntos en los que la Unión recurra a la UEO.

Cuando la Unión recurra a la UEO para que elabore y ponga en práctica decisiones de la Unión relativas a las misiones a que se refiere el apartado 2, todos los Estados miembros de la Unión tendrán derecho a participar plenamente en dichas misiones. El Consejo, de común acuerdo con las instituciones de la UEO, adoptará las modalidades prácticas necesarias que permitan a todos los Estados miembros que contribuyan a dichas misiones participar plenamente y en pie de igualdad en la planificación y adopción de decisiones en la UEO.

Las decisiones a que se refiere el presente apartado que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa se adoptarán sin perjuicio de las políticas y obligaciones a que se refiere el párrafo tercero del apartado 1.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán óbice al desarrollo de una cooperación reforzada entre dos o varios Estados miembros en el plano bilateral, en el marco

en el Tratado de Amsterdam se institucionalizarían las misiones humanitarias y de paz, fuera de las fronteras, esto es, las *misiones Petesberg*¹⁵⁷³.

Dado que se sigue partiendo del Derecho internacional y no del comunitario, se exige la unanimidad, sin embargo, se da una relajación de ésta por el procedimiento de “abstención constructiva”, por el que todo Estado miembro que haga una declaración formal en tal sentido no estará obligado a aplicar una decisión en particular, si bien tendrá que admitir que la decisión comprometa a la Unión¹⁵⁷⁴. Y como recuerda Martínez Soria, se consagra el carácter sacrosanto del “interés vital” de los Estados miembros, al establecerse un denominado “freno de emergencia”, que permite a cualquier Estado miembro oponerse a la adopción de una decisión por razones importantes y declaradas de política nacional¹⁵⁷⁵.

La Política Exterior de la Unión Europea se basa, como subrayase Wolfgang Ischinger, el Secretario de Estado del Ministerio de Asuntos Exteriores de Alemania, en los siguientes tres pilares: “Mucha Diplomacia, suficiente ayuda económica y pocos soldados”¹⁵⁷⁶. Los instrumentos son: acciones comunes frente a situaciones específicas¹⁵⁷⁷; posiciones comunes, con relación a un Estado tercero o en una conferencia internacional¹⁵⁷⁸; las declaraciones más flexibles sobre el mismo objeto anterior y, por último, la definición de estrategias comunes. El empleo de estos instrumentos ha sido calificado, hasta el

de la UEO y de la Alianza Atlántica, siempre que esta cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el presente título.

5. Con vistas a promover los objetivos del presente artículo, las disposiciones del presente artículo se revisarán de acuerdo con el artículo 48.”

¹⁵⁷³ Artículo J.7 (actual art. 17):

“2. Las cuestiones a que se refiere el presente artículo incluirán misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz.”

¹⁵⁷⁴ Así, ver, Artículo J. 13 (actual artículo 23. 1).

¹⁵⁷⁵ MARTÍNEZ SORIA, “Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común... cit.

¹⁵⁷⁶ Citado en ob. cit.

¹⁵⁷⁷ Art. 14 TUE.

¹⁵⁷⁸ Artículo 15 TUE.

momento de decepcionante, frente a los instrumentos económicos del todo centrales en la acción exterior común¹⁵⁷⁹.

d) La evolución más reciente

La materia ha sido objeto hasta el presente importantes pasos mayormente fácticos que jurídicos. A finales de 1998, Francia e Inglaterra dieron un fuerte impulso a la defensa en el marco de la Unión Europea en un compromiso bilateral en Saint-Malo¹⁵⁸⁰. Ahí se convino una doble fidelidad a la Unión Europea y a la OTAN desde la dualidad británica (cierta autonomía para Europa siempre en el marco de la OTAN) y la posición francesa (una clara apuesta por la integración de la UEO en la UE). La guerra de Kosovo daría nuevos visos a la defensa europea. En el cincuenta aniversario de la OTAN, esta doble fidelidad se constataría por el respaldo de la Alianza Atlántica a la identidad europea de defensa¹⁵⁸¹. Días después, el 1 de mayo de 1999 entraba en vigor el Tratado de Amsterdam¹⁵⁸². En consecuencia había de nombrarse el puesto de Secretario general del Consejo (“Mr. PESC”) que pasaba a ocupar el exmandatario de la

¹⁵⁷⁹ Un seguimiento exhaustivo de todas y cada una de las acciones, decisiones y posiciones, lo ha realizado, hasta mayo de 1999, MARTÍNEZ SORIA, “Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común... cit. De otra parte, desde la perspectiva económica este autor facilita los siguientes datos: la Comunidad Europea y sus Estados miembros suministran hoy en día más de la mitad de los fondos para la ayuda internacional al desarrollo y más del 50% de la ayuda humanitaria mundial. Financian un tercio de la ayuda mundial a Oriente Medio (50% para los territorios palestinos), cerca del 60% a Rusia y a las Repúblicas surgidas de la antigua Unión Soviética y el 40% del esfuerzo de reconstrucción en Bosnia-Herzegovina los datos en el Informe General de la UE 1998, punto 776 a 789.

¹⁵⁸⁰ Al respecto, se sigue BARBERÍA, José L. “París y Londres acuerdan colaborar en el diseño de una defensa europea”, en *El País*, 4 de diciembre de 1998 y, del mismo periodista, “Blair califica de histórico el acuerdo con Francia para una defensa común europea”, en *El País*, 5 de diciembre.

¹⁵⁸¹ Así, son muchas las referencias a la identidad europea de defensa en el documento del nuevo concepto estratégico de la OTAN, al que ya se aludió con anterioridad. Las referencias más interesantes se contienen en los puntos 17, 18, 27 y 30. Las líneas son las de indicar una línea de mayor independencia en la defensa europea, alentar los logros habidos, y destacar que “La seguridad de Europa y la de América del Norte son indivisibles” (punto 27).

¹⁵⁸² Así tras la última ratificación de la República de Francia, Declaración de Prensa de la Comisión Europea de 28 de Abril de 1999.

OTAN Javier Solana. A la vez, esta misma persona sería designada para ejercer la Presidencia de Unión Europea Occidental, al coincidir con la terminación del mandato anterior en noviembre de 1999. Las vías de hecho denotaban una clara convergencia.

Con motivo de la Cumbre finlandesa de Tampere, en julio de 1999, de un lado el Presidente francés y el canciller alemán hicieron pública una carta sobre la necesidad de impulsar la política de defensa¹⁵⁸³. De otro lado, Italia y Gran Bretaña también lanzaban una iniciativa de defensa europea, reservándose el control soberano, subrayando una necesaria capacidad militar europea y reduciendo la dependencia de Estados Unidos en la defensa del viejo continente¹⁵⁸⁴. La nueva línea en defensa sería la de dotar de una reducida estructura militar a la Unión Europea para reaccionar ante crisis como la del Kosovo y ésta tendría por base al EuroEjército, aquel híbrido al que también se ha hecho referencia. A finales de octubre, España asumiría un relativo protagonismo en materia de defensa europea conjuntamente con Francia, a resultas de los contactos bilaterales de los dos países¹⁵⁸⁵. En tales contactos se abogó por una estructura militar en la Unión Europea que se habría de materializar en un Comité Político y de Seguridad, de embajadores permanentes, cuya presidencia recayera en “Mr. PESC”, responsable de la dirección política y estratégica de la identidad europea de defensa. Asimismo, se apostaba por la creación de un Estado Mayor, en el que estuvieran representados los jefes de Estado Mayor de la Defensa de la Unión Europea y, en tercer lugar, por un Cuartel General europeo, responsable de planear y conducir las operaciones militares. De otro lado, España lanzaría la propuesta de institucionalizar las reuniones

¹⁵⁸³ Se hace referencia a la misma, sin describir su contenido, en GONZÁLEZ Miguel, “España y Francia abogan por dotar a la UE de una reducida estructura militar”, en *El País*, de 26 de octubre.

¹⁵⁸⁴ Así se sigue de “Italia y el Reino Unido lanzan una iniciativa de defensa europea”, noticia a cargo de L. G. en *El País*, de 21 de julio.

¹⁵⁸⁵ Al respecto, GONZÁLEZ Miguel, “España y Francia abogan por dotar a la UE de una reducida estructura militar”, cit.

de ministros de Defensa europeos en el marco de la Unión Europea¹⁵⁸⁶. Ahora bien, todos estos avances propuestos, en principio se limitaban a las misiones de mantenimiento o imposición de la paz, pero no a la defensa colectiva, que “por un futuro bastante largo seguirá en manos de la OTAN”, como recordó el presidente de la Comisión de Exteriores del Congreso, Javier Rupérez¹⁵⁸⁷.

En noviembre de 1999, en una histórica reunión conjunta de los ministros de exteriores y defensa de la Unión -no institucional- creció el consenso para dotar a la misma de una “Fuerza de Reacción Rápida Europea”¹⁵⁸⁸. En este mismo mes un punto nuevo se añadiría a esta evolución reciente: los aliados de la OTAN no integrados en la Unión Europea (Turquía, Polonia, República Checa, Islandia y Noruega) exigieron participar en esta estructura militar¹⁵⁸⁹. Ello se correspondía con una posición norteamericana que exigía no debilitar a la OTAN en el marco de la seguridad Europea. Desde filas norteamericanas se advirtió que esta fuerza de intervención “no es crear un Ejército europeo único e independiente, sino que están creando una fuerza adicional que actuará bajo órdenes europeas si la Alianza no quiere comprometerse militarmente”¹⁵⁹⁰. Días más tarde Solana anunciaba que esta fuerza de intervención rápida tendría por base el EuroEjército que calificaba como “embrión del futuro Ejército europeo”. En el mismo, habrían de incorporarse todos los países de la Unión Europea.

En diciembre de 1999 se determinaron los contingentes que formarían parte de esta fuerza de intervención, el EuroEjército, que

¹⁵⁸⁶ Ver, GONZÁLEZ, Migue, “Aznar propone que la UE se dote de un Consejo de Ministros de Defensa. España pide un plan de convergencia militar”, en *El País*, 28 de octubre.

¹⁵⁸⁷ Así, en GONZÁLEZ Miguel, “España y Francia abogan por dotar a la UE de una reducida estructura militar”, cit.

¹⁵⁸⁸ OPPENHEIMER, W “Crece el consenso en la Unión Europea para crear una fuerza militar de intervención rápida”, en *El País*, 16 de diciembre.

¹⁵⁸⁹ ENGUIX, Salvador, “Los países aliados no miembros de la UE exigen participar en la defensa europea”, en *El País*, 16 de diciembre.

¹⁵⁹⁰ Declaraciones del secretario de Estado adjunto norteamericano, Strobe Talbott, recogidas en ENGUIX, Salvador, “Los países aliados no miembros de la UE exigen participar en la defensa europea”, cit.

habría de estar operativo en el año 2003¹⁵⁹¹. Asimismo, se decidió definitivamente la estructura que propusiesen inicialmente Francia y España (Comité, Estado Mayor, Presidencia del Comité y Cuartel General). Todo ello se decidía en el Consejo Europeo de Finlandia celebrado en este mes, se asumía que esta fuerza de intervención rápida no actuaría sólo en el ámbito territorial de los Estados miembros. Se dejaba para el siguiente semestre si la dirección del Comité había de corresponder a “Mr. PESC”, solución que no cuenta con el consenso por la oposición de Irlanda y Holanda¹⁵⁹² frente a los países de peso en la materia como Alemania, Francia y España. Además Italianos y Holandeses plantearon la necesidad de reformar el Tratado de la Unión para dar cabida al Eurocuerpo y su estructura orgánica, cosa que la mayoría no estima necesario¹⁵⁹³. De otra parte, países neutrales como Irlanda, Suecia, Finlandia y Austria, insistieron en que no se trataba de un Ejército europeo, sino de una fuerza europea para misiones de paz¹⁵⁹⁴. A la vez, pese a manifestaciones en el sentido de que todo el proceso de defensa no se lleva en modo alguno de espaldas a los Estados Unidos y la OTAN, los recelos son claros, y el Secretario General de esta organización no ha dudado en calificar de “tigre de papel” la actual capacidad de respuesta militar de la Unión Europea y se insistió que “la OTAN seguirá siendo la piedra angular de la defensa europea”¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹¹ El mismo se decidió que se formaría por un número entre 40.000 y 50.000 hombres (15 brigadas) con personal militar de los Ejércitos de los Quince. Así en GONZÁLEZ, Miguel, entrevista al General Juan Ortuño Such (comandante del Eurocuerpo), intitulada “Lo habitual será que el EuroEjército actúe con la OTAN”, cit., también en ENGUIX, Salvador, “Consejo Europeo en Finlandia. Los Quince acuerdan crear una fuerza militar de acción rápida operativa en el 2003”, en *El País*, de 11 de diciembre.

¹⁵⁹² Así se menciona en ENGUIX, Salvador, “Consejo Europeo en Finlandia. Los Quince acuerdan crear una fuerza militar de acción rápida operativa en el 2003”, cit.

¹⁵⁹³ *Idem.*

¹⁵⁹⁴ *Idem.*

¹⁵⁹⁵ Declaraciones del Secretario general de la OTAN, George Robertson recogidas en SÁNCHEZ, Pablo, “La capacidad de respuesta militar, un “tigre de papel””, en *El País*, de 3 de diciembre.

Como se ha observado, la defensa militar en Europa se ha construido -y sigue haciéndolo- a partir de focos de diversa naturaleza convergentes hacia un mismo fin.

D) LAS FINALIDADES CONSTITUCIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y LA DEFENSA EN EUROPA

a) La situación actual no plantea excesivos problemas constitucionales

Se ha considerado con anterioridad que la pertenencia del Estado español a la OTAN no contraría la Constitución, en concreto, respecto de las finalidades constitucionales de las FAS que ahora ocupan. También se ha señalado para este caso que, si tal participación menoscabase las finalidades para las que pueden emplearse los Ejércitos españoles, habría de primar la Constitución, en tanto en cuanto la integración en esta organización se llevó a cabo por la vía del artículo 94 CE. Sin embargo, la cuestión puede plantear mayores dudas cuando se trata de la Unión Europea, puesto que el panorama jurídico - constitucional es bien diverso. La pertenencia a la Unión se produjo por la vía del artículo 93 CE¹⁵⁹⁶, que implica la atribución del ejercicio de competencias soberanas.

El estado actual del proceso de evolución de la defensa europea no induce en modo alguno a pensar que pueda plantearse un conflicto entre las misiones para las que las FAS españolas pueden ser constitucionalmente empleadas y las misiones para las que pueden ser destinadas unidades españolas en el marco del EuroEjército. Las acciones humanitarias o de paz, incluso del tipo de las acciones bélicas

¹⁵⁹⁶ Artículo 93 CE: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión." Como se señaló con anterioridad, esta autorización se llevó a cabo por medio de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto.

como el caso de la guerra con Serbia -que son las misiones para las que parece destinado en el futuro el EuroEjército- son admisibles constitucionalmente tal y como aquí se ha postulado. Asimismo, a la altura en la que actualmente nos encontramos en el proceso de construcción de la seguridad y defensa europea, tal y como se ha constatado, se sigue partiendo del Derecho internacional, y por tanto, del principio de unanimidad, sin perjuicio de que ya se den las primeras formas de relajación del mismo.

En consecuencia, sería bien sencillo dar carpetazo a esta materia dando una solución para los próximos años: no hay conflicto constitucional. Sin embargo, la evolución de la Unión Europea tiene horizontes mucho más lejanos en materia de defensa. La Comunidad Europea de Defensa frustrada hace cinco décadas delata que, sin duda, se puede ir mucho más allá en materia de defensa militar Europea que la situación actual. De ahí que sea preciso detenerse con mayor profundidad en la cuestión consistente en si la pertenencia a la Unión puede plantear un conflicto constitucional respecto de las misiones de las FAS.

b) El límite en la cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea reside en la preservación del principio democrático

Para ello, es preciso situar el alcance del artículo 93 CE por el que España se integró en la Comunidad Europea¹⁵⁹⁷. España cedió el *ejercicio* de competencias soberanas a favor de las instituciones comunitarias, y como señala Mangas Martín, “en esos ámbitos cedidos

¹⁵⁹⁷ Sobre el tema, MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y el Derecho comunitario”, cit. pág. 182, este es el trabajo que aquí se sigue, si bien, esta autora dedica a la materia un estudio más amplio en *Derecho Comunitario europeo y Derecho español*, (2ª ed.), Tecnos, Madrid, 1987. También se siguen, JUSTE RUIZ, José, “La aplicación del Derecho comunitario europeo y la Constitución española de 1978”, en AA.VV, *Diez años de régimen constitucional*, cit. págs. 273-298, en concreto, págs. 280 y ss. y, en especial, ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Soberanía constitucional e integración europea”, en *Fundamentos*, cit. págs. 503-555, en concreto, págs. 528-555.

ya no regirá la Constitución”¹⁵⁹⁸. Ahora bien, de una parte cabe recordar que se trata de una cesión del *ejercicio* de las competencias, es decir, el *titular* de la misma sigue siendo el Estado español. La propia naturaleza de la materia de defensa militar implica unos límites a la hora de llevar a cabo esta cesión. No todas las competencias del Estado tienen la misma naturaleza a la hora de la posible atribución de su ejercicio a una “organización o institución internacional” (art. 93. CE). La tenencia y el empleo de la fuerza militar se sitúa en el núcleo duro del propio concepto de la soberanía de un Estado desde su inicial concepción de Bodino y más tarde por Hobbes, según se vió. Para Kelsen el elemento definitorio del Estado era la concentración de la fuerza coercitiva que él monopolizaba. El artículo 93 CE al hacer referencia a la atribución “del ejercicio” implica la reserva por el Estado de la titularidad de la competencia.

En esta dirección, Mangas Martín o Muñoz Machado, no han dudado en afirmar que se dan límites constitucionales a esta cesión de competencias, “la Constitución española no permite una atribución incontrolada ni una atribución ilimitada de competencias que pudieran poner en peligro la pervivencia de España como Estado democrático, soberano e independiente [...] Los límites, muy difíciles de franquear en la vigente Constitución, se encontrarían en una atribución del ejercicio de la soberanía que pusiera en peligro la pervivencia de la propia Constitución y del Estado mismo, afectando a sus elementos esenciales”¹⁵⁹⁹. Por su parte Aláez Corral señala que nuestra Constitución a favor de la integración supranacional “ha tenido como horizonte la conservación de la soberanía del

¹⁵⁹⁸ MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y el Derecho comunitario”, cit. pág. 182.

¹⁵⁹⁹ MANGAS MARTÍN, Araceli, “La Constitución y el Derecho comunitario”, cit. pág. 184, quien al hacer esta afirmación señala que esta posición la mantuvo hace tiempo MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, págs. 264 y ss. (así cit, en la nota a pie nº 7). Más recientemente, de este autor, puede seguirse MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

ordenamiento jurídico”¹⁶⁰⁰. *Ahora bien, lo que se debe conservar no es un mínimo de competencias para preservar la estatalidad de España, sino para garantizar una soberanía entendida como principio democrático y derechos fundamentales*¹⁶⁰¹.

La solución a un posible conflicto ha de decantarse en la actualidad a favor de la Constitución española y los criterios de admisibilidad de las misiones para las que pueden ser empleadas las FAS. Esta posición va en la línea de entendimiento que desde un inicio aquí se ha expuesto. En especial, el artículo 8. 1º CE sitúa en primer término que la seguridad del Estado constitucional español y el empleo que se haga de nuestros Ejércitos no puede menoscabar esta finalidad esencial, aunque se trate del marco de la Unión Europea en el que se está cediendo el ejercicio de competencias soberanas en materia de defensa.

c) ¿Es precisa una reforma constitucional?

Pero cabe incluso ir algo más allá, puesto que el ejemplo pretérito de la Comunidad Europea de Defensa en el que los Estados perdían casi por completo su soberanía en materia de FAS es un horizonte, quizá no muy lejano que habría de suponer el replanteamiento de esta cuestión. Como ya se ha señalado respecto de la OTAN, nuestra ley de leyes no estaba pensada para recoger con holgura la redefinición de la

¹⁶⁰⁰ ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Soberanía constitucional e integración europea”, cit. pág. 541.

¹⁶⁰¹ En este sentido, también, ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Soberanía constitucional e integración europea”, cit. pág. 546 afirma que “no se han reservado a los poderes públicos nacionales ni un mínimo ni un tipo cualificado de competencias constituidas que necesariamente haya de asumir éstos por estar íntimamente ligadas a la existencia de la unidad política Estado, aunque sólo sea porque la Constitución española no ampara ningún concepto histórico político de Estado. Por ello, el Estado al que se refiere la norma fundamental ha de identificarse con el ordenamiento jurídico mismo y con la configuración de los procedimientos de creación normativa que en cada momento concreto haya realizado el poder constituyente (constituido). Cuestión distinta es que por exigencias del principio democrático [...] el trasvase de un determinado volumen o tipo de competencias pueda suponer un atentado contra este contenido material, especialmente protegido por la norma fundamental, y se haga necesario acudir al cauce agravado de la reforma constitucional para poder efectuarlo.”

defensa operada en los últimos tiempos. Sin embargo, dado que se trata de una organización internacional a la que no se ha cedido el ejercicio de competencias soberanas -*ex art. 94 CE*-, se afirmó que no era imprescindible, sino aconsejable, una reforma constitucional. A mi juicio, cuando la evolución de la defensa europea alcance una entidad semejante a la que suponía la Comunidad Europea de Defensa, lo cual habría de operarse por medio de una reforma de los tratados constitutivos de la Unión, sería imprescindible acudir a una consulta al Tribunal Constitucional a la que faculta el artículo 95. 2 CE¹⁶⁰². Y de nuevo, lo más aconsejable sería una reforma de la ley de leyes, así lo afirmó el ministro de Defensa Serra Rexach hace no mucho tiempo, quien abogó por una reforma del artículo 8 CE para dar cabida a la construcción europea en materia de defensa militar¹⁶⁰³.

Sin embargo, a mi juicio, no siempre resultaría imprescindible una reforma constitucional ni tampoco, en concreto del artículo 8 CE. Ello es así en el entendido que la hipotética evolución de la defensa europea no contravenga las finalidades constitucionales de las FAS, ligadas esencialmente a la defensa de los principios democráticos y los derechos fundamentales. Se trataría, pues, de una hipotética evolución europea que no se oponga a soberanía e independencia de España, su integridad territorial y al ordenamiento constitucional que reza el artículo 8 CE como primordial objeto de los Ejércitos, esto es a la defensa del Estado de los derechos fundamentales.

Como constatan los tratadistas, la evolución europea no transgrede la soberanía de España, pues la Constitución sigue siendo

¹⁶⁰² Artículo 95:

“1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión Constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

¹⁶⁰³ En este sentido, cabe recordar cómo el propio Ministro de Defensa Eduardo Serra señaló la posible necesidad de reformar la Constitución para adaptarse a las futuras exigencias de la construcción europea en el ámbito de la defensa. “Si un día hacemos Europa, probablemente tengamos que modificar alguna parte del artículo 8”, así, en las declaraciones del mismo en Antena 3 Televisión efectuadas el 13 de octubre de 1998, tal y como son referidas en “Serra no excluye la futura reforma del artículo 8 de la Carta Magna”, en *El País*, 14 de octubre, doc. n° 894, www.elpais.es (16/10/1998).

soberana. Y como se ha adelantado, el límite de toda cesión de competencias no reside en la *estatalidad* de España, sino en la no vulneración del principio democrático¹⁶⁰⁴, que no es sino el núcleo intangible que constituye la soberanía de los derechos fundamentales. El propio concepto de soberanía en virtud de la integración europea se encuentra sometido a una flexibilización¹⁶⁰⁵. La soberanía –que defienden las FAS- no ha quedado obsoleta, sino reconcebida y revisada. Se trata de una soberanía transformada como un criterio diferenciador que delimita colectividades estatales, una categoría ordenadora de un Estado ahora concebido como un sistema político flexible, una categoría que ya no supone una rígida “camisa de fuerza” nacional, sino un instrumento político flexible que permite afrontar identificativamente las exigencias presentes y futuras en el marco de una intensa contextualización supranacional¹⁶⁰⁶. No se pueden dar respuestas *a priori* sin conocer cuál sería una concreta reforma de los tratados de la Unión y cómo podrían afectar éstos al principio democrático¹⁶⁰⁷. Ahora bien, si la evolución de la defensa

¹⁶⁰⁴ ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Soberanía constitucional e integración europea”, cit. pág. 542 afirma que “la Constitución seguiría siendo soberana siempre que conservase la potestad constituyente-constituída, con independencia de que la transferencia de las demás competencias haya sido realizada a título de cesión del ejercicio o cesión de la titularidad.” solo en la Constitución las normas encuentran el fundamento de su validez y aplicación en el territorio.” Más tarde insiste que lo único invulnerable incluso desde el artículo 93 CE es la transgresión del principio democrático que implica el artículo 2 CE –entendido también como en este estudio se ha hecho-. Ver, ob. cit. págs. 542 a 555.

¹⁶⁰⁵ Sobre el tema WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit.; ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Soberanía constitucional e integración europea”, cit.; DE VEGA, Pedro, “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 100 (junio de 1998), págs. 13-56; GURUTZ JÁUREGUI, “Estado, soberanía y Constitución; algunos retos del Derecho constitucional ante el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 44 (1998), págs. 45-77, en concreto, sobre el tema de defensa, ver pág. 56, donde afirma que “territorio, población y soberanía deja de tener sentido, ya que se desnacionalizan los Ejércitos, a nivel exterior los Estados nacionales se convierten en regiones militares, y a nivel interior, el Ejército deja de cumplir su objetivo histórico de la defensa de la integridad territorial del Estado nación.”

¹⁶⁰⁶ WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit. págs. 287-293 y GURUTZ JÁUREGUI, “Estado, soberanía y Constitución... cit. págs. 59-63.

¹⁶⁰⁷ En este sentido, ALÁEZ CORRAL, BENITO, “Soberanía constitucional e integración europea”, cit. pág. 546 tras afirmar que el límite que impone una reforma del

européa siguiera –como hasta hoy– una directa conexión con el principio democrático, habría de entenderse que no vulneraría la soberanía de España y el principio democrático, por lo cual no sería precisa una reforma constitucional. Por el contrario, si la reforma supusiera una agresión del principio democrático, habría que reformar los elementos estructurales de la Constitución, esto es, el título preliminar, y no sólo por cuanto a la regulación ahí contenida sobre las FAS (artículo 8 CE).

Sin perjuicio de ello, una modificación de la ley de leyes sería del todo aconsejable. Tal reforma podría contener una referencia expresa a la posible participación española en instituciones de defensa colectiva, ya en el marco de la OTAN, como ,especialmente, en el marco de la Unión Europea. Dicha reforma bien podría suponer una reserva con relación a los fines para los que pueden ser empleadas las FAS, criterios restrictivos siempre vinculados al principio democrático, e incluso a la vocación pacífica internacional, como sucede en la Ley Fundamental alemana. Y en tanto se estimase que no queda afectado el principio democrático, no sería menester modificar el Título Preliminar que implica una reforma por el procedimiento agravado, ni tampoco sería preciso, incluso, que se reformase el artículo octavo sobre las FAS, que por los designios de nuestra historia fue a parar a éste título¹⁶⁰⁸.

Título Preliminar reside en la afectación del principio democrático añade “Cuándo se dé este atentado y el nivel de menoscabo competencial que se debe alcanzar para que se entienda afectado el principio democrático y sea necesario proceder a la reforma constitucional por el artículo 168 CE, es, al igual que en el caso alemán, una cuestión gradual que no puede recibir una respuesta *a priori*, dada la estructura *principal* de las normas que contienen los principios estructurales”.

¹⁶⁰⁸ Como es sabido, la reforma constitucional regulada en el Título X prevé severas exigencias, en especial, por cuanto se refiere a una reforma parcial que incluya el título preliminar (artículo 168 CE), que exige una inicial aprobación de los dos tercios de cada Cámara y la autodisolución de las Cortes, reiterándose dicha mayoría más tarde con las nuevas Cortes y la definitiva aprobación por referéndum. En todo caso, podría incluso pensarse en una reforma de otros apartados de la Constitución, como podría ser del Título III, por ejemplo del Capítulo III (“De los Tratados internacionales”, artículos 93 y ss.), o del Capítulo IV de este título (“Del Gobierno”, artículos 97 y ss.), lo cual no exigiría del procedimiento agravado de exige una reforma del artículo 8.

CAPÍTULO II. POSICIÓN QUE CORRESPONDE A LAS FUERZAS ARMADAS EN EL SISTEMA POLÍTICO DISEÑADO EN LA CONSTITUCIÓN

Se ha efectuado una concreción de las finalidades para las que constitucionalmente pueden ser empleadas las FAS y, por tanto, uno de los elementos definitorios del modelo de Ejército que se da en un contexto determinado. Es menester, pues, analizar otro de los parámetros a la hora de atender cuál es el modelo constitucional de FAS españolas. Este segundo criterio se centra en concretar cuál es la posición política que a los Ejércitos corresponde en el Estado constitucional. Eludir la Historia y la Política cuando se trata de atender constitucionalmente a las Fuerzas Armadas puede derivar en un grave reduccionismo. De ahí, que a lo largo del presente estudio se ha recurrido tanto a la Historia como a la Política para advertir la profunda especialidad que se da cuando se trata de la Institución militar en todos los aspectos y, en particular, cuando se trata de su posición en el conjunto de la organización política. Es por ello que a continuación no es menester reiterar la experiencia histórico-política, ni siquiera el singular proceso español, en el que, como se vio, prácticamente nunca se ha visto satisfecha la subordinación militar en el sentido que ésta adopta en un Estado constitucional.

A continuación cabe acercar al lector a la significación democrática del principio de supremacía civil para poder así analizar su recepción en el actual texto constitucional. La particularidad de nuestra ley de leyes en el ámbito castrense motivada por aquél peso de los militares en el proceso constituyente hará preciso volver sucintamente sobre una cuestión que ya ha sido abordada con profundidad: la caracterización jurídica de las FAS como institución. Simplemente será preciso recoger lo ya afirmado para aplicarlo a esta parcela concreta. Mayor interés suscitará, tal y como aquí se sostiene, la constatación del efectivo recibimiento en la norma suprema de

todas las derivaciones del principio de supremacía civil. Se trata, lejos de disquisiciones más abstractas, de analizar cómo se contiene en nuestra ley fundamental todo el corolario de concretos principios de origen liberal, principios que al Estado democrático corresponde hacer efectivos para que los portadores de las armas dejen de ser los señores de las armas y del poder¹⁶⁰⁹. En buena medida, una vez constatada la recepción de estos principios en nuestro sistema constitucional, quedarán claras no pocas observaciones que se operaron a la hora de atender las finalidades de las FAS. Como se ha insistido, resulta adecuado discernir los fines para los que pueden ser empleados los Ejércitos de los poderes a quienes corresponde la decisión de tal utilización, así como los controles sobre estas decisiones y sus efectos.

I. El principio de supremacía civil democrático y su recepción en la Constitución

A) INTERVENCIONISMO MILITAR Y SUPREMACÍA CIVIL DEMOCRÁTICA

a) Poder e intervencionismo militar

Acierta Duverger cuando afirma que “El Ejército plantea un problema en todos los regímenes políticos: detenta una fuerza material capaz de dominar al Estado”¹⁶¹⁰ y, como apunta Finer, a ello se une la ventaja de contar con una organización ampliamente superior a los grupos civiles¹⁶¹¹. En consecuencia, como advierte Casado, en las democracias de tipo occidental hay que “conseguir que las fuerzas armadas se limiten a cumplir su función, la que la propia

¹⁶⁰⁹ Se parafrasea una frase del administrativista VON UNRUH, Georg-Christoph “Führung und Organisation der Streitkräfte in demokratisch-parlamentarischen Staat”, en VVDStRL, volumen 26, págs. 157-206, “los portadores de armas han dejado de ser los señores de las armas”, así cit. por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, cit., pág. 263.

¹⁶¹⁰ DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, cit. pág. 364.

¹⁶¹¹ FINER, S. E. “Los militares en la política actual”, cit. pág. 260.

ley les asigna, evitándose así el peligro de que, siendo un instrumento de defensa, puedan convertirse en un instrumento de opresión.”¹⁶¹² La historia, y en concreto la historia española es fiel reflejo de una realidad que Porras Nadales afirma expresivamente: “Es evidente que a lo largo de la historia el Ejército ha intervenido y sigue interviniendo, a menudo, al margen de toda previsión constitucional, y por encima de la voluntad de los órganos representativos perfectamente legitimados; y es evidente que este hecho real sólo puede explicarse en base a las contradicciones y antagonismos de intereses que están en la base de cualquier sistema social.”¹⁶¹³

La preocupación por distanciar el poder de las armas frente al poder de la razón ha sido, como se vio, una preocupación desde bien antiguo. Baste remitirse a lo afirmado respecto de las ideas de la Grecia clásica de Platón o Aristóteles, de los acantonamientos romanos, e incluso el rechazo del militarismo de Bodino, uno de los primeros pensadores sobre la soberanía. Fue no obstante con el Estado liberal cuando de esta preocupación acabarían resultando toda una serie de principios de ubicación de la fuerza militar en una organización política basada en unos fundamentos bien próximos al Estado democrático. Así pues, al Estado constitucional compete reconducir y limitar con instrumentos jurídicos una noción fáctica, sociológica, no jurídica como lo es el “poder militar”¹⁶¹⁴. Esta preocupación ha sido objeto de atención de pensadores políticos y de juristas de primera fila fuera de nuestras fronteras: Hauriou, Burdeau,

¹⁶¹² CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, cit. pág. 7.

¹⁶¹³ PORRAS NADALES, A. “La Defensa, poder militar y régimen constitucional”, cit. págs. 195-196.

¹⁶¹⁴ “Poder militar” como noción sociológica y politológica, no jurídica. Cuestión distinta al tratar el llamado poder militar es que su existencia se plasme en una diversidad de puntos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, DI VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, cit., pág. 689. En el mismo sentido, PORRAS NADALES, Antonio J. “Fuerzas armadas y ordenación del Estado en la dialéctica entre la política y derecho”, cit. pág. 175, señala que “El poder militar es el poder puro, no jurídico, cuya especificidad coactiva se demuestra especialmente en tiempo de guerra y cuya contemplación de los demás se organiza a partir de la distinción entre amigo y enemigo”, afirma también que se trata de un poder “negador y violento”, “explosivo”.

Duverger, Blondel, Finer, Vergottini, Galbraith, Huntington, Janowitz, Moskos, por citar a algunos de los que se ha seguido en el presente estudio, de cuyas reflexiones se dará cuenta a lo largo de estas páginas. Sin perjuicio de ello, será el ámbito español –y obviamente el constitucional- el que mayor atención suscite.

En especial Finer o Blondel constatan los factores que suscitan en buena medida un intervencionismo político de la fuerza militar¹⁶¹⁵. Así, se señala la misma naturaleza de la profesión militar que inclina a un corporativismo con unos valores propios que chocan en los sistemas democráticos con los valores del resto de la sociedad¹⁶¹⁶. Además, a decir de Blondel, cuanto más se distancian los valores e ideologías prevalecientes de la sociedad civil de la mentalidad típica militar, aumenta el riesgo de intervención¹⁶¹⁷. De otra parte, la procedencia social de los miembros de los Ejércitos y, en especial de sus cúpulas militares puede reforzar un corporativismo y una homogeneidad ideológica nada positivos en una sociedad democrática¹⁶¹⁸, como se vio, también nuestra historia es un claro ejemplo. También advierten éstos y otros autores que el índice de probabilidad de intervención militar en la política es inversamente proporcional al grado de legitimación del poder civil, es decir, cuanta mayor legitimidad tenga el poder político, mayor estabilidad y, por tanto, menor posibilidad de “que se busque un apoyo de la fuerza o que se dé una intervención militar en contra de ese poder. Por el contrario, a menor legitimación, menor estabilidad y mayor índice de que el poder civil recurra a los militares o éstos intervengan¹⁶¹⁹. Se afirma también que la probabilidad de intervención disminuye conforme el sistema político, social y económico aumenta su

¹⁶¹⁵ FINER, S. E. “Los militares en la política actual”, cit. págs. 261 y ss. y BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. págs. 470-479.

¹⁶¹⁶ BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. págs. 470-472.

¹⁶¹⁷ *Ibidem.*, pág. 475.

¹⁶¹⁸ *Ibidem* pág. 472.

¹⁶¹⁹ *Ibidem* pág. 474 y FINER, S. E. “Los militares en la política actual”, cit. pág. 263.

complejidad. Así, como la experiencia histórica es buena muestra, a una Administración civil fuerte es más extraño un intervencionismo militar¹⁶²⁰. En la misma dirección, en especial subrayan Finer o Duverger, un tejido social bien organizado con una cultura política madura es un obstáculo para la intervención militar, como buena muestra de ello son las sociedades anglosajonas¹⁶²¹.

Éstos resultan ser, pues, los factores básicos que determinan la participación de la fuerza de las armas en el poder y, como subraya Blondel, no se trata en modo alguno de factores aislados, sino que se conectan recíprocamente haciendo bien compleja la materia¹⁶²². Y este autor, a partir de los cuatro niveles de intervención militar señalados por Finer: influencia, chantaje, desplazamiento y suplantación¹⁶²³,

¹⁶²⁰ Al respecto ver lo afirmado en el epígrafe De los Ejércitos del Rey con funciones exteriores a la administración del Estado, el militarismo del Antiguo Régimen.

¹⁶²¹ Este aspecto, especialmente FINER, S. E. "Los militares en la política actual", cit. pág. 263, quien agrupa los países según su cultura política y el grado de participación militar que corresponde. Así, en el primer grupo, países con "Cultura política madura", como los anglosajones; después con cultura política desarrollada" como la Alemania prenazí, Francia desde la 3ª República, o la URSS en los que una intervención se hace posible; en tercer lugar, cultura política "baja", sociedades poco organizadas, en las que se discuten instituciones y procedimientos; por último, cultura política "mínima", en los que el gobierno prescinde de la opinión pública, no articulada la sociedad, abocados al militarismo.

Sobre la cultura política, resulta clásico el estudio de ALMOND, Gabriel A. y VERBA, Sidney, "La cultura política", en *Diez textos clásicos de Ciencia política*, (ed. a cargo de Albert Batlle), Ariel, Barcelona, 1992, págs. 177-201. En concreto, respecto de los tipos de cultura política, págs. 178-193.

¹⁶²² BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. págs. 476-478.

¹⁶²³ Distingue este autor en primer lugar la "influencia", constitucional y legítima, semejante a cualquier otra burocracia, si bien reconoce que la militar adquiere mayor fuerza que otras administraciones. En segundo lugar señala la "presión y chantaje", que va desde lo constitucional hasta lo inconstitucional, amenaza al poder civil. En tercer lugar, "desplazamiento", en el que la fuerza militar coloca a otro poder civil afín, por último, afirma el nivel máximo de intervención, la "suplantación", la fuerza militar quita el poder civil. Ver, FINER, S. E. "Los militares en la política actual", cit. pág. 261.

Por su parte, distingue las dictaduras militares en conservadoras -la mayoría- y las pretorianas, en las que "el Ejército gobierna esencialmente en su propio interés, sin interesarse de la suerte del país ni de las demás clase dirigentes." En tercer lugar señala las dictaduras reformistas. DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, cit. págs. 380-383.

considera que uno u otro se hacen depender en buena medida del grado de concurrencia de estos factores¹⁶²⁴.

Lo relevante a los efectos del presente estudio será analizar las exigencias constitucionales respecto de cada uno de estos factores que inclinan a la participación política. Y no son pocas las exigencias de la ley de leyes al respecto, que son, a su vez, las que configuran el modelo constitucional de FAS que aquí se analiza. Asimismo, desde el punto de vista de los grados de participación del poder militar, se señalará cuál es el admisible en un Estado constitucional, puesto que los militares, como todos los servidores públicos, no actúan asépticamente como se postularía en el modelo ideal de burocracia de Weber¹⁶²⁵, sino que como otros tantos, constituyen un grupo de presión.

b) Concepto y justificación de la supremacía civil

Como se vio, la subordinación militar al poder civil no es exclusiva del Estado liberal democrático. En los Estados totalitarios – socialistas, fascistas o nacionalsocialistas– la preeminencia se reserva al partido-guía y a los órganos del poder estatal entendidos como expresión de toda la sociedad civil. Obviamente, los caracteres y los perfiles de la supremacía civil liberal democrática adquieren connotaciones bien diversas a la de las mencionadas formas totalitarias.

Agüero define la supremacía civil como la “capacidad de un gobierno civil democráticamente elegido para llevar a cabo una política general sin intromisión por parte de los militares, de definir

¹⁶²⁴ Así, en BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. págs. 479-490.

¹⁶²⁵ El modelo ideal de burocracia de Weber, tan criticado como mal asumido se sigue en su obra básica WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, respecto de la objetividad de la burocracia, entre otras, ver págs. 726-728. Sobre el tema en general, no para el ámbito militar, por todos, BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, cit. págs.423-433.Será cuando se aborde de la neutralidad del militar cuando se profundice en la materia.

las metas y la organización general de la defensa nacional, formular y llevar a cabo una política de defensa y supervisar la aplicación de la política general”¹⁶²⁶. Siguiendo esta definición, la supremacía civil no sólo supone que los militares no puedan dirigir los ámbitos de general interés para toda la sociedad –en los términos empleados por el propio Agüero, lo *societal*–; sino que incluye también que tanto los ámbitos militares que afectan directamente a la sociedad –lo *intermedio*– como lo que resulta de naturaleza propiamente militar –lo *institucional*– queden bajo la competencia del poder civil, pues es éste el único legitimado democráticamente ¹⁶²⁷.

En el marco anglosajón suele emplearse el término “control democrático” o “control civil”¹⁶²⁸ que, a decir de Oehling “significa que las fuerzas armadas están claramente subordinadas a las autoridades políticas civiles elegidas democráticamente, de modo que las decisiones concernientes a la defensa nacional son tomadas por aquellos órganos competentes cuyos miembros han recibido la legitimación popular para regir los destinos del país.”¹⁶²⁹

Sin que sea menester tornar a la historia y a la evolución de las ideas políticas en el transcurso de los tiempos que se ha recogido a lo largo del estudio, cabe señalar el gran cambio que se dio especialmente en el siglo XIX para que se afirmase la necesaria supremacía civil sobre el ámbito militar, dejando al lado, incluso,

¹⁶²⁶ Ver, AGÜERO, Felipe, *Militares, civiles y democracia...* cit. pág. 48.

¹⁶²⁷ Este autor define estos términos con un ejemplo referido al ámbito educativo: de naturaleza “societal” sería la definición de los objetivos generales del sistema, “intermedio” supondría el tratamiento de lo militar en los planes de estudio civil, “institucional” entraría ya en el carácter de la formación de los oficiales”, es decir, los intereses propios y corporativos que *a priori* trascienden del interés para el resto de la comunidad no militar. Ver, AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...*, cit. págs. 47 y ss.

¹⁶²⁸ Así por ejemplo se advierte en DONNELLY Chris, “Defence transformation in the new democracies: A framework for tackling the problem”, cit. y KIRSHIN Yuri, “Ensuring military security in a democratic society”, cit.. Ambos trabajos centran especialmente la atención en el “control democrático” supremacía civil sobre las fuerzas militares en los países componentes de la Alianza Atlántica, en particular, en los últimos Estados incorporados provenientes del antiguo bloque socialista.

¹⁶²⁹ OEHLING, Hermann, en su Prólogo a AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. págs. 26-27.

justificaciones democráticas. En este sentido, al advertir la nueva trascendencia del alcance de las guerras, Clausewitz afirmaría que “La subordinación del punto de vista político al militar sería irrazonable, porque la política ha creado la guerra; la política es la facultad inteligente, la guerra es sólo el instrumento y no a la inversa. La subordinación del punto de vista militar al político es, en consecuencia, lo único posible.”¹⁶³⁰ Como se vio, este mismo pensamiento seguiría estando presente tras la Segunda Guerra Mundial a la hora de establecerse y consolidarse el concepto de “defensa nacional” que iba más allá de la sola defensa militar. La gran trascendencia nacional y social de las guerras explica que no sólo en democracia se exija la subordinación militar, sino que ésta estuviese bien presente en los totalitarismos fascistas y socialistas. Tres factores han sido decisivos en la necesidad del desarrollo efectivo de la superioridad civil: el desarrollo de las democracias occidentales, el monopolio técnico de las FAS, que exige más que nunca ser controlado ¹⁶³¹ y, por último, las terribles consecuencias de las guerras de este siglo. La desconfianza democrática a las manifestaciones de fuerza ha supuesto la necesidad de dominar a la fuerza por el instrumento democrático, la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, la fundamentación de la subordinación militar en un Estado constitucional democrático va más allá. La verdadera justificación responde principalmente a los propios fundamentos de la democracia, a la necesidad de que los poderes emanen del pueblo soberano. Esta relación poder-pueblo únicamente puede encauzarse por los elementos procesales democráticos, nunca erigiendo a las FAS como representativas de la ciudadanía. Se trata, pues, de una manifestación de la propia esencia de la democracia, de

¹⁶³⁰ CLAUSEWITZ, K. V., *De la guerra*, cit. pág. 234.

¹⁶³¹ Esto es, el denominado *military-industrial complex*, integrado por los órganos del vértice de la jerarquía militar, por los abastecedores habituales de aparatos técnicos, por la cúspide de los diversos departamentos económicos y por las comisiones especializadas de las asambleas parlamentarias. Este fenómeno ha sido especialmente estudiado por John K. Galbraith: *How to Control the Military*, Signet, Nueva York, 1967. De este autor puede verse al respecto *La anatomía del poder*, Plaza y Janés, Barcelona, 1984, págs. 213 y ss.

la concepción de la soberanía democrática y de los derechos y libertades que ya ha merecido la atención del presente estudio. Es la legitimación democrática y no la legitimación de las armas la única que justifica el poder, en cualquiera de sus parcelas, como lo es la de la fuerza militar. En consecuencia, cualquiera que sea la categorización jurídica de las FAS en un Estado constitucional los Ejércitos sólo se legitiman por la mediación más o menos directa con el pueblo.

B) LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CIVIL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

a) La peligrosa lectura institucionalista de los preceptos constitucionales

Cabe señalar desde un inicio que dada la peculiaridad con la que se recogió el tema militar en nuestra norma suprema, toda interpretación de preceptos localizados puede resultar peligrosa en orden al reconocimiento de la subordinación militar a los órganos constitucionales. Y es que se ha cuestionado la recepción del principio de subordinación militar a los poderes democráticos en nuestra ley de leyes por el triángulo que forman los artículos 8, 62 y 97 y la ubicación en el Título Preliminar del primero de ellos¹⁶³². Una construcción interpretativa en este sentido partiría de que las FAS (reguladas en el Título Preliminar) son una institución y, por tanto, no son la “Administración militar” que el artículo 97 somete claramente a la dirección del Gobierno; en razón de ello, el mando supremo de las FAS que preceptúa el artículo 62. *h)* CE cobraría una virtualidad material y no meramente simbólica o formal. Mediante esta lectura institucionalista se fomentarían, pues, las teorías del poder de mando

¹⁶³² Así lo advierte BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit. pág. 77 donde pone de manifiesto cómo la vía interpretativa institucionalista “llevada hasta sus últimas consecuencias pudiera arribar, incluso, a resultados contradictorios con la proclama de subordinación absoluta y sin grietas de lo militar al poder civil”.

militar que tuvieron especial vigencia en el siglo pasado¹⁶³³. Así, quedaría legitimado constitucionalmente un dualismo entre el poder civil y el poder militar. A esta argumentación podría oponerse entre otros el art. 1.2 CE en el que se dispone que “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Sin embargo, se sostendría que los Ejércitos guardan un vínculo directo con la población que les dota de tal legitimidad democrática.

Como consecuencia, las FAS serían un ente que gozaría de cierta autonomía respecto de los órganos constitucionales, esta autonomía se mostraría tanto en relación con las misiones asignadas cuanto respecto de la organización de las FAS. De tal interpretación se deduciría que cuando la ley de leyes confiere al estamento militar la función de defender el ordenamiento constitucional, la soberanía, independencia o integridad de España, serían las propias FAS –o, como prosigue tal argumentación, el Rey en el ejercicio del mando supremo de las mismas– quien interpretaría cuándo estos bienes son puestos en juego y cuándo, por ello, es requerido el estamento armado para ejercer sus funciones constitucionales.

La piedra angular para el sostenimiento de esta interpretación combinada –que no total– de la Constitución, como se puede adivinar, reside en el art. 97 CE. En éste se dispone claramente que el Gobierno es quien dirige la Administración militar y la defensa. Para evitar la rotundidad del enunciado constitucional habría que considerar que las FAS no forman parte de dicha Administración militar, de modo que ésta únicamente supondría el ámbito puramente administrativo de infraestructura, así como los aspectos relativos a las dotaciones personales y materiales precisas para el estamento armado (reclutamiento, presupuestos, etc.).

Esta lectura regresiva se completaría y fortalecería con el argumento de que el artículo octavo –que es el que regula básicamente a las FAS– ha sido constitucionalizado dentro del Título Preliminar de

¹⁶³³ Al respecto de las teorías del poder de mando militar, véase especialmente LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 133-149. Los representantes fundamentales de esta teoría son Laband en Alemania y Corradini en Italia.

la Carta Magna. De tal ubicación podrían sostenerse las siguientes lecturas:

1.- El explícito reconocimiento de un poder de naturaleza sociológica e histórica ¹⁶³⁴.

2.- La aceptación constitucional de que la Institución militar no está incluida en la Administración Pública del art. 97.

3.- En relación con el carácter pseudodemocrático que se pretendería atribuir a las FAS, al estar estas reguladas en este Título Preliminar, también podría aducirse que éstas responden a la naturaleza de fuerzas sociales emanadas libremente de la sociedad, como los sindicatos o los partidos políticos, instituciones también recogidas en este Título Preliminar.

Así pues, de esta interpretación resultaría que las FAS formarían un ente que gozaría de relativa autonomía, no estando sometida al mando efectivo del Gobierno más que en los aspectos mencionados. Por contra, sería el Rey –excluido del pluralismo político expresado en los órganos representativos– quien ostentaría su mando militar.

Ciertamente, los debates constitucionales dan cobertura a una percepción constitucional de las FAS como “algo más”¹⁶³⁵ que

¹⁶³⁴ El senador centrista González Seara, en los debates realizados en la Comisión del Senado, y dando respuesta a la negativa a insertar el contenido del artículo octavo en el Título IV, afirma que: “existen unas *realidades fundamentales dentro de esa ordenación del poder que es de buen sentido tratar en la Constitución*” (ver, Cortes Generales: *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., pág. 3.117). De ser cierto que las FAS son un poder del Estado debieron, pues, haberse citado como tales. En esta lógica habría que apuntar que tampoco se encuentran como constitucionalizados como poder, ni en el Título Preliminar, ni en el resto de la Constitución, los Bancos, la Iglesia, los gobiernos internacionales, etc.

¹⁶³⁵ Es por ello por lo que en el proceso de elaboración de la Constitución el diputado centrista, Herrero y Rodríguez de Miñón en la Comisión del Congreso afirmó que “las Fuerzas Armadas son Administración Pública, pero *son también algo más*” (Ver, Cortes Generales: *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., pág. 918. En el mismo sentido, el diputado Fraga Iribarne, también en un plano metajurídico afirmaba en el Pleno del Congreso que “las Fuerzas Armadas, obedientes como deben ser, no son lo mismo que un negociado del Ministerio de Hacienda o cualquier otro departamento de la Administración Local” (*Ibidem*, págs. 1968 a 1969).

La cuestión central es que de las diecisiete enmiendas presentadas al mentado precepto, tanto en el Congreso como en el Senado, dieciséis fueron rechazadas. De ellas, cinco afectaron directamente a la ubicación del precepto en el Título Preliminar. Las “excusas” vertidas para la no admisión de la regulación en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración fueron de todo tipo. Así, respecto de la ubicación no concretó nada el PSOE en su explicación de voto

administración, así como pueden permitir sostener la posición suprapolítica de las FAS o el respaldo a una vinculación directa entre las FAS y la población ¹⁶³⁶. De igual forma, la definitiva ubicación de la regulación básica de las FAS en el Título Preliminar –concesión al estamento militar por motivos ya enunciados– complica la labor hermenéutica.

b) Una interpretación sistemática constitucional adecuada en orden al reconocimiento constitucional de la supremacía civil. Las Fuerzas Armadas como integrantes de la Administración del Estado

Frente a la interpretación anteriormente enunciada de los preceptos constitucionales, que conlleva la desvirtuación del principio de supremacía civil, es bien posible enfrentar una lectura sistemática y objetiva de tales preceptos, oponer una interpretación que suponga el efectivo reconocimiento de este principio en el texto constitucional. Es

en la Comisión constitucional del Congreso el 5 de julio de 1978 (ver, Ver, Cortes Generales: *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., págs. 920 a 921), ni ante el Pleno del Congreso, (*Ibidem*, págs. 1973 a 1975). El Partido Comunista sí que atendió a la ubicación en su explicación de voto ante la Comisión (*Ibidem*, pág. 922), y justificó la ubicación de las FAS junto a los sindicatos y los partidos políticos como símbolo de la ruptura con tradicional contraposición entre los mismos.

Lo relevante, al igual que sucede con polémica doctrinal *institucionalistas versus administrativistas*, es que quienes ciertamente preveían el “peligro” que suponía la inclusión en el Título Preliminar eran los que postulaban la adecuada inserción de las FAS en este Título IV: el diputado Letamendía y los senadores Villar Arregui, Bandrés y Satrustegi. En palabras del Sr. Villar Arregui, tal ubicación “equivale a situar al Ejército en un rango distinto, superior al de los demás sectores de la Administración” (ver, Cortes Generales: *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., pág. 3.114); mientras que para el Sr. Bandrés “supondría un estatus especial o privilegiado” para las FAS (*Ibidem*, págs. 3.113 a 3.114).

¹⁶³⁶ Como especialmente pone de manifiesto PORRAS NADALES, Antonio, “La defensa, poder militar...”, cit., pág. 226, la “peligrosa” interpretación que cabe realizar de la explicación de voto ofrecida por el PSOE por medio del diputado Múgica Herzog (ver, Cortes Generales: *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., págs. 1973 a 1974). En ella, se aceptaba la doctrina militar enunciada “en la última Pascua militar en presencia del Jefe del Estado, en la que las FAS parecían autolimitarse y subordinarse al poder civil, quedando “muy por encima de las opiniones políticas en litigio”. Pueden ponerse estas palabras en íntima relación con las anteriormente enunciadas por el almirante Pita de Veiga. De este modo, el PSOE asumía que la Constitución respetaba esta posición suprapolítica. Igualmente, en tal explicación de voto, se ponía en relación esta posición de las FAS ni más ni menos que con el art. 1.2 CE, afirmando el diputado Múgica que: “esta doctrina militar, de acuerdo con el espíritu del tiempo y de lo que estamos haciendo, se identifica con el art. 1 de la Constitución...”

aquí donde a mi juicio cabe mitigar toda posible interpretación subjetiva de la Constitución, no sólo por su carácter secundario y complementario, sino porque fue en éste ámbito donde se dio un mayor distanciamiento al contexto social respecto del cual deben ser interpretadas y aplicadas las normas jurídicas¹⁶³⁷. La declaraciones y justificaciones de la inclusión de la regulación básica de las FAS en el artículo 8 del Título Preliminar podían explicarse en un contexto de una relativa coacción del peso del poder militar sobre los constituyentes, pero hoy día ya no tienen ningún sentido¹⁶³⁸. Mas sobre todo, del mismo texto constitucional no se desprende ninguna de las ideas que los constituyentes expresaran sobre las FAS atribuyéndoles legitimidad democrática o autonomía alguna.

b. 1. Cuál es la legitimidad democrática de las Fuerzas Armadas

Decía Alonso que el intervencionismo de los Ejércitos en el siglo pasado se justificaba porque en una España donde no votaban más de quince mil personas un Ejército de más de doscientos mil hombres tenía mayor legitimidad¹⁶³⁹. Si bien este argumento era incierto entonces, en modo alguno es sostenible en un verdadero régimen democrático representativo como el que instauró nuestra

¹⁶³⁷ Amén de todas las referencias anteriores sobre la interpretación jurídica y en concreto de la específica interpretación de la ley de leyes, cabe recordar el artículo 3. 1º de nuestro Código Civil, de alcance cuasi-constitucional al respecto: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”

¹⁶³⁸ En 1988 ya afirmaría Domínguez-Berrueta:

“cualesquiera que fueran las razones para incluir el artículo 8 en el Título Preliminar, tras casi diez años [ahora veinte] de vigencia de la Constitución, con la vida institucional de la democracia perfectamente asentada, hora es ya de poner fin a una interpretación ligada casi exclusivamente a los debates constituyentes”. DOMÍNGUEZ-BERRUTETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional... cit. pág. 2964.

¹⁶³⁹ ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, cit. pág. 240-241, en referencia a la situación española en 1934: “El Ejército reemplazaría a una democracia imperfecta [...] los electores españoles no excedieron de 16.000 en el censo de 1834, y al llegar a disponer de 200.000 hombres el Ejército sería más representativo que los colegios electorales.” Sin embargo no hay que obviar que la decisión de intervenir no residía en dos centenares de miles de personas, sino de unos pocos generales.

Constitución. En un sistema constitucional democrático el Ejército no es ninguna “encarnación de la voluntad nacional”¹⁶⁴⁰ como lo fuese en tiempos pasados. Tampoco puede sostenerse que las FAS tengan una naturaleza democrática semejante a la de las instituciones recogidas en los arts. 6 y 7 del Título Preliminar (partidos, sindicatos y organizaciones profesionales), como se sostuvo en nuestras constituyentes¹⁶⁴¹, lo cual es insostenible por tratarse de ámbitos de una naturaleza radicalmente diferente.

Asimismo, en modo alguno puede sostenerse una pseudolegitimidad democrática de las FAS por su conexión con el pueblo¹⁶⁴². Y es que, de un lado, el servicio militar obligatorio que ahora se suspende en España no supone legitimación democrática alguna de los Ejércitos; el servicio militar no fue una verdadera expresión democrática en el pasado ni en el presente. ¿Qué legitimidad sería ésa que excluía a la mitad de la población (las mujeres)? ¿qué legitimidad democrática suponían unas masas de jóvenes que habían de obedecer disciplinadamente a unos cuadros de

¹⁶⁴⁰ CARR, Raymond, *España, 1808-1939*, ya cit., pág. 541.

¹⁶⁴¹ Así, Villar Arregui en la Comisión del Senado (Ver, Cortes Generales: *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit., pág. 3116). Frente a esta postura destacaron las tendencias más conservadoras como la de Fraga Iribarne en el Pleno del Congreso el 5 de julio de 1978 (*Ibidem*, págs. 1968 y 1969).

Al respecto de la relación entre sindicatos, partidos y FAS, véase CALVO CORBELLA, Juan C. “Presencias sobre las que reflexionar: organizaciones sociales y fuerzas armadas. Estudio parcial de personajes en el título preliminar de la Constitución de 1978”, en AA.VV: *Jornadas de Estudio...*, cit., págs. 2478 a 2527, trabajo en el cual pretendiendo buscar un nexo entre estos entes recogidos en el Título Preliminar, el autor reconoce acertadamente la diferente naturaleza de los mismos. Por contra, sin tanto acierto, pretende justificar esta ubicación sistemática de la regulación básica las FAS y lo hace de una forma abstracta, ambigua y forzada, afirmando una común *beligerancia* con la que estas instituciones defienden los fines que tienen por propios.

Además, en todo caso cabe recordar que la 10/1983, de 21 de febrero, calificaba a los partidos, sindicatos y organizaciones profesionales de “formaciones sociales de relevancia constitucional” negando que constituyesen un poder público.

¹⁶⁴² Sobre el tema inciden únicamente BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit. págs. 67 y ss. y DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional de la transición militar”, por *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 101-102, en el epígrafe “La procedencia del propio pueblo. Rechazo de una vinculación mítica Fuerzas Armadas - Pueblo soberano”.

mando? A mi juicio, estos argumentos de legitimidad democrática de las FAS no merecen mayor detención.

Cabe no obstante fijar la atención en nuestras Reales Ordenanzas, en concreto sus artículos 4 y 21¹⁶⁴³, pues al atribuir a los Ejércitos un nexo directo con la sociedad, parecen admitir una naturaleza pseudodemocrática de las FAS. El artículo 4 sugiere la duda de cuáles son los “ideales del pueblo español”, con los cuales las FAS se identifican. Obviamente, éstos no pueden ser otros que los que se objetivan por medio de los cauces democráticos y de participación que nuestra Constitución recoge, los que pasan a institucionalizarse en los poderes públicos que gozan de legitimidad democrática. Asimismo, la representación de la nación que el artículo 21 otorga a las FAS -en este caso, para la rendición de honores-, sólo puede ser comprendida como una atribución legislativa para la efectiva realización de estos actos honoríficos. Es por ello por lo que este artículo expresamente recoge que el ejercicio de esta actuación se realiza “en nombre de los poderes del Estado”. Se trata, como en otros tantos aspectos, de una ley no excesivamente inspirada en los principios constitucionales (art. 8. 2º CE) que, sin embargo, tal como en otros aspectos, no debe ser considerada inconstitucional por mor de una interpretación conforme a la norma suprema.

El art. 1.2 CE exige la legitimación democrática de todos los poderes del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que “el sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos sólo es legítima cuando puede ser referida de manera mediata o

¹⁶⁴³ Art. 4: “La defensa nacional es deber de todos los españoles. *Las Fuerzas Armadas, identificadas con los ideales del pueblo español, del que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo, son elemento esencial de aquélla, en su alerta permanente por la seguridad de la Patria.*”

Art. 21: “*Las FAS representando a la Nación y en nombre de los poderes del Estado, serán las encargadas de rendir los honores de ordenanza en los actos o ceremonias oficiales.*”

inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular”¹⁶⁴⁴. En esta dirección, cabe recordar la sentencia 35/1983, de 11 de mayo cuando afirma “la noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes y sus órganos que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado procedente, en consecuencia, a través de una mediación, más o menos larga, del propio pueblo.”¹⁶⁴⁵

La racionalización de la legitimidad democrática de los poderes públicos que el art. 1.2 de la Constitución exige es materia siempre compleja y discutible ¹⁶⁴⁶. En nuestro ámbito, pese a ser discutible la naturaleza jurídica de las FAS, no cabe duda de que se trata de un poder público que precisa de esta legitimidad democrática mediata o inmediata que deriva de un acto concreto de expresión de la voluntad popular.

En este estudio se sostiene que la Institución militar ha sido constitucionalizada como Administración (art. 97 CE), lo cual se ratifica en los artículos 25. 3º y 26 CE¹⁶⁴⁷. Esta posición hasta hoy día cuenta con diversos apoyos y no pocas réplicas doctrinales. De lo que no puede caber ningún tipo de duda es de que no se trata de un ente privado, sino público, ya se califique como, “unidad institucional”¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴⁴ Sentencia 10/1983, de 21 de febrero (FJ 2º), en otras sentencias, como la 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3º relativa al artículo 20 CE, el Tribunal recuerda que “el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1. 2 de la Constitución, [...] que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.”

¹⁶⁴⁵ Sentencia relativa a la solicitud de una rectificación a los Servicios informativos de RTVE.

¹⁶⁴⁶ Así sucede con órganos constitucionales como la propia figura del Monarca, cuya la legitimidad democrática parece únicamente provenir de la Constitución, o la misma judicatura.

¹⁶⁴⁷ Artículo 25. 3º: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

Artículo 26: “Se prohíben los Tribunales de honor en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales.”

¹⁶⁴⁸ Esta expresión la emplea entre otros, TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española...cit., págs. 110-111. Sobre la consideración de las FAS como institución cabe remitirse al capítulo del presente estudio titulado “La resolución de un largo debate en España...”.

“fuerza ejecutiva pública”¹⁶⁴⁹, “agente del Estado”¹⁶⁵⁰, “instrumento” del Estado¹⁶⁵¹ o, simplemente, como “poder público”¹⁶⁵². En consecuencia, su legitimidad democrática debe seguir estos requisitos expresamente señalados por el Alto Tribunal. La legitimidad de las FAS sólo se justifica desde la perspectiva democrática de forma indirecta o mediata, en tanto que los Ejércitos están vinculados al Gobierno y éste es –en virtud del art. 97 CE– quien dirige la Administración militar y la defensa del Estado. La legitimidad

¹⁶⁴⁹ Esta es la categorización sostenida por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L., “Fuerzas Armadas... cit., *in toto*, en especial, véanse las págs. 2720 y ss. que sí deriva de ella una autonomía relativa de los Ejércitos respecto del Ejecutivo y RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José L., “La Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional”, cit. en concreto, ver págs. 167-175, quien la adopta, siguiendo al italiano Landi con un carácter más técnico. Hace poco, esta posición ha sido seguida por FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, Emilio, “Las nuevas Delegaciones del Ministerio de Defensa y la estructura de la Administración periférica del Estado ... cit. en concreto págs. 165-169, quien niega que las FAS formen parte de la Administración militar, si bien no aporta nuevos argumentos.

Las posiciones que suponen ubicar a las FAS directamente como fuerza ejecutiva pública no son nuevas; es posible, incluso, identificarlas con la visión hegeliana de los Ejércitos como “Estado puro” (así calificado por PORRAS NADALES, Antonio J. “Fuerzas armadas y ordenación del Estado... cit. pág. 171) Por la directa e inherente relación con el Estado, las FAS quedan caracterizadas como una mera prolongación del mismo, como la fuerza ejecutiva de éste. Esta parece ser la posición adoptada por POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo* (2 vol.), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, citado por NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. pág. 148.

¹⁶⁵⁰ En referencia al empleo del término “agentes”, parece oportuno citar la enmienda realizada por el diputado Gastón Sanz en la Comisión constitucional del Congreso con el fin de que se concretara en el artículo 8.1º, al tenor de “las Fuerzas Armadas” mencionando “como agentes del Estado”. Tal enmienda se entendía pertinente en coherencia con el enunciado del que sería artículo 97. No obstante, sin debate alguno fue rechazada con el único voto a favor de su defensor. Ver, CORTES GENERALES. *Constitución española...* cit. págs. 919-918. GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales...cit., pág. 103, que defiende la categorización administrativa señala que esta calificación constitucional de agentes del Estado hubiera sido la más adecuada.

¹⁶⁵¹ Así, recientemente, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, “Administración militar, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978”, cit. págs. 609-610.

¹⁶⁵² DOMÍNGUEZ - BERRUETA, Miguel y otros “La organización administrativa...”, cit., págs. 2.907 a 2.951, y “El control jurídico-constitucional de la transición militar”, en AA.VV, *Jornadas de Estudio...*, cit., págs. 2.955 a 3.006, ahora en DOMÍNGUEZ - BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, policía y fuerzas armadas*, cit., págs. 73-114, así como recientemente NEVADO MORENO, Pedro, *La función pública militar*, cit. en concreto págs. 37 a 46. No se cita entre los anteriores el ya aludido trabajo de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L., “Fuerzas Armadas... cit., pese a que en su obra quede *tentado* en categorizar así a las FAS, ver, ob. cit. pág. 2722.

democrática del Gobierno también es considerada mediatamente, pues la ostenta en virtud de la confianza otorgada por el Congreso de los Diputados *ex art. 99 CE*, y el Congreso –conjuntamente con el Senado– representa directamente al pueblo español (*art. 66 CE*), al ser los diputados y senadores elegidos democráticamente (*arts. 68.1 y 69.1 CE*). Por estos motivos, no puede sostenerse como punto de partida este carácter pseudodemocrático del estamento armado.

b. 2. La constitucionalización de las Fuerzas Armadas como integrantes de la Administración del Estado

Como se acaba de sostener, dada la naturaleza pública de los Ejércitos, la subordinación militar queda garantizada por nuestra ley de leyes, así como por el hecho indubitable de la sumisión al Gobierno no sólo de la Administración militar, sino también de “la defensa” (*art. 97 CE*) ¹⁶⁵³, por lo que la supremacía civil queda fuera de toda duda. No obstante, tal y como se ha mantenido con anterioridad, las FAS son una institución que en España se ha constitucionalizado como integrante de la Administración militar. Cuando el *art. 97* de nuestra Constitución sujeta a la Administración militar a la dirección del Gobierno, no hace referencia únicamente al funcionariado civil perteneciente al Ministerio de Defensa; tampoco la “Administración militar” se reduce a la gestión y equipamiento del Ejército –como sucedía antiguamente– sino que, desde el primer órgano hasta el último individuo militar, forman parte de la misma la cual, con la Administración civil, forma parte de la Administración del Estado.

¹⁶⁵³ En este sentido, desde una posición que institucionalista que excluye el carácter administrativo de las FAS, señala: “Pero este reconocimiento institucional no invalida la caracterización de las FAS, conforme al artículo 97 de la Constitución, como parte del Poder Ejecutivo (“El gobierno dirige ... la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva...”) y de la Administración Pública (“El Gobierno dirige ... la Administración Civil y Militar), ni mucho menos la disponibilidad del Gobierno sobre las Fuerzas Armadas”. Ver, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José L., “La Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional ... cit. pág. 172.

Esta consideración no queda desvirtuada por el hecho de que la regulación constitucional básica –que no única– de las FAS contenida en el art. 8º se incluya en el Título Preliminar. De esta ubicación únicamente debe inferirse una especial atención a este sector de la Administración que puede ser empleado para tan elevadas misiones como lo es la defensa del mismo Estado constitucional. Sin menoscabo de la centralidad de las funciones a desempeñar por el resto de la Administración Pública, parece obvio que esta función justifica una específica recepción en el frontispicio constitucional, lo cual es una explicación objetiva de este *homenaje* que rindieron nuestros constituyentes a la Institución militar.

Las FAS bien podían no haber sido constitucionalizadas como Administración, como sucede en diversos textos constitucionales europeos en los que no hay lugar a dudas sobre la subordinación militar a los poderes democráticos¹⁶⁵⁴, pero ésta fue la opción seguida en España, tampoco extraña en algunos países¹⁶⁵⁵. Y esta opción de

¹⁶⁵⁴ Así, entre otras, en la Constitución belga, que recoge a las FAS en el TÍTULO VI “De la fuerza pública” (arts. 182-186); o en Alemania, donde las FAS son constitucionalizadas al margen de la “Administración militar”, como se desprende con claridad del artículo 87b 1º. En Finlandia, por ejemplo, como en otras países se hace referencia simplemente a las FAS y de su artículo 84, se deriva que se trata de una función pública (tal y como se intitula el capítulo X en el que está inserto).

Asimismo, en la Constitución de Francia, del artículo 20 se deriva con claridad que las FAS no son consideradas como Administración: (Título III: El Gobierno) “El Gobierno determina y dirige la política de la Nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada.” Del artículo 56 de la Constitución Griega parece desprenderse que las FAS no son Administración, si bien se insertan, en todo caso, bajo el calificativo de “otras personas jurídicas de Derecho público”.

En Portugal, caso atípico en varias ocasiones comentado, con claridad las FAS no se regulan ni cuando se trata al Gobierno (Título IV), ni con la Administración pública (Título IX), sino en un título particular (Título X)

¹⁶⁵⁵ También se ubica a las FAS en la Administración militar en la Constitución danesa, artículo 55: “Una ley dispondrá que el *Folketing* nombre a una o dos personas que no sean miembros del mismo, para controlar la Administración civil y militar del Estado.” En Italia, con menor claridad, las FAS parecen incardinarse como parte de la Administración pública, (al respecto, en especial, el artículo 98 (en el Título III, del Gobierno, en la Sección II de la Administración pública) hace distinta referencia a los funcionarios y a los civiles. La subordinación a los poderes democráticos no ofrece ninguna duda en la doctrina, si bien la categorización administrativa no se sostiene por todos los sectores, destacan, en esta dirección Zanobini, Sandulli y Labriola. Al respecto de las tesis administrativas en Italia, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 277 y ss. A mi juicio, en el excelente

nuestro constituyente no implica ni mucho menos una quiebra de los presupuestos del Derecho administrativo. Ésta ha sido una de las mayores críticas vertidas por quienes ponen en duda la constitucionalización de las FAS como integrantes de la Administración militar. En efecto, el argumento básicamente esgrimido ha sido considerar que en las FAS no se da una nota definitoria de la Administración, que es la prestación de un servicio público. En este sentido, Barcelona Llop ha señalado que “las fuerzas armadas atienden antes a los intereses estatales que de la colectividad, y en este punto de no coincidencia es donde se halla la especialidad servicial de la organización militar”¹⁶⁵⁶ y por ello señala que no hay actividad prestacional pues el beneficio es para el Estado, no para la comunidad, por lo que “tampoco se da la socialización de beneficios”, si bien añade que “no cabe negar la existencia de una actividad y de una organización administrativa en sentido material”¹⁶⁵⁷. Nevado, por su parte, repara en que es “difícil apreciar cuál es la actividad prestacional ya que el principal destinatario del mismo es el Estado en su conjunto, por lo que los ciudadanos sólo reciben de forma indirecta la relevancia de los servicios”¹⁶⁵⁸.

Sin embargo, la concepción que aquí se sostiene del entendimiento de la fuerza militar en un Estado constitucional es contraria a este planteamiento puesto que sin perjuicio de que se trate de una Administración especial -distinta de la civil según el propio art. 97 CE- que debe desarrollar una actividad bien particular, la diferencia con la mala razón de Estado de anteriores formas políticas

estudio de este autor parece partirse de la errónea premisa de que sólo bajo la categorización de Administración las FAS quedan sujetas a los poderes democráticos, por lo cual obvia los textos constitucionales que no las ubican así, o se decanta únicamente las doctrinas administrativistas, minoritarias, como en el caso de Alemania, si bien reconoce que la posición mayoritaria en este país no merma la subordinación militar (ver, ob. cit). como no podía ser de otra forma en tanto en cuanto la Ley Fundamental mucho más clara que en el caso español.

¹⁶⁵⁶ BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit. pág. 65.

¹⁶⁵⁷ *Ibidem*, pág. 101.

¹⁶⁵⁸ NEVADO MORENO, Pedro T. , “El modelo de función pública militar, una reflexión sobre la Ley 17/1989... cit., pág. 191

reside precisamente en que la finalidad que deben satisfacer las FAS no se distancia de la comunidad, como sucedía antaño.

Cabe señalar que en una adecuada comprensión constitucional, en el artículo 1 de la Ley 17/1989 se afirma que “la función militar es un servicio del Estado a la comunidad nacional prestado por las fuerzas armadas”¹⁶⁵⁹. Que la actividad esencial de las FAS sea bien diversa a la general de la Administración, nada obsta para incluir a los Ejércitos en el marco de una Administración distinta de la civil, como lo es la militar¹⁶⁶⁰. Rodríguez Villasante, afirma que las FAS prestan un servicio a la comunidad al realizar la función militar¹⁶⁶¹, sin embargo

¹⁶⁵⁹ De forma más concreta hay que remitirse a su preámbulo en el que se afirma que: “Por su propia naturaleza, la función militar es una actividad de interés público con todas las consecuencias: Subordinación al bien común, sujeción al control, de los poderes del Estado y exigencia de una administración transparente de los recursos. Constituye, por lo tanto, una parte de la función pública, aunque sus peculiaridades obliguen a regularla por normas específicas que, sin embargo, han de basarse en principios análogos a los que rigen aquélla.”

¹⁶⁶⁰ Esta posición administrativista ya se sostenía por algunos autores en el pasado régimen franquista. Así, López Henarez, en 1965 escribía “La satisfacción del interés colectivo y el fin social de la defensa nacional, tienen naturaleza de servicio público, encomendándose su gestión a organizaciones administrativas y siendo administrativa, lleva pareja la exigencia de un conjunto de normas de Derecho administrativo que regulan dicha actividad y cuyo cumplimiento es fiscalizado por la jurisdicción contencioso-administrativa.” Ver, LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “La Administración militar”, pág. 73.

Guaita, afirmaba que es la función militar la que permite la normal prestación de los servicios propios del Estado; en consecuencia, puede esta función considerarse también como un servicio público en sentido amplio; esto es, con el ejercicio de la misma se satisface una necesidad pública, se presta de modo permanente y está sometida a un régimen jurídico especial. Así, el autor consigue encuadrar a la Administración militar dentro de las coordenadas estructurales del concepto de Administración imperante. Así, la actividad de la Administración castrense se encuentra dentro de las tres actividades a ejercer por la Administración, a saber; la de policía, la de fomento o la de servicios públicos. La actividad militar puede calificarse como un servicio público en sentido amplio. Ver, GUAITA, Aurelio, “La Administración militar... cit. págs. 121.

¹⁶⁶¹ Ver, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José L., “La Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (Ley de la Función Militar), en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 54, julio - diciembre de 1989, págs. 167-205, en concreto, ver págs. 167-175. Su posición es bastante indecisa, al excluir a las FAS de la Administración, calificarla como institución y fuerza ejecutiva, aunque también afirma que es Administración militar. En la pág. 169 afirma que:

“... no se puede dejar de reconocer -salvo que se quiera negar una realidad o vaciar de contenido los preceptos constitucionales- que en los artículos 8. 1º, 62 h), 97 y 117. 5º de la Constitución, en los artículos 2, 4, 5 y siguientes, 14, 23 y 40 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 [...] y en los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales

considera que el término de “Administración militar” resulta insuficiente para englobar a las FAS, en tanto en cuanto sus funciones constitucionales no encajan con el esquema administrativista¹⁶⁶².

Pues bien, resulta indudable que los actos ejecutivos de las FAS, por su propia naturaleza, están alejados de la actuación administrativa *tradicionalmente* concebida. A esta afirmación hay que oponer, sin embargo, que lo mismo puede decirse de no pocas actividades que desarrollan administraciones especiales en el seno de la Administración civil por medio de una *actividad técnica* (la actividad de bomberos, médicos, profesores, etc.)¹⁶⁶³. La propia evolución intervencionista del Estado social ha comportado la necesaria evolución de estas categorías, en este sentido la corriente actual supone la apertura del concepto estricto de “acto administrativo” al de “actuación administrativa”¹⁶⁶⁴.

La clave, a mi juicio, reside en discernir la noción de servicio público y la de función pública, uno y otro prestados por la Administración. Blanquer nos recuerda que las primeras actividades que desarrolló históricamente la Administración fueron consideradas

Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, hay base normativa suficiente para caracterizar a las Fuerzas Armadas como una Institución del Estado de carácter instrumental que, bajo la dirección del Gobierno, presta un servicio a la comunidad nacional realizando una actividad pública peculiar: la función militar.”

¹⁶⁶² En especial, Rodríguez Villasante señala que “determinados actos del Gobierno relacionados con la misión constitucional de las Fuerzas Armadas no pueden incluirse dentro del concepto de Administración militar” (ver, ob. cit. *supra* pág. 174) y con ello bien puede estarse de acuerdo y es coherente con la actual Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (art. 26, entre otros) por cuanto a las decisiones del Gobierno. Sin embargo, las FAS no son el Gobierno y sus actos no son actos políticos, como de su tesis parece desprenderse, en ocasiones, sino “actuaciones” en el ejercicio de una “función”, actuaciones que pueden comprenderse en el marco de la “actuación administrativa” de la Administración militar.

¹⁶⁶³ Se hace referencia a la dificultad de calificar como “acto administrativo” la explicación de clase por parte de un profesor de enseñanza pública, una operación por un médico de un hospital público o, por ejemplo, las actividades propias del Cuerpo de Bomberos. Obviamente, estas actuaciones no encajan de plano en los tradicionales moldes jurídicos del acto administrativo, ni claro está, se trata de actos políticos.

¹⁶⁶⁴ Uno de los anteproyectos de la reforma de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo pasa a abordar las actuaciones de las administraciones con una categoría más amplia, la de “actuación administrativa”. Sin que ello fuese su objeto, en la LOFAGE, también se hace referencia a la “actuación” de la Administración General del Estado (art. 4).

como una manifestación directa de la soberanía del Estado: la defensa militar, la recaudación de tributos y las funciones de policía. En el ejercicio de estos poderes soberanos se manda a los súbditos, no se sirve a los ciudadanos, por lo cual estas funciones en las que la Administración se revestía de imperio no podían ser prestadas por particulares. A diferencia de estas funciones, como lo es la función militar, los servicios públicos más tarde desarrollados (sanidad, educación, etc.) no revisten este carácter por lo cual pueden ser prestados por particulares¹⁶⁶⁵. En todo caso, como se ha señalado, es la Administración la que ejerce estas funciones en servicio a la comunidad, por medio de actuaciones administrativas generalmente de tipo técnico, actuaciones especiales como especial es la, la Administración militar.

Reconocer que las FAS sean una institución no es merma de que se las haya constitucionalizado como una Administración especial, la militar. Ni, como se vio, el hecho de que se trate de una institución jurídica implica en modo alguno el posible desconocimiento de lo dispuesto por la ley de leyes, y en la sumisión a la Constitución (art. 9. 1º, art. 8. 2º o art. 53 CE) está el punto de partida del reconocimiento de la supremacía civil. Además, el art. 97 de la Constitución sitúa a las FAS de forma innegable bajo la dirección del Gobierno, y como más tarde se verá, la atribución al Rey de su mando supremo sólo se concibe dentro de la posición que guarda éste en el sistema constitucional, en ningún caso supone la efectiva disposición por parte de éste de un poder efectivo en la dirección ejecutiva del estamento castrense.

El principio de supremacía civil queda así, reconocido de forma general en nuestra ley fundamental (arts. 1. 2º y 97 CE). Ahora bien, lo más importante a mi juicio, no es siquiera que de modo genérico se haya recibido este principio. Por el contrario, mayor centralidad adquiere constatar la recepción constitucional de todos y cada uno de los componentes concretos de la supremacía civil que a continuación

¹⁶⁶⁵ BLANQUER CRIADO, David, *Introducción al Derecho administrativo*, págs. 105-109.

se analizan. De esta labor que a continuación se acomete resultará -ya fuera de cualquier duda- la posición subordinada que corresponde a las FAS españolas en el marco constitucional.

C) LOS PARÁMETROS EN LOS QUE SE CONCRETA EL PRINCIPIO GENERAL DE SUPREMACÍA CIVIL QUE DEBEN SER OBSERVADOS EN LAS DEMOCRACIAS OCCIDENTALES COMO LA ESPAÑOLA

Sin perjuicio de la proclamación genérica de este principio, lo que mayor interés reviste es apreciar cuál es su significación concreta, los principios y reglas que se derivan de su reconocimiento y cómo éstos se recogen en la ley de leyes y se dan en la realidad de la organización política constitucional. Es preciso advertir con Oehling que “arraigado firmemente este principio [de supremacía civil], como postulado, en las democracias occidentales, no existe una fórmula única en los modelos existentes”¹⁶⁶⁶. La subordinación militar al poder civil actúa como principio por el cual se configuran como corolario diversas especificaciones jurídico políticas que, si bien varían de unos países a otros, en todo caso es posible extraer un *mínimo común* definitorio, esto es, un *standart* constatable en toda organización política. De un análisis de la doctrina más significativa que aborda este principio se deriva que de él se desprenden toda una serie de exigencias que a continuación se señalan¹⁶⁶⁷.

1º Reconocimiento constitucional del principio de legitimidad democrática del poder.

¹⁶⁶⁶ OEHLING, Hermann, en su Prólogo a AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. pág. 27: “los modos de conseguirlo [la efectividad del principio de supremacía civil] también ofrecen particularidades en cada uno de los países miembros de la alianza. Aunque la falta de un modelo único no facilita determinar cuándo el control es el adecuado, pero sí que cabe reconocer cuando no se produce, y identificar sus causas.”

¹⁶⁶⁷ Así, se ha seguido una recopilación de los parámetros que establecen DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, cit., en las págs. 296-301; LÓPEZ RAMÓN, Fernando “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 2547-2596; AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. págs. 50-52 y OEHLING, Hermann, en su Prólogo a AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. págs. 27-28.

2º Carácter estatal de las FAS. Monopolio estatal absoluto de los poderes de coerción. De ahí se desprende la prohibición de las milicias de los partidos y de las milicias locales -sin perjuicio de la posibilidad de diversos modos de descentralización-.

3º Reconocimiento constitucional y desarrollo legal del principio de neutralidad política de las FAS.

4º El poder político (civil) señala en la Constitución los principios básicos reguladores de la organización militar.

5º La propia norma fundamental o el desarrollo legislativo - siempre civil- recoge las misiones que competen a la institución armada.

6º Las constituciones reconocen un “alto mando” de las FAS al Jefe del Estado. En los ordenamientos con gobierno parlamentario tal competencia no implica atribuciones de mando militar en sentido técnico, ni atribuciones de orientación política; en cambio, en los sistemas presidencialistas tal alto mando sí supone facultades de orientación.

7º Los poderes democráticos civiles dirigen la política militar y ejercen el mando efectivo de las FAS que sólo actúan a requerimiento de aquéllas. Las prerrogativas del poder civil sobre las FAS se hallan formalizadas en la Constitución u otras leyes esenciales y en la realidad debe constatarse que el gobierno dirige efectivamente a las FAS y se da un cierto grado de habituación a lo largo de un número de años, sin desafío abierto por parte de los Ejércitos. Existencia de responsabilidad jerárquica del estamento militar ante el gobierno, mediante un ministro de Defensa civil.

8º Supervisión y control parlamentarios eficaces.

9º La política ejecutiva de las FAS queda restringida a los únicos sectores confiados a su competencia de modo que se da una exclusión militar en lo civil y la conjunta presencia y dominio de lo militar por el poder civil democrático. La efectiva consecución de la supremacía civil se culmina, al fin, con la única posibilidad de ejercitar una *influencia* militar en los asuntos corporativos propios institucionales.

De este modo, el nivel de intervención militar en un sistema constitucional se ciñe al peso y autoridad equiparable a cualquier otro elemento burocrático del Estado, como uno más de los grupos de presión permisibles en el sistema democrático, sin que en ningún caso se llegue a condicionar continua ni determinadamente al gobierno civil.

10º Separación orgánica entre las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y distanciamiento de los Ejércitos de las misiones de orden público.

11º Limitación del ámbito de la jurisdicción militar -de existir ésta- al ámbito propio de lo castrense.

12º Fijación y limitación constitucional del régimen de los estados excepcionales.

Pues bien, todos estos parámetros son constatables tanto en la Constitución y las normas como en la efectiva realidad política. Muchos de ellos no exigen ahora mayor atención por cuanto ya han sido abordados y se ha expuesto con claridad su recepción constitucional. Así sucede con el primero, puesto que ya se ha seguido el reconocimiento efectivo del principio de legitimidad democrática del poder. Lo mismo cabe predicar del cuarto, en tanto en cuanto ya se ha operado una concreta atención de la sujeción del ordenamiento militar a la Constitución y el alcance que tiene el mismo artículo 8. 2º CE cuando sujeta al Derecho militar a los “principios constitucionales”. Extensa atención ha merecido también la expresión, en nuestro caso constitucional, de las misiones para las que pueden ser empleadas las FAS (punto quinto).

En consecuencia, la atención ahora debe centrarse en los parámetros restantes. Así, en primer lugar se fijará la atención en el punto segundo, esto es, el carácter estatal de las FAS tanto respecto del interior como respecto del exterior. Bajo las premisas que ahí se deducen se advierte ya la distribución de poderes relativos a la Defensa y por ende, a las FAS: el mando del Ejecutivo sobre la fuerza

militar, incluyendo en primer lugar el alcance del mando del Rey, para centrar la atención, después en la dirección del Gobierno sobre las FAS (puntos sexto y séptimo). A continuación se observará el papel que corresponde al poder legislativo en el ámbito de la defensa y lo militar (punto octavo). En la atención de uno y otros poderes será cuando se observe la posición que les corresponde en el marco de los estados excepcionales regulados por la Constitución y desarrollados legalmente (punto duodécimo), así como en otras situaciones extraordinarias que, como se adelantó, no se ciñen a los estados excepcionales. Es más tarde cuando se analiza la otra cara de la supremacía civil, la necesaria subordinación militar, desde el punto de vista del principio de neutralidad militar (punto tercero) y la posición política de influencia que corresponde a las FAS, en el margen admisible en un Estado constitucional (punto noveno). Finalmente se expone el modelo de separación orgánica entre las FAS y los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad seguido por nuestra Constitución (punto décimo). Por último, se observa la limitación del ámbito de la jurisdicción militar al ámbito propio de lo castrense (punto undécimo).

II. El monopolio estatal absoluto de los poderes de coerción y sus consecuencias respecto de interior y el exterior

A) LA SUPREMACÍA CIVIL EXIGE EL MONOPOLIO DEL ESTADO DE LA FUERZA MILITAR

Cuando los tratadistas incluyen el monopolio estatal de los poderes de coerción con relación al principio de supremacía civil lo hacen, básicamente, en directa referencia a la negación de las milicias privadas, milicias de los partidos que tanta relevancia adquiriesen en los sistemas totalitarios fascistas y nacional socialistas¹⁶⁶⁸. La concentración de la fuerza coercitiva a manos del Estado es una nota definitoria del Estado mismo, de ahí que en aquellas experiencias

¹⁶⁶⁸ En concreto, la atención de este aspecto desde la supremacía civil se realiza por DI VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional...*, cit. págs. 298-301.

históricas el partido y el Estado acabasen fundiéndose y confundiéndose por éste y por otros motivos.

La supremacía civil exige el monopolio efectivo por el Estado de la fuerza militar y este monopolio no podría llevarse a cabo si se legitimara la existencia de Ejércitos privados, pues éstos podrían poner en jaque a la soberanía popular y condicionar la efectiva vigencia de los derechos y libertades y los principios democráticos a la voluntad de quién o quiénes dirigiesen esta fuerza armada no estatal.

Sobre el particular, nuestra norma fundamental prohíbe de modo expreso las asociaciones de carácter paramilitar (art. 22. 5º CE) y excluye del ámbito constitucionalmente protegido las reuniones con armas (21. 1º)¹⁶⁶⁹ lo cual, amén de otras derivaciones, refuerza la competencia exclusiva del Estado en su más amplio sentido, respecto de la defensa y las Fuerzas Armadas. Así se explican, también, las fuertes limitaciones a la tenencia de armas, municiones o explosivos y, en especial, su punibilidad¹⁶⁷⁰.

Sin perjuicio de esta especial interdicción de la existencia de Ejércitos o milicias privadas, el monopolio por el Estado de los medios legítimos de coerción, y en concreto de la fuerza militar, guarda, también, otras vinculaciones con el principio de supremacía civil que resulta preciso atender por sus implicaciones tanto para el interior como para el exterior. Como señala Casado el monopolio estatal de la fuerza “tiene su fundamento en la propia concepción democrática de la soberanía nacional. Ciertamente sólo se es soberano en la medida en que se es capaz de autodefenderse y, por tanto, si en el pueblo reside esta soberanía, sólo a él corresponde, a través de la organización

¹⁶⁶⁹ Artículo 21. 1: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas.”

¹⁶⁷⁰ Así, en el actual Código Penal de 1995, en la Sección 1ª, Capítulo V, del Título XXII del Libro II, “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”, en concreto en los artículos 563 a 570 se tipifican como delito toda una serie de acciones en el entendido de que suponen un agravio para la seguridad del Estado, así como, también para la seguridad pública. las acciones

Con relación al terrorismo, el depósito o tenencia de armas y explosivos es específicamente tipificado en el artículo 573 del Código penal. La legislación básica sobre armas es el Real Decreto de 29 de enero de 1993, Reglamento de Armas.

política que ha querido darse, el ejercicio libre de aquel máximo poder, sin las intimidaciones o interferencias que pudieran provenir de otras organizaciones armadas.”¹⁶⁷¹

El principio de necesidad, la necesidad de salvaguardar el Estado constitucional produce, como uno más de sus efectos típicos la concentración y centralización de la fuerza militar en los poderes públicos. Pero no en cualquiera de estos poderes públicos, sino en los del máximo ámbito territorial de la organización política, es decir, en el Estado central. En este sentido afirma Olmeda que “la centralización organizativa de las Fuerzas Armadas se superpone materialmente a cualquier diseño político. administrativo que se confiera el Estado- nación.”¹⁶⁷²

Así, el artículo 149. 1º. 4ª CE señala como competencia exclusiva del Estado – central- la defensa y las FAS. Esta exclusividad de los poderes centrales del Estado, como señalan Fernández Segado o Guaita, se trata de una exclusividad entendida en el sentido más pleno¹⁶⁷³, “en su acepción más rigurosa, exacta y amplia”¹⁶⁷⁴. Ahora bien, tanto la participación en sistemas de defensa colectiva, como, en particular, el proceso de construcción europea imponen una redefinición de este principio de exclusividad *por arriba*. En sentido contrario, *por abajo*, la descentralización de la defensa e incluso de lo atinente a la defensa militar, aunque pueda sorprender, sí puede ser objeto de descentralización, aunque -como se verá- en dosis mínimas. En una y otra dirección es preciso atender en qué medida afecta a la supremacía civil, esto es, al poder sobre la fuerza militar de los poderes democráticos legitimados por la unidad de la nación española.

¹⁶⁷¹ CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional militar*, cit. pág. 51.

¹⁶⁷² BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas”, ya cit. pág. 31.

¹⁶⁷³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 63

¹⁶⁷⁴ GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales... cit. en *Jornadas...*, cit. pág. 2570.

B) ¿LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES Y LA INTEGRACIÓN EUROPEA MERMAN EL PODER DE LOS PODERES DEMOCRÁTICOS DEL ESTADO ESPAÑOL SOBRE LA FUERZA MILITAR ?

Durante la reciente participación española en el marco de la actuación de la OTAN en la guerra con Serbia, algunas valoraciones de responsables políticos dieron la impresión de que las instituciones españolas habían, digámoslo así, perdido la competencia constitucional de decidir el empleo de nuestras Fuerzas Armadas¹⁶⁷⁵. Se trata, en este caso, de una hipótesis que no se dio en el conflicto kosovar, en tanto que fue el Gobierno quien dio el consentimiento para que las fuerzas españolas participaran en la acción aliada¹⁶⁷⁶. Sin perjuicio de ello es momento de preguntarse si la participación de España en organizaciones como la OTAN o en el marco de organizaciones supranacionales como la Unión Europea priva a los poderes constitucionales competentes de sus facultades de dirección sobre las FAS. La respuesta a esta cuestión debe, por necesidad, discernirse cuando se trata de una organización internacional, como la OTAN de cuando se trata de la Unión Europea, como ya se vio cuando se abordó la cuestión relativa a las finalidades para las que puede emplearse constitucionalmente las FAS españolas.

Respecto de la OTAN la respuesta sólo puede ser una: la pertenencia a la Alianza Atlántica no limita constitucionalmente la capacidad de decisión de las instituciones nacionales, ni implica el

¹⁶⁷⁵ Se hace referencia a unas declaraciones del Vicepresidente del Gobierno efectuadas el 5 de mayo de 1999, en las que afirmaba que “España participa en la OTAN en virtud de un tratado aprobado por las Cortes Generales y la Constitución prevé, en su artículo 94, que pueden trasladarse decisiones que la Constitución establece que son competencia del Gobierno a ese organismo internacional, porque ha sido aprobado y autorizado por las Cortes”.

¹⁶⁷⁶ Así lo afirmó el Presidente del Gobierno en su primera intervención en el Congreso tras los bombardeos, el día 30 de marzo: “el domingo 21 de marzo, el secretario general de la OTAN consultó con el presidente del Gobierno la necesidad de iniciar o no las operaciones. Dicho de otro modo, pidió la autorización de España para, en el supuesto de que fuese preciso, activar la decisión de intervención militar, decisión que le corresponde estrictamente al secretario general de la OTAN. Y el presidente del Gobierno de España dio esa autorización.” (Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 226, de 30 de marzo, pág. 12. 052 y ss).

desconocimiento de las exigencias de la ley de leyes sobre las actuaciones de las FAS. Esta respuesta se fundamenta básicamente en que la integración de nuestro país en la Alianza Atlántica se produjo por la vía del artículo 94. 1º CE y no por la vía del artículo 93 CE. Al incorporarse España a la OTAN por la vía del artículo 94, el ejercicio de la competencia de decidir el empleo de las FAS queda, en todo caso, en manos de las instituciones políticas nacionales. Así, como recuerda Pérez Royo, en modo alguno se puede sostener que por la aprobación de las Cortes del ingreso de España en la OTAN, se transfiriese a este organismo internacional la competencia de tomar la decisión de que fuerzas españolas participen en las actuaciones militares¹⁶⁷⁷, cuanto menos desde el punto de vista formal que es el que corresponde atender¹⁶⁷⁸. En esta dirección, el Dictamen de la Comisión Mixta de estudio de la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas¹⁶⁷⁹, en su apartado 1. 2º recuerda que “La OTAN, [...] es una organización de naciones soberanas donde el principio fundamental es el consenso [...] *la participación en operaciones militares no es automática* -ni siquiera en el supuesto de defensa colectiva”. Lo dispuesto en este precepto va en la línea del propio artículo 5 del Tratado de la Alianza Atlántica, que viene a reconocer la individualidad soberana de las decisiones que se adopten en el marco del Tratado¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁷ Ver, PÉREZ ROYO, Javier, “Una interpretación absurda”, en *El País*, 7 de mayo de 1999, <http://www.elpais.es>, doc. nº 1. 099 (8/5/99), esta afirmación se efectuaba con relación a las referidas declaraciones del Vicepresidente del Gobierno.

¹⁶⁷⁸ A nadie escapa que no resulta sencilla *políticamente* la contravención de las posiciones imperantes en la Alianza Atlántica, ello se hace depender de la voluntad política de los responsables de la adopción de dichas posiciones. Materialmente la decisión puede estar impulsada por autoridades no nacionales, pero en todo caso, el empleo de las FAS españolas es una decisión interna, y así debe formalizarse, sin perjuicio de las causas que motiven la decisión.

¹⁶⁷⁹ BOCG nº 209, de 21 de mayo de 1998, págs. 2 y ss.

¹⁶⁸⁰ La reciente variación de la posición de España en el seno de la OTAN no supuso un cambio de esta condición. En este sentido, la Directiva de Defensa Nacional 1/96, en su apartado 3. 1º a) recuerda que la “participación no obligará a España más allá de los compromisos asumidos por nuestro país como consecuencia de su adhesión al Tratado de Washington y se materializará en los términos contenidos en la Resolución aprobada, por amplia mayoría, por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 14 de noviembre de 1996

Sin embargo, resulta más dudosa la respuesta cuando se trata de la decisión del empleo de las FAS en el marco de la Unión Europea. Y dado el proceso de construcción europea no parece resultar muy lejana esta posibilidad, cuanto menos, por lo que respecta al recurso de unidades españolas integradas en el EuroEjército ya vinculado a la Unión y que en breve (año 2003) será operativo para el desempeño de misiones de tipo humanitario y de paz.

La cuestión, como se ha señalado, ha sido abordada con profundidad cuando se trataba de las finalidades para las que pueden emplearse las FAS, en buena medida cabe remitirse a lo que allí se ha considerado. En el ámbito concreto a que ahora me refiero, esto es, la posible pérdida de la competencia soberana de la decisión última de los Ejércitos españoles, a mi juicio, la respuesta para la actualidad es coincidente con lo afirmado respecto de la Alianza Atlántica: las autoridades españolas continúan siendo las competentes para decidir el empleo de las FAS. Sin embargo, esta respuesta queda claramente condicionada por el devenir de la construcción europea. En el futuro, las instituciones europeas bien podrían asumir la competencia de la decisión de emplear nuestras FAS con menoscabo de los poderes del Estado español, en especial, del Gobierno, en tanto que las dirige (art. 97 CE). Ahora bien, ello habría de quedar siempre supeditado a que no se hiciera depender de esta decisión de instituciones comunitarias la seguridad del Estado constitucional español, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Por lo cual, debe considerarse que, en todo caso, siempre se da una reserva última de competencias a manos de los poderes estatales.

En este sentido, y en la línea de lo ya sostenido, una posible reforma constitucional sería aconsejable ya no sólo para operar algunas restricciones sobre las finalidades para las que emplearse las

(Resolución aprobada con motivo del debate de la comunicación del Gobierno sobre la participación de España en la Alianza Atlántica renovada, en *BOCG*, Congreso de los Diputados, nº 65, serie E, de 18 de noviembre de 1996). En la misma se señala que “Dicha participación no alterará los términos de la autorización otorgada por las Cortes Generales para la adhesión de España al Tratado de Washington.”

FAS en el ámbito supranacional, sino, también, para establecer algunas reservas sobre la decisión última del empleo de la fuerza militar en los casos que los poderes democráticos nacionales estimasen la afectación a la seguridad del Estado constitucional español.

C) LA POSIBILIDAD DE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE DEFENSA Y FUERZAS ARMADAS

a) *¿Pueden ejercer competencias las Comunidades Autónomas en materia de defensa y Fuerzas Armadas?*

La supremacía civil no sólo puede quedar afectada por la existencia de fuerzas militares privadas, ni por la cesión del ejercicio de competencias en materia de defensa y FAS a las instituciones supranacionales –comunitarias-. La supremacía civil también puede quedar afectada de algún modo *por abajo*, es decir, por cuanto a la posibilidad que entes territoriales descentralizados asuman facultades en materia de defensa y FAS.

La unidad que constituye el conjunto de los ciudadanos españoles, la nación española legítimamente representada por los poderes con legitimidad democrática podía verse menoscabada si estos poderes no asumiesen el poder efectivo sobre la fuerza militar. Ahora bien, pese a que Fernández Segado o Guaita afirmen el sentido más pleno y riguroso de la competencia exclusiva del Estado central en la parcela de defensa y FAS, no resulta del todo imposible algunas dosis de descentralización en esta parcela, si bien, como a continuación se aprecia, sin afectar al núcleo duro del poder de las instituciones centrales sobre el ámbito de la defensa militar y, por ende, a la supremacía de la nación española.

En esta materia hay que tener en cuenta que no es tan extraña a España como en un principio pueda parecer. De un lado cabe recordar aquél fallido intento de *Unión de Armas* del Conde Duque de Olivares

en 1626¹⁶⁸¹, o las debilidades que se dieron durante toda la dinastía de los Austrias para controlar un reclutamiento que quedaba en manos de las ciudades. Se trataba, claro está, del proceso mismo de construcción histórica del Estado cuando lo único que había era una unión de reinos en la Corona del monarca¹⁶⁸², cuando no se contaba con un Ejército común. Sin acudir a un pasado tan remoto, cuando ya no cabía duda de la existencia de una organización estatal, cabe recordar las milicias locales, aquél *baluarte de la libertad* que se constitucionalizó en Cádiz y que en su momento atrajo la atención del presente estudio. Aquellas milicias que, aunque no en el sentido riguroso del término, constituían un claro ejemplo de descentralización¹⁶⁸³ de la fuerza militar.

Ya en el presente, en el marco comparado hay que tener en cuenta la existencia de las milicias nacionales de los Estados miembros de un Estado federal, que también suponen un ejemplo de esta descentralización de la defensa (también en sentido impropio). Y en este marco cabe recordar que en estos supuestos la tendencia centralizadora es evidente, Estados Unidos es muestra de ello. En este Estado federal se advierte ya desde antiguo una progresiva

¹⁶⁸¹ Ver al respecto lo señalado en el epígrafe “El redescubrimiento de la disciplina, la aparición de la pólvora y la centralización político militar española”

¹⁶⁸² Entre otros, FERRANDO BADÍA, Juan, *El Estado unitario, el federal y el Estado autonómico*, (2ª ed.), Tecnos, Madrid, 1988, en concreto, págs. 144, con relación a los tipos de uniones de Estados.

¹⁶⁸³ Sobre el concepto de descentralización, entre otros, BOQUERA OLIVER, José M^a, *Derecho Administrativo*, (8ª ed.), Civitas, 1986, en concreto, págs. 248-250 (centralización y descentralización). “Con la centralización aumenta la competencia de la Administración superior; con la descentralización, aquélla disminuye a favor de otras Administraciones públicas inferiores” (ver, ob. cit. pág. 249). Cabe apuntar la diferencia de estos conceptos con los de concentración y desconcentración, que no son los que ahora se atienden Dentro de una misma administración, “Las atribuciones de unos órganos administrativos pueden ser alteradas en relación con las de otros. Los órganos superiores pueden ver aumentado su círculo de atribuciones de manera permanente a costa del círculo o los círculos de atribuciones de órganos inferiores. Cabe, por el contrario, que los órganos inferiores reciban atribuciones que antes correspondían a los superiores. El primer fenómeno de cambio de las atribuciones se denomina concentración, y el segundo desconcentración.” “La concentración y la desconcentración se diferencian respectivamente, de la centralización y la descentralización en que éstas son fenómenos de cambio de competencias entre sujetos administrativos y aquéllas de cambio de atribuciones entre órganos de un mismo sujeto.” (ob. cit. pág. 263).

“federalización” de los poderes de los Estados miembro para el mantenimiento de sus milicias propias, milicias que quedan, en todo caso, sometidas a los poderes federales¹⁶⁸⁴.

Sin perjuicio de pasadas experiencias históricas o algunos modelos comparados, hay que señalar que el anacrónico sistema de milicias está excluido de nuestra Constitución. La cuestión que ahora interesa se plantea en términos de la posibilidad de descentralización de facultades relativas a la defensa a órganos descentralizados, en especial, Comunidades Autónomas. En este marco también cabe señalar que pese a ser la centralización y la concentración la nota dominante en materia de defensa¹⁶⁸⁵, en ocasiones la propia necesidad implica una descentralización, como sucede en el “caso de defensa” del art. 115 de la Ley Fundamental de Bonn, que habilita a los Lander para adoptar medidas indispensables en situaciones de peligro¹⁶⁸⁶. Esta posibilidad no se recoge en nuestra norma de normas; sin perjuicio de ello, no cabe descartar una descentralización sobre la base del principio de necesidad. En el mismo ordenamiento español se contempla este fenómeno: en casos de extrema emergencia, es posible que una autoridad local requiera la colaboración de las FAS sin que ello, en principio, dé lugar a pensar en su inconstitucionalidad¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁴ Sobre el tema, por todos, FIELDS, William S. y HARDY David T., “The Militia and the Constitution: a Legal History”, cit. sobre Norteamérica, las últimas 673 líneas (unas 15 págs.). En él se describe tanto el origen del sistema de milicias como en Virginia o Pennsylvania y su evolución constitucional tras la independencia de Gran Bretaña.

¹⁶⁸⁵ Cabe remitirse al epígrafe “Consecuencias positivas: concentración y centralización de competencias y atribuciones y alteración de las reglas de procedimiento”.

¹⁶⁸⁶ Artículo 115 i [Atribuciones extraordinarias de los Gobiernos de los Länder]:

“1º Si los órganos federales competentes no pudiesen adoptar las medidas necesarias para enfrentarse al peligro y la situación exigiera ineludiblemente una actuación inmediata autónoma en determinadas partes del territorio federal, estarán facultados los Gobiernos de los Länder o los órganos o delegados por ellos designados, para tomar dentro de su ámbito de competencia las medidas previstas en el artículo 115, párrafo 1.

2º. Las medidas conforme al párrafo 1, podrán revocarse en todo momento por el Gobierno federal y respecto a las autoridades del Land y las autoridades federales subordinadas, también por los Primeros Ministros de los Länder.”

¹⁶⁸⁷ Se trata del supuesto contemplado en el artículo 10. 3º del Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto de medidas provisionales de emergencia en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública:

Nuestra Constitución, como aquí se ha sostenido, ha constitucionalizado a las FAS como integrantes de la Administración (militar) del Estado. Y el artículo 103. 1º CE afirma que “La Administración pública sirve con objetividad los intereses Generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.” Por tanto, cabe pensar en la aplicabilidad del principio de descentralización respecto de la Administración militar y en tanto integrante de ésta, de las FAS.

Pues bien, una parte de la doctrina sostiene que el principio de descentralización es impracticable en el ámbito de la defensa y FAS¹⁶⁸⁸ en virtud del carácter pleno de la exclusividad de esta competencia (149. 1º. 4ª CE). A ello se añade el artículo 150. 2ºCE¹⁶⁸⁹, que permite transferir o delegar facultades de competencia estatal “que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”, y dada la naturaleza peculiar de la defensa militar se entendería que lo relativo a la Administración militar no es susceptible de tal transferencia o delegación.

Más acertada puede entenderse por el contrario, la posición de algunos autores que afirman la posibilidad de aplicar la

“Si la autoridad local no tuviera posibilidad de comunicar con el Gobernador Civil, si éste no la tuviera para comunicar con el Ministro del Interior, o si las circunstancias de los hechos no admitieran demora, dichas autoridades podrán recabar directamente de las autoridades militares correspondientes la colaboración de unidades militares, provista o no con anterioridad. Tan pronto como sea posible, las autoridades civiles y militares informarán a sus superiores jerárquicos de las decisiones adoptadas.”

¹⁶⁸⁸ Respecto de la aplicabilidad del principio de descentralización a la Administración militar, la doctrina se encuentra dividida, en contra se postulan GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales... cit. en la pág. 580, así como DE ESTEBAN, Jorge, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, tomo II, Labor, Barcelona, 1982, pág. 269 y BARCELONA LLOP, Javier, “La organización millar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, *Revista de Administración Pública*, 110, mayo-agosto de 1986, págs. 55- 105, concretamente, pág. 71.

¹⁶⁸⁹ 150. 2º: “El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.”

descentralización¹⁶⁹⁰. Entre estos autores, López Ramón afirma: “siempre y cuando en ningún caso se comprendan los aspectos básicos de cada materia [...] ninguna dificultad existiría para que el Estado, voluntariamente, llevara a cabo una organización descentralizada de las Fuerzas Armadas, asegurándose siempre, como mínimo, el control de los aspectos básicos de cada materia.”¹⁶⁹¹

La cuestión, lejos de blancos y negros, debe vislumbrarse desde la existencia de una amplia gama de grises y la exigencia de delimitar qué es la “Defensa y Fuerzas Armadas” de la que habla el artículo 149. 1º. 4ª CE como competencia exclusiva del Estado central. El término de Defensa va más allá de la defensa militar e incluye una defensa civil respecto de la cual las Comunidades Autónomas tienen amplias competencias. Aún es más, incluso en el marco más estricto de la defensa militar que, como se verá, es la única “defensa” a que se refiere el artículo 149. 1º. 4ª CE, también puede darse una concurrencia estatal-autonómica. No le faltaba razón a Muñoz Alonso cuando afirmaba que la cuestión en la práctica no era tan nítida, puesto que existen realidades objetivas y funcionales cuya dinámica ha de desarrollarse necesariamente en el marco geográfico de las Comunidades Autónomas afectando sus competencias constitucionales¹⁶⁹². Este autor hacía referencia a cuestiones urbanísticas y lingüísticas, como a continuación se expone, la concurrencia excede estos ámbitos. Es momento, pues, de atender algunos supuestos concretos y la adecuada línea que ha mantenido nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular.

¹⁶⁹⁰ A favor de la posibilidad de aplicar este principio, SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, (2ª ed. ampliada), Civitas, Madrid, 1985, págs. 123-143, concretamente en la pág. 125; con matizaciones, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. concretamente en la págs. 63 y 68 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., págs. 349 y ss. que afirma que no se viola esencia estatal alguna. Estos autores afirman que el único principio de los mencionados que no resulta aplicable a la Administración militar es el de la desconcentración.

¹⁶⁹¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., pág. 351.

¹⁶⁹² MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar, vol. I*, cit. pág. 163, sobre el tema págs. 162-165.

*b) La posición del Tribunal Constitucional sobre la materia y su
acertada delimitación de la competencia exclusiva del Estado en
“defensa y Fuerzas Armadas”*

El Tribunal Constitucional en un primer momento apostó por una exclusividad total en el ámbito de la defensa, sin que tuviera la ocasión de delimitar éste. Así inicialmente afirmó que:

“El art. 149.1 de la Constitución utiliza para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal diversas técnicas, cuya compleja tipología no es del caso analizar en detalle. Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente, entre la *reserva de toda una materia* (v. gr. Relaciones Internacionales, *Defensa y Fuerzas Armadas*, Administración de Justicia, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica o toda la legislación sobre determinadas materias). *En el primer caso, la reserva estatal impide, no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado.*” (STC 35/1982, de 14 de junio FJ 2º).

No obstante, más tarde concretaría el alcance de la exclusión total de las competencias de las autonomías, ciñendo la exclusividad a la defensa militar y las bases de la organización de las FAS, sin excluir los ámbitos de convergencia con las competencias autonómicas.

Así, en 1983, el Tribunal Constitucional hubo de señalar que el control del tráfico marítimo, que afecta sin duda a la competencia exclusiva del Estado del artículo 149. 1º. 4ª CE, no excluye las facultades de las Comunidades de controlar también los barcos de pesca para ejercer su competencia de inspección y sanción de este sector. Se trataba de una concurrencia que en este caso no suponía ejercicio alguno de competencias de defensa por el País Vasco, como

tampoco la defensa militar implica el control de las actividades de pesca¹⁶⁹³. En 1984 el Tribunal hubo de volver a dar la razón a una Comunidad Autónoma -la de Cataluña- cuando el Gobierno central impugnó la Ley que creaba el Instituto Cartográfico Catalán. Señaló el Tribunal que si bien las funciones de este Instituto podían incidir en el marco de la defensa militar ello no era *per se* un motivo de inconstitucionalidad, puesto que las finalidades que satisfacía aquel instituto respondían también a intereses propios al ámbito autonómico, de modo que la competencia de defensa y FAS no podía excluir *ipso facto* las facultades autonómicas¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹³ Se trata de la sentencia 113/1983, de 6 de diciembre, en concreto FJ 2º:

“Nadie discute que la vigilancia de costas constituye una competencia estatal incluida en el art. 149.1.4 de la CE. Así lo reconoce el art. 17.1 del E. A. P. V. y así lo afirman, en este punto con acierto, la contestación al requerimiento y el escrito de alegaciones -ambos del Gobierno vasco- en este conflicto. Es más: la necesaria coordinación de “cuanto se relacione con la defensa nacional” y el hecho de que la Armada sea la “responsable principal de alcanzar los objetivos marítimos de la defensa nacional” (art. 15.2 y 30.1 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, sobre defensa nacional y organización militar) requieren que como contenido de esa competencia de coordinación de la que son titulares los “órganos superiores de la defensa nacional” (art. 15.1 y su remisión al Título I de la Ley Orgánica 6/1980) se incluya la de las vías de comunicación y los transportes por tierra, mar y aire (artículo 15.2 de la misma Ley), punto que está en consonancia con el art. 27 de la Ley 9/1970, de 4 de julio, sobre organización de la Armada, donde, dentro de las allí llamadas zonas marítimas se incluían, a disposición de la “Fuerza de la Armada” las instalaciones y los medios precisos para “el control del tráfico marítimo”. Está muy en lo cierto el representante del Gobierno vasco en su escrito de alegaciones cuando, a propósito precisamente de este art. 27 afirma que “de ninguna manera se pretende cuestionar esta facultad y el hecho mismo de que esta actividad pueda requerir el control de los barcos de pesca”. Tan explícito y preciso reconocimiento permite que ahorremos aquí muchos argumentos, pues basta con afirmar que la competencia estatal de vigilancia de costas puede abarcar, en cuanto ello sea necesario a los fines de defensa nacional, el control del tráfico marítimo y, por tanto, también el de los barcos de pesca. Pero esta indiscutida y así delimitada competencia estatal (citemos una vez más los preceptos del bloque de constitucionalidad pertinentes al caso, es decir, el art. 149.1.4 de la CE y el 17.1 del E. A. P. V). no incluye en principio la de “inspección y sanción de las actividades de pesca” a la que, como acabamos de ver no se refiere ninguno de los preceptos hasta ahora analizados, pues en buena lógica se comprende que el control de los barcos de pesca con fines de defensa y seguridad nacional no implica la inspección técnica de la actividad económica de extracción de recursos pesqueros que en dichos barcos se realice.”

¹⁶⁹⁴ Sentencia 76/1984, de 29 de junio (FJ 2º) “Pero que la Ley impugnada cree un Instituto Cartográfico, algunas de cuyas funciones puedan incidir en el marco de competencias estatales de orden internacional o relativas a la defensa, no es un motivo de inconstitucionalidad ni de la Ley en cuestión (que no se postula) ni de su artículo impugnado [el 3.1 a)]. Y ello porque tal interpretación extendería indebidamente el marco de la competencia estatal no ya sobre las materias en cuestión (defensa o relaciones internacionales),

En este mismo año se advirtió con claridad que la “defensa” del título de exclusividad estatal (149. 1º. 4ª CE) no comprendía la defensa civil del artículo 30. 4º CE. El Tribunal encontró circunscrita la protección civil en el ámbito de la “seguridad pública” (149. 1º. 29ª CE) y el espacio competencial asumible por las autonomías en convergencia con el Estado central¹⁶⁹⁵, posición que se ha mantenido hasta la fecha¹⁶⁹⁶.

sino sobre actividades no incluidas ni en esas ni en otras titularidades competenciales, sólo en virtud de su potencial u ocasional relación con aquellas materias.”

¹⁶⁹⁵ Sentencia 123/1984, de 18 de diciembre, conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno central relativo al Decreto 34/1983, del Gobierno Vasco, de 8 de marzo. Creación de Centros de Coordinación Operativa. En el FJ 3º sin referencia alguna a la “defensa y Fuerzas Armadas” se afirma que:

“La materia objeto de discusión en este conflicto ha de englobarse con carácter prioritario en el concepto de seguridad pública del art. 149.1.29 de la Constitución, sin entrar en estos momentos a dilucidar de manera más detallada cómo debe entenderse tal concepto en su sentido material y considerándolo grosso modo como el conjunto de actividades dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y el mantenimiento de la tranquilidad y del orden ciudadano. Al mismo tiempo, en este asunto hay que tener en cuenta el art. 148.1.22 de la Constitución, que faculta a las Comunidades Autónomas para asumir competencias en materia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones y para que asuman la coordinación y demás facultades relacionadas con las policías locales «en los términos que establezca una Ley orgánica». También se advierte en la sentencia que (FJ 2º)

“debe reconocerse a las Comunidades Autónomas competencia en materia de protección civil, especialmente para la elaboración de los correspondientes planes de prevención de riesgos y calamidades y para la dirección de sus propios servicios en el caso de que las situaciones catastróficas o de emergencia se produzcan. Y si puede considerarse que los llamados Centros de Coordinación Operativa en el Decreto 34/1983, se insertan en la órbita de la Protección Civil, entendida como acción dirigida a la prevención de riesgos y catástrofes y a la aminoración de sus consecuencias y, así entendidos, la norma que los instituye es constitucionalmente legítima y no viola el sistema de distribución de competencias establecido por la Constitución y por los Estatutos.”

¹⁶⁹⁶ Así, en la Sentencia 133/1990, de 19 de septiembre, recurso de inconstitucionalidad y conflicto positivo de competencia a él acumulado frente a determinados anexos de la Orden de 29 de marzo de 1989, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de marzo de 1989, que aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear. En esta resolución se reitera el ámbito de competencia en el artículo 149.1º. 29ª en el FJ 4º y se señalan algunos límites a las competencias autonómicas sobre la materia FJ 6º:

“esta competencia autonómica se encuentra con determinados límites, que derivan de la existencia de un posible interés nacional o supraautonómico que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia: Bien por la necesidad de prever la coordinación de Administraciones diversas, bien por el alcance del evento (afectando a varias Comunidades Autónomas) o bien por sus dimensiones, que pueden requerir una dirección nacional de todas las Administraciones públicas afectadas, y una aportación de recursos de nivel supraautonómico. Y, como consecuencia, e íntimamente en relación con tal posibilidad, no pueden negarse al Estado las potestades necesarias para obtener y salvaguardar una

La cuestión lingüística en el marco de la Administración militar también fue objeto de debate ante el Alto Tribunal en dos ocasiones. En este caso el Tribunal concretó con mayor precisión el alcance de la exclusividad del Estado en materia de defensa militar:

“en ejercicio de una atribución competencial expresa, corresponde en exclusiva al Estado la regulación material del uso de las lenguas oficiales en las Fuerzas Armadas, y le corresponde asimismo, en exclusiva, la fijación de las condiciones y requisitos para la determinación de la validez de los actos de la Administración militar.” (STC 123/1988, de 23 de junio, FJ 5º.)

Sobre el mismo tema, años más tarde señalaría que:

“el art. 149.1.4 CE dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en lo que se refiere a las materias de Defensa y Fuerzas Armadas, lo que excluye cualquier intervención de los poderes de las Comunidades Autónomas *en la regulación de la organización de las Fuerzas Armadas*. Y, sin duda, el uso de la lengua en el seno de las Fuerzas Armadas para los fines de su servicio interno, y por los miembros de las mismas (integrados en una relación especial de sujeción), es algo que *afecta a las mismas bases de su organización y funcionamiento*, dadas sus características internas.” (STC 87/1997, de 24 de abril FJ 4º)

Así pues, cabe seguir este criterio relativo al artículo 149. 1º. 4ª CE, en tanto delimita la exclusividad del Estado en defensa militar a la validez de los actos de la Administración militar y a la regulación de

coordinación de distintos servicios y recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias: Esto es, tanto competencias de tipo normativo (disponiendo e instrumentando técnicas de coordinación) como de tipo ejecutivo, asumiendo las instancias estatales tareas de dirección. Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas encuentran pues, su límite, en la política de seguridad pública que la Constitución reserva a la competencia estatal en su art. 149.1.29, en cuanto tal seguridad pública presenta una dimensión nacional, por la importancia de la emergencia, o por la necesidad de una coordinación que haga posible prevenir y, en su caso, reducir los efectos de posibles catástrofes o emergencias de alcance supraautonómico.” (FJ 6º) “la concurrencia de un interés supracomunitario justificará la previsión de unas potestades estatales en un marco legislativo común: sin que ello excluya, claro está, la participación de las Administraciones Autonómicas que sean competentes, incluso en tales situaciones, pero en el marco de la normativa estatal.” (FJ 7º). Sobre la materia, con menor incidencia, ver también la sentencia 118/1996, de 28 de junio, FFJJ 20º y 21º.

la organización de las FAS, cuanto menos, lo que se refiere “a las mismas bases de su organización y funcionamiento”. Expresión que da pie, incluso, a afirmar la admisibilidad de una posible descentralización de lo que no suponga estas bases, que es lo que aquí se sostiene.

La confluencia del Estado con las autonomías en materia de defensa militar fue objeto de una cuestión de mayor enjundia en la sentencia 2/1993¹⁶⁹⁷. El País Vasco consideraba que la regulación por el Estado del transporte de mercancías peligrosas por carretera por vehículos de las Fuerzas Armadas invadía sus competencias en materia de protección civil. El Tribunal señaló que no se había dado tal invasión de competencias, si bien mencionaba la necesaria coordinación con las autoridades autonómicas a las que también afectaba la materia en virtud de sus competencias en materia de protección civil¹⁶⁹⁸.

Cabe recordar también que la materia urbanística es una competencia propia de las autonomías (art. 148. 1º. 3º)¹⁶⁹⁹ y las normas urbanísticas se proyectan sobre todos los bienes inmuebles de su territorio, quedando afectadas las zonas e instalaciones militares allí situadas, pese a que tengan un régimen particular¹⁷⁰⁰. En consecuencia,

¹⁶⁹⁷ Resolución relativa a un conflicto positivo de competencias entre el Gobierno Vasco y el Gobierno del Estado, respecto a la titularidad para dictar determinadas medidas en relación con el transporte de mercancías peligrosas por carretera por vehículos de las Fuerzas Armadas. Se impugnaba la regulación estatal, Orden de 27 de enero de 1986, núm. 7/86, del Ministerio de Defensa.

¹⁶⁹⁸ FJ 6º: “no cabe excluir la posibilidad de que, en algún caso, un accidente o avería del tipo de que se trata dé lugar excepcionalmente a riesgos masivos o de índole catastrófica. Pero ello no aparece como el supuesto genérico de aplicación de la norma ni, por lo tanto, resultaría justificado reservar a la competencia autonómica la elaboración del plan de actuación de que se trata. Por otra parte, las normas impugnadas no impiden el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de protección civil, complementando la acción estatal.”

¹⁶⁹⁹ Artículo 148. 1: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...] 3ª. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.”

¹⁷⁰⁰ Al respecto hay que tener en cuenta normativa específica. Baste recordar el artículo 589 del Código Civil, que dispone que “No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las Leyes, Ordenanzas y Reglamentos particulares sobre la materia.” En este sentido, cabe remitir a la Ley 8/1975 de 12 de marzo de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional y al Decreto 689/1978, de 10 de febrero, Reglamento de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional,

es preciso en este ámbito una coordinación y cooperación entre las autoridades estatales y las municipales y autonómicas. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional únicamente ha tenido la ocasión de señalar que esta afectación a la defensa nacional exige tal coordinación y cooperación pero no supone la necesidad de un informe previo del Estado para la aprobación de un plan de ordenación territorial por la Comunidad Autónoma¹⁷⁰¹. Sin embargo este informe previo se exige en virtud de la Disposición adicional primera de la reciente Ley 6/1998, de Régimen del suelo y valoraciones¹⁷⁰².

normas en las que se regula con un régimen específico respecto de los derechos sobre bienes situados sobre aquellas zonas. Hay que tener en cuenta también la reciente Ley 6/1998, de Régimen del suelo y valoraciones (aprobada con urgencia tras la decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (que no tocó el tema que nos ocupa ahora), en concreto, su *Disposición adicional primera que a continuación se comenta*. Sobre la materia, con profundidad, ver, MOZO SEOANE, Antonio, "La coordinación de la defensa nacional sobre la ordenación del territorio y urbanismo", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 64, julio diciembre de 1994, págs. 13-40, *int toto*.

¹⁷⁰¹ Sentencia 36/1994 de 10 de febrero, relativa a la Ley 3/1987, de la Asamblea Regional de Murcia, de 23 de abril. Protección y armonización de usos del Mar Menor, FJ 5º:

"Y, por otra parte, respecto a la cuestión de fondo debe advertirse que, como se establece en la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, tantas veces citada, la facultad para aprobar los planes de ordenación territorial corresponde a las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en la materia. Es cierto que en el ejercicio de esta competencia *las Comunidades Autónomas, al elaborar y aprobar los planes, deben respetar* los condicionamientos que se deriven de las facultades estatales de protección y gestión del dominio público que integra físicamente su territorio y de otras *competencias sectoriales del Estado* como el medio ambiente, *la defensa nacional* o la iluminación de las costas, que también tienen incidencia territorial. La necesidad de respetar estos actos de ejercicio de competencias estatales puede justificar el establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación concretos que garanticen ese respeto. Sin embargo, de esto no se sigue que la aprobación autonómica de los planes o normas de ordenación territorial requieran un genérico informe preceptivo y vinculante del Estado, ya que con ello se convertiría un acto de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, en un acto complejo resultado de la concurrencia de dos voluntades, la del Estado y la de la Comunidad Autónoma. En definitiva, pues, si la aprobación de las Directrices de Ordenación Territorial es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, su ejercicio no puede verse mediatizado por la obligatoriedad de un informe previo de la Administración Central del Estado."

¹⁷⁰² Disposición adicional primera:

"Los instrumentos de planificación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional deberán ser sometidos, respecto de esa incidencia, a informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación."

La última cuestión resuelta por el Tribunal Constitucional ratificaba que la exclusividad del Estado quedaba circunscrita a la “organización y funcionamiento” de las FAS. En esta ocasión se trataba de un convenio entre los ministerios de Defensa y Educación que facultaba a eximir la enseñanza de la lengua propia de la Comunidad Autónoma Balear en los centros docentes de titularidad del Ministerio de Defensa. Se trataba, pues, de una exención pensada para los hijos del personal militar. El Tribunal señaló que si bien la cuestión afectaba al ámbito material de personal de las FAS, no se trataba de la “organización y funcionamiento” de las mismas, por lo cual se había invadido el ámbito competencial autonómico¹⁷⁰³.

Por último, aunque no haya sido objeto de resolución del Tribunal Constitucional, cabe recordar una función tradicionalmente desempeñada por los Ayuntamientos que afecta sin duda a la defensa militar: sus competencias en materia de reclutamiento. En efecto, los ayuntamientos son considerados “órganos de reclutamiento” en tanto que se les atribuye competencias en la fase de alistamiento, en virtud de los artículos 7 y 9 de la Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar¹⁷⁰⁴.

¹⁷⁰³ sentencia del Tribunal Constitucional 134/1997, de 17 de julio FJ 3º:

“si bien es verdad que no puede drásticamente negarse toda vinculación de las disposiciones impugnadas con el referido ámbito material, no es menos cierto que entre ambos tampoco es dable detectar la necesaria trabazón que permitiría ya afirmar, sin ulterior argumentación, que el Estado est legitimado para adoptar tal medida en virtud del citado título competencial. Y es que, a diferencia de lo acontecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 123/1988 respecto del art. 13 de la Ley de Normalización Lingüística balear - que regulaba el uso del catalán durante la prestación del servicio militar y declaraba la validez de todas las actuaciones militares hechas en esta lengua en dicho territorio-, no cabe apreciar que los preceptos ahora controvertidos incidan en los mismos fundamentos de la “organización y funcionamiento” de las Fuerzas Armadas (fundamento jurídico 5).; afectación directa que, al sí producirse en relación con el mencionado art. 13, nos conduciría entonces a declarar su inconstitucionalidad por invadir el espacio competencial propio del Estado que el art. 149.1.4. CE acota. Ciertamente, el Convenio que nos ocupa, dado que se centra en el establecimiento de determinadas particularidades en el régimen regulador de los Centros docentes de titularidad del Ministerio de Defensa, sólo muestra una débil, en cuanto mediata, vinculación con dicho sector material. Justificar sobre esta sola apoyatura la facultad debatida equivaldría a expandir indebidamente el marco de la competencia estatal ex art. 149.1.4. CE a toda suerte de actividades no incluidas en dicho ámbito, por el mero hecho de su más o menos remota, potencial u ocasional relación con aquellas materias.”

¹⁷⁰⁴ Art. 7: “Son órganos de reclutamiento los Ayuntamientos [...]”

Por todo lo afirmado, no resulta tan extraño admitir una relativa descentralización en materia de defensa, en concreto en materia de defensa militar y FAS. Incluso aquí se ha considerado admisible una descentralización que fuese más allá de la concurrencia de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado. No obstante, esta posibilidad no podría afectar al núcleo duro que constituyen esas “bases de la organización militar”, reservadas a los poderes del Estado central por cuanto ello privaría a la nación española de su supremacía en el ámbito de lo militar poniendo en riesgo su misma existencia.

Sin embargo, la realidad es bien distinta y los tiempos actuales conducen a la dirección contraria, es decir, de darse esta posible transmisión de competencias –su ejercicio– sería *por arriba*, en beneficio de las instituciones supranacionales europeas. Pero no hay que descartar en el futuro una descentralización de competencias a favor de entes territoriales inferiores al Estado en *cuestiones menores*, como pudiera serlo, por ejemplo, la atribución de competencias en el área de protección social de los miembros de las FAS.

Una vez constatada la premisa, el monopolio de los poderes públicos de carácter central del Estado de los poderes sobre la fuerza militar, es menester pasar a analizar la cuestión esencial de la supremacía civil: la efectiva subordinación de la fuerza militar a los poderes democráticos y la distribución de las competencias entre los mismos en materia de defensa militar.

Art. 9: “ 2. A lo largo del año en que cumplen los diecisiete de edad, de la forma que reglamentariamente se determine, todos los españoles varones, por sí o por delegación, se inscribirán a efectos de alistamiento para el servicio militar en el *Ayuntamiento*, Oficina Consular o Sección Consular de la Embajada correspondiente a su lugar de residencia.

3. Las listas confeccionadas por los *Ayuntamientos* serán remitidas al Centro de reclutamiento correspondiente acompañadas de las fichas de inscripción que hubieran recibido e incluirán como alistados de oficio a los nacidos y a los residentes en su municipio que no se hayan inscrito. Los interesados permanecerán alistados para el servicio militar hasta el momento de su incorporación al mismo o de su declaración como exentos.”

III. La dirección y mando efectivo de las Fuerzas Armadas por el poder Ejecutivo

Con relación nuestro pasado histórico nuestra Constitución innovó la regulación del poder Ejecutivo y configuró al Gobierno como el titular único del poder Ejecutivo del Estado. Pues como entre otros recuerda Pérez Royo, “aunque formalmente el poder Ejecutivo español es un ejecutivo dualista, políticamente es un ejecutivo monista”¹⁷⁰⁵. El Jefe del Estado, el Monarca, no es un poder en nuestra Constitución, sino una magistratura honorífica. De ahí que en nuestro ámbito de estudio, todo el poder del Ejecutivo sobre las FAS lo ostente el Gobierno, pues éste es el único responsable. No obstante, resulta preciso detenerse en primer lugar sobre la singular posición del Monarca respecto de las FAS, no exenta de polémica.

A) EL SIMBÓLICO MANDO REGIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

En las monarquías del constitucionalismo europeo no es en modo alguno extraña la atribución del mando de las FAS al Rey¹⁷⁰⁶, si bien esta atribución no se da en todas las monarquías europeas¹⁷⁰⁷. El artículo 62 h) de nuestra Constitución atribuye al Rey el “mando supremo de las Fuerzas Armadas”. La cuestión del contenido de esta atribución resulta ser una de las materias mayormente estudiadas en el ámbito constitucional militar. Es por ello por lo que a continuación se hace una simple referencia al posicionamiento mayoritario de la doctrina. Aun con algunas diferencias, ésta coincide en apuntar que la atribución constitucional del mando supremo al Monarca no es distinta del resto de las funciones reconocidas en tal precepto, en tanto

¹⁷⁰⁵ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. pág. 575.

¹⁷⁰⁶ Así, por ejemplo en Bélgica, en el artículo 167 de su Constitución o en Noruega en el artículo 25 y en Dinamarca en el artículo 19. La cuestión particular del Reino Unido se alude más adelante.

¹⁷⁰⁷ Así por ejemplo en Holanda (artículo 98 de su Constitución) o en Suecia (artículo 9 del Capítulo 10°).

que acordes a la naturaleza simbólica y armonizadora de la figura del Rey ¹⁷⁰⁸.

Así, el mando supremo regio supone una función formal y honorífica, que incluye una serie de actos en los que el Monarca ejerce una función arbitral o moderadora, sin que implique una dirección efectiva. La naturaleza de tal mando es apropiada dada su posición suprapolítica, que le dota de una firme autoridad moral sobre las FAS. Las coordinadas antedichas no excluyen el derecho a ser consultado, el de *animar* al Ejecutivo en una dirección o *prevenir* de los posibles peligros de una política, al igual que sucede con la Monarquía inglesa. Estas facultades, en todo caso, se incardinan dentro de la esfera del ejercicio de la *auctoritas* que tiene constitucionalmente atribuida el Monarca.

No obstante, la propia posición jerárquica que ostenta -la Capitanía General de los Ejércitos ¹⁷⁰⁹- sí supone formalmente la

¹⁷⁰⁸ Se ha seguido, LAFUENTE BALLE, José María, *El Rey y las Fuerzas Armadas...*, cit., *in toto* (reproducido sobre el particular en "De cómo opera en la práctica el mando militar del Rey", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 36 1992, págs. 327-331; TRILLO-FIGUEROA, Federico "Las Fuerzas Armadas...", cit., pág. 118; SERRANO ALBERCA, José Manuel, "Comentario al artículo octavo...", cit., pág. 134; ENTRENA CUESTA, Ramón, "Comentario al artículo 62", dentro de esta misma obra, págs. 965 y ss.; CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", cit. pág. 32; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 357 y 358; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional...", cit., págs. 30 a 36; DUQUE VILLANUEVA, Juan C. "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", en AA.VV: *Jornadas de Estudio...*, cit., págs. 2530 a 2543, *in toto*; en esta misma obra colectiva MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L., "Fuerzas Armadas..." cit., págs. 2704-2708; LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional...", cit., pág. 968; BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...*, cit., págs. 120 a 136; DE OTTO Y PARDO, Ignacio, "El mando supremo de las FAS", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 23 (1988), págs. 11 a 39; DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, "La organización administrativa de la defensa..." cit. págs. 54-56; PORRAS NADALES, Antonio, "La Defensa, poder militar y régimen constitucional", cit. pág. 226 y ss.; PORRAS RAMÍREZ, José M^a, *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 188-203; GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas..." cit. págs. 190-198; SANCHEZ AGESTA, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, cit. págs. 251 y ss.; DE ESTEBAN, Jorge y otros, *El régimen constitucional español*, vol. II, cit. pág. 33 y ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, (vol. II), cit. pág. 37. A parte de las posiciones diversas a la tendencia general que implica la doctrina anterior, que más tarde es referida.

¹⁷⁰⁹ El art. 2. de la Ley 17/1989 del Régimen del Militar Profesional dispone que "El mando supremo de las Fuerzas Armadas corresponde a Su Majestad el Rey, quien tiene el empleo de Capitán General del Ejército de Tierra de la Armada y del Ejército del Aire".

tenencia de la máxima autoridad militar. Pero –como apunta De Otto– se trata de un poder supremo de dar órdenes pero sin ámbito alguno de competencia para poder realizarlas legítimamente. Como es obvio, la superioridad jerárquica no puede utilizarse para invadir competencias ajenas, en contra del mando de quien las tenga ¹⁷¹⁰. Es por ello por lo que este autor concluye que el Monarca tiene la máxima autoridad militar, pero desprovista por completo de mando; tiene la potestad pero carece de la competencia para ejercerla lícitamente.

Desde una perspectiva regresiva para la supremacía civil, únicamente ha sido Herrero y Rodríguez de Miñón quien ha defendido la atribución de un efectivo y material mando al monarca, quien a su juicio podría asumir el mando efectivo de un Ejército combatiente y las grandes decisiones estratégicas¹⁷¹¹. En todo caso, tal posición minoritaria se reconduce necesariamente al simbolismo del Monarca; ello es así porque la suprema dirección política que este autor mantiene que ostenta el Rey, se debe ejercer –de existir– mediante actos que requieren del refrendo ministerial, exigido inexcusablemente por el art. 64 de la Constitución.

¹⁷¹⁰ Ver, de DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “El mando supremo...”, cit., pág. 39.

¹⁷¹¹ Así, en *El principio monárquico. (Un estudio sobre la soberanía en las leyes fundamentales)*, Edicusa, Madrid, 1972, posicionamiento obviamente previo a la Constitución. Como señala Francisco Fernández Segado: (“La posición constitucional...”, cit., pág. 31) Herrero y Rodríguez de Miñón mitigó en cierta medida sus afirmaciones, aunque persistió en reconocer algo más que una posición simbólica del Monarca respecto del mando de las FAS. Así, afirmaba que el mando supremo sobre las mismas suponía la constitucionalización de una dirección política de las mismas, “susceptible de llegar hasta la asunción del mando en jefe del Ejército combatiente” y el mando político sobre “las grandes decisiones estratégicas”, compartido en ambos casos con el Gobierno al necesitar para su ejercicio el refrendo del presidente o de sus ministros, que a su juicio permite un amplio poder de decisión en el Monarca. Ver, HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, “El Rey y las Fuerzas Armadas”, *Revista del Departamento de Derecho Político* nº 7 (1980), págs. 39 y ss. en concreto, pág. 55; más recientemente, en HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, “La posición constitucional de la Corona”, en *Estudios sobre la Constitución española...* cit. en concreto, págs. 2936-2939. De algún modo, de forma más atemperada comparte esta posición SÁNCHEZ AGESTA, en “Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional”, en AA. VV *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, cit. págs. 110-111, en este caso, esta obra citada por GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 192.

Pese al reconocimiento mayoritario por parte de la doctrina del vaciamiento del mando supremo regio, no es posible desconocer la efectividad material *-no normativa-* del mando regio, que fue básica en el período de la transición, y especialmente para el fin de la misma: me refiero a la actitud del Monarca durante el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. Como apunta García de Enterría, quizá la clave está en la “necesidad psicológica y moral de una personalización de la relación básica militar, la del mando y la obediencia, que envuelve un componente de lealtad personal representable y que resulta difícil de concebir en términos puramente abstractos”. Este autor apuesta por una reserva de poder última, compatible con el carácter democrático – como la que se da en Inglaterra¹⁷¹², que no hace falta que sea expresamente derivable de la sola forma monárquica constitucional. Como una forma política en la que prima una cierta continuidad histórica, ésta potestad pseudoconstitucional se hizo material en la noche del 23 de febrero. La actuación del Monarca no fue sólo un símbolo ¹⁷¹³.

Sin embargo, a mi juicio se trató del ejercicio de unas competencias no atribuidas constitucional ni legalmente pero no por ello una actuación inconstitucional del monarca. El Derecho no siempre aprehende todas las situaciones que pueden darse en la realidad, y esto es lo que sucedió en el caso del felizmente frustrado

¹⁷¹² Sobre la prerrogativa regia británica, recientemente, CANDO SOMOANO, María José, “La prerrogativa real británica”, cit. En Gran Bretaña, la Reina como Soberana es el Comandante en Jefe nominal de las Fuerzas Armadas. El control real se ejerce a través del Primer Ministro y el Secretario de Estado. Este principio queda recogido por el Common Law y la “Crown Proceedings Act” de 1947, al respecto, también. VILLAGRA BLANCO, Daniel. “Cuadernos de Documentación” nº 35. Ed. Secretaría General Técnica. Madrid. 1980. pág. 71. (esta obra es citada en el borrador del estudio de MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, “El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad”, facilitado por los autores, sin mayor detención sobre el particular, en tanto ajeno a su ámbito de atención.

¹⁷¹³ Ver, Eduardo García de Enterría, en el Prólogo a la obra de Fernando López Ramón: *La caracterización jurídica...*, cit., págs. XXI-XXV. En esta dirección, también, PORRAS RAMÍREZ, José M^a, *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, cit., págs. 188-203. A diferencia de estos autores López Garrido y Barcelona Llop señalan que el Rey utilizó su autoridad moral y que de aquella situación no debe sacarse conclusiones generales. Ver, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional...”, cit., pág. 970 y BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit. págs. 96-97.

golpe de Estado de 1981. Y todo hay que decir que resulta muy extraño que las normas recojan una situación de excepcionalidad de este tipo, aunque se dan algunos supuestos cercanos en las constituciones europeas¹⁷¹⁴. Dado que los poderes competentes no eran capaces de adoptar las decisiones oportunas y a falta de una previsión expresa sobre el particular en la Constitución y las leyes, lo que rigió fue el principio de necesidad. El Rey asumió la dirección efectiva de las FAS, facultad que no le correspondía. No obstante, ello no supone que se tratase de una actuación inconstitucional, puesto el principio de necesidad apuntaba al monarca como el más legitimado para ejercer un mando efectivo de las FAS, en razón del artículo 62 *h*) CE. Esta constitucionalidad se confirma por el contenido efectivo de la función asumida por el monarca aquel histórico día, dado que la ejerció en el sentido exigido por la Constitución.

La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 22 abril de 1983¹⁷¹⁵, condenó a los militares implicados por desconocer las órdenes directas del Rey, realizadas éstas sin ningún tipo de refrendo. El Tribunal no puso en momento alguno en duda la admisibilidad constitucional de estas órdenes. Trascendiendo de lo jurídico, cabe afirmar que difícilmente el Tribunal Supremo hubiera podido tachar de inconstitucional la tarea que llevó a cabo el Monarca aquel día, función que *de facto* supuso el mantenimiento del propio ordenamiento constitucional. Sin perjuicio de ello, en los mismos

¹⁷¹⁴ De algún modo se recogen estas excepcionalidades en las constituciones de Austria y Dinamarca. Así, por ejemplo en el artículo 79. 5º de la Constitución austríaca se dispone que “Sólo será admisible la intervención militar por propia iniciativa en relación con los objetivos mencionados en el párrafo 2, cuando o bien las autoridades competentes, por razones de fuerza mayor queden incapacitadas para solicitar la intervención militar y caso de esperar, resultara un daño irreparable para la comunidad, o cuando se tratase de rechazar un ataque o de la eliminación de una resistencia armada dirigida contra un sector del Ejército federal.”

En Dinamarca, el artículo 55. 2 dispone que “Abstracción hecha de las medidas de defensa debidas a una agresión armada contra el Reino o las fuerzas armadas danesas, el Rey no podrá, sin consentimiento del *Folketing*, emplear la fuerza militar contra ningún Estado extranjero. Las medidas que el Rey se vea obligado a tomar en virtud de esta disposición deberán ser inmediatamente sometidas al *Folketing*. Si el *Folketing* no estuviese reunido, deberá ser convocado con toda urgencia.”

¹⁷¹⁵ Un amplio comentario de las mismas puede seguirse, entre otros, en GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal*, cit. págs. 221 y ss.

considerandos de esta sentencia (nº 59 y 93) respecto de la alegación de unas órdenes reales de realizar la rebelión el Tribunal Supremo no dudó en señalar que “hubieran correspondido una competencia y a unas funciones de las constitucionalmente carece del Monarca”.

La LODNOM, en su art. 5, en absoluto aclara el contenido del mando supremo del Rey, como tampoco lo hacen otras leyes¹⁷¹⁶. No obstante, como a continuación se verá, en esta norma se atribuyen al Presidente del Gobierno todas las competencias que podrían ser incluidas en tal mando supremo, las cuales son ejercidas por delegación por el Ministro de Defensa.

B) LA DIRECCIÓN DEL GOBIERNO DE LA DEFENSA, LA ADMINISTRACIÓN MILITAR Y, POR ENDE, DE LAS FUERZAS ARMADAS A PARTIR DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES

Xxxojo aquí hay que meter resumen evolución ministerio internet. Ver esta nota, también ¹⁷¹⁷

¹⁷¹⁶ Cabe subrayar la remisión que realiza este precepto a la Constitución y a otras normas –que asimismo remiten el contenido del mando supremo del Rey a lo dispuesto por la Constitución– en su art. 5: “Corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes, y en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas”. Al respecto HILLERS DE LUQUE, Sigfredo, “Las Fuerzas Armadas y la Constitución... cit. pág. 116 afirma que “Tal como están redactadas las Reales Ordenanzas, la Institución militar está subordinada *espiritualmente* a la Constitución y *físicamente* al Rey.” Algo más claro resulta a mi juicio la Ley orgánica 4/1981 reguladora de los estados de excepción, si bien esta vuelve a remitir a la Constitución: “En virtud de la declaración del Estado de Sitio, el Gobierno, que dirige la Política Militar y de la Defensa, de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente Ley.” (art. 33. 1º).

¹⁷¹⁷ Para un análisis concreto de la organización de la estructura de la Administración militar en virtud de la LODNOM de 1980, y específicamente de su reforma en 1984, así como del desarrollo normativo de tales reformas, DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa (la reforma de la organización central de la defensa en España)”, en AA. VV., *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2907- 2951, *in toto*; BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 158-174; AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. págs. 311 y ss y, especialmente, HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R., “Órganos superiores de la Función Militar”, en *La función militar...* cit. págs. 543-548 *in toto*.

No obstante las obras anteriormente citadas, cabe remitir por su adecuación a la normativa más actual y completo tratamiento, PARDO DE SANTAYANA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, en AA. VV., *La defensa de España...* cit., págs. 155-271.

Con el fin de consolidar un fuerte Ministerio de Defensa civil, el 5 de enero de 1984 se promulgó la reforma de la LODNOM de 1980, que fortaleció considerablemente al ministro

La dirección de la Administración militar y la defensa y, por tanto, de las FAS impuesta por la Constitución no se hizo plenamente efectiva hasta varios años después de la entrada en vigor de la ley de leyes. El peso del poder militar frenó la virtualidad de la norma constitucional en un aspecto que no reguló con la precisión deseable. Tal y como se expuso con anterioridad¹⁷¹⁸ el diseño organizativo de las FAS y el Ministerio de Defensa fue desarrollándose desde la aprobación de la Constitución, e incluso antes. Pese a que la subordinación militar al poder civil quedaba recogida en la Constitución, no se alcanzó en nuestro país de forma definitiva hasta 1986. Hubo que esperar a todas las reformas lideradas con acierto por el Ministro Narcís Serra para que el Gobierno asumiese de forma efectiva las riendas de las FAS tal y como la ley de leyes exigía. Ello se llevó a cabo gracias a la reforma de la LODNOM de 1984 y las subsiguientes medidas del Gobierno en la línea de lo marcado por dicha ley reformada, en lo que se ha dado en llamar etapa de normalización (1982-1986).

La Constitución, claro está, no señala la estructura concreta del Ministerio de Defensa, ni determina las facultades que pueden corresponder al Presidente del Gobierno, al Gobierno o al Ministerio de Defensa, ni la existencia de una Junta de Defensa nacional o de Jefes del Estado Mayor; tampoco es la Constitución el ámbito en el que regular otros órganos administrativos que se estimen oportunos, esto queda a manos del normador legislativo y en su medida

frente a los jefes de Estado Mayor, a la vez, no se dejó margen alguno a la ambigüedad suscitada por el mando supremo del Monarca. Diversas normas inferiores, autorizadas por la citada ley, consolidaron la fuerte posición del ministro, cesando toda posible autonomía del poder militar. Entre estas disposiciones merecen ser destacadas el Real Decreto 135/1984, sobre estructura interna y relaciones funcionales del Ministerio, el de mismo número de 1985 que perfilaba y profundizaba el anterior, la Orden Ministerial 18/1985 sobre las relaciones y comunicación entre el personal civil y militar. El Real Decreto 1/1987, que reestructuró de nuevo el Ministerio concretando aún más las prerrogativas del ministro. En la misma línea, cabe mencionar el hecho de que los cargos de Director y Subdirector General en este ministerio, ocupados por un 83% por personal militar en 1984, pasaron a un reducido 56% en 1993.

¹⁷¹⁸ Ver los epígrafes “Análisis de la política militar y de defensa española desde algunos concretos puntos de vista” y, en especial, “La evolución de la legislación sobre la organización y dirección de la Defensa nacional”.

gubernamental. Sin embargo, sea cual sea la determinación normativa concreta de estos aspectos, la ley de leyes impone que ello suponga una efectiva asunción por el Gobierno del poder sobre la Administración militar y por ende de las FAS, todo ello sin perjuicio de la posición de las Cortes Generales y del papel que también tiene atribuido como órgano directivo de la defensa. Esto es así por cuanto la Constitución excluye es cualquier determinación normativa que implique el reconocimiento de autonomía de poder alguno a las FAS puesto que no son ni un poder del Estado ni un órgano constitucional o de relevancia constitucional¹⁷¹⁹.

Pues bien, la actual solución normativa¹⁷²⁰ ha sido la de atribuir al Presidente del Gobierno la dirección política de la Defensa, dirección que comporta la “autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las FAS” (artículo 8 LODNOM)¹⁷²¹, posición que ha sido recientemente ratificada en la reciente Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno¹⁷²². Esta posición se corresponde con la

¹⁷¹⁹ Al respecto de la significación de estos conceptos, véase CANOSA USERA, Raúl, “Órganos Constitucionales”, y GÓMEZ ORFANEL, Germán, voz “Órganos del Estado”, en LUCAS VERDÚ, Pablo (Comp)., *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996, págs. 300 y ss.

¹⁷²⁰ Por todos, cabe remitirse a PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit. en concreto, págs. 155-175 y 195-271 y a los diversos documentos publicados en www.mde.es, que expresan la situación normativa de forma concreta.

¹⁷²¹ Artículo 8 LODNOM:

“1. Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa. En consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas.

2. También corresponde al Presidente del Gobierno, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar.

3. Asimismo, el Presidente del Gobierno define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos.”

¹⁷²² Artículo 2: “1º El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión.

2º En todo caso, corresponde al Presidente del Gobierno: [...] f) Dirigir la política de defensa y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar.”

dirección de la acción del Gobierno que la ley de leyes le otorga (art. 98 CE)¹⁷²³. En esta dirección le asiste consultivamente la Junta de Defensa Nacional¹⁷²⁴. Hay que advertir, no obstante, que las facultades de dirección del Presidente se delegan en el Ministro de Defensa¹⁷²⁵. Se

¹⁷²³ Sobre la figura del presidente del Gobierno en España, por todos BAR CENDÓN, Antonio, *El Presidente del Gobierno de España. Encuadre constitucional y práctica política*, Madrid, 1983. Más recientemente, aquí se atiende LÓPEZ GUERRA, Luis, "La posición del Gobierno en la Constitución española", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 353-365, en concreto sobre el presidente, págs. 356-357. También, en esta obra colectiva, TORRES DEL MORAL, Antonio, "Modelo de Gobierno de la Constitución española", págs. 413-427, a lo largo de todo el estudio analiza la evolución de la preeminencia de la figura del presente en los primeros veinte años de vigencia de la Constitución.

¹⁷²⁴ Artículo 9

"1. La Junta de Defensa Nacional es el Organismo superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional. Asimismo podrá asesorar a Su Majestad el Rey y al Presidente del Gobierno. Forman parte de ella, en todo caso, el Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes, si los hubiere, el Ministro de Defensa, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y los Ministros competentes en las áreas de Asuntos Exteriores e Interior, así como aquellos otros que el Presidente del Gobierno considere oportuno. Será presidida por el Presidente del Gobierno, cuando no asista a la misma Su Majestad el Rey.

2. La Junta de Defensa Nacional emitirá informe en cuantos asuntos someta a su consulta el Gobierno en todo lo que concierne a la Defensa Nacional e informará las grandes directrices de la política militar elaborada por el Ministro de Defensa.

3. Asimismo, estudiará y elevará al Gobierno las propuestas que estime oportunas en aquellos asuntos relacionados con la Defensa Nacional que, afectando a varios Ministerios, exijan una propuesta conjunta.

4. Asistirá al Presidente del Gobierno en la dirección de la guerra y en las funciones que le asigna el apartado 3 del art. 8."

¹⁷²⁵ Artículo 10:

"El Ministro de Defensa, por delegación del Presidente del Gobierno, ejerce las facultades expresadas en el apartado 1 del artículo 8. Supervisa el estado de adiestramiento y eficacia operativa de las fuerzas Armadas y ejerce las facultades reglamentarias y disciplinarias que las Leyes le asignan.

Corresponde al Ministro de Defensa proponer al Gobierno los objetivos de la política de defensa y ejercer todas las funciones que de ella se deriven y que no se reserve o ejercite directamente el Presidente del Gobierno o que éste no delegue expresamente en un Vicepresidente.

Corresponde, asimismo, al Ministro de Defensa:

1. Elaborar, determinar y ejecutar la política militar.
2. Formular el Plan Estratégico Conjunto y determinar dentro de él el Objetivo de Fuerza Conjunto, y elevarlos para su aprobación al Gobierno.
3. Dirigir y coordinar la adquisición y administración de los recursos y decidir el régimen de producción y suministros de los distintos tipos de armas y material, de acuerdo con el Plan Estratégico Conjunto y el Objetivo de Fuerza Conjunto. Fomentar y coordinar la investigación científica y técnica en materias que afecten a la Defensa Nacional.

trata, de una delegación¹⁷²⁶ expresada de forma absoluta, por lo que algún autor ha señalado las dudas que ofrece por cuanto al responsable último¹⁷²⁷. Tanto al Presidente del Gobierno, como al Ministro de Defensa les asesora la Junta de Jefes del Estado Mayor¹⁷²⁸.

Cabe señalar que la dirección de la guerra es facultad propia del Presidente del Gobierno (*ex art. 8. 2º LODNOM*). En estos casos, la concentración de poder -efecto típico de la necesidad- se expresa en la forma de eludir el escalón intermedio que supone el Ministro de Defensa. En estas situaciones es posible que la conducción de las

4. Dirigir, coordinar y controlar la política de personal de las Fuerzas Armadas, supervisando la enseñanza militar y administrando la acción social en el seno de las mismas.

5. Proponer al Gobierno los programas económicos y financieros y dirigir y controlar su ejecución.

6. Dirigir, por delegación del Gobierno, la Administración Militar.”

¹⁷²⁶ Cabe recordar el concepto de delegación, esto es, la transmisión por un órgano a otro inferior del *ejercicio* de una atribución propia, y debe estar permitida por la ley, y la decide el titular de la atribución delegable. La delegación tampoco modifica la distribución de las atribuciones entre los órganos administrativos, pues sólo cambia el ejercicio de éstas de un órgano a otro, y será revocable en cualquier momento. BOQUERA OLIVER, José M^a, *Derecho Administrativo*, (8ª ed.), cit. págs. 264-265.

¹⁷²⁷ PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit., pág. 161, quien recuerda que la delegación supone la facultad de abocar o suspender dicha delegación, sin embargo estas posibilidades no se recogen en la ley. Sin perjuicio de ello concluye que el que delega es el verdadero responsable, especialmente en situaciones graves.

¹⁷²⁸ Artículo 11

“1. La Junta de Jefes de Estado Mayor es el Organismo colegiado de asesoramiento militar del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa, en todo aquello que se refiera a la evaluación y conducción estratégica de las operaciones militares y a las medidas necesarias para asegurar que los Ejércitos mantengan en todo momento la máxima eficacia operativa conjunta en relación con los recursos que les hayan sido proporcionados.

2. Encuadrada orgánica y funcionalmente en el Ministerio de Defensa, está constituida por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y por los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

3. Sin perjuicio de las demás funciones que le otorguen las Leyes, será competencia de la Junta de Jefes de Estado Mayor:

a) Prestar asesoramiento en cuantas cuestiones afecten a la situación estratégica general, evaluación de las posibles amenazas y estudios de eficacia de las Fuerzas Armadas.

b) Prestar asesoramiento en la formulación del Plan Estratégico Conjunto, supervisar su aplicación y coordinar los planes de los Ejércitos derivados del mismo.

c) Establecer la doctrina de la acción unificada y, en su caso, la doctrina de la acción combinada.

d) Coordinar la regulación de la doctrina militar de los tres Ejércitos, así como los Reglamentos de empleo táctico, logístico y técnico precisos para la mayor operatividad de las Fuerzas Armadas.”

operaciones militares se ejerzan por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, siempre bajo la autoridad del Presidente del Gobierno¹⁷²⁹. El Jefe de Estado Mayor de la Defensa es, como se señala en el Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto “la autoridad militar a través de la cual el Ministro de Defensa ejerce su autoridad”¹⁷³⁰. Por su parte, los

¹⁷²⁹ En virtud del artículo 8. 2º corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la guerra. Y en virtud del artículo 11 bis. 3º “El Gobierno, en tiempo de guerra, podrá nombrar General Jefe del Mando operativo de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado Mayor de la Defensa, quien ejercerá, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares.”

¹⁷³⁰ La regulación básica del Jefe del Estado Mayor de la Defensa se contiene en el artículo 11 bis LODNOM:

1. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, cargo que será ejercido por un Teniente General o Almirante en situación de actividad y perteneciente al Grupo de Mando de Armas o Grupo “A”, es el principal colaborador del Ministro de Defensa, de quien depende orgánica y funcionalmente, en el planteamiento y ejecución de los aspectos operativos de la política militar.

2. Su nombramiento se efectuará por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno.

3. El Gobierno, en tiempo de guerra, podrá nombrar General Jefe del Mando operativo de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado Mayor de la Defensa, quien ejercerá, bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares.

4. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, durante el tiempo que desempeñe el cargo, tendrá la condición de más antiguo en su empleo, a todos los efectos, de las Fuerzas Armadas.

5. Cesará en el cargo por Real Decreto:

a) Al pasar a la situación de reserva activa o al Grupo de Destino de Arma o Cuerpo o Grupo “B”.

b) A petición propia, aceptada por el Presidente del Gobierno.

c) Por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno.

Al cesar no podrá desempeñar ningún otro cargo militar que está subordinado a ningún Jefe del Estado Mayor, salvo el de formar parte como vocal del Consejo Superior de su Ejército respectivo hasta su pase a la segunda reserva y siempre que no esté ocupando cargo.

6. En caso de que cualquier circunstancia le impida ejercer temporalmente el cargo, le sustituirá en sus funciones, con carácter accidental, el Teniente General o Almirante vocal de la Junta, más antiguo en el empleo.

7. Serán funciones del Jefe del Estado Mayor de la Defensa:

a) Presidir las reuniones de la Junta de Jefes de Estado Mayor, cuando no asista a las mismas el Presidente del Gobierno o el Ministro de Defensa; convocarlas por delegación del Ministro de Defensa y fijar su orden del día y elevar los informes y propuestas elaborados por la Junta.

b) Formular para su aprobación por el Ministro de Defensa, las directivas operativas y logísticas de carácter combinado o conjunto y hacerlas cumplir.

c) Ejercer el mando de los Unificados y Especificados y, en su caso, delegarlo en el Jefe del Estado Mayor del Ejército que conviniera.

d) Proponer al Ministro de Defensa, previa deliberación de la Junta de Jefes de Estado Mayor, la unificación de los servicios cuya misión no sea exclusiva de un solo Ejército, con el fin de lograr su funcionamiento conjunto con criterios de eficacia y economía de medios.”

Jefes de Estado Mayor de cada uno de los Ejércitos ejercen el mando orgánico de éstos, y el mando operativo que determine el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, siempre bajo la autoridad y directa dependencia del Ministro de Defensa¹⁷³¹.

Así pues, el Gobierno ha asumido el poder de dirección de la defensa y FAS que le atribuye el artículo 97 CE. Desde la perspectiva de la supremacía civil queda claro que no se da autonomía alguna de las FAS respecto del poder de este órgano con legitimación democrática, la determinación concreta se hace depender de cuestiones de técnica de organización administrativa que no son del interés del presente estudio, más allá de la descripción arriba detallada.

Ahora bien, la cuestión que mayor atención impone no es sólo constatar que el Gobierno haya asumido su papel constitucional respecto de la defensa militar. Resulta también esencial constatar cuál es el reparto constitucional de poder entre el Gobierno y las Cortes, pues en el poder legislativo reside básicamente el control del empleo de la fuerza militar por el Gobierno, esta pesadilla histórica que tanto interés suscitase desde el inicio del constitucionalismo liberal de principios del siglo pasado. Es así que a continuación se atienden muchas de las cuestiones que se aludieron a la hora de determinar las finalidades para las que pueden ser empleadas las FAS, cuando se insistió en la necesidad de escindir el tratamiento de tales finalidades constitucionales y lo que ahora corresponde, la determinación del poder democrático a quien compete tal decisión.

El Real Decreto 265/1996 de 16 de febrero ha determinado su posición bajo una clara tendencia al fortalecimiento de la misma llegándolo a conceptualizar como “el Jefe de las Fuerzas Armadas, responsable del estado operativo de las mismas, dentro de las directrices y medios que reciba del Gobierno”, su regulación básica se ha desarrollado en el artículo 7 y ss. del Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto. Sobre los cambios producidos en 1996, MINISTERIO DE DEFENSA, “Organización del ministerio de defensa”, en [www. mde. es](http://www.mde.es), 145 líneas (10/10/1999).

¹⁷³¹ Artículo 12

“1. Bajo la autoridad y directa dependencia del Ministro de Defensa, el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, el Jefe del Estado Mayor de la Armada y el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, ejercen el mando de sus respectivos Ejércitos. Para el cumplimiento de su misión, cada uno de ellos cuenta con un Cuartel General.”

IV. La posición de las Cortes en materia militar y de defensa desde la Constitución de 1978

A) UBICACIÓN GENERAL DEL PARLAMENTO EN MATERIA DE DEFENSA Y FUERZAS ARMADAS

a) *Una preocupación histórica y también presente: el predominio del Ejecutivo en el ámbito militar y, en general, en el sistema constitucional*

Salvo excepciones históricas, el Ejecutivo tiene siempre atribuido el mando y la dirección de la Defensa y las Fuerzas Armadas y en él se concentran los poderes en situaciones extraordinarias. De esto último son claras muestras los estados excepcionales, las técnicas de “delegación de poderes” o el refrendo *a posteriori* por el Parlamento de la asunción de sus funciones por el Ejecutivo, a través de un *Act of indemnity*¹⁷³².

La necesidad de una efectiva defensa del Estado provoca esta típica concentración que sitúa de ordinario a las FAS en manos del Ejecutivo. El problema de la necesidad, como se ha visto en buena parte del presente estudio, es que ha servido siempre para conjurar todos los demonios del poder a favor de una mala razón de Estado. Conceptos como la “salvación de la Patria”, la “seguridad del Estado” o el “mantenimiento del orden y las instituciones” han sido excelentes *tapaderas* del poder para fines no tan elevados. Por lo general la defensa del Estado no ha supuesto la efectiva preservación de la comunidad, sino la del poder dirigente y sus intereses, o quizá se trataba de unos “intereses objetivos del Estado” que bien poco tenían que ver con los intereses de los miembros de la comunidad política.

¹⁷³² Ver lo afirmado al respecto en el epígrafe “El desarrollo histórico los principios liberales respecto de la fuerza militar en el marco anglosajón”.

El clásico ejemplo histórico de concentración en aras de la necesidad no es otro que la institución de la dictadura romana¹⁷³³, por medio de la cual las limitaciones del poder y las distinciones entre la ley y el *imperium* desaparecían temporalmente. En el absolutismo, la concentración y centralización del poder en manos del monarca, constituyendo una dictadura permanente, eliminaban todo límite al poder de la fuerza, de este modo se alcanzaba una paz y seguridad *del terror* que justificaba el poder absoluto. Con el Estado liberal todo parecía cambiar, la seguridad prometida a lo largo de la historia para legitimar la organización política no se lograba fortaleciendo el poder, sino precisamente limitándolo. Como se vio, estos límites habían de venir de la mano de un Derecho que reconociese tanto los derechos y libertades de los individuos como la división de poderes con una fuerte presencia del legislativo. Sin embargo, la necesidad de la paz y el orden justificarían el desconocimiento de tales postulados. Los ejemplos históricos en Francia y, en especial, en España son claros ejemplos de estos abusos.

Con el Estado social y democrático de Derecho la necesidad de defender al Estado sigue siendo la primera de las necesidades. Ahora bien, ya no se trata de defender cualquier organización política ni a los intereses de unos pocos. Se trata de la defensa del Estado y no otro que del Estado constitucional, el único sistema político que posibilita el reconocimiento efectivo de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes. De ahí que la defensa del Estado, en último extremo por las armas, resulta un interés general de toda la comunidad política que exige la posibilidad de su efectiva realización. Por ello, en materia de defensa sigue advirtiéndose una centralización y concentración del poder a favor del Ejecutivo. Sin embargo, no puede eludirse un necesario control y limitación del poder del Ejecutivo sobre las armas para no caer en dinámicas a las que la historia nos ha tenido habituados, de ahí que entre los necesarios

¹⁷³³ Al respecto, ver lo afirmado en el epígrafe, "Derecho, la institución de la dictadura y los acantonamientos militares".

límites, el control parlamentario de la política de defensa devenga del todo indispensable y de este control es básicamente responsable del poder legislativo.

Como se vio, esta materia fue un objeto de especial atención en las Cortes de Cádiz, si bien, el máximo logro efectivo y constatable que quedaría ya para la evolución posterior fue la asunción por las Cortes del poder legislativo y presupuestario en materia militar que hasta entonces quedaba en manos del Rey¹⁷³⁴. La preocupación de entonces, la necesidad de limitar el empleo por el poder del Ejecutivo de la fuerza militar, sigue siendo objeto de reflexión en el presente. Sin embargo, la historia ha cambiado mucho: el peso del poder Ejecutivo monopolizado entonces por el Rey ya no tiene mucho que ver con el actual peso del poder Ejecutivo a tenor de la evolución política del siglo XX, ahora se trata de un poder Ejecutivo legitimado democráticamente. Además, como recordó un famoso político español, Montesquieu murió hace ya dos siglos y el principio de división de poderes si bien continúa manteniéndose en su espíritu, ha sido redefinido en el presente.

No cabe duda que la forma política española es la monarquía parlamentaria (art. 1. 3º CE) y el parlamento es el directo representante del pueblo español y aparte de otras funciones es a quien compete esencialmente el control del poder Ejecutivo (art. 66. 1º CE)¹⁷³⁵. Sin embargo esta primacía parlamentaria en el ámbito de la legitimación no se corresponde con la primacía en el campo de la acción política. Como constatan los tratadistas¹⁷³⁶, en España se ha

¹⁷³⁴ Ver al respecto lo afirmado con relación a la Constitución de 1812 en el epígrafe “Los poderes de las Cortes sobre la fuerza militar y las cuestiones de defensa”.

¹⁷³⁵ Artículo 66: “1º Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

2º Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.”

¹⁷³⁶ Entre otros, se sigue ahora a LÓPEZ GUERRA, Luis, “La posición del Gobierno en la Constitución española”, cit. págs. 353-354 y, en general sobre las repercusiones del Estado social sobre los postulados del Estado de Derecho, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 165-171.

seguido la clara tendencia registrada en Europa tras la Segunda Guerra mundial: el reforzamiento del Gobierno. Se ha subrayado su papel directivo e impulsor del funcionamiento y coordinación del conjunto de las instituciones. La dimensión social del Estado ha sido básicamente la causante de este fortalecimiento del Ejecutivo. Como a continuación se expone, a salvo de la competencia legislativa y presupuestaria de las Cortes -también mitigada por la fuerte presencia normativa del Ejecutivo- la posición del parlamento queda oscurecida casi por completo por la hegemonía del Gobierno en el ámbito militar. La Constitución ha dejado importantísimos resquicios para que se decida la intervención interior y exterior de las FAS sin la necesaria autorización previa de las Cortes, como a continuación se expone. Con intención o no, ésta ha sido la opción del constituyente español, que no veló en exceso por el siempre necesario control por las Cortes sobre un siempre temible Ejecutivo. Y este temor siempre debe producirse cuando se trata de la fuerza de las armas y del recuerdo histórico de un pasado que no debe repetirse nunca más en democracia.

b) El papel de las Cortes en materia de Defensa y las Fuerzas Armadas en nuestro sistema constitucional

Como Blanco Valdés afirma con acierto “La naturaleza democrática estará en claro retroceso tanto cuanto más el poder Ejecutivo ceda su terreno ante la cúpula de mando militar y tanto cuanto más el poder legislativo renuncie (o sea incapaz) de cumplir su función política de control del Gobierno y la Administración.”¹⁷³⁷. Entre nuestra doctrina, ha sido Oehling quien más recientemente indicó la importancia del control parlamentario de la política de defensa. No sólo se trata, como se acaba de afirmar, que el Ejecutivo civil asuma sus poderes en la defensa y sobre las Fuerzas Armadas, sino que es precisó que se dé un verdadero contrapeso a este poder por medio del poder legislativo. Siguiendo a Rose, Oehling subraya el

¹⁷³⁷ BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, cit., pág. 26.

papel presupuestario del parlamento, a la vez de la formulación de ideas y propuestas en la planificación de la defensa. Asimismo, advierte la importancia de la labor parlamentaria que resta opacidad a una materia de natural tendente al secretismo. También señala la aconsejable función de las Cortes de procurar un acercamiento de los temas de defensa a la sociedad. Y para que pueda operarse una labor parlamentaria verdaderamente efectiva, insiste en la necesidad de que los parlamentarios estén bien informados y conozcan en profundidad los temas de defensa, pues de lo contrario, o bien el parlamento acomete estas labores sin la responsabilidad necesaria, o bien se acaban confiando a los técnicos militares mitigando el control democrático de la defensa a cargo del legislativo¹⁷³⁸.

En virtud de la Constitución de 1978, y a diferencia de los dos últimos siglos, las instituciones civiles con legitimidad democrática (art. 1. 2º CE) son las que deben tomar las riendas en política militar y de defensa, pues toda legitimidad de la fuerza de las armas queda descartada. Tal y como se ha apreciado, la Institución militar se encuadra en la Administración militar (art. 97 CE), la competencia sobre defensa y Fuerzas Armadas reside exclusivamente en el Estado central (149. 1º. 4ª CE) y la dirección se atribuye al Gobierno (97 CE), amén del simbólico mando regio de las Fuerzas Armadas (art. 62 h)). Esta dirección del Ejecutivo se equilibra con la general potestad legislativa, presupuestaria y de control de las Cortes (art. 66 CE) que, obviamente, también incluye a la Administración militar y la defensa. De otra parte, la declaración de guerra si bien corresponde al Rey, precisa de la previa autorización de las Cortes Generales (art. 63. 3º CE). También su autorización previa se requiere tanto para los tratados que atribuyan el ejercicio de competencias soberanas (art. 93 CE) cuanto para los tratados o convenios de carácter militar (art. 94. 1. b)).

¹⁷³⁸ OEHLING, Hermann, Prólogo a la obra que él mismo coordina, *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. en concreto, págs. 29-34.

El poder legislativo, como se verá, también tiene atribuida una importante posición por cuanto a los estados excepcionales, situaciones que pueden comportar el empleo de las FAS. El artículo 116 CE establece no pocas garantías entre las que se encuentra la necesaria autorización *a posteriori* del Congreso del estado de alarma, precisa para su posible prórroga más allá de quince días. En el caso del estado de excepción la autorización es previa y al mismo Congreso corresponde la declaración del estado de sitio. Además, en estas dos últimas situaciones extraordinarias –en las que es posible la suspensión de derechos en virtud del art. 55 CE– corresponde al Congreso la fijación de su alcance territorial y objetivo, y por ende la determinación del empleo de las FAS en los términos que más tarde se aprecian. Por último cabe ya subrayar la autorización por mayoría absoluta del Senado para que el Gobierno adopte las medidas necesarias para obligar al cumplimiento forzoso por una o varias Comunidades Autónomas de las obligaciones que impone la Constitución o para la protección del interés general de España (art. 155. 1º CE). Éste es, el panorama que ofrece la ley de leyes de especial significación para el presente objeto de atención.

En principio, podría pensarse que la ley de leyes ha dado una respuesta a las exigencias democráticas al situar al legislativo como un fuerte contrapeso de la posición del Ejecutivo en defensa y Fuerzas Armadas. No obstante, los espacios que se confieren al Gobierno no son pocos, en detrimento de la posición de las Cortes.

Es menester tener en cuenta, de un lado, el desarrollo legislativo de la materia; de otro lado, es preciso observar algunos factores del todo indispensables que en algún sentido pueden desvirtuar este esquema constitucional. En primer lugar, cabe atender la realidad del papel que ha desempeñado el legislativo en la práctica. En segundo lugar, es menester señalar que aquello que tanto preocupase en Cádiz, la autorización previa de las cámaras para la declaración de la guerra, pese a satisfacerse en la Constitución es hoy una garantía que ha quedado en muy buena medida sin contenido, puesto las acciones

bélicas se practican sin esta formalidad, que parece haber pasado a la historia. Por último, en tercer lugar, se analiza la actual situación Constitucional y normativa relativa al empleo de las FAS en el interior, que no se circunscribe al estado de sitio que deben declarar las Cortes, como se verá.

c) La concreción legislativa de la posición constitucional de las Cortes en el ámbito de defensa y Fuerzas Armadas

El desarrollo legislativo de la ley de leyes respecto del papel de las Cortes en materia militar y de defensa pone de manifiesto una clara tendencia hacia la concentración de poder a favor del Ejecutivo. Respetando los mínimos fijados por la Constitución, se ha pretendido evitar en lo posible al legislativo de esta parcela. En el inicial proyecto del Gobierno de UCD de la Ley orgánica por la que se regulaban los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar ni siquiera incluía a las Cortes entre los órganos superiores de la defensa. Ello daría lugar a una dura batalla política a resultas de la cual sólo se lograría introducir a las Cortes entre tales órganos superiores, aunque prácticamente se les iba a atribuir las mínimas facultades que la ley de leyes imponía.

Así quedaría aprobado el artículo 6 de esta Ley orgánica 4/1980, de 1 de julio (LODNOM) en el que se señala que:

“Las Cortes Generales aprueban las leyes relativas a la defensa, los créditos presupuestarios correspondientes y ejercen el control de la acción del Gobierno y de la Administración Militar. Las Cortes Generales otorgan las autorizaciones previstas en el artículo 63.3 de la Constitución. Asimismo conceden la autorización previa para los tratados o convenios Internacionales de carácter militar, según lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución.”

A la vez, y ésta sería la única regulación que no reproducía lo expresamente señalado en la Constitución, se recogía en la segunda parte de este precepto que:

“Las Cortes Generales debatirán [no “aprobarán”] las líneas generales de la política de defensa y de los programas de armamentos con las correspondientes inversiones a corto, medio y largo plazo. Los efectivos totales de las Fuerzas Armadas y sus plantillas se ajustarán a las previsiones determinadas en las leyes especiales de dotación y a la Ley de Presupuestos, sin sobrepasar los límites que en ellas se fijan.”

Cabe apuntar con Blanco Valdés¹⁷³⁹ que esta segunda vertiente del papel del legislativo quedaría seriamente condicionada por el resto de lo dispuesto en la Ley. Y es que la composición y las dimensiones de las Fuerzas Armadas se derivan del Plan Estratégico Conjunto (PEC) propuesto por la Junta de Jefes del Estado Mayor y aprobado por el Gobierno (art. 22 LODNOM). Además, el artículo 25 de esta ley dispone que los efectivos totales de las Fuerzas Armadas han de ajustarse al Objetivo de Fuerza Conjunto (OFC) y las previsiones de las leyes especiales de dotaciones y presupuestos. En consecuencia, las facultades de las Cortes quedaban condicionadas por el PEC y el OFC de procedencia gubernamental, no parlamentaria¹⁷⁴⁰.

Lo más curioso es que la regulación de la posición de las Cortes en materia de defensa y Fuerzas Armadas se ha mantenido hasta la fecha, sin que afectase en nada la severa reforma de esta ley por el legislativo socialista en 1984. Y lo llamativo del caso es que se obviaba así la línea crítica que había mantenido el grupo socialista en la inicial ley de 1980. En la oposición, el grupo socialista nacional y catalán

¹⁷³⁹ BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, cit. sobre el tema, págs. 136-158.

¹⁷⁴⁰ Sobre el planeamiento de la defensa nacional, por todos, PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit. en concreto, págs. 175-195.

sostenían que si bien el Plan Estratégico Conjunto lo aprobase el Gobierno, dada su naturaleza que aconsejaba evitar el debate público, fuese aprobado por las Cortes el Objetivo de Fuerza Conjunto, aquel instrumento por el que se disponían los medios para alcanzar los objetivos señalados por el PEC¹⁷⁴¹. Sin embargo, aún gozando de amplias mayorías, el legislativo socialista no acometió esta reforma a la hora de llevar a cabo su profunda revisión del texto de 1980 cuatro años más tarde.

B) LA EVOLUCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LAS CORTES EN MATERIA MILITAR Y DE DEFENSA HASTA LA FECHA

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución y las leyes, resulta interesante acercarse someramente a la evolución registrada desde la entrada en vigor de la Constitución respecto de la actuación parlamentaria en materia militar y de Defensa. El análisis realizado por López Garrido hasta el año 1985 delataba que el control parlamentario respecto de la política de defensa fue muy débil, por no decir nulo¹⁷⁴². Sin embargo la actividad de las Cortes en todos los órdenes iba a registrar un paulatino despegue desde entonces hasta el presente.

El punto de inflexión sería la efectiva constatación de la supremacía civil sobre el poder militar operada desde 1984 y culminada en 1986, ya referida. El papel del legislativo, ya de por sí secundario, había quedado por necesidad completamente ensombrecido, en tanto que ni siquiera el Ejecutivo había hecho efectiva su dirección de la defensa y de las Fuerzas Armadas. Una vez operada efectivamente la supremacía civil, las Cortes habían de ocupar, al menos, su posición secundaria en virtud de la Constitución

¹⁷⁴¹ Así lo recuerda BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, cit., en concreto págs. 142-144.

¹⁷⁴² LÓPEZ GARRIDO, Diego, "Algunos datos sobre el control de las políticas de defensa y la Administración militar en el congreso de los Diputados, 1977-1986", en *Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 36, 1986, así cit. por Blanco Valdés, cit. págs. 155-158.

y del papel concretado en el artículo sexto de esta ley, que como se ha señalado, no fue modificada en esta parcela.

Desde entonces la actuación parlamentaria sobre defensa y Fuerzas Armadas se ha ido normalizando coincidiendo a la vez diversos factores que fomentarían el interés del legislativo sobre la defensa militar. En 1986 la ratificación por vía de referéndum de la integración española en la OTAN incrementó el interés político por la materia, que vería su reflejo en la actividad parlamentaria. También, desde 1985 no fueron pocas las leyes que se aprobarían para acercar la Constitución al mundo de los cuarteles, exigiendo una ardua labor legislativa¹⁷⁴³. Además, desde 1989 la cuestión del servicio militar había pasado al primer plano del debate político tras unas elecciones en las que el tema fue objeto de un claro mercadeo partidista¹⁷⁴⁴. A resultas de este interés surgió por consenso una amplia ley reguladora del servicio militar en 1991¹⁷⁴⁵ y un modelo mixto de Ejércitos.

Otro fenómeno del todo relevante que incrementó la labor de control parlamentario tendría su punto de partida más significativo en esta época: la participación española en misiones internacionales desde 1989¹⁷⁴⁶. La crisis del Golfo atrajo la atención y el control parlamentario y desde entonces, las misiones internacionales en las que quedarían inmersas las fuerzas españolas se incrementarían sensiblemente, en especial por la crisis de los Balcanes, que conllevaría el desplazamiento de importantes contingentes humanos y personales expuestos a peligros reales. Como consecuencia, la atención

¹⁷⁴³ Ley orgánica 12/1985, de 9 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar; Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar, Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional. Esta obra legislativa, como resulta obvio, exigía de una importante actividad parlamentaria

¹⁷⁴⁴ Entre otros, OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, "La privatización del deber militar: el servicio militar ... cit. en concreto, págs. 140-146.

¹⁷⁴⁵ Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar.

¹⁷⁴⁶ Con relación a estas misiones, cabe remitirse a su descripción contenida en el epígrafe "Desarrollo normativo y puesta en práctica de funciones armadas y no armadas en el exterior".

parlamentaria fue bien relevante al compás de la larga y convulsa evolución de los conflictos en la ex - Yugoslavia. Como se subrayó en su momento, cabe recordar que en la evolución de este conflicto, aviones españoles participaron en la ofensiva aérea dirigida en suelo bosnio para hacer cumplir las diversas Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sin que se diese una declaración de guerra por el Rey bajo la autorización previa de las Cortes (art. 63. 3º CE).

De otra parte, la integración de España en la estructura militar de la OTAN al inicio de la legislatura popular (1996-2000) volvería a llevar a las Cortes el debate sobre la defensa¹⁷⁴⁷. Durante esta legislatura la materia militar y de defensa pasaría de nuevo a ser objeto de una importante labor parlamentaria, ya por el importante proceso de enajenación de los bienes del Ministerio de Defensa que habría de ser controlado por la oposición parlamentaria, como, en especial, por el hito histórico de la profesionalización de las Fuerzas Armadas, emprendido desde el acto de investidura de 1996. A las importantes labores de la Comisión mixta creada al efecto¹⁷⁴⁸, habría que añadir el control parlamentario sobre todas las medidas del Ejecutivo para llevar a la práctica dicho proceso de profesionalización. En el marco legislativo tres leyes han sido aprobadas acompañando este proceso, con la consiguiente actividad parlamentaria¹⁷⁴⁹. De entre las mismas, especial atención pública y parlamentaria atraería la nueva ley reguladora del régimen del militar profesional que se aprobaría finalmente en mayo de 1999. Sin embargo, en su último período de elaboración el interés parlamentario en materia de defensa

¹⁷⁴⁷ La integración en la estructura militar se respaldó parlamentariamente por la Resolución del Pleno del Congreso de los Diputados el día 14 de noviembre de 1996.

¹⁷⁴⁸ Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado para establecer la fórmula y plazos para alcanzar la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas. Aprobado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados el 28 de mayo de 1998. Aprobado en sesión plenaria del Senado el 9 de junio de 1998. (BOCG nº 209, de 21 de mayo de 1998, págs. 2 y ss).

¹⁷⁴⁹ Se trata de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre; Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Militar Profesional y Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los Miembros de las Fuerzas Armadas.

fue acaparado casi por completo en razón de la crisis del Kosovo y la participación bélica española, actividad que es objeto concreto de atención en páginas siguientes.

V. Las facultades del Gobierno y de las Cortes respecto del empleo de las Fuerzas Armadas en el exterior y el interior

A) LA ACTUACIÓN DE LAS CORTES ANTE EL EMPLEO DE LAS FUERZAS ARMADAS POR EL GOBIERNO EN MISIONES BÉLICAS EN EL EXTERIOR. LA CONFLICTIVA POSICIÓN DE LAS CORTES ESPAÑOLAS EN LA CRISIS DE KOSOVO

Hasta la fecha la situación más relevante de empleo de las FAS en el exterior la ha supuesto la participación española en el conflicto de Kosovo. La atención del empleo de las FAS en el exterior con su potencial bélico se opera a continuación sobre el eje de este supuesto que nos ha deparado la experiencia histórica.

a) La participación española en el conflicto de Kosovo y las diversas dudas que se suscitan sobre la posición que desempeñaron las Cortes

El 24 de marzo, el secretario general de la OTAN, Javier Solana, daba la orden a sus mandos de activar la Operación “Fuerza Aliada”. Esa misma noche, los aviones aliados (entre los que se contaba con fuerzas españolas) comenzaron a bombardear Serbia en lo que suponía el primer conflicto bélico de España con otro país desde el establecimiento de la democracia, sin contar con la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU. Para ello, según se dijo en el Parlamento, el 21 de marzo el Presidente del Gobierno español había dado su consentimiento al Secretario General de la OTAN para el empleo de las Fuerzas Armadas españolas en la intervención militar en el momento que estimase oportuno¹⁷⁵⁰. El día 30 de este mes, el

¹⁷⁵⁰ Así lo afirmó el Presidente del Gobierno en su primera intervención en el Congreso tras los bombardeos, el día 30 de marzo: “el domingo 21 de marzo, el secretario general de la

Pleno del Parlamento español respaldó mayoritariamente la decisión aliada de intervenir en Serbia¹⁷⁵¹. A lo largo del conflicto planeó la posibilidad de una intervención terrestre, respecto de la cual el Presidente de Gobierno señaló que de llevarse a cabo tal intervención se “comparecería inmediatamente ante la Cámara”¹⁷⁵², esto es, tampoco se partía de la necesidad de su autorización previa. No obstante, la resolución del conflicto no hizo precisa la intervención terrestre.

Durante más de dos meses de conflicto bélico, la inmensa mayoría de los representantes de la nación en el Parlamento fueron favorables a las acciones emprendidas contra el régimen de Milosevic, con la única excepción del Grupo parlamentario federal de Izquierda Unida¹⁷⁵³. Sin embargo, este aplastante apoyo mayoritario no exime lo que podía suponer una vulneración de la posición constitucional de las Cortes. A este respecto, hay que formularse las siguientes preguntas: ¿en el caso de la Guerra de Kosovo, era precisa una declaración formal de guerra y, por ende, una previa autorización de las Cortes Generales para que España participase en las acciones

OTAN consultó con el presidente del Gobierno la necesidad de iniciar o no las operaciones. Dicho de otro modo, pidió la autorización de España para, en el supuesto de que fuese preciso, activar la decisión de intervención militar, decisión que le corresponde estrictamente al secretario general de la OTAN. Y el presidente del Gobierno de España dio esa autorización.” (Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 226, de 30 de marzo, pág. 12052 y ss).

¹⁷⁵¹ La misma se produjo en la sesión de 30 de marzo del Pleno del Congreso, en la que el Presidente del Gobierno compareció por primera vez desde que se iniciasen los bombardeos sobre Serbia. (Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 226, de 30 de marzo, págs. 12017 y ss). Cabe señalar que esta primera comparecencia no tenía por objeto central dar una explicación sobre las decisiones adoptadas por el Gobierno en el conflicto, sino que en principio se trataba de informar sobre la reunión del Consejo Europeo celebrada los días 24 y 25 de marzo de 1999 en Berlín.

¹⁷⁵² El tema se concretará posteriormente, la cita pertenece a la respuesta del Presidente el 12 de mayo a una pregunta oral sobre el particular (ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, IV Leg.* nº 238 , pág. 12688).

¹⁷⁵³ Sólo el Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida se mostró contrario a la participación española en el conflicto. Ello implica que sólo 18 diputados en el Congreso (un 5.14 %), se opusieron a la acción aliada (y ninguno en el Senado). Es decir, sólo un 3 % del total de los representantes de la nación fueron contrarios a la participación española en el conflicto kosovar.

aliadas?, ¿podía el Gobierno haber autorizado una intervención terrestre de nuestras tropas sin la autorización parlamentaria?

b) ¿Fue necesaria una declaración formal de guerra, con la preceptiva autorización previa de las Cortes?

Las unidades españolas que participaron en los bombardeos sobre Serbia iniciados el pasado 24 de marzo de 1999 no contaron con una previa autorización de las Cortes generales. En el seno parlamentario, el respaldo a la participación española en la acción de la OTAN no se dio hasta el día 30 de dicho mes, lo cual fue sujeto de crítica por relegar a una posición secundaria a las cámaras con relación al conflicto¹⁷⁵⁴. Durante todo el conflicto no se dio una declaración formal de guerra por el Rey, lo cual, hubiese exigido la previa autorización de las Cortes en virtud del artículo 63. 3º CE. En diversos medios políticos¹⁷⁵⁵ y doctrinales se ha estimado que la

¹⁷⁵⁴ Esta fue la posición básica adoptada por el principal partido en la oposición, PSOE, que si bien dio su respaldo a la participación española en los ataques aliados, esgrimió una severa crítica al Gobierno por tardar en comparecer ante el Congreso y ofrecer poca información a esta institución. Así, puede apreciarse, por ejemplo, en la primera comparecencia del Presidente del Gobierno ante el Congreso, replicada por el diputado socialista Borrell Fontelles, quien afirmó que el “Gobierno ha sido el último en dar una explicación improvisada y balbuceante sobre lo que estaba pasando en Kosovo. Es usted el último jefe de Gobierno europeo en comparecer ante su Parlamento”. (Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, VI leg. nº 226*, págs. 12023 y ss., cita de la pág. 12024).

¹⁷⁵⁵ El Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida ha sido, como en otros aspectos, el único grupo parlamentario que ha mantenido la inconstitucionalidad de la acción del Gobierno por la omisión de la preceptiva declaración de guerra señalada en el artículo 63. 3º CE. Como no podía ser de otra forma, el Gobierno negó la necesidad de tal declaración para el caso del Kosovo. Ya en la primera comparecencia del Gobierno ante el Parlamento (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión, nº 660*, sesión nº 38, 26 marzo de 1999, págs. 19200 y ss.), dos días después del inicio de los bombardeos, ante las críticas del diputado del Grupo federal de Izquierda Unida, el representante del Grupo parlamentario Popular, Fernández de Mesa Díaz del Río justificó que no se efectuase la declaración de guerra del artículo 63. 3º CE al considerar que de lo que se trataba era que “simplemente, un contingente internacional, el de la Alianza Atlántica, ha prestado apoyo a una unidad multinacional para tratar de resolver un conflicto que es conocido por todo aunque algunos cierren los ojos”, y que “lo que sí está claro es que [España] no ha hecho de manera unilateral ninguna declaración de guerra absolutamente a nadie”, se daba así a entender que la declaración de guerra sólo procede cuando se trata de una acción unilateral. Del mismo modo, el día 16 de abril, se rechazó la contravención del artículo 63. 3º CE al rechazarse la Moción de este mismo grupo político (nº 173/000137), en la cual se solicitaba (apartado 11) “realizar todas las

participación de España en la crisis kosovar fue inconstitucional porque no se dio la preceptiva declaración de guerra.

La cuestión reside en si constitucionalmente se puede llevar a cabo una acción bélica en el extranjero, que suponga materialmente estar en guerra sin que formalmente ésta sea declarada¹⁷⁵⁶. A juicio de Bastida “lo que está claro es que se está[ba] realmente en guerra y tales actuaciones precisan del marco jurídico formal de la declaración prevista en el artículo 63. 3 CE.”¹⁷⁵⁷ Por lo cual, este autor llega a afirmar que “las Cortes y no sólo el Congreso debieran preguntarse si no se está dando el supuesto de un conflicto de atribuciones con el

iniciativas legislativas oportunas para que el artículo 63 de la Constitución sea operativo y sean las Cortes Generales en sesión conjunta las que autoricen el envío de contingentes de fuerzas armadas españolas a zonas en conflicto y España no pueda participar en operaciones militares sin la declaración previa de guerra.” (*BOCG Congreso de los Diputados*, serie D, nº 417, fecha, 27 de abril, págs. 18-19). Asimismo, en la pregunta oral realizada al respecto por el representante de este mismo grupo parlamentario al Presidente del Gobierno, éste consideró que “El artículo 63 de la Constitución habla de unas declaraciones formales, que no están pensadas para este caso, en nuestra opinión.” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 238, 12 de mayo 1999, pág. 12688). El dirigente de este grupo político en el debate del estado de la Nación también recordó el incumplimiento de la Constitución por no tenerse en cuenta el artículo 63. 3º CE (sesión plenaria de 22 de junio de 1999, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 248, págs. 13215 y ss).

¹⁷⁵⁶ Hasta la crisis de Kosovo la cuestión de la necesidad de la declaración de guerra y la autorización previa de Congreso se pasó por alto para la mayoría de la doctrina. Inicialmente SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 2389-2390 afirmó tajantemente que “el paso hacia las intervenciones reales sólo puede hacerse mediante la puesta en práctica de los expedientes legalmente previstos: la guerra y el estado de sitio [es la relación Rey-Cortes Generales la que determina la puesta en marcha del dispositivo que terminará con la intervención de la Fuerza Armada[...] en todo caso, sólo puede haber una quiebra de los controles establecidos [en función de circunstancias de señalada excepcionalidad”. Con mayor brevedad, posición similar también fue defendida por SANCHEZ AGESTA, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, cit. págs. 254-255. Por el contrario, antes de la intervención en el caso kosovar, GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “La pena de muerte (artículo 15)”, e *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 36, 1992, págs. 183-184 señalaba la posibilidad de responder a una agresión externa sin declarar formalmente la guerra. Con mayor atención, Garrido López afirmó de forma más concreta la no exigencia de la declaración de guerra para acciones fuera de área, como más tarde se sigue GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas... cit., págs. 201-202.

¹⁷⁵⁷ Ver, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “Intervención militar en Serbia, 2º inconstitucionalidad” (166 líneas), <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=ind9905&L=debatescons&F=&S=&P=592>, (23/5/1999), en *Debate sobre los aspectos constitucionales de la intervención militar española en Serbia*, cit.

Gobierno en el sentido de los artículos 59. 3 y 73 y ss. de la LOTC.”¹⁷⁵⁸ La base de sus argumentos se encuentra en el análisis que hace este autor del empleo del término “guerra” en la Constitución. Esta palabra se emplea en tres ocasiones en la ley de leyes: además de incluirse en el artículo 63 CE se encuentra en el artículo 15 CE (“tiempos de guerra” para los que las leyes militares pueden incluir la pena de muerte¹⁷⁵⁹) y en el artículo 169 CE (durante el “tiempo de guerra” no se puede iniciar una reforma constitucional). A juicio de Bastida el concepto de “guerra” está vinculado en los tres preceptos, concluyendo que “guerra” en la Constitución es un concepto formal y no material, por lo que es precisa una declaración formal de guerra siempre que se de una acción bélica material que suponga una guerra.

De un parecer semejante es Ruiz Miguel, quien afirma la inconstitucionalidad de la intervención bélica española en Serbia y, para ello, “el argumento más fuerte, a mi juicio, está en el artículo 63 CE España no ha hecho una declaración de guerra.”¹⁷⁶⁰ Según este autor, la declaración formal de guerra constituye una *lex specialis* que debe cumplirse inexorablemente. En primer lugar, respecto de la *lex generalis* que constituiría el artículo 97 CE, que habilita al Gobierno a llevar a cabo la dirección de la política exterior, de la Administración militar y de la defensa. En segundo lugar, la norma general del artículo 94. 1º CE, que permite la adhesión a la OTAN, no implica una derogación del artículo 63. 3º CE. Por último, recuerda Ruiz Miguel que no fue precisa esta declaración en las distintas misiones humanitarias de las Fuerzas Armadas porque éstas no suponían un ataque y, en la misma dirección, en el caso de la Guerra del Golfo, nuestro país no participó en los ataques, sino que básicamente garantizó el bloqueo naval, lo cual no se puede considerar

¹⁷⁵⁸ *Idem.*

¹⁷⁵⁹ Sobre el tema, GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “La pena de muerte (artículo 15)”, cit.

¹⁷⁶⁰ Ver, RUIZ MIGUEL, Carlos, “Intervención militar en Serbia, 2º inconstitucionalidad” (100 líneas), <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=ind9905&L=debatescons&F=&S=&P=382>, (23/5/1999), en *Debate sobre los aspectos constitucionales de la intervención militar española en Serbia*, cit.

materialmente estar en guerra. Uno y otro autor omiten la participación española en las acciones militares emprendidas por la OTAN en Bosnia al amparo del Consejo de Seguridad de la ONU que, dicho sea de paso pasaron inadvertidas en general en nuestro país.

Ha sido Garrido quien ha rebatido los argumentos de Bastida y Ruiz Miguel, afirmando la constitucionalidad de la participación española en el Kosovo por lo que se refiere a una virtual declaración de guerra previa. Este autor no duda en afirmar que “la declaración de guerra no es requisito imprescindible para utilizar las Fuerzas Armadas en operaciones *fuera de área*”¹⁷⁶¹. Para fundamentar su posición recuerda que la declaración de guerra y la misma noción de estado de guerra son instituciones en crisis a las que los Estados recurren cada vez con menos frecuencia. Aunque tampoco se trata de un argumento constitucional, advierte que el ordenamiento y la práctica internacionales no vinculan el uso de la fuerza a la declaración formal de guerra¹⁷⁶². Desde el punto de vista

¹⁷⁶¹ Ver, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Intervención militar en Serbia”, cit. La posición que ahí sostuvo para el concreto caso del Kosovo es sustancialmente la misma que mantuviese en GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas... cit., págs. 201-202. Para este autor “la respuesta a este dilema ha venido dada” por la interpretación constitucional de por el legislador en el artículo 14 de la Ley orgánica 13/1985, de 13 de diciembre, por la que se aprobó el Código penal militar. Dicho precepto consideró que “tiempos de guerra” del artículo 15 CE exige la declaración formal de guerra, sino que tal situación se produce también con “la movilización de una guerra inminente, o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera”. De este modo, legislador excluyó que toda guerra material exija de su declaración formal. Así, Garrido concluye que “España no tiene obligación jurídica de declarar la guerra para que sus Fuerzas Armadas puedan defenderse de cualquier agresión protagonizada por potencia extranjera. No la tiene internacionalmente, y tampoco la tiene constitucionalmente, ya que, por un lado, las funciones constitucionales de defensa exterior no constituyen el supuesto de hecho del procedimiento de declaración diseñado en la artículo 63. 3, y, por otro, la locución “tiempos de guerra”, utilizada también en la Carta Magna e interpretada según la normativa internacional, presenta una significación más amplia que el estado declarado de guerra, siendo posible, por tanto, y la ruptura generalizada de hostilidades defensivas por decisiones exclusiva del Gobierno español.” A mi juicio, pese a que Garrido sigue un criterio restrictivo de “defensa”, tales afirmaciones pueden seguirse también para el caso kosovar.

¹⁷⁶² Así, Garrido saca a colación el artículo 51 de la Carta de la ONU, que permite responder a un ataque armado en legítima defensa sin necesidad de declaración de guerra, lo que, unido al hecho de la proscripción de la guerra ofensiva, conduce, en la práctica, a la presentación de cualquier acto bélico de un país contra otro como defensivo o necesario para su seguridad -aunque no lo sea ni remotamente-, no existiendo nunca por parte del agresor ni

constitucional que aquí interesa, reconoce que la causa de la confusión estriba en la carencia de un concepto constitucional de “guerra” mínimamente claro; la Constitución no especifica en qué supuestos procede la declaración de guerra, ni la conecta ni con los estados excepcionales ni con las funciones de las Fuerzas Armadas¹⁷⁶³. A su juicio, que aquí se comparte, no existe un concepto constitucional de guerra que derive de una lectura conjunta de los artículos 15, 63 y 169, pues las expresiones “tiempo” y “tiempos” de “guerra” poco tienen que ver con la “declaración de guerra”, de lo que se desprende que el constituyente no vinculó unas y otras, sino que, precisamente “quiso diferenciarlas y otorgarles distinto contenido”¹⁷⁶⁴. Por todo ello, niega la necesidad de que se dé una declaración formal de guerra en todas aquellas situaciones en las que nuestro país participe materialmente

del agredido declaración formal de guerra. De ahí que en los últimos treinta años, plenos de conflictos armados, casi no hayan existido guerras formalmente declaradas. Ver, *Ibidem*.

¹⁷⁶³ Recuerda el autor que tal vinculación se pretendió en la enmienda nº 697 presentada por el Grupo Parlamentario Comunista en el proceso constituyente. En esta dirección, cabe sumarse a la afirmación del profesor Bastida por cuanto reclama la necesaria regulación del estado de guerra, “pues la CE deja en una penumbra la situación más comprometida para la soberanía estatal cuando, de manera minuciosa, regula los estados de crisis de menor importancia (artículo 116 CE)”. En este sentido, el profesor de Oviedo pone de manifiesto las diversas dudas que existen sobre el particular. (Ver, Bastida Freijedo, Francisco J., “Intervención militar en Serbia, cit).

¹⁷⁶⁴ Para dar soporte a esta afirmación el autor esgrime dos argumentos: “En primer lugar, por el propio discurrir de los debates parlamentarios. En segundo, por la inexistencia de vinculación entre ambas situaciones en el ordenamiento y la práctica internacionales.” En este sentido, por cuanto al artículo 15 CE, Garrido recuerda que el artículo 2 del Protocolo número 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (criterio interpretativo del artículo 15 CE, en virtud del artículo 10. 2º CE) permite la aplicación de la pena capital tanto en “tiempo de guerra” como, incluso, ante “peligro inminente de guerra”, lo cual induce a pensar que la expresión constitucional poco tiene que ver con la declaración formal de guerra. Pero incluso, aunque se interpretara de esta forma restrictiva del artículo 15 CE, no tiene por qué conectarse este precepto con el 169 CE, pues precisamente la finalidad de éste último aconseja su interpretación en sentido amplio. Así, no debe ser reformada la Constitución cuando se produzca una situación material (no necesariamente formal) de guerra, dado que, según este precepto, la mera declaración de cualquiera de los estados excepcionales imposibilita una reforma constitucional. Así pues, no es posible afirmar la existencia de un concepto constitucional de guerra que se identifique con la declaración formal de la misma, argumento básico esgrimido por Bastida. Ver, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Intervención militar en Serbia... cit.

en una guerra, como fue en el caso del Kosovo¹⁷⁶⁵. En consecuencia, no fue inconstitucional que las Cortes no asintieran previamente a la participación española en el conflicto, sin perjuicio del necesario papel constitucional que correspondía a los representantes de la nación a lo largo del transcurso de la crisis kosovar.

Cuestión diferente es que el legislador hubiese estimado oportuno exigir la declaración formal de guerra a la que se refiere el artículo 63. 3º CE para el caso de que se vayan a llevar a cabo operaciones bélicas contra otro país¹⁷⁶⁶. En este sentido, cabe señalar que actualmente sólo se contiene una previsión legal de la necesidad de “informar” al Congreso para el caso de que militares de reemplazo formen parte de unidades destinadas a misiones en el exterior con empleo de la fuerza¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁵ Así, afirma que “estimo que el Gobierno, con el control político de las Cortes, puede disponer de los Ejércitos en la esfera internacional en la forma, el momento y el lugar que estime pertinentes en ejercicio de las misiones constitucionales que tiene encomendadas o en cumplimiento de las obligaciones militares que se deriven de los tratados o convenios suscritos válidamente por España.” *Ibidem*. A lo que cabría añadir, a mi entender, siempre que tales obligaciones militares se estimen constitucionalmente admisibles, pues, como se vio con anterioridad, aunque laxas, tanto el Preámbulo constitucional cuanto, en especial, el artículo 8 CE, implican diversas exigencias en este sentido.

¹⁷⁶⁶ En este sentido, cabe mencionar, de nuevo, la mencionada Proposición de Ley 122/000274, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1980, presentada por el Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida, el 11 de mayo de 1999 (*BOCG, Congreso*, 24 de mayo de 1999, Serie B, nº 306-1, págs. 1-2). En la misma, se proponía como tenor del apartado cuarto del artículo 6 que “Cualquier actuación mediante aplicación de la fuerza armada sobre otro Estado exigirá la declaración de guerra previa de España a dicho Estado.” Dicha Proposición fue admitida a trámite, aunque más tarde caducó sin llegar a deliberación alguna.

¹⁷⁶⁷ Así se dispone en el artículo 27 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del servicio militar: “Cuando excepcionalmente unidades en las que estén destinados sean asignadas a misiones con utilización exterior de la Fuerza, el Gobierno informará al Congreso de los Diputados.” A este respecto hay que advertir que algunos de los buques de la Armada (“Aragón” y “Pizarro”) destinados a transporte a las zonas del conflicto contaban con un pequeño número de personal de reemplazo. No sucedió así con las tropas terrestres allí desplazadas. (Así se desprende de las respuestas a las preguntas 184/027223 y 184/027224 formuladas para respuesta escrita por el representante de Izquierda Unida, Ver, *BOCG, Congreso*, serie: D, número 469 de 22 de julio de 1999, pág. 113).

c) *¿Hubiese sido preceptivo el consentimiento previo de las Cortes para una intervención terrestre?*

En la primera comparecencia en el Congreso del Presidente del Gobierno tras los bombardeos de la Alianza, éste se comprometió a someter al Congreso los criterios que deben seguirse en una operación como la que se estaba llevando a cabo en el Kosovo¹⁷⁶⁸. Sin embargo, este compromiso quedó en el olvido más adelante. Así, la consulta previa al Congreso para llevar a cabo una intervención terrestre fue objeto de una pregunta oral concreta al Presidente del Gobierno, formulada por representante del Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida. El Presidente del Gobierno se limitó a contestar que ante la hipótesis de la intervención terrestre, el Gobierno “comparecerá inmediatamente ante la Cámara”. Ante las críticas en la réplica por la indefinición de la respuesta, el Presidente únicamente añadió la disposición del Gobierno de comparecer e informar a las Cortes (*a posteriori*), con lo cual se hubiera visto violado el compromiso inicialmente suscrito el 30 de marzo.¹⁷⁶⁹

Asimismo, sobre el particular hay que hacer referencia también dos proposiciones no de ley ante el Pleno del Congreso por parte del Grupo Socialista y del Grupo mixto, en las mismas se instaba al gobierno a reforzar la posición del Congreso ante la posibilidad de enviar tropas terrestres a la zona con fines bélicos exigiendo una autorización previa del Congreso para ello¹⁷⁷⁰. Ninguna de ellas tuvo éxito¹⁷⁷¹.

¹⁷⁶⁸ Concretamente se ofreció para que “se realice el correspondiente debate y resolución parlamentaria. Por tanto, el Gobierno comparecerá ante la Cámara para exponer sus criterios en relación con lo que debe ser la participación española en este tipo de operaciones, la participación española en la definición del nuevo concepto estratégico de la Alianza, que puede dar lugar a estas intervenciones, promoviendo el mayor consenso parlamentario sobre la base de las resoluciones votadas por esta Cámara.” (Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 226, de 30 de marzo, págs. 12052-12053)

¹⁷⁶⁹ Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 238, 12 de mayo de 1999, pág. 12688.

¹⁷⁷⁰ En la propuesta socialista, presentada el 10 de mayo de 1999, se instaba al Gobierno “1. A establecer mecanismos formales de consulta permanente a los Grupos Parlamentarios sobre las decisiones que deba adoptar el Gobierno ante el conflicto de Kosovo” así como “2. A remitir a la Cámara una Comunicación sobre el eventual envío de fuerzas terrestres españolas

¿Hubiera sido constitucionalmente preciso un consentimiento previo de las Cortes¹⁷⁷²? Siguiendo los argumentos anteriores, no. Sin embargo, hay que estar con Pérez Royo cuando se pregunta “¿Puede

a Kosovo. Con carácter previo a que éstas sean formalmente comprometidas. Dicha Comunicación, que dará lugar a debate y ulterior Resolución, contendrá los objetos, términos, mandato, coste previsto y duración de la participación española.” (BOCG, Congreso, 14 de mayo de 1999, serie D, nº 429).

La segunda proposición no de ley se presentó a instancia de los diputados de Nueva Izquierda e Iniciativa per Catalunya-Verds, el 18 de mayo. En la misma se instaba al Gobierno en su punto tercero a “Solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de decidir la implicación de fuerzas terrestres en el conflicto de los Balcanes.” (BOCG Congreso, serie D nº 435)

¹⁷⁷¹ Tales proposiciones fueron más tarde enmendadas en virtud del desarrollo de los acontecimientos y más tarde rechazadas el 16 de junio, ver, BOCG Congreso serie D nº 441.

¹⁷⁷² Es menester recordar que en la primera comparecencia en el Congreso del Presidente del Gobierno tras los bombardeos de la Alianza, el Presidente se comprometió a someter al Congreso los criterios que deben seguirse en una operación como la que se estaba llevando a cabo en el Kosovo, concretamente se ofreció para que “se realice el correspondiente debate y resolución parlamentaria. Por tanto, el Gobierno comparecerá ante la Cámara para exponer sus criterios en relación con lo que debe ser la participación española en este tipo de operaciones, la participación española en la definición del nuevo concepto estratégico de la Alianza, que puede dar lugar a estas intervenciones, promoviendo el mayor consenso parlamentario sobre la base de las resoluciones votadas por esta Cámara.” (Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 226, de 30 de marzo, págs. 12052-12053)

Este compromiso parece que quedó en el olvido más adelante. En este sentido, la consulta previa al Congreso para llevar a cabo una intervención terrestre fue objeto de una pregunta oral concreta al Presidente del Gobierno, formulada por el diputado Alcaraz Masats, que representaba al Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida, el tenor de la pregunta fue: “¿piensa usted pedir autorización a las Cortes Generales en caso de que España pretendiera participar en una intervención terrestre en el conflicto de Yugoslavia?”, el Presidente del Gobierno se limitó a contestar que ante esa hipótesis, el Gobierno “comparecerá inmediatamente ante la Cámara”, ante las críticas en la réplica por la indefinición de la respuesta, el Presidente únicamente añadió la disposición del Gobierno de comparecer e informar a las Cortes (*a posteriori*), con lo cual se hubiera visto violado el compromiso inicialmente suscrito el 30 de marzo. (Ver, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg.*, nº 238, 12 de mayo de 1999, págs. 12688 y ss).

Asimismo, sobre el particular, hay que hacer referencia, también, a la Proposición no de Ley ante el Pleno del Congreso por parte del Grupo Socialista del Congreso (nº 162/000374), sobre mecanismos de consulta y decisión en relación con el conflicto de Kosovo, presentada el 10 de mayo de 1999 (BOCG, Congreso, 14 de mayo de 1999, serie D, nº 429, págs. 6 y ss). En la misma se instaba al Gobierno “1. A establecer mecanismos formales de consulta permanente a los Grupos Parlamentarios sobre las decisiones que deba adoptar el Gobierno ante el conflicto de Kosovo” así como “2. A remitir a la Cámara una Comunicación sobre el eventual envío de fuerzas terrestres españolas a Kosovo. Con carácter previo a que éstas sean formalmente comprometidas. Dicha Comunicación, que dará lugar a debate y ulterior Resolución, contendrá los objetos, términos, mandato, coste previsto y duración de la participación española.” La proposición no ha sido debatida y dado el desarrollo final del conflicto, puede pensarse que quedará olvidada.

alguien en su sano juicio pensar que una acción de guerra de las Fuerzas Armadas puede producirse sin la intervención del órgano en el que descansa todo el proceso de legitimación democrática del Estado?"¹⁷⁷³ El desconocimiento de las Cortes por el Gobierno ante una cuestión de esta naturaleza resultaría contrario al sistema político diseñado por la Constitución. Cabe recordar aquellas palabras de Argüelles que a principio del siglo XIX y en directa relación con el tema señalaba que era preciso atribuir al Congreso unas "facultades que tampoco una nación libre puede delegar sino al cuerpo de sus representantes"¹⁷⁷⁴.

Ahora bien, nos situaríamos de nuevo en el terreno político que la propia ley de leyes diseña, en el cual las Cortes tienen la posibilidad de controlar al Gobierno y exigir su responsabilidad política. Del mismo modo, es el legislador quien tiene en su mano la posibilidad de diseñar un sistema legal de participación de las Cortes para el caso de las diversas acciones bélicas que el Gobierno pueda decidir¹⁷⁷⁵, con independencia de la declaración formal de guerra que, como se ha visto, no es preceptiva. La situación constitucional actual de España conduce a que nuestras tropas podrían haberse visto implicadas en una operación militar terrestre sin que los representantes de la nación hubieran dado su visto bueno. Una vez pasado el ruido del combate y la convulsión política inherente al mismo, debiera plantearse seriamente la necesidad de establecer las garantías constitucionales y/o legales adecuadas para evitar fenómenos de este tipo.

¹⁷⁷³ Ver, PÉREZ ROYO, Javier, "Una interpretación absurda", cit.

¹⁷⁷⁴ ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 123, ya cit.

¹⁷⁷⁵ Así, en la mencionada Proposición de Ley del Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida, de reforma del artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1980, se contenía la necesaria autorización previa de las Cortes generales para el empleo de las Fuerzas Armadas en otros Estados en los casos de actuaciones en cumplimiento del diversos compromisos internacionales (apartado tercero, letras *b*) y *c*) del artículo 6 propuesto. Asimismo, en dicha proposición (apartado sexto del artículo propuesto), se contemplaba que, en todo caso, "Cuando en cualquiera de los supuestos enunciados en este artículo, las Fuerzas Armadas Españolas operen fuera del territorio nacional o se ceda éste para operaciones militares, el Gobierno dará cuenta semanalmente en la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados de la situación de nuestras fuerzas destacadas, del desarrollo del conflicto y de la política a seguir por el ejecutivo."

d) ¿Fue inconstitucional la desatención de las Cortes por el Gobierno?

Por lo que se refiere a la posición desempeñada por el Parlamento a lo largo de la crisis, desde distintos sectores políticos se criticó la desatención de las Cortes por el Gobierno. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional esta minusvaloración sólo podría considerarse como *inadecuada* al tenor de la posición que la ley de leyes otorga a las Cortes generales. De este modo, la posible actuación del Gobierno durante la crisis podría criticarse desde el punto de vista de la responsabilidad política –que el Congreso estima, *ex* artículo 108 CE- pero no desde la estricta perspectiva constitucional ni tampoco legal en virtud de la actual regulación sobre la materia.

En este sentido, cabe hacer mención de lo que puede considerarse como el desconocimiento del Gobierno del acuerdo unánime de la Cámara del 24 de octubre de 1995, en el que se recogía que para que el Ejército español efectuara misiones fuera de las fronteras españolas era preciso actuar bajo el mandato de las Naciones Unidas en misiones de humanitarias o de mantenimiento de la paz¹⁷⁷⁶. Es difícil sostener que la actuación española en Serbia no supusiese una contravención de dicho acuerdo¹⁷⁷⁷, lo cual, en todo caso, no significa que se

¹⁷⁷⁶ Dicho acuerdo ha sido recordado en reiteradas ocasiones por el Grupo parlamentario de Izquierda Unida, ya desde las primeras comparecencias del Gobierno, por medio del Ministro de Defensa en la Comisión de Defensa, o días más tarde del Presidente ante el Pleno, ya en el Debate sobre el estado de la Nación, ya en la pregunta al Gobierno para respuesta escrita de nº 184/027242.

¹⁷⁷⁷ Los argumentos esgrimidos por el Gobierno respecto de la contravención de la Resolución del Pleno de Congreso de 24 de octubre de 1995 no parecen muy sólidos. Las respuestas han consistido en afirmar que dicho acuerdo era relativo a una propuesta de modificación de la ONU y los nuevos principios que debían regir para ésta y no era un acuerdo relativo a una actuación como la del Kosovo (Presidente del Gobierno, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno nº 226, sesión plenaria nº 218 de 30 de marzo de 1999, págs. 12. 017 y ss). También se ha afirmado que aquel acuerdo exigía actuar bajo la autoridad de la ONU en las misiones para el mantenimiento de la paz, siendo que en esta ocasión se trataba de una misión diferente, para “hacer la paz” (Presidente del Gobierno, *BOCG Congreso*, nº 230, 20 de abril de 1999, pág. 12. 246). La pregunta para respuesta escrita del Diputado del Grupo de Izquierda Unida expresamente referida al respeto de este acuerdo parlamentario (nº 184/027242), fue contestada con otras preguntas sin atenderse al objeto

vulnerase la Constitución ni ley alguna. Sin duda, el desconocimiento de tal decisión del Congreso fue un buen motivo para que se hubiese exigido responsabilidades políticas al Gobierno; no obstante, el amplio apoyo *a posteriori* de los representantes de la nación a las medidas adoptadas por el Gobierno, puede considerarse que cerró esta vía¹⁷⁷⁸.

e) La actividad de las Cortes respecto de la crisis en Kosovo

Como se ha explicado, las facultades de las Cortes ante la crisis del Kosovo quedaron prácticamente relegadas al control de la actuación del Gobierno. En este sentido cabe señalar que hasta la fecha no han sido pocas las actividades parlamentarias que sobre la materia se han dado, esencialmente en el Congreso.

Respecto de esta cámara, en primer lugar cabe señalar que han sido cuatro las comparecencias del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso relativas al conflicto del Kosovo y a la participación de las Fuerzas Armadas españolas en el mismo, tres de ellas directamente imbricadas en la materia¹⁷⁷⁹. En una ocasión los Ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa comparecieron conjuntamente ante el Pleno¹⁷⁸⁰, como también lo hizo el Vicepresidente del Gobierno en el Pleno en razón de las cuestiones

concreto de la cuestión (Ver, *BOCG, Congreso*, serie: D, número 469 de 22 de julio de 1999, pág. 108).

¹⁷⁷⁸ En este sentido Ver, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Intervención militar en Serbia... cit.

¹⁷⁷⁹ Así, la primera comparecencia, muy criticada por su tardanza con relación al resto de los países de Europa tuvo lugar cinco días después del inicio de los bombardeos, el 30 de marzo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. n° 226*). La segunda, tras la cumbre de la OTAN en Washington se celebró el 4 de mayo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados VI leg. n° 236*). El 16 de junio tuvo lugar la última comparecencia del Presidente centralmente relativa al conflicto kosovar que había dado a su fin, con el objeto de informar sobre la paz alcanzadas (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. n° 249*). De forma indirecta se abordó el tema de Kosovo en su comparecencia en el Pleno del Congreso el día 15 de diciembre, en la cual el Presidente informaba sobre el Consejo Europeo de Helsinki en la cual se habían adoptado importantes decisiones en materia de defensa europea, en buena medida en razón de la participación en el conflicto balcánico (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. n° 281*).

¹⁷⁸⁰ Así sucedió el 21 de abril (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. n° 231*).

originadas por la ayuda humanitaria a los refugiados¹⁷⁸¹. Más numerosas fueron las comparecencias en las comisiones de Exteriores y de Defensa. En tres ocasiones lo hizo el Ministro de Defensa¹⁷⁸², el mismo número que el titular de la cartera de Asuntos Exteriores¹⁷⁸³. Al margen de los ministros del ramo, el Secretario de Estado para la Cooperación internacional y para Iberoamérica ha comparecido en dos ocasiones en Comisión abordando temas relativos al conflicto, la participación española y la ayuda humanitaria¹⁷⁸⁴.

En segundo lugar, por lo que toca al amplio abanico de actividades del Congreso motivadas por la crisis del Kosovo y sus consecuencias, cabe señalar que se dio una proposición de ley, que decaería por caducidad¹⁷⁸⁵. Hubo, asimismo, una decena de proposiciones no de ley de las que sólo dos fueron aprobadas¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸¹ Dicha comparecencia tuvo lugar el 28 de abril (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. n° 234*).

¹⁷⁸² El Ministro de Defensa protagonizó la primera comparecencia del Gobierno, dos días después del inicio de los bombardeos de la OTAN, el 26 de marzo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión, n° 660*). Más tarde lo haría de forma conjunta con el Ministro de Asuntos Exteriores el 6 de abril (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión VI leg., n° 662*). Su última comparecencia sobre el tema se dio el 19 de mayo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión VI leg., n° 697*).

¹⁷⁸³ El Ministro de Asuntos Exteriores compareció en Comisión por primera vez con el Ministro de Defensa el 6 de abril (cit. supra), más tarde el 17 de junio (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión VI leg., n° 715*). Tras el verano, compareció en Comisión el 14 de septiembre, si bien esta vez con relación a la crisis de Timar oriental, aunque el debate versó en muy buena medida sobre la actuación de la OTAN en Kosovo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión VI leg., n° 743*). Por último, también el Ministro de Asuntos Exteriores compareció en Comisión el 16 de diciembre para informar de las situación albanokosovar y las tropas españolas allí desplazadas (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión VI leg., n° 823*).

¹⁷⁸⁴ Así el día 18 de mayo, compareció en Comisión el Secretario de Estado para la Cooperación internacional y para Iberoamérica con relación a los problemas de la ayuda humanitaria prometida por el Gobierno, también este alto cargo compareció por los mismos motivos el 8 de junio (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión VI leg. n° 444*). Por último, en relación al fin del embargo sobre Yugoslavia así lo hizo el 15 de diciembre (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión VI leg. n° 888*).

¹⁷⁸⁵ Se trata de la ya referida proposición de ley de modificación de la LODNOM presentada el 11 de mayo y calificada el 18 de este mes, que fue publicada en el BOCG, Congreso, Serie B, n° 306-1).

¹⁷⁸⁶ Así, el 10 de mayo (BOCG serie D n° 429) se presentó la proposición no de ley por el Grupo Socialista sobre mecanismos de consulta y decisión en relación con el conflicto de Kosovo, a la que ya se ha hecho referencia.

También fueron presentadas dos propuestas de resolución¹⁷⁸⁷ y tres interpelaciones urgentes¹⁷⁸⁸. Por cuanto a las preguntas parlamentarias al Gobierno, cabe señalar que trece fueron de carácter oral, tres de ellas al Presidente del Gobierno¹⁷⁸⁹ y el resto a los ministros del

Inicialmente causada por una interpelación urgente por el Grupo de Izquierda Unida el 14 de abril, el 3 de mayo se presentaron dos proposiciones no de ley por el Grupo Mixto (a cargo del Bloque Nacionalista Gallego, Iniciativa per Catalunya y Nueva Izquierda, -BOCG serie D nº 421-). El 12 de mayo, en Comisión se debatieron tales proposiciones y diversas enmiendas a las mismas. Finalmente, se aprobó por unanimidad una proposición no de ley en el sentido de reforzar la vía política y diplomática para alcanzar una solución al conflicto. (BOCG serie D nº 434).

El 11 de mayo se debatió la proposición de ley presentada por el Grupo de Izquierda Unida en relación con la creación de la zona militar especial de Canarias, la misma fue aprobada por unanimidad, si bien, se presentó con la única intención de debatir la actuación española en la crisis del Kosovo, tal como sucedió, en las que se demandaba la vía diplomática y política como solución del conflicto. Dichas proposiciones fueron rechazadas. (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. nº 237*).

El Grupo socialista presentó el 17 de mayo (BOCG serie D nº 430) una proposición no de ley relativa a la aprobación de un crédito extraordinario para ayuda humanitaria integral, que fue rechazada en Comisión el 1 de junio (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión, VI leg. nº 441*). El 18 de mayo se presentaron proposiciones no de ley para debate en Pleno y Comisión por diversos partidos del Grupo Mixto (BOCG serie D nº 435) y el 16 de junio, ante la evolución del conflicto, se rechazaron tales proposiciones que ya habían sido enmendadas (BOCG serie D nº 441). El 29 de junio, los mismos partidos del grupo mixto presentaron una autoenmienda a aquéllas, que no llegarían a debatirse finalmente (BOCG serie D nº 454).

¹⁷⁸⁷ Se trata del mecanismo arbitrado en virtud del artículo 197 del Reglamento, fueron las Propuestas nº 12 y 85, formuladas el 20 de junio, que traían por causa el debate sobre el estado de la Nación que iba a celebrarse dos días después (BOCG serie D nº 455).

¹⁷⁸⁸ Las dos primeras fueron presentadas por el Grupo de Izquierda Unida. La primera, presentada el 14 de abril, fue rechazada el 20 de abril (BOCG serie D nº 412), si bien, como se ha señalado, fue el origen de la proposición no de ley que fue aprobada por unanimidad el doce de mayo. La segunda, siendo relativa al plan de paz propuesto por el G-7, dio lugar a un debate en Pleno el 19 de mayo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. nº 241*). La tercera interpelación urgente fue presentada por el Grupo Popular, en la misma se demandaba información al Gobierno sobre las tareas desarrolladas por las tropas españolas en la KFOR, dio lugar al debate en Pleno del 24 de noviembre de 1999. (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, VI leg. nº 276*).

¹⁷⁸⁹ Se trata de la pregunta formulada el 21 de abril, sobre muertos, desplazados y destrucción de material en Yugoslavia (Grupo de Izquierda Unida, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. nº 231*); la formulada el 12 de mayo, sobre la autorización de las Cortes para una intervención terrestre (Grupo de Izquierda unida, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. nº 238*) y, por último, las dos preguntas de 26 de mayo, la primera versaba sobre las medidas para poner en marcha el plan de paz (Grupo Izquierda Unida) y la segunda fue relativa a la acogida en territorio nacional de refugiados kosovares (Grupo Popular, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno VI leg. nº 243*).

ramo¹⁷⁹⁰. Las preguntas para respuesta escrita han sido hasta la fecha ciento veintiuna, y cabe reseñar que noventa y siete de ellas fueron formuladas por el Grupo parlamentario de Izquierda Unida¹⁷⁹¹.

A todas estas actividades parlamentarias directamente atinentes a la crisis del Kosovo y sus consecuencias cabe añadir la importancia que este tema adquirió en el Debate del estado de la Nación celebrado el 22 de junio¹⁷⁹². Asimismo, por cuanto a las repercusiones económicas de la participación española, resultan del todo interesantes tanto las comparecencias de altos cargos en Comisión relativas al gasto de defensa en el Presupuesto del año 2000, en las que el tema de Kosovo fue sacado a relucir de modo constante¹⁷⁹³, así como en los informes de tales comisiones y las deliberaciones en Pleno¹⁷⁹⁴. Por último, cabe hacer mención del Proyecto de ley presentado por el Gobierno el 29 de diciembre de 1999, con el fin de satisfacer las necesidades económicas surgidas en virtud de la participación española, proyecto que no ha tenido ocasión de tramitarse dada la disolución de las Cámaras¹⁷⁹⁵.

A diferencia de la actividad del Congreso relativa a la crisis del Kosovo, el Senado se ha mostrado mucho menos activo sobre el particular. El Ministro de Defensa comparecería ante el Pleno en dos

¹⁷⁹⁰ Diez preguntas directamente relativas a la crisis del Kosovo fueron contestadas en Pleno o Comisión los días 1, 14, 21 y 27 de abril, 12 y 19 de mayo y 24 de junio. Los días 15 y 21 de septiembre, dos preguntas relativas a la crisis en Timor oriental centraron el debate, indirectamente, sobre las consecuencias de la actuación de la OTAN en Kosovo.

¹⁷⁹¹ De las mismas, noventa y seis fueron publicadas en el en el BOCG serie D nº 427. Las respuestas se dieron de forma espaciada en el tiempo.

¹⁷⁹² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno*, VI leg. nº 248, sobre el particular, págs. 13215 y ss. con relación a las críticas del representante del Grupo de Izquierda Unida y la contestación del Presidente del Gobierno.

¹⁷⁹³ En este sentido, se hace referencia a sendas comparecencias de 5 y de 7 de octubre y la discusión en las mismas (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión*, VI leg. números 761 y 769, respectivamente).

¹⁷⁹⁴ Análisis de los dictámenes de las comisiones sobre el Proyecto de ley de presupuestos del año 2000, en el pleno, 17 de noviembre (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno*, VI leg. nº 276).

¹⁷⁹⁵ Ver, BOCG, Congreso, Serie A, número 193-1, de 29 de diciembre.

ocasiones¹⁷⁹⁶ y una vez el Ministro de Exteriores¹⁷⁹⁷. En Comisión lo harían ambos de modo conjunto el 21 de abril¹⁷⁹⁸, y en solitario el Ministro de Asuntos Exteriores el 18 de junio¹⁷⁹⁹. Asimismo, dos secretarios de Estado de este Ministerio comparecerían en Comisión en dos ocasiones¹⁸⁰⁰. De otra parte, en el Senado hubo una interpelación¹⁸⁰¹, así como cuatro preguntas orales¹⁸⁰² y una escrita de la que se tenga noticia¹⁸⁰³. Esta escasa actividad se explica tanto por el papel secundario que usualmente desempeña esta cámara, cuanto por la ausencia en la misma de grupos parlamentarios que fueron los que se mostraron en el Congreso especialmente beligerantes con el Gobierno, lo cual explica la importante actividad parlamentaria es ésta cámara, a diferencia del Senado.

¹⁷⁹⁶ En concreto, el 14 de abril y el 23 de junio, *Diario de Sesiones del Senado, Pleno*, números 127 y 136 respectivamente.

¹⁷⁹⁷ Lo haría el 26 de mayo, *Diario de Sesiones del Senado, Pleno*, nº 132.

¹⁷⁹⁸ *Diario de Sesiones del Senado, Comisión*, nº 422.

¹⁷⁹⁹ *Diario de Sesiones del Senado, Comisión*, nº 314.

¹⁸⁰⁰ En la primera, de 8 junio, compareció el Secretario de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica, con relación a la ayuda a los refugiados (*Diario de Sesiones del Senado, Comisión*, nº 444). En la segunda, de 10 de noviembre, lo hizo el Secretario de Estado de Política Exterior y para la Unión Europea para informar sobre el acuerdo de paz en Kosovo y las decisiones adoptadas en torno a los planes de reconstrucción económica de la zona (*Diario de Sesiones del Senado, Comisión*, nº 512).

¹⁸⁰¹ Interpelación por parte del Grupo socialista relativa a la cumbre de la OTAN, (*Diario de Sesiones del Senado, Pleno*, nº 134).

¹⁸⁰² Todas fueron formuladas en Pleno, Así, la primera por parte del Grupo Socialista al Ministro de Defensa en su comparecencia de 14 de abril sobre el momento previsto por el gobierno para informar al senado del conflicto armado en Yugoslavia (*Diario de Sesiones del Senado, Pleno*, nº 127). Al Ministro de Asuntos Exteriores se formularon dos preguntas también por parte del Grupo Socialista el 26 de mayo (*Diario de Sesiones del Senado, Pleno*, nº 132) relativas a la información al parlamento ante una intervención terrestre y sobre la ayuda humanitaria. La última pregunta oral fue formulada por parte del Grupo Popular, al respecto de las misiones del contingente español bajo mando italiano, el 23 de junio (*Diario de Sesiones del Senado, Pleno*, nº 136).

¹⁸⁰³ Únicamente se ha advertido la pregunta para respuesta escrita surgida del Grupo socialista, relativa a los aviones F-18, contestada el 13 de diciembre (*BOCG Senado Serie I* nº 798).

f) Algunas propuestas para reforzar la posición de las Cortes respecto del empleo de las Fuerzas Armadas en operaciones bélicas en el exterior

Como se ha seguido, el principio de necesidad -la necesidad de la defensa del Estado constitucional- ejerce un poder centrípeto en la distribución de poderes a favor del Ejecutivo. Ello es preciso, como también lo es un papel importante de las Cortes en esta parcela. Por supuesto que la actual situación democrática es incomparable con tiempos pasados, pero los recientes acontecimientos han puesto de manifiesto los peligros de la actual situación constitucional y legal por lo que toca al empleo de las FAS fuera del control previo del parlamento. Ello se debe, como se ha visto, al total vaciamiento de la autorización previa de las Cortes para la declaración formal de guerra. Al desfasarse esta formalidad, y más en el actual estado de internacionalización de la defensa, nos quedamos sin aquella garantía que tanto preocupase en las constituyentes de Cádiz. Ciertamente es que los temores de entonces frente al Rey poco tenían que ver con los temores a un Ejecutivo legitimado democráticamente, pero, especialmente en España, la historia no nos permite confiarnos de un modo despreocupado al Gobierno.

Una vez remitido el ruido de los misiles, es momento de reflexionar seriamente sobre el papel que deben jugar las Cortes en el caso que sea precisa una acción bélica de nuestras Fuerzas Armadas. No parece lógico que en un sistema democrático el Gobierno tenga la libertad actual para decidir el empleo de los Ejércitos en el exterior, con las graves consecuencias que ello siempre conlleva. Una reforma constitucional, tan difícil en un país temeroso de abrir la *caja de Pandora*, bien podría ser conveniente. Más allá de la propia concreción constitucional de la declaración de guerra, mediante una hipotética reforma se podría detallar la posición que corresponde a los representantes de la nación, no sólo ante un conflicto extranjero¹⁸⁰⁴,

¹⁸⁰⁴ Así, podría garantizarse el consentimiento previo de las Cortes para que el Gobierno decidiese el empleo de la fuerza militar en el extranjero. Un ejemplo de una

sino, como a continuación se aprecia y con mayor importancia, ante la posibilidad de que las Fuerzas Armadas tuviesen que actuar en el interior. Aún es más, en buena medida, dada su naturaleza, estas decisiones podrían canalizarse por la vía legal, siempre más sencilla de emprender, el artículo sexto de la LODNOM bien podría exigir que cualquier aplicación de la fuerza armada sobre otro Estado requiera la autorización previa de las Cortes Generales. Se podía incluso llegar a términos intermedios como los seguidos en Estados Unidos, donde la decisión del Ejecutivo de emplear la fuerza queda sometida a consultas con el Congreso y tras un espacio de tiempo deviene preciso el consentimiento de aquél o se hace precisa la declaración formal de guerra¹⁸⁰⁵.

B) FACULTADES DE LAS CORTES Y EL GOBIERNO RESPECTO DEL EMPLEO DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL INTERIOR

Una vez atendida la problemática suscitada por el empleo de las FAS en el exterior bajo la decisión del Gobierno, cabe situarse en el marco del recurso a los Ejércitos en el interior, cuestión, si cabe, más problemática y que incide en mayor medida en la democraticidad del sistema. Para atender esta parcela y perfilar las potestades que

disposición constitucional en este sentido nos lo ofrece la Constitución danesa de 5 de junio de 1953. Esta norma dispone en su artículo 55. 2º que “Abstracción hecha de las medidas de defensa debidas a una agresión armada contra el Reino o las fuerzas armadas danesas, el Rey no podrá, sin consentimiento del *Folketing*, emplear la fuerza militar contra ningún Estado extranjero. Las medidas que el Rey se vea obligado a tomar en virtud de esta disposición deberán ser inmediatamente sometidas al *Folketing*. Si el *Folketing* no estuviese reunido, deberá ser convocado con toda urgencia.”

¹⁸⁰⁵ Esta situación se sigue desde la Resolución de Poderes de Guerra de 1973, que fue la respuesta frente a lo acaecido en la guerra de Vietnam. En dicha resolución se recogen las necesarias consultas del Presidente al Congreso para iniciar y continuar hostilidades, así como, entre otras, el plazo de 60 días (como máximo de 90, secc. 5) tras el cual las actividades sólo podrán continuar con la específica autorización del Congreso o su declaración formal de guerra. Al respecto de la distribución de los poderes entre el Congreso, el Presidente y el Tribunal Supremo, recientemente, en la doctrina norteamericana, TURNER, Robert F. “The constitutional framework for the division of national security powers between the Congress, the President, and the Court”, en MOORE, John N., TIPSON, Frederick S. y TURNER Robert F., *National Security Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1990. págs.749-893, el texto de dicha resolución se contiene en las págs. 834-836.

corresponden al Gobierno y al parlamento, parece aconsejable discernir las diferentes situaciones ante las que puede acudir a la fuerza militar en dos grandes bloques: según se trate de misiones que comporten o no el potencial bélico de las FAS.

a) Facultades de las Cortes y Gobierno para el empleo no armado de los Ejércitos en el interior

Como se advirtió en su momento, la ley de leyes no excluye posibles actuaciones de los Ejércitos en el interior que no suponen el empleo del potencial bélico propio de la Institución militar. Las situaciones de hecho que ahora concierne atender son relativas a las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública¹⁸⁰⁶, por lo general vinculadas a catástrofes naturales o ecológicas, aunque, también, suscitadas por alteraciones sociales. Al respecto, cabe recordar que la regulación de la materia no se ciñe al estado de alarma (art. 116. 2º CE) desarrollado legalmente, sino que, como se vio, para estas situaciones anormales la regulación es diversa¹⁸⁰⁷, lo cual, según se sigue, afecta aún mínimamente a las facultades que corresponden al Congreso. En todas estas situaciones de anormalidad, la distribución de poderes es clara: pese a no tratarse de un ámbito propio de la actuación de la Administración militar y las FAS, bajo diversos presupuestos de hecho de gravedad, el Gobierno y los órganos con atribuciones pueden requerir el empleo de las FAS para colaborar –sin el empleo de su potencial bélico– al restablecimiento de la normalidad¹⁸⁰⁸. Salvo en el caso de que se opte por la vía del estado de alarma a las Cortes sólo les compete el genérico control de las decisiones de una participación no armada de las FAS.

¹⁸⁰⁶ Remite a apartado donde se describen estas situaciones y la concreción normativa de sus presupuestos, así como se afirmaba la discrecionalidad de los órganos del ejecutivo para optar por una u otra vías.

¹⁸⁰⁷ En especial, Decreto 1125/1976 y Real Decreto 1378/1985, este último dictado en desarrollo de la Ley de Protección Civil.

¹⁸⁰⁸ Como se atendió, la regulación del estado de alarma no establecía nada sobre el particular, si bien aquí se entendía que no excluye la actuación no armada de las FAS.

La Constitución dispone la exigencia de una ley para “regular los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública” (art. 30. 4º CE), deberes distanciados de la suspensión de derechos del artículo 55 CE. De otra parte, sin regular los supuestos de hecho, la ley de leyes impone en el art. 116. 2º CE que el estado de emergencia sea “declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.”

Las situaciones ahora abordadas entran en el presupuesto legal del estado de alarma, pero, como se afirmó, cuando se dan estas situaciones de hecho no es obligatorio acudir a la declaración de esta situación excepcional, puesto que la actual situación normativa permite acudir a otras vías más efectivas y menos impopulares que un estado excepcional. Y estas otras vías, no exigen participación alguna de las Cortes sin que por ello eludan la responsabilidad del Ejecutivo en la toma de decisión y sus efectos¹⁸⁰⁹. En consecuencia, queda en manos del Gobierno decidir la declaración del estado de alarma, y sólo en este caso se daría entrada a una participación residual de las Cortes

¹⁸⁰⁹ En este sentido como se señaló, sin perjuicio de la responsabilidad general de los poderes públicos, cabe recordar que el artículo 4 del Real Decreto 1125/1976 dispone que “la responsabilidad de todas las medidas a adoptar ante cualquier emergencia [...] es siempre y en todo caso de las autoridades gubernativas correspondientes”. De otra parte, para el caso del estado de emergencia, la propia Constitución dispone en el artículo 116. 6º que “La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificaran el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.” En este sentido, el artículo 3 LODNOM es claro:

“Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.

Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes.” Sobre esta responsabilidad respecto de los estados de excepción, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, pág. 94 y SERRANO ALBERCA, José M., “Comentario al artículo 116”, cit. pág. 1170.

-para su prórroga tras los 15 días- más allá del mero control de la acción del Gobierno.

Hay que recordar, en todo caso, que la normativa para estos supuestos excepcionales -no limitada al estado de alarma-, incluye situaciones de anormalidad provocadas por la conflictividad social, como pueda ser un desabastecimiento provocado por una huelga y el mantenimiento de servicios públicos esenciales. Pese a que algunos autores han pretendido excluir de los presupuestos de hecho del estado de alarma estas situaciones de clara vinculación política, su regulación no las ha excluido¹⁸¹⁰. Y además, se mantiene vigente el Real Decreto 1125/1976 que también contempla la colaboración de las FAS en supuestos de este tipo¹⁸¹¹, pero hay que insistir en que sólo

¹⁸¹⁰ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. págs. 69-72 y GARCÍA CUADRADO, Antonio M. "El estado de alarma y su ambigua naturaleza", cit., en concreto, pág. 86. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio", cit. pág. 95. Con matices, todos coinciden en que pese a la naturaleza de los presupuestos del estado de alarma no son causas políticas, no se excluyen. En un sentido más reticente LAFUENTE BALLE, José M. "Sobre el carácter taxativo o declarativo... pág. 29. A mi juicio la politicidad de los supuestos del estado de alarma es bien clara, debido, precisamente, a la poca claridad del artículo 6 que determina los presupuestos que facultan al gobierno su declaración:

"El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución podrá declarar el Estado de Alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones , incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad."

¹⁸¹¹ Art. 3. 1º "Cuando la autoridad gubernativa estime que se puede presentar alguna situación cuya gravedad pudiera dar lugar a solicitar la cooperación de unidades militares, informará a las correspondientes autoridades militares a fin de que éstas, con la antelación suficiente, puedan tomar las medidas preventivas adecuadas." Tales situaciones de gravedad consistían según el presupuesto de esta norma (art. 1) en "casos de graves perturbaciones del orden público, producidas por catástrofes naturales o industriales, o anormalidades en los servicios públicos, en estados de normalidad y excepción".

Como se afirmó, esta norma infralegal es aún vigente, si bien, la mención del orden público sólo puede reputarse constitucional en tanto en cuanto la colaboración de las FAS a que de lugar no implique su intervención armada, pues las misiones de orden público en estos supuestos sólo conciernen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La doctrina, sobre este particular no presta atención.

puede estimarse constitucional una actuación no armada de los Ejércitos. En consecuencia, las FAS pueden ser empleadas por decisión del gobierno para colaborar al restablecimiento de la normalidad, pero obviamente no acometer misiones de orden público, sino, por ejemplo, para asegurar unos mínimos del transporte público o participar a la eliminación de basuras que supusiesen un peligro social. Ello sin duda sería del todo impopular¹⁸¹², pero no inconstitucional.

b) Facultades de las Cortes y el Gobierno para el empleo armado de los Ejércitos en el interior

Es preciso adentrarse en la cuestión más conflictiva: el recurso a los Ejércitos para desempeñar sus naturales funciones armadas en el interior. La misión esencial de las FAS es la defensa del Estado constitucional -no sólo ceñida al “ordenamiento constitucional”¹⁸¹³-. la garantía de la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 8. 1º CE). Más allá de actuaciones no armadas en el interior -ajenas a este precepto- el artículo 8. 1º es el presupuesto constitucional que faculta al recurso a una actuación armada de las FAS en el interior. Las situaciones de hecho que pueden suscitar el empleo de los Ejércitos en el interior se vinculan a supuestos subversivos vinculados con los presupuestos del estado de sitio y los graves efectos que puede llevar consigo la

¹⁸¹² El politólogo francés P. Boucher escribía en Septiembre de 1989 “El Ejército, cuando se despliega en suelo nacional, solo es requerido para tareas civiles: admirables si se trata de luchar contra las catástrofes que traen el fuego, el agua o el viento; útiles para hacer andar los autobuses abandonados por sus conductores; pero poco comprometidas cuando los agentes no comparecientes son basureros y hay que evacuar montones de desechos que la huelga ha acumulado”. BOUCHER. P. “Ejército *Le Monde*” .. Septiembre 1989. Así citado en el borrador de MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, “El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad”, cit.

¹⁸¹³ Esto es, tal y como se afirmó, las actuaciones armadas en el interior, no sólo residen en la garantía del ordenamiento constitucional (8.1º CE *in fine*) como toda la doctrina ha señalado, sino del tenor íntegro de las misiones contenidas en este precepto. De ahí que, como a continuación se aprecia, la doctrina afronta esta polémica básicamente desde esta última perspectiva, lo cual, no tiene ahora mayor trascendencia.

rebelión¹⁸¹⁴. La polémica básica reside en si constitucionalmente es precisa la declaración por el Congreso del estado de sitio para que pueda darse tal actuación y la respuesta, pese a que pueda sorprender, como ahora se sostiene, debe ser negativa.

La mayoría de la doctrina española sostiene que sería inconstitucional el empleo armado de las FAS sin la previa declaración del estado de sitio¹⁸¹⁵, que, según dispone la Constitución es declarado por la mayoría absoluta del Congreso¹⁸¹⁶. Sin embargo, desde bien pronto, comenzaron a suscitarse las dudas en razón de lo dispuesto en el artículo 155. 1º CE, que señala la autorización previa por mayoría absoluta del Senado para adoptar las “medidas necesarias” para forzar a una Comunidad que “no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés General de España”¹⁸¹⁷. Así, tales “medidas

¹⁸¹⁴ Ver al respecto el epígrafe “El alcance de la misión más conflictiva de las Fuerzas Armadas” (“La defensa del ordenamiento constitucional”).

¹⁸¹⁵ Así SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 2389-2390, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, inicialmente en “La participación militar en el estado de sitio y el modelo de régimen democrático”, en *Revista de Derecho Público* nº 96-97 (1984), págs. 479-539, en concreto págs. 518-520, si bien aquí se sigue únicamente a este autor en su ratificación en “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 57-59, TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española ... cit. pág. 124; SERRANO ALBERCA, José Manuel, “Comentario al artículo octavo”, cit., pág. 122; BALLBÉ, Manuel *Orden público y militarismo...*, cit., pág. 463; BARCELONA LLOP, Javier, “La organización militar... cit. pág. 99; BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 72-74; LAFUENTE BALLE, José M. “Sobre el carácter taxativo o declarativo... pág. 70 (pese a sostener inicialmente lo contrario); LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, pág. 951. PORRAS NADALES, A. “La Defensa, poder militar y régimen constitucional”, cit. pág. 233..

¹⁸¹⁶ Artículo 116. 4º CE: “El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.” Sobre su declaración, entre otros, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. págs. 112-116; SERRANO ALBERCA, José M., “Comentario al artículo 116”, cit. pág. 1168, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, cit. págs. 113-114.

¹⁸¹⁷ El tenor del precepto es el siguiente:

“Artículo 155. 1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés General de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés General.”

necesarias” puede entenderse que también comprenden la actuación militar de las FAS. Y ello es así a mi juicio, siempre que los órganos a quienes corresponde la valoración estimen que la actuación de la Comunidad –o Comunidades- autónoma pone en peligro al Estado constitucional (la soberanía e independencia, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional), es decir, el presupuesto constitucional para la intervención armada en el interior.

Fue Sánchez Agesta quien puso *el dedo en la llaga* al poner en duda la necesaria declaración del estado de sitio para este supuesto¹⁸¹⁸. Parte de la doctrina excluyó inicialmente que el artículo 155 CE pudiese dar sustento a una actuación militar pues si la situación a la que hace referencia este artículo exigiese la acción militar, ésta habría de reconducirse a la declaración del estado de sitio¹⁸¹⁹. No obstante, Espín Templado, consideró que este precepto facultaba una acción militar y que ésta podía darse sin la previa declaración del estado de sitio por el Congreso. Sin embargo, sus argumentos adolecían de falta de claridad¹⁸²⁰.

Este artículo ha supuesto una fuerte polémica doctrinal que no afecta de forma directa al presente estudio, más allá de lo que a continuación se sigue. Para atender tal polémica cabe remitir, básicamente al completo estudio de GARCÍA TORRES, J. “El artículo 155 de la Constitución española y el principio constitucional de autonomía”, en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. II. Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid, 1984; ENTRENA CUESTA, Ramón “Comentario al artículo 155 CE”, en GARRIDO FALLA (coord) *Comentarios a la Constitución*, cit. y CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La protección extraordinaria del Estado “ en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, cit. Un breve resumen de la polémica puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, cit. págs. 380-397.

¹⁸¹⁸ SANCHEZ AGESTA, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, cit. págs. 256-257, si bien no se definió con claridad.

¹⁸¹⁹ Así FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, inicialmente en “La participación militar en el estado de sitio y el modelo de régimen democrático”, cit. págs. 520 y GARCÍA TORRES, J. “El artículo 155 de la Constitución española ... cit. págs. 1280 y ss. según afirma GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 204.

¹⁸²⁰ Su posición no resultaba excesivamente clara, pues señalaba que una actuación de la fuerza militar en el marco del artículo 155 CE podría darse por cuanto no se vinculase con la misión de las FAS de garantizar el ordenamiento constitucional, pues en este caso sí que procedería la declaración del estado de sitio. A mi juicio no es sostenible esta espesa construcción, puesto que si no es bajo el presupuesto del artículo 8. 1º no puede darse una intervención armada en el interior, además, difícilmente puede entenderse la exigencia de una

López Ramón, sin detenerse sobre el artículo 155 CE afirmaría que nuestra Constitución no supedita el empleo militar de las FAS a la declaración del estado de sitio. Su fundamentación era la siguiente: el artículo 8. 1º CE contiene el presupuesto material para que, en su caso, las instituciones políticas competentes, consideren oportuno el empleo de la fuerza militar en el interior, pero no se somete a un determinado procedimiento. Por lo cual señala que “el control de la adecuación entre el contenido de la misión constitucionalmente asignada a las FAS y la concreta decisión de empleo de éstas, se desenvolverá por los cauces ordinarios de control político del Gobierno”¹⁸²¹.

Esta tesis fue ratificada y completada más tarde por Garrido López, quien acude ya al tenor de la regulación que desarrolló el artículo 116 CE. El artículo 32. 1º de la Ley orgánica 4/1981 (LOAES) dispone lo siguiente:

“Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, se integridad territorial o el Ordenamiento Constitucional, que *no pueda resolverse por otros medios*, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de Estado de Sitio.”

A la vista de esta regulación legal –no constitucional- Garrido López advierte la centralidad del texto que ahora se ha reproducido en cursiva. Esto es, el supuesto de hecho de declaración del estado de sitio se ha vinculado por el legislador al del empleo armado de las

acción bélica contra una Comunidad Autónoma si no se vincula con claridad al artículo 8. 1º CE.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, en el manual colectivo de DE ESTEBAN, Jorge y otros, *El régimen constitucional español* (vol. II), cit. pág. 275. Más recientemente, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, en LÓPEZ GUERRA, Luis y otros, *Derecho constitucional*, (vol. I) donde no duda de la compatibilidad del estado de sitio y los supuestos del artículo 155 CE págs. 446-447.

¹⁸²¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. cita de la pág. 325, su construcción se sostiene en las págs. 323-325.

FAS (art. 8. 1º CE). Sin embargo, la LOAES no obliga a que el Gobierno proponga al Congreso la declaración del estado de sitio, sino que reconoce la existencia de “otros medios”. Por ello Garrido concluye que “nada impide, a nuestro juicio, que éstas [las FAS] sean utilizadas a iniciativa y bajo las órdenes directas del Gobierno, con el ordinario control de las Cortes.”¹⁸²² Además, señala que la anormalidad de estas situaciones no permite excluir que ante “la ocupación violenta o la imposibilidad de reunirse las Cámaras, las desobediencia a las órdenes de parte del Ejército o la resistencia al cumplimiento de las leyes de una Comunidad Autónoma [...] pueden concurrir –como los españoles pudimos comprobar– en cualquier instante y precisar, aun sin la declaración de estado de sitio, la intervención interna de nuestras Fuerzas Armadas en defensa del ordenamiento.”¹⁸²³

Aquí se sostienen estas últimas posiciones, si bien con alguna importante matización. A mi juicio, hay que situarse inicialmente en el texto constitucional, pues en él reside la causa de todo el problema. Ello es así porque el constituyente no acometió una imprescindible tarea como la de definir -aunque fuese de forma mínima- los presupuestos ante los que cabía declarar los estados excepcionales¹⁸²⁴. Pero además, el artículo 116 CE como es obvio, tampoco excluyó que ante unos presupuestos que no regulaba pudieran seguirse vías

¹⁸²² GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas... cit. cita de las págs. 205-206. Este autor dedica sobre el tema las págs. 202-206.

¹⁸²³ *Ibidem*, cita de la pág. 206.

¹⁸²⁴ En este sentido coincide FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, cit. pág. 88 quien cita también como partícipe de esta opinión a BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales”, en *Sistema*, nº 42, mayo de 1981, págs. 61 (así cit).

Cruz Villalón afirma al respecto que “el artículo 116 es un precepto *incompleto* un precepto al que le faltaba un elemento tan fundamental para la aplicación de cualquiera de estos estados como es el presupuesto de hecho habilitante, es decir, la determinación de la situación de emergencia a la que, con cada uno de ellos, se pretendía hacer frente.” No hubiera estado de mas una afirmación genérica como la que se contiene en el artículo 1. 1º LOAES, pues hubiera delimitado el campo de actuación del legislador, a saber: “Procederá la declaración de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes.” CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. págs. 61-62.

distintas que la declaración de los estados de anormalidad constitucional. Claro está, la garantía mayor que la regulación constitucional supuso es que sólo con la declaración de los estados de excepción y alarma, sería posible llevar a término una suspensión de los derechos y libertades (art. 55 CE), pero nada hay en el artículo 116 CE que implique que una posible actuación armada se supedite a su declaración. Bajo estos presupuestos, el análisis ya se reconduce a las normas infraconstitucionales, como el desarrollo de este precepto por la LOAES. Y esta ley, si bien pudo haberlo hecho, tampoco vinculó una actuación armada en el interior a la necesaria declaración del estado de sitio, como acertadamente apunta Garrido López.

A lo afirmado por este autor, hay que matizar, no obstante, el alcance del artículo 155 CE. Este artículo, sí que exige la aprobación por mayoría absoluta del Senado para que el Gobierno pueda adoptar la “medidas necesarias” –en nuestro caso, la actuación de las FAS- en los casos en los que el incumplimiento de obligaciones constitucionales o la afectación al interés general del Estado por una (o varias Comunidades Autónomas) se estime que se conectan con el artículo 8. 1º CE, pues fuera de los presupuestos de este precepto no cabe actuación armada en el interior. Así pues, sólo en estos casos la decisión de emplear los Ejércitos en el interior precisa la autorización de la mayoría absoluta del Senado. Por tanto, el Gobierno no es siempre libre de emplear las FAS en el interior sometido únicamente al control genérico de las Cortes del cumplimiento de los presupuestos del artículo 8. 1º CE. Por el contrario, en los casos en los que una actuación militar fuese causada, por ejemplo, por una rebelión militar o por las acciones de un grupo terrorista sin connivencia de una Comunidad Autónoma, no se estaría en el presupuesto del artículo 155 CE y sí en el del artículo 8. 1º CE, por lo que no sería exigible la autorización previa del Senado. Ésta es, por desgracia la solución constitucional que relativiza y mucho el control del Gobierno a la hora de decidir el empleo de los Ejércitos en el interior.

Así se explica, lo acontecido cuando el Gobierno recurrió a las FAS en la lucha antiterrorista (pirineo navarro 1981, EXPO 92). Como aquí se sostuvo, no se estaba bajo los presupuestos de peligro del Estado constitucional (art. 8. 1º CE). Sin embargo, como tampoco se trataba de una situación que quedase al amparo del artículo 155 CE, frente a las medidas del Ejecutivo, sólo había lugar al posterior control genérico por las Cortes y, en su caso, la exigencia de una responsabilidad política. Al parlamento competía únicamente valorar la adecuación del empleo armado de las FAS al artículo 8. 1º CE, y pese a que a juicio de no pocos no se trataba de un peligro para el Estado constitucional, el parlamento no censuró la criticable decisión del Gobierno.

VI. La subordinación militar y la neutralidad política de las Fuerzas Armadas

A) EL SENTIDO CONSTITUCIONAL DE LA NEUTRALIDAD MILITAR Y EL MARCO DE LA LEY DE LEYES PARA OPTAR POR LAS DIFERENTES VÍAS POR LAS QUE CONTROLAR EL PODER MILITAR

a) Un nuevo enfoque jurídico de la neutralidad militar: la objetividad con la que las Fuerzas Armadas deben estar dispuestas para el cumplimiento de sus fines

Ha tenido ocasión de apreciarse el poder constitucional de los poderes democráticos sobre la Institución militar y cómo se concreta constitucionalmente este dominio sobre las FAS. Pues bien, si de un lado la supremacía civil implica el efectivo dominio sobre los Ejércitos por los poderes que cuentan con legitimidad democrática y la negación de cualquier autonomía política del estamento armado, el anverso de la supremacía civil no es otro que la subordinación militar, la cual exige la asunción por la institución armada de su posición sumisa a los poderes constitucionales. Se trata, pues, de las dos caras

de la misma moneda, no hay supremacía civil sin subordinación militar.

En un Estado democrático debe lograrse que las FAS queden plenamente a disposición del Gobierno que las dirige y, por ende, a la opción política del mismo. De otra parte, y al mismo tiempo, la organización militar, pese a ser subordinada a un Gobierno –político y partidista-, deben quedar al margen de los intereses particulares del mismo y sus dirigentes. Bajo la dirección del gobierno, a las FAS compete la misión de servir objetivamente a las misiones constitucionalmente encomendadas, esencialmente, la defensa del Estado constitucional.

Respecto del tema que ahora ocupa, en nuestro país, Guaita en un inicio y más tarde Blanquer dieron un paso adelante a la hora de afrontar esta subordinación militar desde el punto de vista de la objetividad con la que la Administración pública sirve a los intereses generales (art. 103. 1º CE)¹⁸²⁵. Se trata, pues, de un paso más a la hora de normalizar la atención jurídica del fenómeno militar aplicando tradicionales categorías administrativas, como lo es la objetividad de la Administración¹⁸²⁶. En virtud de esta objetividad el servidor de

¹⁸²⁵ Artículo 103. 1: “La Administración publica sirve con objetividad los intereses Generales”. Así tímidamente en GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales...cit., pág. 584 cuando señaló que no se trataba sólo del artículo 70 Ce sino de este principio. Este punto de vista del todo acertado se debe a la obra de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 510 y ss.

¹⁸²⁶ Al respecto, NIETO, Alejandro, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 3, págs. 2185-2253, en concreto, págs. 2227-2230. Desde una perspectiva siempre sagaz y críticamente escéptica que caracteriza a este autor, Nieto define la objetividad a partir del concepto de ésta formulado por FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno*, 1968, págs. 505 y ss. (así cit. pág. 2227), “objetividad es aquella cualidad que permite a una persona superar sus opiniones personales y sus prejuicios, de modo que vea el ‘objeto’ o la situación tal como es”. En este sentido señala Nieto que se trata de “Una regla de conducta que ha de conducir lógicamente a la realización de las actuaciones más justas y acertadas” (ob. cit. pág. 228). Para el ámbito de la Administración implica “una regla de conducta que ha de conducir lógicamente a la realización de las actuaciones más justas y acertadas”. No obstante el autor repara en que por encima del concepto, la posibilidad de la neutralidad y objetividad de la Administración queda a expensas de su dominación por los diversos grupos de poder, por lo que es bastante escéptico, como se ha adelantado, sobre la misma y sobre el concepto de eficacia indiferente de Garrido Falla, que a continuación se expone.

armas, el funcionario militar, debe actuar con una eficacia indiferente, que a decir de Garrido Falla implica que el servidor público “debe ser eficaz tanto si se perjudica como si se favorece la política del Gobierno que está en el Poder. [...] Cuando el gobernante sabe que los funcionarios que tiene inmediatamente a sus órdenes actúan para conseguir los típicos fines del servicio público, ajenos a cualquier idea de satisfacer los programas políticos que él representa o, al contrario, de sabotearlos, entonces es cuando el funcionario es un auténtico funcionario profesional”¹⁸²⁷.

El hecho de que en España se haya constitucionalizado a las FAS como integrantes de la Administración –la militar– faculta este tratamiento normalizado desde categorías generales del Derecho administrativo. Desde este punto de vista es como deben aprehenderse las restricciones del estatuto político del miembro de la organización castrense que comporta el tradicional principio de neutralidad militar. Restricciones que nuestra ley de leyes reconoce ya de forma expresa (arts. 28, 29, 70 CE) ya de forma implícita.

La objetividad que se requiere para la Institución militar no es en modo alguno nueva, sino que tiene su origen en la tradicional neutralidad militar exigida a los miembros de las FAS, un principio conectado de forma directa con el más genérico de la supremacía civil. Sin perjuicio de aquéllas técnicas romanas del acantonamiento territorial¹⁸²⁸, en particular cabe remontarse a la Constitución francesa de 1791 cuando estableció el enunciado básico de la neutralidad: “La fuerza pública es por su naturaleza subordinada; ningún cuerpo armado tiene poder de deliberar” (título IV, artículo 12)¹⁸²⁹. Desde

¹⁸²⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentario al artículo 103. 1”, cit. pág. 1426.

¹⁸²⁸ Ver al respecto lo afirmado con relación al Roma en el epígrafe “Derecho, la institución de la dictadura y los acantonamientos militares”.

¹⁸²⁹ Como nos recuerda Casado, rápidamente se percibió que el uso de los derechos y libertades políticas por los militares no podía derivar que se forjase en el estamento armado una voluntad distinta de la voluntad general, así, la Asamblea de 12 de diciembre de 1790 decretó que “ningún cuerpo armado puede deliberar; la fuerza armada es esencialmente obediente” , ver, CASADO BURBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, cit. pág. 25 y ss.

entonces se fue forjando este principio que, como se vio, fue absolutamente desatendido en la historia española, aunque en modo alguno desconocido por la doctrina de la época. En este sentido cabe recordar lo que escribiría Escriche en 1835¹⁸³⁰:

“es un principio general establecido en todas las naciones que la Fuerza Armada es un Cuerpo que por su naturaleza debe estar subordinado y obediente al Gobierno, sin que pueda ejercer el derecho de deliberar, pues de otro modo habría riesgo de que transformase la Constitución del Estado y dispusiese a su gusto de la autoridad pública y de la libertad de los ciudadanos”.

Alfredo de Vigny propugnó que el Ejército había de ser “ciego y mudo”¹⁸³¹; Duguit apeló a que “la fuerza armada sea una máquina inconsciente que el Gobierno pueda poner en movimiento apretando un botón eléctrico”¹⁸³². Para ello se siguió la vía del acantonamiento jurídico postulada por Hauriou¹⁸³³, que se traduce en la separación funcional de la organización armada. Para el de Toulouse, este acantonamiento se traducía en la separación del Ejército de la vida política y la exclusión en tiempos de normalidad de las funciones de

SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, pág. 5 recuerda que este precepto se reiteró en los artículos 275 de la Constitución del año III y en el artículo 104 de la Constitución de 1848 y, pese a no ser reiterado de forma expresa más tarde, se encuentra en vigor como, en palabras que reproduce de De Soto, “uno de los raros principios de derecho constitucional consuetudinario” -

¹⁸³⁰ ESCRICHE, J. “Relación que debe mediar entre el Ejército y el Estado”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos, 1839, voz “fuerza pública”, 2ª ed., así citado por NEVADO MORENO, Pedro T., “El modelo de función pública militar, una reflexión sobre la Ley 17/1989... cit., pág. 194

¹⁸³¹ “L’armée est aveugle et muette”, DE VIGNY, a. “Servitude et grandeur militaires”, introducción, 1835, así citado en SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, cit. pág. 7.

¹⁸³² DUGUIT, León, *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed. Vol. 4, pág. 594, así citado por PELLÓN, Ricardo, “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 37, enero-junio de 1979, págs. 15-91, en concreto, pág. 31, autor español cuyas tesis en modo alguno aquí se comparten, como más tarde se concreta.

¹⁸³³ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, cit. págs. 110-115 “&4- La puissance publique pouvoir civil. La séparation du pouvoir civil et du pouvoir militaire”, en concreto “I. Le cantonnement territorial du pouvoir militaire”.

policía civil, a la vez de negar cualquier iniciativa propia para actuar y someterse plenamente a los requerimientos civiles.

Sin embargo, como afirma Duverger, la imagen del “gran mudo” disciplinado nunca ha correspondido a la realidad¹⁸³⁴. Los Ejércitos –y en especial en España- han intervenido políticamente no sólo en los asuntos institucionales propios, sino en cuestiones sociales *intermedias* (según la terminología de Agüero) como el orden público (represión política), sino en todas las cuestiones sociales. La participación militar en la política se ha dado siguiendo la gradación de Finer desde la influencia a la suplantación. Y en virtud del principio de supremacía civil, en un régimen constitucional la única participación admisible es una mera influencia de hecho en los asuntos propios de la Administración militar, influencia que nunca puede basarse en una coacción por ser la Institución castrense la portadora de las armas del Estado. Esta influencia fáctica admisible no es otra que la general influencia de la burocracia en los ámbitos de decisión política.

Al respecto, es menester tener en cuenta que, como no podía ser de otra forma, en esta materia nos topamos con una importante carga de estudios desde la Ciencia política y la Sociología y estas disciplinas no deben ser desatendidas por el Derecho, sino que los instrumentos jurídicos han de tenerlas en cuenta como análisis de la realidad que el Derecho debe aprehender. Ahora bien, más allá de esta puesta en contacto con la realidad, las finalidades que puedan perseguirse a través de instrumentos jurídicos están sujetas a las exigencias constitucionales y las opciones que se den desde enfoques politológicos o sociológicos sólo tienen cabida dentro del marco constitucional establecido.

¹⁸³⁴ Así, DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas...* cit. pág. 385.

b) *Algunas reflexiones desde la sociología y la Ciencia política sobre la influencia militar y los medios de controlar el poder militar: la única influencia militar admisible en un Estado constitucional*

Weber , en su construcción ideal, afirmaba que el funcionario actuaba de forma aséptica subordinado a las órdenes de los políticos. Esta perspectiva ha sido objeto de duras críticas, si bien, como señala Baena del Alcázar, en muy buena medida erróneas, al olvidar que Weber hacía referencia a un modelo *ideal*¹⁸³⁵. Esto es, Weber fijaba un fin ideal: la objetividad de la administración. Y esto es lo que sucede con nuestra ley de leyes cuando afirma la objetividad de la Administración (art. 103 CE): no parte de una premisa idílica, sino que establece un fin que el Derecho debe intentar hacer efectivo: que la influencia que implica la burocracia no condicione la democraticidad del sistema. Aquí obviamente se atiende la burocracia militar, que entre sus especificidades respecto de la burocracia civil hay que destacar, en primer término la que supone ser portadora del potencial bélico del Estado, como, entre otros, Lang ha señalado¹⁸³⁶. De ello se deriva, como apuntan Bañón y Olmeda que “los militares siempre se encuentran en condiciones de desviar ese monopolio legítimo para el cumplimiento de otros fines”¹⁸³⁷. A este factor estructural decisivo para particularizar la necesidad de un control civil del estamento armado se añade otro: los militares tienen un conocimiento técnico

¹⁸³⁵ El modelo ideal de burocracia de Weber, tan criticado como mal asumido se sigue en su obra básica WEBER, Max, *Economía y sociedad*, cit. Sobre el tema en general, no para el ámbito militar, por todos, BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, cit. págs.423-433. Será cuando se aborde de la neutralidad del militar cuando se profundice en la materia.

¹⁸³⁶ Este autor señala también que la particularidad de la burocracia militar reside también en su mayor conexión con el ambiente internacional, lo cual, como es lógico, se explica por la atención al ámbito norteamericano. LANG, Kurt, “Military organizations”, en J. March (ed)., *Handbook of Organizations*, Chicago, Rand Mac Nally, en este caso, se sigue este autor por DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M. “La consolidación del poder civil en los órganos de alta responsabilidad política y técnica... cit.

¹⁸³⁷ BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 52 a ello añaden que la apropiación presupuestaria que realizan las FAS constituye una de las partidas singulares de mayor volumen de los presupuestos de los Estados contemporáneos.

específico del ámbito de su actividad, un conocimiento por lo general ausente para los civiles. Y este motivo inclina a que los militares se consideren los capacitados para opinar e implicarse en las decisiones que se refieren al campo de su profesión¹⁸³⁸. Es por ello que autores como Oehling insistan en la necesidad de expertos civiles en materia militar para contrarrestar la natural influencia militar en las decisiones que competen a la institución¹⁸³⁹.

No está de más reflejar algunas reflexiones a propósito del Ejército como grupo de presión que ejerce una influencia en las decisiones de los poderes políticos, con ellas habrá que advertir cuál es el grado de influencia admisible en un Estado constitucional. Vergottini considera una cierta influencia de la burocracia militar como “normal” en un sistema democrático, si bien reconoce que no siempre es fácil distinguir cuándo son rebasados los márgenes que determinan la existencia de un gobierno militar indirecto¹⁸⁴⁰. Duverger también señala que en las democracias modernas los Ejércitos son un grupo de presión “normal”, una transposición de las camarillas que se disputaban la influencia del Rey en las antiguas monarquías. Estima que es razonable que el Gobierno no quiera tener descontenta a una parte de su funcionariado y que esta influencia siempre se ejerce conforme a la legitimidad del sistema. Este autor, viene a señalar qué es lo que marca la inadmisibilidad de una influencia militar: que tal influjo la misma se fundamentase en la tenencia de las armas por la Institución castrense¹⁸⁴¹. Lo esencial es, pues, que la Institución militar no ejerza coacción alguna en tanto portadora de la fuerza del Estado.

¹⁸³⁸ En España, entre otros, DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M. “La consolidación del poder civil en los órganos de alta responsabilidad política y técnica del ministerio de defensa en España: 1977-1999, mecanoscrito facilitado por el autor de próxima publicación, págs. 7-8 del borrador.

¹⁸³⁹ OEHLING, Hermann, en su Prólogo a AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. pág. 32.

¹⁸⁴⁰ Ver, DI VERGOTTINI, Giussepe, *Derecho Constitucional...*, cit. págs. 691 a 692. Afirma éste la admisibilidad de dicha “influencia”,

¹⁸⁴¹ DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas...* cit. pág. 385.

Para Bañón y Olmeda, la cierta autonomía de hecho de los militares en los aspectos propios a su parcela viene a resultar el *precio* que paga la sociedad para que la Institución militar se mantenga al margen de los asuntos políticos, a su juicio, la idea de la supremacía civil no es más que la recepción de este pacto implícito¹⁸⁴². Como señala Blondel, la influencia militar se traduce en “el grado de intervención en que algunos miembros de las fuerzas armadas tratan de aumentar los recursos de que disponen o de alterar las orientaciones políticas vigentes que se refiere a los militares, pero que no modifica las relaciones entre los “jugadores” que participan en el juego, y mucho menos su posición [...] por el contrario, las amenazas o el chantaje buscan conseguir los mismos resultados mediante un cierto cambio en la relación o posición de los jugadores que participan en el “partido”, pero solamente para el lado militar”¹⁸⁴³.

Así, en la realidad, la burocracia en general es uno de los grupos influyentes en las decisiones políticas y por estos caracteres específicos mayor influencia se da cuando se trata de la burocracia militar. En consecuencia, habrá que evitar que dicha influencia supere el ámbito admisible en un Estado democrático. Habrá que contener con los medios admisibles por el Derecho, la participación política del militar que pueda poner en peligro la supremacía civil. Especialmente acertada es la consideración de Morales Villanueva: *de lo que se trata, en todo caso, es de impedir que la Institución militar, depositaria de la fuerza del Estado, pueda emplear la autoridad o el prestigio asociado a su poder coactivo en la lucha política*¹⁸⁴⁴. No se puede legitimar ningún tipo de intervención militar en el plano político que no venga avalada por un mandato democráticamente realizado. No pueden convertirse los

¹⁸⁴² BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 50: “la Institución Militar demanda de la sociedad cierta independencia como precio por mantenerse, formalmente, al margen de los asuntos políticos. La Grande Muette, la subordinación civil y otras teorías no son más que la traducción de este pacto implícito.

¹⁸⁴³ BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. pág. 480.

¹⁸⁴⁴ Ver, MORALES VILLANUEVA, Antonio, “Derechos y libertades del militar profesional”, en *Revista de Estudios Políticos* n° 37, enero-febrero de 1984, págs. 89-109, en concreto, pág. 557.

Ejércitos en árbitros de la situación política de un país, ni erigirse como los portadores y defensores de las esencias del Estado que haya que conservar. No son ellos los que deben interpretar cuál es el momento en el que han de cumplir sus misiones, ni, obviamente, determinarlas.

Huntington advierte que para limitar el poder militar hay dos vías principales: el control civil objetivo y el subjetivo. El control civil subjetivo es “dar el máximo poder a los grupos civiles en relación a los militares”¹⁸⁴⁵ que es lo que supone el Estado constitucional democrático. Y señala que una de las formas de control subjetivo es la de *civilizar*¹⁸⁴⁶ a los militares permitiéndoles participar en la política como a otros ciudadanos. Para este autor, esta es la peor forma de minimizar el poder militar. En este sentido advierte que “en un país democrático la Institución Militar puede minar el control civil y conseguir un gran poder político mediante procesos e instituciones legítimos del Estado democrático y la política”, como en Norteamérica durante la Segunda Guerra mundial¹⁸⁴⁷. De ahí que este autor apuesta por la vía antagónica para limitar el poder militar: el control civil objetivo, la “militarización de los militares” su conversión en herramienta del Estado, “haciéndolos políticamente estériles y neutrales”. A su juicio, por este medio “no sólo se reduce el poder de la Institución Militar al nivel más bajo posible frente a todos los

¹⁸⁴⁵ HUNTINGTON, Samuel P. “Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles- militares en teoría”, en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 235- 253, en concreto, pág. 236.

¹⁸⁴⁶ Ciertamente el autor emplea el término *civilizar*, que como en otro momento se señaló fue acuñado por Janowitz en *The Professional Soldier: a Social and Political Portrait*, (2ª ed.), Free Press, Nueva York, 1971, en las págs. XI y ss. , este autor refería la palabra “civilization” en España se ha entendido mejor el vocablo nuevo “civilización”, así se refleja en BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 48 nota a pie 32. Con este término se quiere hacer referencia a todo el proceso de evolución tecnológica en su proyección al estamento militar. Proceso que supone la interpenetración y convergencia de la organización civil y militar. Se refiere con él a la tendencia hacia modelos *ocupacionales*, con las consecuencias que de ello se derivan.

¹⁸⁴⁷ Al respecto, HUNTINGTON, Samuel P. “Poder, ideología y profesionalidad... cit.

grupos civiles, sino que también maximiza la posibilidad de conseguir la seguridad nacional”¹⁸⁴⁸.

Por el contrario, autores como Janowitz o Moskos se postulan en la dirección contraria, para asegurar un control efectivo y una respuesta positiva por parte de las FAS es menester no considerar incompatible el colectivo militar con la sociedad, en la que debe estar integrado. Ya para mejorar la eficacia militar ya para limitar la influencia militar, la mejor *receta* es una convergencia de la profesión militar hacia la sociedad civil, sin verse abrumada por ésta¹⁸⁴⁹. Politólogos como Schiff subrayan el necesario predominio de civiles en las decisiones relativas a la Administración militar, siempre en colaboración con los militares, para no perder el control de la Administración militar¹⁸⁵⁰; en este sentido es preciso, como premisa, el conocimiento de lo militar por civiles, aquello en lo que Oehling insiste.

c) La Constitución limita las vías por las que controlar el poder militar

Tal y como se aprecia, no son excesivas las luces que nos aporta una somera atención a los análisis operados desde otras disciplinas ajenas al Derecho. Y hay que subrayar la recepción siempre limitada que en el Derecho puede producirse de unas u otras orientaciones para lograr la objetividad-neutralidad militar y limitar la influencia de la burocracia castrense en el poder. La Constitución establece unas

¹⁸⁴⁸ *Ibidem.* pág. 240.

¹⁸⁴⁹ Así, por ejemplo HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr. , Charles, *Las fuerzas armadas y la sociedad*, , con introducción de ALONSO BAQUER, Miguel, Alianza Editorial, Madrid, 1984. pág. 59.

Respecto de otro autor clásico, Janowitz, esta posición convergente se desprende en todos sus trabajos no sólo por cuanto a la cuestión política, sino que la oportunidad de un Ejército convergente con la sociedad la sigue como mejor medio para la propia eficacia de la institución. Respecto de la posición política de los militares, en especial JANOWITZ, Morris, *El soldado profesional...* cit. 449-470 y, en especial, 474-490.

¹⁸⁵⁰ SCHIFF, Rebeca, “Civil-Military Relations Reconsidered. A Theory of concordance”, en *Armed Forces and Society*, nº 21, 1, otoño de 1995, págs. 7-24, en concreto, 277-278, así citado por DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M. “La consolidación del poder civil... cit.

reglas, principios y valores que definen, como este estudio sostiene, un modelo constitucional de FAS y, por ende, de control civil del poder militar. Y sólo dentro del marco jurídico constitucional podrán seguirse diversas percepciones políticas para llevar a cabo este control democrático. Lo que resulta preciso es articular todos los instrumentos jurídicos, ya afirmados por nuestra ley de leyes, ya admisibles constitucionalmente para alcanzar en lo posible la objetividad con la que los servidores de armas deben llevar a cabo su función constitucional y evitar, a la vez, los peligros que supone una intervención militar no subordinada a los poderes democráticos.

Y lograr estas finalidades en la Institución militar no es en modo alguno una cuestión liviana, ni para alcanzarlas los medios que deben emplearse son iguales que los precisos respecto del resto de la Administración. Si bien hay que superar una “mística de la neutralidad”, como afirma Blanquer¹⁸⁵¹, ello no nos debe llevar a entender que los medios sean idénticos que los que en su caso puedan darse para alcanzar la objetividad ansiada en la Administración civil. Esta diferenciación la recoge la propia ley de leyes, pues si de un lado constitucionaliza a las FAS en el marco de la Administración, se trata de una Administración diferente de la civil, respecto de la cual marca expresamente algunas diferencias (arts. 25, 26, 28, 29, 70 CE). A mi juicio abandonar esta mística de la neutralidad implica la necesidad de no dejarse llevar por la inercia histórica de modo tal que se olvidase cuál es el objeto de la neutralidad militar y siguiera prevaleciendo un entendimiento sólo histórico de este principio.

Como se verá, en España se ha apostado básicamente por la corriente sostenida por Huntington (divergencia entre civiles y militares), y como se dirá, esta vía resulta del todo contraproducente al menos en nuestro país, pero lo que es más, dudosamente constitucional. Ello es así no sólo por contravenir una genérica convergencia civil-militar derivada del efecto del principio de igualdad, sino, sobre todo, por el hecho de que se trate de una vía

¹⁸⁵¹ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 510.

ineficaz para garantizar la supremacía civil que se pretende con la neutralidad militar. Si los recortes en el estatuto político del militar no son idóneos al fin para el que sirven, son incongruentes e inadecuados, y por tanto, inconstitucionales.

Sin embargo, de otra parte, el marco constitucional sí que permite el seguimiento de algunas opciones u otras. Por ejemplo, en España, con los gobiernos socialistas se optó por la vía del control subjetivo de la Institución militar (civiles que ocupen el poder en ámbitos militares) al nombrarse diferentes personas civiles para el ejercicio de altos cargos en el Ministerio de Defensa. A diferencia de esta opción, el Gobierno popular (1996-2000) se decantó por un control objetivo, situando en los altos cargos del Ministerio a personal militar¹⁸⁵².

B) EL MILITAR SÍ QUE DEBE DELIBERAR: LA OBEDIENCIA REFLEXIVA SÓLO TIENE SENTIDO A FAVOR DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

a) *La quiebra histórica de la obediencia debida por los regímenes liberales*

La neutralidad militar es ya tradicional, como lo es también la redefinición y delimitación de su significado que se ha registrado por distintos motivos. El principio continental consistente en que “las FAS no pueden deliberar” no podía implicar un seguimiento de una obediencia ciega e inconsciente a las órdenes de los mandos, pues como no era extraño en el siglo pasado, sus órdenes bien podían

¹⁸⁵² Los datos se siguen de AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. pág.323 y del estudio de DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M. “La consolidación del poder civil...” cit. Su seguimiento de los Altos Cargos hace referencia a los Directores Generales y los Subdirectores Generales, según dispone la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

De los datos se desprende una evolución en los gobiernos socialistas de los altos cargos civiles: 17% (1984), 27% (1987), 31% (1989), 45% (1993). Así de un 45% de civiles altos cargos en el último gobierno socialista, en 1999 se señala un descenso al 24%. Al respecto, también se atiende *El País*, “Un militar releva al penúltimo director general civil de Defensa”, 29 de agosto de 1998, donde se señala que el único civil en las direcciones generales del Ministerio era el responsable de Reclutamiento y Enseñanza.

implicar un atentado al sistema constitucional. De lo que se trata, no olvidemos, es de que los Ejércitos estén subordinados al Gobierno sin que ello menoscabe el sometimiento a los fines *constitucionales* para los que deben ser empleados.

De ahí que pronto en la historia se advertiría que la subordinación militar no excluía una obediencia reflexiva, no se podía atentar contra el sistema constitucional aunque las órdenes proviniesen del mismo gobierno constitucional, pues ello sería contravenir las misiones que había de efectuar la fuerza armada. Y hay que subrayar de dónde partiría esta afirmación de la obediencia reflexiva: de los mismos defensores del sistema constitucional. De una parte, cabe recordar que en el modelo anglosajón se sometió a los militares al estatuto de todo ciudadano, los militares pese a su estatuto particular no quedaban eximidos de la obediencia a la ley y, por ende, a la Constitución¹⁸⁵³. En España fue precisamente en el Trienio cuando por primera vez se legitimó la necesaria reflexión de la orden recibida, puesto que podría desobedecerse la que se dirigiese a ofender a la persona del Rey, impedir las elecciones o atentar contra las Cortes o la Diputación permanente¹⁸⁵⁴. Así pues, si las órdenes recibidas atacan

¹⁸⁵³ Como en su momento se advirtió respecto del modelo histórico anglosajón, el Derecho inglés desde 1689 se asentó que las normas reguladoras del Ejército no podrían interpretarse, en ningún caso, en el sentido de que los oficiales o soldados quedaban exceptuados de la aplicación de la ley ordinaria, las órdenes de los superiores no les eximían de sus obligaciones como ciudadanos. Como señala Casado los soldados lamentaban el dilema en el que podían encontrarse: expuestos a ser condenados al paredón por un tribunal militar si desobedecían a sus jefes, o a ser condenados a la horca por un juez o un jurado si obedecían. Ver, CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español ..." cit. págs. 44-45.

¹⁸⁵⁴ El tema ya había suscitado interés en las mismas Cortes de Cádiz, si bien aquellas labores no proseguirían hasta el Trienio. En un primer momento se aprobó como ley el Decreto VI de 17 de abril de 1821, cuyo artículo 20 disponía que "Nadie está obligado a obedecer las órdenes, de cualquier autoridad que sea, para ejecutar cualquiera de los actos referidos en los cinco artículos precedentes [atentados contra el poder de representación de la nación]. Si alguno los ejecutase, sufrirá respectivamente las penas impuestas, sin que le sirva de disculpa cualquier orden que haya recibido."

La primera que Ley Constitutiva del Ejército, Decreto de las Cortes de 9 de junio de 1821 incluiría esta corriente. Su artículo 7 dispondría que "Es delito de traición el abuso de la fuerza armada cuando ésta se emplea en los casos siguientes:

1º Para ofender la persona sagrada del Rey; 2º Para impedir la libre elección de diputados de Cortes; 3º Para impedir la celebración de las Cortes en las épocas y casos que

palmariamente contra el sistema político constitucional no estaban legitimadas jurídicamente, por lo cual no cabía obedecerlas.

b) La necesidad de poner de manifiesto una peligrosa manipulación

La quiebra de la obediencia ciega supone una cuestión de esencial trascendencia y de la misma se han operado lecturas del todo interesadas y manipuladoras en menoscabo, precisamente, de la finalidad por la que surgió la quiebra de la obediencia ciega. Sobre el particular es menester detenerse para advertir qué es precisamente lo que no supone la neutralidad militar y lo que en modo alguno implica la posible desobediencia a las órdenes recibidas. Con el ejemplo de lo que no es la neutralidad política en un Estado constitucional resultará luego mucho más sencillo apreciar qué sentido tiene este principio democrático.

Los mejores ejemplos de esta manipulación los encontramos en las elaboraciones doctrinales de Oehling y García Arias durante el régimen de Franco. No puede calificarse menos que irónico, paradójico y mal intencionado que se acudiese a una obediencia reflexiva que había nacido como garantía del sistema constitucional para justificar todo lo contrario: la rebelión militar que acabó con el régimen constitucional republicano. No se trata aquí, en modo alguno de entrar en valoraciones históricas y políticas, sino únicamente de advertir la incoherencia de la fundamentación de estos autores que se acogerían a las construcciones democráticas imperantes en occidente para desviarlas a favor de un régimen que sobrevino por la más

previene la Constitución;^{4º} Para suspender o disolver las Cortes o la Diputación permanente de las mismas.; ^{5º} Para embarazar de cualquier manera las sesiones y deliberaciones de las Cortes o de su Diputación permanente”

El artículo 8 añadiría que “Ningún militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada en los casos expresados en el artículo anterior, bajo las penas que las leyes prefijaren.”

Ver, CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español ...” cit. pág. 190 y BLANCO VALDÉS, Roberto L. *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. págs. 385 y ss. Sobre la obediencia debida en la historia, ver también, MUÑIZ VEGA, Gonzalo, “La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, cit. págs. 120-131.

palmaria desobediencia militar: la rebelión. Así, Oehling seguiría la afirmación de una “obediencia reflexiva, revocable, condicional” surgida de contextos democráticos –o pretendidamente democráticos, como el Trienio liberal- en los que esta subordinación condicionada al poder civil sólo se explicaba como una garantía más del régimen constitucional. Sin embargo, este autor hace uso de esta obediencia condicional para legitimar que a la institución armada le compete valorar si el poder se ejerce mal para los intereses de la nación¹⁸⁵⁵. Así construía su “función política del Ejército”. De la misma guisa eran los argumentos de García Arias. Señalaba este autor que el principio de supremacía civil fue “formulado para una situación política decimonónica que hoy ha sido alterada sustancialmente”¹⁸⁵⁶, y señalando que se trataba de una evolución que se había dado “en todos los Estados”¹⁸⁵⁷ consideraba que “se ha llegado a esfumar el clásico apoliticismo de las FAS y a transformarse el concepto de obediencia de éstas al Poder constituido, que ya no es inconsciente, refleja y automática, sino reflexiva, revocable y condicional”, en consecuencia, en circunstancias extraordinarias “el conflicto de obediencia no puede resolverse a favor del gobierno”¹⁸⁵⁸. Operar valoraciones de otro contexto histórico bajo los presupuestos actuales es siempre tarea muy sencilla de realizar, la historia es la que es y lo importante es aprender de ella, y alguno de los autores comentados así lo hicieron¹⁸⁵⁹

Si aquellas posiciones eran comprensibles en un sistema en el que no era sencillo sostener criterios distintos, lo peor del caso es que argumentos de este corte se han seguido manteniendo por algún autor, una vez entrada en vigor nuestra Constitución. Se ha querido

¹⁸⁵⁵ OEHLING, Hermann, *La función política...* cit. págs. 100 y siguientes.

¹⁸⁵⁶ GARCÍA ARIAS, Luis, “Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado”, en *Revista de Estudios Políticos* nº 151, marzo-abril 1967, págs. 137-156, cita de la pág. 141.

¹⁸⁵⁷ *Ibidem* pág. 144.

¹⁸⁵⁸ *Idem*.

¹⁸⁵⁹ Oehling constituye un buen ejemplo de asunción de la posición que corresponde a las FAS en un sistema constitucional, y prueba de ello son sus estudios bien distanciados de la tesis que sostuviese en el pasado, (OEHLING, Hermann, *La función política...* cit.)

cubrir con un velo constitucional y democrático e incluso europeo una desobediencia a las instituciones civiles. Así, por ejemplo Pellón¹⁸⁶⁰ parte de lo sostenido por aquéllos autores a la vez de tomar algunas referencias puntuales de construcciones doctrinales extranjeras como las de De Soto, aunque no para sostener la negación de un militarismo político que este autor acertadamente sostuviese¹⁸⁶¹. Así, siguiendo a Primo de Rivera, la concepción de la neutralidad de Pellón es la siguiente:

“Normalmente, los militares no deben profesar opiniones políticas; pero esto es cuando las discrepancias políticas sólo versan sobre lo accidental; cuando la vida patria se desenvuelve sobre un lecho de convicciones comunes que constituye su base de permanencia. El Ejército es, ante todo, la salvaguardia de lo permanente; por eso no se debe mezclar en luchas accidentales. Pero cuando es lo permanente mismo lo que peligra cuando está en riesgo la misma permanencia de la Patria (que puede, por ejemplo, si las cosas van de cierto modo, incluso perder su unidad), el Ejército no tiene más remedio que deliberar y elegir”¹⁸⁶².

Del mismo modo, este autor sigue la *doctrina* del General Milán del Bosch antes de su participación en el golpe de Estado de 1981:

“el Ejército deberá intervenir cuando se evidencie que las leyes, la acción policial y la judicial son o resultan insuficientes o cuando -de

¹⁸⁶⁰ PELLÓN, Ricardo, “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 37, enero-junio de 1979, págs. 15-91.

¹⁸⁶¹ DE SOTO, J. “Pouvoir civile et pouvoir militaire”, en AA. VV. *La défense nationale*, PUF, París, 1958, págs. 87-131. Este autor efectuó una de las mejores relaciones entre el poder civil y el militar asentando la supremacía civil y la plena subordinación militar al Gobierno constitucional. Un breve comentario de su obra -a la que aquí no se ha tenido acceso- se recoge en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 250-253. Sin embargo, Pellón toma de él sus dudas respecto “¿cuál debe ser la postura del Ejército si el mismo poder civil es un poder ilegítimo? ¿Debe continuar obedeciéndole o, por el contrario, está autorizado para iniciar una insurrección en protesta contra la ilegitimidad del poder civil, ilegitimidad que suprime el principio de subordinación?”. Ver, PELLÓN, Ricardo, “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 79 y ss.

¹⁸⁶² El autor cita a PRIMO DE RIVERA, José A. *Obras completas*, Madrid, 1945, pág. 649, (ver, ob. cit. *supra*, págs. 80-81.)

acuerdo con la misión que nos señala la Constitución- sea necesario garantizar la soberanía e independencia de nuestra Patria.”¹⁸⁶³

Este autor intenta dar cobertura constitucional a sus planteamientos, llegando a afirmar que “Lo que sí encontramos completamente claro es que la lealtad y fidelidad han de medirse, básicamente, con referencia a la Patria y a los principios fundamentales de la Nación.”¹⁸⁶⁴ Pero claro, el único principio fundamental de la nación que le merece atención es el de la indisolubilidad de la nación española (art. 2 CE) y, claro está, en modo alguno concebida en el sentido necesariamente democrático que aquí se ha sostenido. Para ello se apoya en las Reales Ordenanzas puesto que “como se ve, no se alude para nada a “régimen político” o “gobierno”, ni tan siquiera a “Estado”, ni menos a “país”. Los términos utilizados son España y Patria.”¹⁸⁶⁵ Como consecuencia, la neutralidad del militar para Pellón sólo implica no permitir “opiniones subversivas, revolucionarias o atentatorias a la indisoluble unidad de la Nación española”¹⁸⁶⁶ y no las contrarias al régimen constitucional democrático.

La manipulación se consagra de nuevo cuando se afirma que “la invocación que los textos constitucionales hacen a las Fuerzas Armadas para defenderlos y mantener el orden interno, lo cual implica atribuirles [sic] unas facultades de discernimiento y de enjuiciar la actividad de las autoridades civiles en relación con el cumplimiento efectivo de la Constitución, que necesariamente supone una valoración política. Los Ejércitos por imperativo de la propia realidad, son, a la vez, servidores de la legalidad constitucional y máximos valedores y guardianes de la misma.”¹⁸⁶⁷ Esto no es del todo erróneo, siempre en el marco de los presupuestos aquí afirmados. El

¹⁸⁶³ Cita de Milán del Bosch, Teniente General, en ABC, de 23 de septiembre de, 1980, también citada por este autor.

¹⁸⁶⁴ *Ibidem*, pág. 60.

¹⁸⁶⁵ *Idem.*.

¹⁸⁶⁶ *Ibidem*, pág. 61.

¹⁸⁶⁷ *Ibidem*, pág. 60.

problema deviene cuando para este autor, la “Constitución no es norma escrita sino más bien como los principios rectores de la forma de ser y circunstancias de cada pueblo”¹⁸⁶⁸.

Como al lector no habrá pasado desapercibido, esta construcción se opone radicalmente a la construcción sobre el significado de las misiones constitucionales para las que las FAS pueden ser empleadas por los poderes democráticos y desvirtúa por completo la supremacía civil democrática erigiendo a los Ejércitos en últimos valedores de una Constitución concebida de forma radicalmente opuesta a los principios democráticos a la vez de considerar a las FAS depositarias de la legitimidad para valorar cuáles son los intereses de una “nación” que tampoco tiene nada que ver con la concepción democrática de este término.

Así pues, posicionamientos de este tipo son los que deben orientar -negativamente- la concepción constitucional de la neutralidad y la obediencia reflexiva de los militares a las órdenes de las autoridades legítimas.

c) La desobediencia militar sólo se justifica en aras del sostenimiento del régimen constitucional democrático, como una manifestación particular del ius resistendi de todo ciudadano

Como se ha afirmado, la quiebra de la obediencia ciega se produjo en aras del mismo sistema constitucional. Y es así como la misma se contempla en el sistema español. Las Reales Ordenanzas preceptúan en su artículo 34 que ningún militar está obligado a obedecer la ejecución de actos “que manifiestamente [...] constituyan delito, en particular contra la Constitución [...] en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”¹⁸⁶⁹ Asimismo dispone

¹⁸⁶⁸ *Ibidem*, nota a pie nº 82 en pág. 65.

¹⁸⁶⁹ Art. 34 Reales Ordenanzas: “Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”

que “Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito” (art. 84). En esta línea, el Código Penal Militar de 1985 señala en su artículo 21 que “No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente [...] constituyan delito, en particular contra la Constitución”¹⁸⁷⁰ y toda la construcción de los delitos de rebelión¹⁸⁷¹ y desobediencia es coherente con esta disciplina reflexiva¹⁸⁷².

¹⁸⁷⁰ Esta ley, en su Exposición de Motivos señalaba sobre el particular que “El problema de la obediencia debida se resuelve al margen del viejo concepto de una ciega obediencia, para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes. La fórmula que figura en este Código Penal Militar no difiere de la establecida por las Reales Ordenanzas, a fin de evitar confusionismos y de puntualizar bien su adecuación al texto constitucional.”

¹⁸⁷¹ Artículo 79: “Son reos del delito de rebelión en tiempo de guerra los que se alzaren colectivamente en armas para conseguir cualquiera de los siguientes fines:

1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.

2.º Destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.

3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.

4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma, o impedir que se constituyan, reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución.

5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la Nación o parte de ella o cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno Nacional o Autonómico o a cualquiera de sus miembros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio. [...]”

Artículo 80: “Serán castigados con la pena de diez a veinte años de prisión, los que, en tiempo de guerra:

1.º Consiguieren por astucia o por cualquier otro medio, alguno de los fines del artículo anterior.

2.º Sedujeren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión. Si llegare a tener efecto la rebelión, los seductores se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el artículo anterior.

3.º En forma diversa de la prevista en el delito de traición atentaren contra la integridad de la Nación española.”

Artículo 81: “La conspiración, proposición o provocación para cometer cualquiera de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, serán castigadas con la pena inferior en grado a la señalada.

La apología de cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores o de sus autores, será castigada con la pena de dos a ocho años de prisión.”

La disciplina sólo se legitima constitucionalmente como medio indispensable de alcanzar la eficacia de la Institución militar, pero la eficacia de las FAS no es un valor en sí mismo, sino sólo con relación a las misiones que eficazmente deben desarrollarse, y estas misiones se resumen en la defensa del Estado constitucional. En consecuencia, cuando pretenda emplearse la disciplina en contra del Estado constitucional pierde toda su legitimidad y, como un *castillo de naipes*, decae este principio básico de la organización militar. Como se vio, nuestra Constitución reconoce la existencia de la Institución militar y establece los elementos que la configuran –como la disciplina– elementos que se fundamentan a partir de las misiones que la misma ley asigna a las FAS y fuera de estas misiones, pierden su razón de ser.

Artículo 82: “1.º Quedará exento de pena el que, implicado en cualquiera de los delitos previstos en los tres artículos anteriores, los revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

2.º A los meros ejecutores que depongan las armas, antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado.”

Artículo 83: “El militar que en tiempo de guerra no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denunciare inmediatamente a sus superiores, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión.”

Artículo 84: “En los delitos comprendidos en este título se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.”

1872 Artículo 19: “A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.”

Artículo 63: “El que se negare a obedecer o no cumpliere las prescripciones u órdenes contenidas en los Bandos que, *de conformidad con la Constitución y las leyes*, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años o con la de confinamiento o destierro, siempre que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código.”

Artículo 102: “El militar que se negare a obedecer o no cumpliere las *órdenes legítimas* de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Estos hechos, cometidos en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra.”

Es más, la posible desobediencia militar a favor del sistema constitucional puede entenderse en el marco del derecho a la resistencia como último remedio frente a quienes intenten apartar el orden constitucional, como se vio, reconocido en algunas constituciones europeas¹⁸⁷³. Se trata de la transposición para el ámbito militar de aquello que tantas veces aludiera Locke, si nos traicionan los órganos en los que hemos depositado nuestra confianza, sólo cabe “confiarse al cielo”¹⁸⁷⁴, es decir, ejercer el derecho de resistencia por medio de la fuerza contra la autoridad no legítima¹⁸⁷⁵. Ahora bien, la valoración de cuándo los poderes democráticos traicionan el sistema constitucional no es algo maleable y objeto de manipulaciones como las antedichas, es un juicio de valor que “hasta un lerdo y con menos entendimiento podría realizar”, empleando la expresión a la que nuestro Tribunal Supremo recurrió respecto de los golpistas del 23 de

¹⁸⁷³ Así se reconoce en el artículo 20. 4º de la Ley Fundamental de Bonn: “Todos los alemanes tienen el derecho de ofrecer resistencia como último remedio frente a quienes intenten apartar el orden constitucional.”

En el artículo 21. 1º de la Constitución portuguesa queda también claramente vinculado a los derechos y libertades: “Todos tienen el derecho de resistir a cualquier orden que ofenda sus derechos, libertades y garantías y de repeler por la fuerza cualquier agresión cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública.”

También es constitucionalmente reconocido este derecho de resistencia en el artículo 2 de la Constitución francesa: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

¹⁸⁷⁴ LOCKE, Jonh, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit. págs. 206-233, en especial, Capítulo XIX “De la devolución del Gobierno” en parágrafos 227 y ss. (págs. 217-233).

¹⁸⁷⁵ Así señalaría Locke que “quien hace uso de la fuerza contra su pueblo sin autoridad y contra la confianza que se había puesto en él, se halla en estado de guerra contra el pueblo, el cual tiene derecho a restablecer el ejercicio de su poder legislativo ¿Cómo?”, “En toda situación y condición, el verdadero remedio contra la fuerza desprovista de autoridad es el empleo de la fuerza.” Así citado por GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 107.

Sobre el “legítimo” derecho a la resistencia de Locke, ver SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 394 y ss. “Sociedad y Gobierno” quien recuerda que para Locke “Toda invasión de la vida, la libertad o la propiedad de los súbditos es *ipso facto* nula, y un poder legislativo que intenta llevar a la práctica tales desmanes pierde su fuerza. En este caso el poder revierte al pueblo, que tiene que establecer un nuevo poder legislativo mediante un nuevo acto de legislación constitucional.”

febrero y las alegaciones de obediencia debida por parte de miembros de la Guardia Civil¹⁸⁷⁶.

La cuestión de la obediencia debida ha sido en especial atendida –ya durante el régimen franquista– por Rodríguez Devesa¹⁸⁷⁷. En aquel período se consideraba básicamente la negación de la obediencia cuando a través de la orden se pretendía cometer un delito. Sin embargo no es éste el objeto ahora de atención, sino las órdenes que pudiesen contrariar el sistema político constitucional¹⁸⁷⁸, sobre lo que sí se centraron diversos autores una vez en vigor nuestra Constitución y tras la experiencia del Golpe de Estado¹⁸⁷⁹. Amén de consideraciones

¹⁸⁷⁶ En efecto, el Tribunal Supremo criticó severamente la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar y sobre el tema que nos ocupa, en el considerando 138º afirmó que “los tenientes de la Guardia Civil fueron ya informados [...] por sus superiores, en el acuartelamiento [...] del objeto de las acciones que emprendían, cuya ilegalidad era tan patente que les debía haber inducido a desobedecer inmediatamente las órdenes recibidas al respecto, y si, en su caso, tuvieron alguna duda, no necesitaron llegar hasta la madrugada del día 24 para convencerse de que habían contribuido y consumado un levantamiento militar, pues al... ocupar militarmente el edificio y el hemiciclo ... y secuestrar e inmovilizar a los congresistas y al Gobierno, hasta el mas lerdo y de menos entendimiento hubiera comprendido en el acto que se estaba perpetrando un delito de rebelión militar.”

¹⁸⁷⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José M., “La obediencia debida en el Derecho penal militar”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 2, enero-junio de 1957, págs. 29-79.

¹⁸⁷⁸ Cabe advertir que no es aquí el único punto en el que se hace referencia a la quiebra de la obediencia debida, pues ésta también tiene lugar cuando se da un mandato antijurídico como pueda serlo el que comporte una restricción injustificada de un derecho fundamental, esto es, no se trata de órdenes “contrarias a las leyes o usos de la guerra o que supongan delitos, en especial contra la Constitución”. Será cuando se aborden los derechos fundamentales de los militares cuando se atienda la posible desobediencia de órdenes que comporten un menoscabo de los mismos. Se hará referencia, en concreto a los casos suscitados por las órdenes antijurídicas de asistir a una ceremonia religiosa. Esta cuestión fue objeto de la interesante sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre y la si cabe aún más interesante sentencia del Tribunal Central Militar 20/1997, de 12 de marzo.

¹⁸⁷⁹ Tras el golpe de Estado se reformó el artículo 185. 12º del Código de Justicia Militar recogiendo el tenor de lo dispuesto en el artículo 34 de las Reales Ordenanzas. Sobre el tema, RODRÍGUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español, Parte General*, volumen II, (15ª ed.) , Dykinson, Madrid, 1992, págs.. 521 y ss.; MILLÁN GARRIDO, Antonio, “Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar”, en *Revista de Derecho Público*, nº 87, 1982 y, particularmente, cabe destacar los trabajos de MORILLAS VILLANUEVA, Lorenzo, *La obediencia debida. Aspectos legales y político criminales*, Civitas, Madrid, 1984, en concreto ver págs. 191 y ss.; FIERRO, Guillermo J. *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, Depalma, Buenos Aires, 1984 y, más recientemente, con la normativa penal vigente, por todos, MUÑIZ VEGA, Gonzalo, “La eximente de obediencia debida en el Derecho Penal Militar”, cit, págs. 121-166..

más propias a la Ciencia penal, lo que cabe señalar es que la posibilidad de una legítima desobediencia se da para los casos en los que no puede suscitarse duda alguna de la inconstitucionalidad de la orden recibida y las graves consecuencias que ésta puede comportar para el sistema constitucional¹⁸⁸⁰. Así, por ejemplo, la tipificación del delito de rebelión militar (art. 79 Código Penal Militar) constituye una guía clara de las órdenes que no deben ser obedecidas (las acciones para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución; destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad; impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos; disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma, o impedir que se constituyan, reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución; declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la Nación o parte de ella o cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno; sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno Nacional o Autonómico o a cualquiera de sus miembros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio).

Las órdenes para llevar a cabo estos fines, bien provengan del gobierno, bien de la autoridad militar, no exigen en modo alguno un amplio marco de apreciación y valoración por el individuo militar, no pueden suscitarse duda alguna de su contravención del sistema constitucional, por lo cual no sólo pueden ser desobedecidas, sino que deben serlo. Ésta es la disciplina reflexiva, revocable y condicional en

¹⁸⁸⁰ CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional militar*, cit. pág. 47 señala la siguiente “regla práctica”: “en el caso de órdenes no provenientes por el conducto reglamentario, que no se refieran a asuntos del servicio o que, abierta y patentemente, se opongan a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, se impone la desobediencia; en caso de duda sobre cualquiera de estos extremos, procede salir de esta duda por los medios de que se disponga y, si no es posible esto, lo pertinente es obedecer, ya que la buena fe del inferior que obedece, acreditada por una sincera y sensata creencia en la licitud formal y material de lo ordenado o por el intento, en su caso, de salir de la incertidumbre bastarán para exculparle de responsabilidad.”

el marco constitucional, que, como se ve, nada tiene que ver con aquélla de la que hablaban algunos autores.

Hay que subrayar, además, que la posible desobediencia es una decisión individual a resultas de un juicio de valor individual, en modo alguno colectivo. La “grave responsabilidad de su acción u omisión” (art. 28 ROFAS) es individual. Como señala López Ramón, si bien del artículo 34 ROFAS permite la deliberación sobre la orden recibida, no implica el reconocimiento de ningún tipo de autonomía de las FAS para valorar colectivamente las órdenes de los poderes constitucionales¹⁸⁸¹.

C) LA “CRISIS” DE LA APOLITICIDAD MILITAR Y EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA ALCANZAR LA NEUTRALIDAD

a) La “crisis” del apoliticismo militar individual desde las perspectivas ontológicas y de la propia naturaleza del Derecho

No es posible desconocer la evolución que ha sufrido el principio de neutralidad política desde su generación hasta la fecha. Si bien es el propio principio democrático y la lógica del Derecho quienes justifican la necesidad de mantener neutral a la Institución militar, son estos propios principios los que matizan la posición apolítica de las FAS, haciéndola derivar hacia el apartidismo. Se ha asumido en la actualidad que, cuando se emplea el término de *apolítico* en lo castrense, haya que referirse más correctamente a un *apartidismo* del militar¹⁸⁸². No obstante, en ningún caso, de la redefinición del apoliticismo militar puede derivar un postulado que legitime una función política o autónoma institucional de las FAS.

¹⁸⁸¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, en “Principios de la ordenación... cit. págs. 2596-2597.

¹⁸⁸² Así lo subrayan, entre otros, TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución... cit., pág. 126; BAUTISTA SAMANIEGO, JOSÉ M. , “Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, tomo I, julio-diciembre, 1989, págs. 281-303, pág. 282; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael, “Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?... cit. pág. 503; MORALES VILLANUEVA, Antonio, “Derechos y libertades del militar profesional”, cit. pág. 91 o BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 513-514.

La concepción absolutista de la obediencia ciega se supera en el siglo XIX. Jurídicamente comienza entonces a darse importancia a la persona individual del militar que, como cualquier otro ciudadano, debe obediencia a las leyes, y fundamentalmente, a la Constitución. De este modo, al militar se le considera, como persona, no como robot sin razón ni juicio; se le reconoce la posibilidad de discernir lo que pueda ser o no legal.

Partiendo de esta valoración del militar como individuo, se llega a la necesidad de tener en cuenta la inherencia a la naturaleza humana de la condición del hombre como *animal político*. El militar es una persona que como tal, no puede mantenerse aislada y sin sentimientos al respecto la realidad social y política que le rodea¹⁸⁸³. No es posible afirmar la apoliticidad del ser humano, y por tanto, la del militar. La aceptación absoluta de la apoliticidad del militar “conduciría al hombre a la más garrafal ignorancia de toda problemática social y política”¹⁸⁸⁴.

Aún es más, el Derecho *no puede* negar la condición del militar como ser político. El plano jurídico lo único que puede alcanzar es la manifestación externa de los pensamientos, el pensamiento no manifestado no puede ser objeto del ámbito jurídico¹⁸⁸⁵. Los argumentos antedichos son admisibles para negar ontológica y jurídicamente la apoliticidad del sujeto militar, pero no para excluir

¹⁸⁸³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael, “Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?... cit. pág. 503 afirma: “Hasta hace pocos años se argumentaba exigiendo apoliticismo por parte del militar. Eso es ridículo, todo ser humano es un animal político y su componente espiritual le va a llevar a la adopción de determinadas posturas metafísicas ante la problemática socio-política de su entorno. A nadie se le puede exigir asepsia, *eso sólo lo garantizan las máquinas*, y aquí hablamos de seres humanos, de ciudadanos.”

¹⁸⁸⁴ Ver, por ejemplo, GARCÍA MARTÍNEZ, Prudencio, *Ejército, presente y futuro*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, pág. 34. MORALES VILLANUEVA, Antonio, “Derechos y libertades del militar... cit. pág. 91 afirma al respecto que “el apoliticismo del militar es una aberración que conduce al vacío intelectual”.

¹⁸⁸⁵ Ver, PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990, en pág. 162, afirma que la libertad ideológica es el marco de expresión del principio de libertad, puesto que el Estado no podría enunciarla constitucionalmente más que para referirla a la exteriorización de dicha libertad, pues *interiormente es ajena al Derecho* y por ello, se extiende también a la libertad de actuar según dicha conciencia.

diversas conductas que pueden poner en peligro que las FAS participen en la vida política poniendo en riesgo el sistema constitucional. Y es que aduciendo esta lógica matización del significado de la apoliticidad castrense, autores como los ya mencionados pretendían apuntalar su construcción que justifica el intervencionismo militar a partir de una “crisis de la apoliticidad del Ejército”¹⁸⁸⁶. Esta crisis de la apoliticidad, que es un hecho, nada tiene que ver con aquellas intenciones y derivaciones, sino que, como se verá, resulta precisamente una redefinición de este principio para asentar mejor la supremacía civil y mitigar las posibilidades del intervencionismo militar.

b) El modelo de control objetivo del poder militar seguido en España

Desde antiguo, nunca se dudó en identificar al militar con el sistema político: las cúpulas nobiliarias del Ejército monárquico eran una garantía del mantenimiento del sistema del Antiguo Régimen. Con el avenimiento del sistema liberal, la burguesía se introdujo en las cúpulas militares permitiendo dejar atrás el sistema absolutista. Sin embargo, los Ejércitos cerraron las puertas de los cuarteles y se erigieron en una clase militar corporativa con valores propios que cada vez se separaron más de los principios liberales, lo cual dio pie a un mayor intervencionismo. Tras la guerra civil española no se dudó en politizar a los militares, que quedaron muy identificados con el régimen dictatorial. Como, entre otros, recuerdan Busquets o Ballbé, la apoliticidad militar en aquél régimen no era otra que la adhesión inquebrantable a los principios políticos del Movimiento¹⁸⁸⁷. Sin

¹⁸⁸⁶ Así lo denomina OEHLING, Hermann, *La función política...* cit. pág. 96; obviamente desde su posición legitimadora de la función política del Ejército. No obstante, si que puede aplicarse tal apelativo pero desde una perspectiva totalmente diferente a la realizada por este autor, en tanto que, como a continuación se expone, es precisa una redefinición de la apoliticidad de las FAS desde las perspectivas de la propia dogmática jurídica y, especialmente, de la democracia inherente al sistema constitucional.

¹⁸⁸⁷ Sobre el tema se volverá, sin perjuicio de ello cabe recordar con Ballbé que el Ejército español se regía por un apoliticismo peculiar: “apolítico debe interpretarse como adhesión inquebrantable a los principios políticos del Movimiento, es decir, de la dictadura del General Franco.” BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 438.

embargo, una vez consolidada, no se ha apostado firmemente por la vía más importante para integrar al militar en la sociedad democrática, permitirle considerarse como un miembro de la misma acercándole al ejercicio de los derechos y libertades. Y esta opción no sólo es una ineficaz vía para alcanzar las finalidades perseguidas, sino que en buena medida es inconstitucional.

El medio tradicional con el que históricamente se ha pretendido lograr el apartidismo o asindicalismo militar no ha sido otro que una severa limitación de las libertades públicas (libertad de expresión, información, reunión, sindicación, etc.), como categoría jurídica diferenciable en el sentido referido por Sánchez Ferriz¹⁸⁸⁸, como a los específicos derechos de participación política de los miembros de la Institución castrense (básicamente, el derecho al sufragio pasivo).

Y sobre la cuestión es preciso, desde un inicio, efectuar una advertencia: las limitaciones de los derechos y libertades del militar no son causadas únicamente en aras de la preservación de la neutralidad política y, por ende, de la supremacía civil. Las limitaciones en el estatuto de derechos y libertades del militar vienen motivadas por lo general para posibilitar un eficaz desempeño por las FAS de las misiones constitucionales. El bien que se trata de preservar mediante la limitación de los derechos y libertades del militar es la eficacia de la Institución militar, su disciplina, jerarquía, unidad, la reserva o secreto sobre informaciones atinentes a la seguridad del Estado, etc. Es decir, muchas de las limitaciones del estatuto de derechos fundamentales del militar no se imbrica directamente con la neutralidad y la primacía civil. Así se explica por ejemplo que el militar no pueda efectuar murmuraciones contra el servicio, o réplicas desatentas a un superior

¹⁸⁸⁸ Así, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, en su *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), págs. 213 y ss. distingue la categoría de las libertades públicas frente a los derechos fundamentales, que gozan de una especial relación con el principio de la dignidad de la persona. Destaca esta autora las siguientes notas que se dan en las libertades públicas: 1º la molestia o incomodidad en su reconocimiento para el poder; 2º resultar ser expresión de la natural sociabilidad de la persona y, por ello su naturaleza se haya a medio camino entre los derechos o libertades individuales y los políticos; 3º que no obstante no ser políticos sean los de más fácil politización y, por último, -4º- que su reconocimiento se vea acompañado de cautelas o condicionamientos o, en su caso, de remisiones hechas por los textos constitucionales a la ley.

o menosprecio a un compañero, que no pueda hacer públicas informaciones o secretos relativos a la seguridad o que no pueda provocar disensiones en el seno de los Ejércitos¹⁸⁸⁹. En la mayor parte

¹⁸⁸⁹ Sin perjuicio de la inconstitucionalidad formal de las Reales Ordenanzas, cabe recordar las limitaciones de la libertad de expresión que se producen básicamente en aras de la eficacia de la defensa del Estado constitucional:

Artículo 178: “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.”

Artículo 179: “Los componentes de las Fuerzas Armadas tienen derecho a la posesión y utilización de medios de comunicación social dentro de los recintos militares. No obstante, cuando razones de seguridad nacional, exigencias de la disciplina o defensa de la unidad de las Fuerzas Armadas así lo requieran, podrá limitarse el ejercicio de este derecho por el Ministro de Defensa o, en caso de urgencia, por la autoridad militar competente, quien habrá de someter su decisión al refrendo de dicho Ministro.”

Artículo 192: “La tenencia y utilización de cámaras fotográficas, grabadoras o aparatos análogos en recintos, buques, aeronaves o actividades militares podrán ser limitadas por razones de disciplina o seguridad. En todo caso requerirán autorización previa, que no se concederá para aparatos emisores. Para publicar o ceder fotografías o grabaciones realizadas en las circunstancias señaladas, será imprescindible el correspondiente permiso.”

En esta dirección cabe ubicar la calificación como delito en el Código Penal Militar las siguientes acciones:

Artículo 101: “El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad, a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.” (cabe recordar en este sentido que, en rigor jurídico, no se trata de una limitación de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada, puesto que el contenido constitucional de la libertad de expresión no da cobertura a las coacciones, amenazas o injurias).

Artículo 116: “El militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Si la trascendencia no fuere grave, se corregirá por vía disciplinaria.”

Artículo 129: “El que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia incitare a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en las Secciones 1) y 2) de este Capítulo [Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar], hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

En el ámbito disciplinario se aprecia con mayor claridad una serie de limitaciones bastante distantes de la neutralidad militar. Así cabe recordar algunas de las conductas sancionables por la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998:

Artículo 7: “Son faltas leves: [...]”

8. Las manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio y las murmuraciones contra el mismo, las órdenes del mando o de otros militares, así como tolerar dichas conductas en las fuerzas o personal subordinados.

11. Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito.

de los casos mencionados poco o nada tendrá que ver la neutralidad militar, se trata de bienes jurídicos diferentes.

Ni la jurisprudencia¹⁸⁹⁰ ni la doctrina¹⁸⁹¹ por lo general no han reparado en esta distinción, si bien, resulta precisa. Y es que tal y

12. La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas o réplicas desatentas a los mismos.

14. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados.

17. Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas”

18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo.

25. Promover o participar en discusiones que susciten antagonismo entre los distintos Ejércitos y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, o de naturaleza militar.

29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra [...] sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito.”

Artículo 8: “Constituye falta grave: [...]

10. Incumplir las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar.

11. Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la Defensa Nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito.

18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo.

32. Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra [...] sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito.”

¹⁸⁹⁰ En efecto, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional a la hora de argumentar y justificar la admisibilidad de limitaciones de los derechos y libertades de naturaleza política únicamente hacen referencia a la disciplina.

Por cuanto al Tribunal Europeo, la sola referencia a los principios organizativos internos se entiende razonable. Esto es así, en tanto en cuanto en el marco europeo, si bien la supremacía civil es reconocida como elemento propio de la democracia, no siempre se proyecta en la necesidad del mantenimiento de neutralidad política por parte de los miembros de las FAS. En el marco comparado, la regulación de las limitaciones de los derechos y libertades al militar es heterogénea, lo cual no permite afirmar que exista un general principio de neutralidad política que implique una fuerte limitación de las libertades públicas. Para dar cabida a tal heterogeneidad, el artículo 11. 2º permite expresamente el establecimiento de limitaciones a las libertades de asociación y sindicación para los miembros de las FAS. No obstante, de esta permisión no puede deducirse el reconocimiento implícito de la neutralidad política, sino que supone una licencia de libre discrecionalidad de los estados para limitar dichas libertades.

Mientras en distintos países se permite la sindicación (Holanda, Suiza, Alemania, Bélgica, Inglaterra o Suecia) o bien formas de organización para la defensa de los intereses profesionales (Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo, Italia) así como la directa participación

política (en especial, en Holanda), en otros países como España, tales actividades se encuentran muy limitadas. Así, la neutralidad política como principio autónomo no rige con un acervo común que sirviese de argumentación para limitar la libertad de expresión e información reconocida en el artículo 10 del Convenio. Sin embargo, en todos los sistemas resultan reconocidas muy diversas limitaciones establecidas en virtud sino de los principios propios de la organización militar (en especial la eficacia y la disciplina), y no directamente de la neutralidad. Por ello, son estos los motivos por los que pasan a justificarse genéricamente las limitaciones a los derechos, entendiéndose estos principios incluidos en “la defensa del orden” y admisibles para una “sociedad democrática”.

Así, en el caso *Engalles y otros* (sentencia de 8 de junio de 1972), se afirma que: “Es claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 es aplicable a los militares como a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, 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”. Este mismo argumento se reproduce exactamente para el caso *VDSÖ y Gubi*, de 19 de diciembre de 1994. En el caso *Hadjianastassiou vs Grecia* (sentencia de 26 de noviembre de 1992) la limitación de la libertad de expresión e información se produjo por una motivación alejada de la neutralidad política, en este caso, por estrictos motivos de seguridad nacional, por lo cual no es menester ahora reproducir las argumentaciones de esta sentencia. Tampoco se realiza ahora referencia a otras resoluciones del Tribunal Europeo relativas a la esfera militar, por cuanto el objeto dirimido no viene referido a los derechos y libertades de naturaleza política.

Respecto del Tribunal Constitucional no parece tan clara la justificación de que no haya apreciado la distinta motivación de los límites establecidos para los derechos y libertades -en especial para la libertad de expresión-. Cuando el Alto Tribunal recoge la neutralidad militar y acertadamente la conecta con la sumisión militar a los poderes e instituciones políticas (supremacía civil) si bien, la vincula a continuación con la eficacia de las FAS. Ello se produce desde el importante auto 375/1983, de 30 de julio (caso manifiesto de los cien).

Únicamente en la sentencia 101/1991, de 13 de mayo (FJ 4º) no se vincula la neutralidad militar a la eficacia de la institución, sino que se afirma que “la finalidad de la limitación impuesta [...] se asienta en el citado principio de neutralidad, que a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la Institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas”. Por el contrario, por lo general se atiende la neutralidad militar como garantía de la unidad interna de la institución, esto es, como exigencia a favor de su eficacia. Así, entre otras la sentencia 371/1993, de 13 de diciembre (FJ 4º) donde se afirma que la neutralidad política del militar se encuentra incluida entre “los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la Institución militar, que *garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna*, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas”. No obstante, más tarde el propio Tribunal repara que la limitación de la libertad de expresión del militar se justifica como “*garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado*”. El resto de las resoluciones que afectan particularmente a los límites de derechos y libertades del ámbito político no reparan en esta distinción. (Ver, auto 375/1983, de 30 de julio y sentencia 270/1994, de 17 de octubre, en las que se justifica la limitación en virtud de los principios organizativos esenciales de la institución para que pueda llevar a cabo sus tan altos fines.”

El Tribunal Supremo en alguna ocasión ha recogido expresamente el deber de neutralidad militar, como proyección de la supremacía civil diferenciándolo de los principios en orden a la eficacia. Así, en la sentencia de 19 de abril de 1993, al respecto también de la

como aquí se sostiene, las limitaciones de las libertades públicas del militar, por lo general, serán admisibles constitucionalmente cuando la finalidad consista en la eficacia de la defensa del Estado constitucional¹⁸⁹². Sin embargo, cuando el bien que se trata preservar es la supremacía civil, muchas de las tradicionales y férreas limitaciones de las libertades públicas del militar no serán ni las mínimas posibles, ni idóneas, congruentes o proporcionales, esto es, no cumplirán con las exigencias precisas para la admisibilidad constitucional de la limitación del ejercicio de un derecho fundamental. Y como se ha afirmado, no se trata únicamente de la opción por un modelo político o sociológico para operar un eficaz control del poder militar, sino que las vías para alcanzarlo deben quedar siempre dentro de los márgenes constitucionalmente admitidos.

libertad de expresión, se afirmó que “el problema consiste en determinar los límites a la libertad de expresión de modo que, *garantizadas la disciplina por una parte y la neutralidad política de las Fuerzas Armadas por otra* [...] todo miembro de las Fuerzas Armadas puede expresarse libremente *siempre que observe con la mayor escrupulosidad el respeto debido a sus superiores jerárquicos y a la dignidad y honor de superiores, iguales e inferiores; que observe con idéntica severidad su deber de neutralidad política.*

En la sentencia de 5 de noviembre de 1991, por ejemplo, no se aprecia una clara diferenciación de la neutralidad de la institución como sujeción al poder civil de los principios internos esenciales de la institución; así, se afirma que “allí donde la neutralidad política es un deber indiscutido y la manifestación del conflicto ideológico está proscrita -como ocurre en el ámbito de las Fuerzas Armadas *por motivos que guardan directa relación con el valor de la unidad-* tendrá que reputarse lógico y razonable que se someta a límites estrictos una actividad que en el resto de la sociedad debe encontrar, en cambio, mayores facilidades”.

¹⁸⁹¹ Si bien en ocasiones se advierte que las limitaciones de los derechos del militar siguen una doble finalidad, no se extraen derivaciones de ello tal y como podía resultar. Es más, en algunos casos se manipula con estas finalidades distintas (neutralidad-eficacia) para negar la neutralidad que se deriva de la primacía civil. Un ejemplo claro se da en la obra de OEHLING, Hermann, *La función política...* cit. pág. 102, ahí se afirma que “La teoría clásica de la subordinación y apoliticidad de los cuerpos armados estaba pensada para su inserción dentro del mecanismo administrativo y gubernamental, lo cual es lógico.” De este modo, Oehling pretende justificar únicamente la neutralidad interna, como una exigencia sólo para dentro.

¹⁸⁹² Claro está, no se puede hacer una calificación genérica por cuanto la admisibilidad de la limitación de un derecho fundamental siempre debe ser observada para el caso concreto. Lo que se afirma es que la situación legislativa actual resulta por lo general admisible desde los parámetros constitucionales de restricción mínima de los derechos, necesidad, idoneidad y congruencia, proporcionalidad y respeto del contenido esencial. proporcionalidad

El militar es una persona que por serlo tiene reconocidos unos derechos y libertades inherentes a su dignidad¹⁸⁹³. Por debajo de la tela

¹⁸⁹³ El estudio de los derechos y libertades del militar en España no se atiende *de forma directa* en el presente estudio, que poco tendría que aportar –más bien actualizar el espléndido trabajo de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. que aunque del título parecza atenderse sólo al militar de reemplazo ni mucho menos versa sólo sobre él el contenido de la obra, un libro de un volumen –cabe señalarlo- de 789 págs.

Cabe señalar que precisamente este tema fue en un inicio sobre el que iba a versar la presente tesis doctoral que, ante el conocimiento del trabajo de David Blanquer, quien suscribe redefinió el objeto de la misma, sin perjuicio que se aborden necesariamente aspectos directamente imbricados con los derechos fundamentales del militar. La doctrina relativa a los derechos fundamentales –estudiada aunque no siempre referida en este estudio- es la que sigue.

En nuestro país: GARCÍA HERRERA, Miguel A. “Estado democrático y libertad de expresión” (segunda parte), en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, nº 65, primavera 1983, págs. 186-197; FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, policía y libertad sindical”, en *Revista de Política Social* nº 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 402-450; MORALES VILLANUEVA, Antonio, “Derechos y libertades del militar profesional”, en *Revista de Estudios Políticos* nº 37, enero-febrero de 1984; SERRANO ALBERCA, José M., “La protección de las libertades públicas del militar”, en *Revista de Administración Pública* nº 103, enero-abril 1984, págs. 47-87; BUIZA CORTES, Tomás, “Los militares y el derecho a la participación política”, en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, nº 63, noviembre de 1984, págs. 133-154; AA. VV., *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985; LAGUNA SANQUIRICO, Francisco, “El militar, ciudadano de uniforme. (Deberes y derechos del soldado)”, en *Revista de Estudios Políticos* nº 56, abril-junio de 1987, págs. 121-135; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional”, en *Revista de Estudios Políticos* nº 64, abril-junio de 1989, págs. 93-130; BAUTISTA SAMANIEGO, JOSÉ M., “Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, tomo I, julio-diciembre, 1989, págs. 281-303; GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales de los militares, en Libro homenaje al profesor Villar Palasí, Cívitas, Madrid, 1989, págs. 577-589 y en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2563-2583; JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y habeas corpus”, comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado”, en *La función militar...* cit. págs. 205-233; en esta misma obra colectiva, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Sebastián, “Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución española en relación con las Fuerzas Armadas”, págs. 603-616; HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R., “El militar y la libertad de expresión” en *Diario La Ley*, nº 4020, del 22 de abril de 1996.

Cabe añadir, además, los estudios sobre la materia que se incluyen en trabajos sobre las relaciones de especial sujeción (que se citan en este estudio), o sobre el régimen disciplinario o

del uniforme está siempre la piel del ciudadano. Es por ello por lo que desde hace algún tiempo se intenta fortalecer en España la figura del ciudadano-soldado¹⁸⁹⁴. Los militares al igual que los ciudadanos tienen reconocidos los derechos y libertades que se concretan en los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Nuestra Constitución sólo contiene específicas exclusiones de la titularidad respecto de unos derechos o facultades de los mismos cuando se trata del militar (arts. 28, 29, 70 CE¹⁸⁹⁵) y sólo respecto de éstos derechos

el estatuto de los funcionarios (como, por ejemplo SUAY RINCÓN, José, “La renovación del Derecho Administrativo sancionador: evolución y actualidad, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 69, enero-junio. 1997, págs. 13-37 y las monografías que ahí se citan y, más recientemente, RODRÍGUEZ RAMOS, María J., *El Estatuto de los Funcionarios Públicos*, Comares, Granada, 1997, sobre el tema, págs. 57-74.

De entre los estudios extranjeros, son ya clásicos: SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1964; los *Recueils de la Société Internationale de Droit Penal militaire e de Droit de la Guerre*, (dos volúmenes), Séptimo Congreso Internacional, celebrado en San Remo en septiembre de 1976, Bruselas, 1978 y BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e Ordinamento Giuridico Statale*, en “*Scritti Giuridici*”, volumen III, Giuffrè, Milano, 1981.

¹⁸⁹⁴ Sobre esta terminología véase LAGUNA SANQUIRICO, Francisco, “El militar, ciudadano de uniforme. (Derechos y deberes del soldado)”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, abril-junio de 1987, págs. 121-135, pág. 122 y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 89-93. La idea del ciudadano-soldado se remonta a la antigua Grecia, pero desapareció desde la aparición del Estado moderno, reapareciendo con la Revolución francesa, siendo empleado por Rousseau o Blackstone para justificar la conscripción forzosa. Sin embargo, hoy día su significación escapa a la consideración del servicio militar, sino que con ella se pretende aludir la conservación de la condición de ciudadano por los militares.

Del mismo modo, hay que significar que cuando se hace referencia a la figura del soldado, debe incluirse la consideración a todo militar. Sin perjuicio de las diferencias estatutarias que pueden reconocerse a los profesionales frente a los que llevan a cabo el servicio militar.

¹⁸⁹⁵ Artículo 28: “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás *cuerpos sometidos a disciplina militar* y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos.”

Artículo 29. 1: “Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, [...] 2. 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.”

Artículo 70. 1: “La ley electoral determinara las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso: [...] e) A los militares profesionales”

De este modo, la Constitución faculta a que la ley excluya de la titularidad del derecho a la sindicación a los miembros de las FAS, en tanto cuerpo sometido a la disciplina militar. Directamente exceptúa a los miembros de los Ejércitos del derecho de petición colectiva. Por

excluidos (sindicación) o de alguna facultad concreta (petición colectiva, sufragio pasivo para diputado o senador) el legislador o no puede reconocérselos al militar o, en su caso, no tiene que respetar contenido esencial alguno (art. 53. 1 CE). Todos los derechos fundamentales pueden ser sometidos a limitaciones¹⁸⁹⁶, en especial el estatuto de derechos y libertades del militar es objeto de tales restricciones. Al margen de las exigencias propias de la eficacia de los Ejércitos que justifican en su medida tales restricciones, una de las finalidades legítimas de estas limitaciones provendrá de la neutralidad requerida para la efectiva supremacía civil. Y hay que subrayar que la Constitución no permite que se siga cualquier limitación de derechos para contener al poder militar, sino las necesarias, idóneas y proporcionales que respeten el contenido esencial de los derechos reconocidos constitucionalmente al militar. En un Estado constitucional todas las limitaciones a los derechos deben ser las mínimas precisas y siempre han de ser las idóneas para el legítimo fin perseguido, a la vez que proporcionadas. Y si para contener un temido poder militar hay diversos modelos posibles, el único constitucionalmente admisible será el que suponga las mínimas restricciones de derechos y libertades del militar a la par de resultar eficaz. De este modo, el legislador no tiene plena libertad de optar por las distintas vías por las que lograr la neutralidad militar oportuna con el fin de preservar la supremacía civil. Se trata, pues, de una necesaria redefinición constitucional del alcance que puede tener el principio de neutralidad.

último, también de forma directa, en el marco del derecho al sufragio activo y pasivo, se excluye al militar profesional en activo el derecho de sufragio pasivo, esto es, ser elegibles, para los cargos de diputado o senador.

¹⁸⁹⁶ Con la única excepción del derecho a no ser objeto de torturas, que no puede ser sometido a límite alguno, como se recuerda en la sentencia 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 5°): “En efecto, dado que salvo contadas excepciones, como la del derecho a no ser sometido a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos”. Respecto de los requisitos de tales limitaciones cabe remitirse a las dos extensas citas que se contienen *supra* en el epígrafe “Queda excluido del análisis desde la igualdad lo que afecte al vasto ámbito del estatuto de derechos fundamentales del militar”, en el apartado “La premisa de la que partir: la aplicabilidad del principio de igualdad sobre las Fuerzas Armadas y el Derecho militar”. (Capítulo relativo a la composición social del Ejército y su convergencia con la sociedad).

Desde la transición, la neutralidad en nuestro país se ha traducido en un muy severo recorte de los derechos y libertades de los miembros de las FAS, quedando limitada cualquier expresión o actividad política o sindical¹⁸⁹⁷. Con alguna ironía aunque sin falta de

¹⁸⁹⁷ Cabe señalar la regulación de tales restricciones vinculada al principio de neutralidad política: hasta la Ley 17/1989 estuvo en vigor el Real Decreto-ley de 8 de febrero de 1977 sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las FAS (que fue desarrollado por Decreto de 1 de abril de 1977, modificado a su vez por Decreto de 20 de mayo). También fue aprobado el Decreto de 19 de noviembre de 1977 sobre difusión de ideas de los componentes de las FAS. En conjunto suponía la completa interdicción de la actividad política de los miembros de la Institución militar, si bien, de dudosa eficacia.

Poco más tarde se aprobarían las Reales Ordenanzas (en principio, pese a su inconstitucionalidad formal, aún vigentes), en las que con relación a la neutralidad política se dispone:

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 aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones concretas¹ 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.”

Asimismo, hasta 1998 fue vigente la ya derogada Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 5/1985, si bien, la nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998 viene a reiterar la regulación que contenía la anterior sobre el principio de neutralidad:

Artículo 7: “Son faltas leves: [...]”

29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros Institutos o Cuerpos de naturaleza militar, [...] cuando no constituyan infracción más grave o delito. [...]

31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia.

32. Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Los militares de reemplazo deberán cumplir su obligación de respetar el principio de neutralidad política en los términos señalados por la Ley, sin perjuicio de que, fuera de los recintos, acuartelamientos, buques,

razón hay quien ha afirmado que “en verdad los derechos y libertades de los componentes de los Ejércitos se han reducido a uno: la posibilidad de votar en las elecciones¹⁸⁹⁸. Resulta llamativo advertir cómo, si bien el legislador ha optado por una convergencia civil-militar en muchos aspectos (retribución ocupacional, estatuto funcional), ha exceptuado de esta convergencia la parcela más importante constitucional y sociológicamente: el estatuto de derechos y libertades de los miembros de las FAS, que no ha variado prácticamente desde 1978¹⁸⁹⁹.

bases, aeronaves y demás establecimientos militares, sin vestir uniforme, y durante el tiempo en que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los mismos, puedan realizar las actividades, políticas o sindicales, que deriven de su adscripción de una u otra índole, y siempre que las mismas no se lleven a cabo en relación, directa o indirecta, con sus compañeros o sus superiores, ni incidan, directa o indirectamente, en actos relacionados con el servicio, ni con las Fuerzas Armadas, su organización, estructura y misiones.”

Artículo 8: “Constituye falta grave: [...]

32. 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.

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. Los militares de reemplazo deberán cumplir su obligación de respetar el principio de neutralidad política en los términos señalados por la Ley, sin perjuicio de que, fuera de los recintos, acuartelamientos, buques, bases, aeronaves y demás establecimientos militares, sin vestir uniforme, y durante el tiempo en que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los mismos, puedan realizar las actividades, políticas o sindicales, que deriven de su adscripción de una u otra índole, y siempre que las mismas no se lleven a cabo en relación, directa o indirecta, con sus compañeros o sus superiores, ni incidan, directa o indirectamente, en actos relacionados con el servicio, ni con las Fuerzas Armadas, su organización, estructura y misiones.”

¹⁸⁹⁸ OLLERO GÓMEZ, Carlos, “Constitución y Reales Ordenanzas”, en *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas –Universidad*, (febrero 1982), pág. 231, así citado por MORALES VILLANUEVA, Antonio, “Derechos y libertades del militar profesional”, cit. pág. 92.

¹⁸⁹⁹ Entre otros, repara en ello NEVADO MORENO, Pedro T. , “El modelo de función pública militar, una reflexión sobre la Ley 17/1989... cit. págs. 261-262.

c) La opción seguida hasta hoy es ineficaz y hasta peligrosa en aras de preservar la supremacía civil

Esta opción por una severa restricción de los derechos y libertades podía incluso justificarse hasta el logro efectivo de la supremacía civil, cuando ésta, aun constitucionalmente proclamada no era efectiva. No obstante, dudosamente puede considerarse admisible una vez asentada la posición subordinada que corresponde a las FAS en un sistema democrático. Y es que la opción por un modelo de grave recorte del estatuto político del miembro de las FAS puede considerarse como peligrosamente ineficaz para la finalidad pretendida y, por ello, inconstitucional. Las limitaciones a los derechos fundamentales si no son idóneas para los fines perseguidos, son incongruentes y por tanto inadmisibles.

Limitar tan severamente el ejercicio de los derechos y libertades de los miembros de las FAS no es sino seguir el modelo del control civil objetivo del poder militar de Huntington: militarizar a los militares, distanciar al miembro de las FAS de la sociedad civil. Supone, como afirma Trillo, situarlos dentro de una especie de “campana de cristal” en las que permanecen “incontaminados” de las realidades políticas de la nación¹⁹⁰⁰. Este distanciamiento implica que, por necesidad, los militares se vean abocados a reforzar sus patrones corporativistas. ¿No resulta peligroso facultar una cohesión ideológica en una institución cerrada a la vida democrática? No en vano, mediante esta supuesta neutralidad se pone al estamento militar de espaldas a la vida democrática y, a la vez, no olvidemos, se le mantiene fuertemente unido en unos hábitos, principios y valores militares ajenos a los democráticos. Bajo el sistema que hasta hoy se sigue, el militar no puede sentirse un ciudadano más ni apreciar, más que como un observador extraño, los cambios ideológicos y políticos que se dan en la sociedad civil.

¹⁹⁰⁰ TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española...cit., pág. 125.

De ahí al intervencionismo político hay un paso. Blondel afirma que “el aislamiento de los militares del resto de la nación tiende a aumentar el carácter profesional del Ejército; recíprocamente, la naturaleza profesional del Ejército tenderá al aumento de su aislamiento [...] si el Ejército es muy acentuadamente profesional, tenderá a desarrollar sus propias opiniones y actitudes de manera más extremada que en otro caso [...] y el resultado es [...] el aumento de la probabilidad de una intervención militar”, “la probabilidad de la intervención militar aumenta a medida que las ideologías prevalecientes en la sociedad difieren más de los propósitos característicos de los militares”¹⁹⁰¹.

Aislado del ejercicio de los derechos ciudadanos no resulta tan difícil que el estamento militar quede como un ente suprapolítico, que en un momento dado es el encargado de velar por unos valores que ellos mismos definen desde la ajenidad a la democracia. Como afirma Casado un aislamiento del militar puede conducir, incluso, a hacerle refractario al propio sistema democrático¹⁹⁰². En el mismo sentido afirma Blanquer que “tan peligrosa es la atribución de una función política a los Ejércitos, como la absoluta marginación de los militares de los asuntos públicos en tiempo de paz”¹⁹⁰³ ¿No parece mayormente conveniente integrar a la sociedad militar en la pluralidad propia de la sociedad civil democrática?

¹⁹⁰¹ BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. págs. 473-474 y 475, respectivamente.

¹⁹⁰² CASADO BURBANO, Pablo, en “La despolitización de los militares profesionales en la España democrática”. Ponencia presentada a las II Jornadas de Sociología “Fuerzas Armadas y Sociedad”, Asociación Castellana de Sociología. Madrid., Mayo de 1983 *in toto*, según la completa referencia de este trabajo a cargo de BUIZA CORTES, Tomás “Una bibliografía básica comentada sobre libertades públicas y fuerzas armadas”, en AA. VV. *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, cit. , págs. 897-914, en concreto, págs. 902-905. Según ahí se dice, la tesis de Casado es la siguiente: “el Ejército, fuertemente politizado durante el régimen franquista, comienza un proceso de despolitización durante la época de la transición; el resultado de ello, absolutamente negativo, es un aislamiento del militar que puede conducir, incluso, a hacerle refractario al propio sistema democrático.”

¹⁹⁰³ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 516.

Y la situación puede incluso empeorar con la suspensión del servicio militar obligatorio¹⁹⁰⁴. Adecuado o no, el servicio militar ha sido una limitada puerta de comunicación entre las FAS y la sociedad. Y ahora, de no reconocerse un estatuto de derechos acorde al Estado constitucional, la sociedad civil habrá cometido el error de salir de los cuarteles dejando olvidado tras de sí un reducto aislado de la democracia. Desvinculados ya de toda conexión con la sociedad, el sistema constitucional contará en su seno con un colectivo ajeno a la vida democrática, a los valores, principios y derechos fundamentales; una comunidad, que, no olvidemos, es la última responsable de la defensa del Estado constitucional con el que difícilmente puede identificarse. La neutralidad, cabe recordar, tiene su razón de ser como garantía de la subordinación militar, garantía de que las FAS, bajo las órdenes del Gobierno, sirvan objetivamente a los fines constitucionales para los que los Ejércitos puedan ser empleados. La opción por el control civil objetivo de Huntington puede suponer, en contradicción con estos fines, una bomba de relojería que ponga en peligro la supremacía civil en un supuesto conflictivo, que haga irrealizable el compromiso de los miembros de las FAS con los sustentos del Estado que deben defender.

Afirma Nevado que el verdadero profesional de armas ha de saber cuál es la misión que le exige la sociedad que la integra, sin embargo, aislado de la sociedad, desde su acantonamiento jurídico, no puede percibir ni asimilar los cambios políticos y sociales que le han situado en un modelo político radicalmente diferente al anterior. Sin embargo, posibilitar -aun con particularidades- el ejercicio de libertades públicas al militar facilitaría esta conexión; este autor, como tantos otros, no duda que el militar sea capaz de situar sus preferencias políticas por debajo de la defensa militar del Estado

¹⁹⁰⁴ En concreto, tuve la ocasión de sostener esta posición en COTINO HUESO, Lorenzo, "El reto de la profesionalización total de la Administración militar", comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312.

constitucional que a él le compete¹⁹⁰⁵. ¿No será mejor dejar al militar hacer política como ciudadano, en medio de otros ciudadanos, que tentarlo a que haga política pero como militar? tal y como afirmase Senechal al concluir su estudio¹⁹⁰⁶

Ahora bien, se ha señalado de forma genérica la inconstitucionalidad del modelo hasta ahora mantenido. Y a este respecto es preciso subrayar que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una limitación a un derecho sólo puede observarse para el caso concreto, advirtiendo la regulación legal y, en especial, la aplicación concreta de la misma. No se trata de una opción de conveniencia política, sino que los criterios afirmados pueden y deben conectarse con los criterios constitucionales para estimar admisible o no una limitación de un derecho constitucional, ya por la necesidad en una sociedad democrática de tal limitación, ya por la idoneidad del medio elegido para con la finalidad perseguida, ya por la proporcionalidad de la limitación¹⁹⁰⁷.

d) Para que las Fuerzas Armadas sean neutrales no es imprescindible que los militares lo sean

La precisa neutralidad militar en un sistema constitucional es aquélla que, a decir de Vergottini, supone la no participación de *las FAS* en la formación de las opciones políticas que puedan repercutir en la determinación de la orientación imputable a los órganos constitucionales¹⁹⁰⁸. No cabe duda que en virtud de la neutralidad política “la actitud de *las Fuerzas Armadas* ante el juego político de la lucha electoral y conquista de poder, debe ser de estricta neutralidad,

¹⁹⁰⁵ NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. pág. 99.

¹⁹⁰⁶ SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, cit. pág. 310: “La seule solution possible, compte tenu des données nouvelles, est que l’officier puisse exprimer ses opinions en tant que citoyen au milieu des autres citoyens, afin qu’il ne soit pas tenté de satisfaire un éventuel désis d’action politique au sein du service et en tant qu’officier”.

¹⁹⁰⁷ Los mismos, cabe recordar, están expuestos en proporcionalidad

¹⁹⁰⁸ En este sentido, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional ...* cit. , pág. 296.

de tal suerte que [...] han de respetarse -aunque no se compartan- aquellas opciones políticas reconocidas como legales por el orden institucional. Es por tanto, lógico y coherente con este postulado [...] que *las Fuerzas Armadas*, no participen ni muestren públicamente su preferencia por cualquiera de los grupos políticos existentes en la sociedad política”¹⁹⁰⁹. Ahora bien, una cosa es la institución y el colectivo -las FAS- y otra todos y cada uno de sus miembros. Se ha subrayado que de lo que se trata es de impedir que la Institución militar, depositaria de la fuerza del Estado, pueda emplear *la autoridad o el prestigio asociado a su poder coactivo* en la lucha política.

En este sentido Blanquer se muestra contundente cuando afirma “La neutralidad es a la política lo que la aconfesionalidad es a la religión. Para que la Administración sea laica no es imprescindible que los funcionarios lo sean; las manifestaciones religiosas de los servidores públicos no comprometen la aconfesionalidad de la Administración”¹⁹¹⁰. En esta dirección resulta acertado el matiz de Díaz Alegría al respecto de la apoliticidad militar:

“que un militar profesional sea apolítico no quiere decir que, como individuo, no sienta preocupaciones por la dirección de su país y hasta deje de experimentar mayor o menor simpatía por una u otra de las ideologías que se debaten en el campo político de su Patria. Lo que no se puede hacer es sustentar estas teorías apoyándolas *en su condición de Oficial* y mucho menos hacerlas prevalecer, reunido con sus compañeros, *como expresión del pensamiento político del Ejército*”¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁹ Así en CESEDEN, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Seminario “Defensa de la comunidad” en *La profesionalidad de las Fuerzas Armadas*, Madrid, 1978, Tomo I, pág. 16, así citado por SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La libertad de expresión del militar profesional*, (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 1992, págs. 551 - 552.

¹⁹¹⁰ Ver, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 517. No obstante, este autor no repara en discernir las dos finalidades que se garantizan con el principio de neutralidad, refiriéndola únicamente como garantía de la supremacía civil. Resta por tanto, redefinir las limitaciones de los derechos y libertades en virtud de la neutralidad en cuanto sean tales límites garantía de la unidad, eficacia y disciplina organizativa interna de los Ejércitos.

¹⁹¹¹ Así citado por BAUTISTA SAMANIEGO, JOSÉ M. , “Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 281-303, pág. 299.

Sin duda este punto de partida de discernir al individuo, ciudadano con derechos, del militar deviene del todo oportuno. Sin embargo, si bien puede parecer claro el principio, lo complejo reside en acometer su efectividad práctica. En el ejercicio de las libertades públicas del militar, habrá que tener en cuenta si el servidor de armas, hace o no uso de la autoridad o prestigio conferido a las FAS, si, objetivamente, puede ser asociado el ejercicio individual y concreto de la libertad pública con el hecho de la pertenencia al estamento castrense de quien la realiza. Esta apreciación no reside, obviamente, en la voluntad propia del militar, si bien, también será relevante el ánimo del sujeto ejerciente, es decir, su pretensión de poner en juego el prestigio o autoridad que confiere la institución armada.

Para garantizar el principio de neutralidad lo que debe evitarse necesariamente es la efectiva *apreciación* social de que la actividad de naturaleza política del sujeto puede ser representativa de la Administración militar. Para averiguar si se puede dar esta apreciación, es posible servirse de una serie de circunstancias objetivas constatables y fácilmente aprehensibles por medios jurídicos.

Así, constituyen datos bien significativos: el lugar donde se haya ejercido la libertad pública (recintos militares, lugares públicos o privados); el momento (horario de efectivo servicio); el empleo de signos distintivos de la condición de militar (uniforme) o la manifestación de tal condición. El ejercicio de la libertad puede haberse llevado a cabo individualmente o bien de forma ligada al ejercicio por otros miembros de la Institución militar; este dato será también del todo relevante. Asimismo, el rango y cargo que ocupe quien ejerza la libertad pública resultará del todo central (no adquiere la misma significación las manifestaciones de un soldado que las de un teniente general)

Todas estas circunstancias, a la vez del propio contenido y finalidad del ejercicio de la libertad pública por el militar, pueden y deben ser tenidos en cuenta a la hora de regularse las limitaciones de tal ejercicio de las libertades públicas por el militar, así como en la

evaluación concreta para cada caso determinado. Y todas estas circunstancias fácticas pueden ser fácilmente aprehendidas jurídicamente a la hora de analizar la necesidad, congruencia y proporcionalidad de la limitación concreta de cada derecho. Baste por el momento apuntar estas consideraciones que serán desarrolladas cuando se aborde la extensión del Derecho militar fuera de los actos del servicio. Allí se atiende de forma más concreta estos datos aprehensibles jurídicamente que deben regir las limitaciones de los derechos en razón de la neutralidad política del militar. Como se verá, estas circunstancias del ejercicio de las libertades públicas del militar se integran necesariamente en los mencionados parámetros de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad e impulsan una necesaria flexibilización de la regulación vigente que permita al militar en mucha mayor medida ejercer sus derechos como tal.

VII. El distanciamiento entre las Fuerzas Armadas y las misiones de orden público y la separación orgánica respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

A) UN BREVE REPASO HISTÓRICO QUE HA MARCADO EL MODELO ESPAÑOL

Como se observó en su momento, en el marco británico tempranamente se percibió la necesidad de separar del Ejército las funciones policiales de mantenimiento del orden público y seguridad ciudadana. La doctrina de Lord Mansfield tuvo pronto arraigo en el marco anglosajón: sólo en los casos extremos actuaría la fuerza militar y, en todo caso, para llevar a cabo estas funciones interiores los militares precisaban del expreso permiso de la autoridad civil local¹⁹¹².

¹⁹¹² Ver al respecto el apartado dedicado al modelo histórico anglosajón. Cabe señalar no obstante, que como recuerda, Pardo de Santayana en los países anglosajones las FAS “siguen realizando también las misiones de defensa contra la “amenaza interior”. La acción del Ejército británico en Irlanda del Norte, o de la Guardia Nacional de los Estados Unidos debe América son ejemplos conocidos por todos.”. Ver, PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit. pág. 225.

En el marco continental, tras la Revolución francesa, Constant¹⁹¹³ afirmó la conveniencia de dividir a la fuerza armada en tres clases, “con una línea fija que no pudiesen salvar”. De un lado, un Ejército de línea que llevaría a cabo las funciones armadas de defensa exterior. El Ejecutivo únicamente podría recurrir a su empleo interno en el caso de una sublevación manifiesta, y con las debidas explicaciones a una Comisión de examen nombrada por las Cámaras. De otro lado, existiría una Gendarmería que “garantizara la seguridad privada”, que no podría adolecer de los vicios de una gran Institución militar (en referencia expresa a la disciplina y los valores militares). Este cuerpo sólo podría emplearse militarmente en los referidos casos de sublevación o invasión, controlados por una Comisión de examen. Aún militarizada, el cuerpo de la Gendarmería se distanciaría de las autoridades militares, puesto que quedaba bajo la fuerte autoridad civil del Prefecto¹⁹¹⁴. Por último, se recogía la existencia de una Guardia Nacional (al modo de nuestra milicia nacional), que “sofocase las turbulencias y sediciones”; cuerpo éste directamente entroncado con la ciudadanía en la defensa del régimen. Sin perjuicio de la posterior decadencia de las milicias nacionales, este sistema se fue implantando en el viejo continente por lo que respecta a la separación de la Institución militar de las funciones propiamente relativas a la seguridad pública.

Sin embargo, en España, la convulsión política y la débil estructuración de la Administración civil no permitió la implantación efectiva de este modelo. En el texto gaditano se señalaría que al Ejército competía la conservación del orden interior (art. 356) y en 1821, por el Decreto de 17-25 de abril, se inmiscuía aún más al Ejército en materias de gobierno y orden público¹⁹¹⁵. Por medio de la Real Orden de 12 de marzo de 1834, de forma inicialmente transitoria y

¹⁹¹³ Sobre el tema ya se incidió en el apartado histórico relativo a este país. La referencia a este autor se realiza en relación con la extracción de los postulados básicos de su obra llevada por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 23-30.

¹⁹¹⁴ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 147.

¹⁹¹⁵ Ver, *Ibidem*, pág. 76, en referencia al Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821.

excepcional, comenzó a militarizarse la seguridad pública; así lo relativo al orden público pasó a depender del poder militar, bajo el mando de los Gobernadores militares¹⁹¹⁶. No obstante, la policía –aun militarizada– quedaría bajo el Ministerio de Gobernación y las autoridades civiles.

Especial interés suscita para el tema que ahora ocupa constatar los orígenes y evolución de la Guardia Civil¹⁹¹⁷. En un inicio se pretendía crear un cuerpo policial civil y así se configuró inicialmente por medio del Decreto de 28 de marzo de 1844¹⁹¹⁸. Bajo la dependencia

¹⁹¹⁶ El día 29 de septiembre de 1833 se restableció la organización de la Policía según Reglamento de 20 de febrero de 1824 (acto fundacional del cuerpo policial, no sujeto a autoridades militares), pero como señala Crespo Hellín, incorporaría una “importantísima novedad”: “Las relaciones que deban existir en razón de sus respectivos destinos entre los Capitanes Generales como primeros Jefes de las Provincias y los Subdelegados principales de Policía serán objeto de una exposición que me presentaréis para la resolución que estime oportuna”, ver, CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación ... cit.*, págs. 27-28.

Y así se adoptó esta Real Orden con expresivo título: “Real Orden mandando que por ahora se entiendan los Subdelegados de Fomento con los Capitanes Generales en lo relativo a Policía y que ésta la ejerzan los Gobernadores Militares en sus zonas y territorios”. Se encomendaba la organización de las tareas de Policía a los gobernadores militares, y se encargaba a los subdelegados de Fomento que en materia de policía deberían dirigirse al Superintendente General a través del Capitán General. En palabras de Crespo “Con ello se hería de muerte a la Superintendencia General de Policía, que fue suprimida por un Real Decreto de 5 de octubre de 1835. Con lo cual quedó muy claro que, una vez obtenidas las competencias en materia policial, los Capitanes Generales tampoco respetaron la condición que se les imponía de entenderse con el superintendente general, y lo más fácil resultó suprimir las funciones de este último.” (ver, ob. cit. pág. 28).

¹⁹¹⁷ En especial, LÓPEZ GARRIDO, Diego, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Crítica, Barcelona, 1982, págs. 82 y ss. y, siguiendo a éste, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...*, cit. págs. 151 y ss. y 233 y ss., que es la obra que aquí se sigue básicamente al respecto. Desde presupuestos bien distintos, MORALES VILLANUEVA, Antonio, “La Guardia Civil en el artículo 8º. de la Constitución”, cit. en concreto págs. 2771-2779. Su desarrollo histórico –sin profundidad alguna– también puede seguirse en GIMENO DOMÉNECH, Francisco, y AYUSO SOTO, Arsenio, “Participación de la Guardia Civil en la Defensa Nacional en tiempo de paz”, en AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, cit. págs. 337-381.

¹⁹¹⁸ Su creación se anunció por el Decreto de 26 de enero de 1844, dos meses después de ser declarada mayor de edad la reina Isabel II se anunciaba “la organización de una fuerza especial destinada a proteger eficazmente las personas y propiedades” por el que “Se crea un Cuerpo especial de fuerza armada de Infantería bajo dependencia del Ministerio de la Gobernación de la Península y con la denominación de Guardias Civiles”. Su organización fue encomendada al Mariscal de Campo D. Francisco J. Girón y Ezpeleta, segundo Duque de Ahumada. El mismo, dirigió a los ministerios de Estado y de la guerra un escrito sobre las “Bases necesarias para que un general pueda encargarse de la formación de la guardia civil”.

fundamental del Ministerio de la Gobernación, en la exposición de motivos de este Decreto se afirmaba expresamente la intención de “evitar la intervención frecuente del Ejército en los actos populares: intervención que puede menguar al cabo el prestigio de las tropas permanentes, que puede también ejercer una influencia perniciosa en el principio de la subordinación, [...] que robusteciendo con exceso la importancia del brazo militar en el orden político, no favorece el desarrollo del sistema constitucional.”¹⁹¹⁹ Sin embargo, sin haber pasado ni dos meses desde aquel decreto, a los diez días de la entrada en el gobierno del dictador conservador Narváez, estos planteamientos darían un giro radical, por medio del Decreto de 13 de mayo. El Cuerpo de la Guardia Civil quedaría ya para el futuro como un cuerpo militarizado, y lo que es más importante, si bien estaba encuadrado bajo una autoridad formal y nominal del Ministro de la Gobernación, materialmente lo estaría bajo la autoridad casi completa del Ministro de la Guerra¹⁹²⁰. Más tarde ya ni siquiera se respetarían

¹⁹¹⁹ “no puede tampoco el Ejército llenar esta necesidad porque su objeto peculiar es defender el Estado [...] Al propio tiempo sirve la fuerza civil para evitar la intervención frecuente del Ejército en los actos populares: intervención que puede menguar al cabo el prestigio de las tropas permanentes, que puede también ejercer una influencia perniciosa en el principio de la subordinación, que imposibilita o entorpece la instrucción del soldado, y que robusteciendo con exceso la importancia del brazo militar en el orden político, no favorece el desarrollo del sistema constitucional.” Citado en BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 145.

¹⁹²⁰ Pese al modelo civil inicialmente seguido, dos meses después, a los diez días que el militarista Narváez entrase en el Gobierno quebraría aquel modelo civil a favor de un modelo militarista que únicamente guardaría las formas. El Decreto de marzo por el de 13 de mayo, verdadero decreto fundacional de la Guardia Civil, en cuyo artículo 1º se disponía que “La guardia civil depende del ministerio de la guerra por lo concerniente a su organización, personal, disciplina, material y percibo de haberes, y del ministerio de la gobernación por lo relativo a su servicio peculiar y movimientos”. Esta dualidad sería completamente formal, desde entonces, hasta casi el presente –con la excepción republicana– la Guardia Civil dependería exclusivamente de las autoridades militares, y todas sus actuaciones quedaban bajo la jurisdicción militar.

Si bien en un inicio parecía pretenderse un modelo de fuerza policial no militarizada, con el Decreto de 28 de marzo de 1844, el de 13 de mayo del mismo año optó por una Guardia Civil militarizada, alejada incluso del modelo de la Gendarmería francesa en el que se inspiraba inicialmente (BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 142).

Pero a los diez días de entrar en el gobierno Narváez con Decreto de 13 de mayo, como dice López Garrido, el Decreto fundacional “quedó totalmente irreconocible”: militarización completa del cuerpo, dependencia casi total del Ministerio de la Guerra en detrimento del

las formalidades; la Guardia Civil formaría parte ya no sólo materialmente, sino formalmente, del Ejército, bajo autoridad militar¹⁹²¹. Esta situación sólo contaría con la excepción del breve interludio republicano que la integró de forma exclusiva en la estructura orgánica del Ministerio de la Gobernación¹⁹²².

Así desarrollado el modelo de la Guardia Civil, se desvaneció el principio liberal de clara distinción entre FAS y policía. No se trataba de la mera existencia de un cuerpo armado al que se aplicaba una disciplina militar, sino que materialmente éste quedó bajo la autoridad militar y encuadrado en el Ejército. De este modo, simplemente se *descargaba* a las FAS de la cotidianeidad del control político, pero en ningún caso se desprendían de esta materia, pues seguía siendo

Ministerio de la Gobernación, creación de una Inspección General de la Guardia Civil, luego Dirección General, ocupada por un militar., en el decreto, para mitigar la forma se afirmó que “este Cuerpo tiene una índole de servicio distinto del Ejército”, pues para Narváez le interesaba más el fondo que la forma, desapoderar a la Administración civil de un dispositivo esencial que quedaba en manos del poder militar. Los *retoques* siguientes serían por medio del Reglamento civil y militar del cuerpo de 9 y 15 de octubre de 1844, a juicio de López Garrido, supondrían que “el ministerio de la Gobernación sencillamente no existe, ni la dependencia para el servicio de las autoridades civiles tampoco”, por el contrario, la Gendarmería se constituía en un instrumento perfectamente engarzado en el seno de la Administración civil.

El artículo 26 del Reglamento señalaba la obligación de los guardias de reprimir cualquier desorden “sin que sea necesaria para obrar activamente la orden de la autoridad civil” y en virtud del reglamento todos los conflictos de orden públicos quedaban sometidos a los tribunales militares.

¹⁹²¹ Ley constitutiva del Ejército de 1878, art. 22 mantiene expresamente por primera vez que la guardia civil constituye un cuerpo más del Ejército, modificando la orgánica vigente desde la fundación del cuerpo en 1844. Poco antes, la Ley de Reorganización del Ejército de 27 de julio de 1877 conceptuaba a la Guardia Civil dentro de los “cuerpos auxiliares del Ejército” sin embargo, la ley de 26 de julio de 1898 ratificó a la Guardia Civil como cuerpo del Ejército, y no como cuerpo auxiliar.

¹⁹²² Decreto de 16 de agosto de 1933 por el que se suprimió en el Ministerio de la Guerra, la Dirección General de la Guardia Civil, transfiriendo al Ministerio de la Gobernación las funciones de ésta, si bien, siguió bajo la autoridad de diversos militares. Desde el 18 de octubre de 1933 la guardia civil dependió exclusivamente el Ministerio del Interior. (Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. págs. 339-340.

Cabe recordar el pensamiento sobre el particular de Manuel Azaña: “Si se quiere hacer del Ejército una prolongación de la Guardia Civil para intervenir en los conflictos de orden público, cuando las parejas de los puestos no puedan más, para esto más vale que no tengamos ninguna clase de Ejército. Que realice esa misión la policía, la Guardia Civil o alguna institución de carácter interior. El Ejército no es para eso.” citado como: Azaña 18-12-1932, pág. 10399 y ss. La idea es nuclear en su pensamiento. Vide. Entre otros, Dis. 2-12-1931, pág. 2777 y ss. por SEVILLA ANDRÉS, Diego, “Comentario al Artículo 8 de la Constitución”, cit. pág. 267.

propia de la Institución militar; a la vez, todas las actuaciones del benemérito cuerpo quedaban bajo la tutela de las FAS por medio de su sometimiento a la jurisdicción militar. En consecuencia, con la Guardia Civil se institucionalizó que el poder militar se hiciese cargo del orden público en España, y no por el hecho de que se tratase de un cuerpo bajo la disciplina militar. Bajo el régimen del general Franco la militarización policial se subrayaría, la Guardia Civil continuaría adscrita al Ejército¹⁹²³ y la Policía Armada sería de “carácter y organización eminentemente militar”¹⁹²⁴, si bien bajo la autoridad del Ministro de la Gobernación. Esta situación de adscripción a los Ejércitos se expresaría con mayor rotundidad en la Ley de Orden Público de 1959 en su artículo 4. 1 y poco más tarde la Ley Orgánica del Estado de 1967, en concreto en su artículo 37, se disponía “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”.

B) LA SUPREMACÍA CIVIL Y LA SEPARACIÓN ENTRE LAS FUERZAS ARMADAS Y LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

a) La clara recepción de este principio en el texto constitucional

Como se adelantó, en el acantonamiento jurídico del poder militar de Hauriou se afirma la exclusión del Ejército en tiempos de normalidad de las funciones de policía civil. Como en la exposición de motivos del Decreto fundacional de la Guardia Civil de 1844 se

¹⁹²³ Así, formalmente en el Reglamento militar de la Guardia Civil de 1942, artículo 1, donde se precisaba que este cuerpo “es uno de los que integran el Ejército”.

¹⁹²⁴ Artículo 18 de la Ley de la Policía de 8 de marzo de 1941, la policía armada “tendrá carácter y organización eminentemente militar 6y sus componentes quedan sujetos, en todo, al Código castrense, por lo que los insultos de obra o actos de violencia realizados contra ese personal en el desempeño de sus funciones o con motivo de ellas, se considerarán como insulto a fuerza armada”. En el artículo 19 se disponía que los mandos habían de ser militares profesionales, oficiales y jefes del Ejército.

afirmaba acertadamente, con la separación del Ejército de las funciones de orden público se trata de evitar un Ejército-policía, puesto que el desempeño de estas funciones llevaría a una politización de las FAS que de brazo político del poder acaben convirtiéndose en su columna vertebral. Asimismo, con el alejamiento de misiones policiales se pretende también que decaiga el prestigio necesario para que las FAS desempeñen las altas misiones de defensa del Estado y, sobre todo, que los Ejércitos se concentren en la preparación eficaz para llevar a cabo, en su caso, las acciones bélicas propias a la Institución militar que poco tienen que ver con las acciones policiales. Asimismo, como señala Vergottini, el principio de separación entre las FAS y los cuerpos policiales, cobra sentido desde la necesidad de “obviar los riesgos de una concentración de poderes a disposición directa de las fuerzas armadas”¹⁹²⁵. Una estructura orgánica que concentre a unos y otros ante un caso de insubordinación militar supone un peligro mayor que si se parte de estructuras orgánicas distantes.

Pues bien, es momento de constatar la asunción de este principio en nuestra ley de leyes. La separación entre las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se advierte con claridad gracias a la regulación de los artículos 8 y 104 CE. Las funciones de los Ejércitos definidas en el artículo 8 CE nada tienen que ver con el orden público¹⁹²⁶, ahora redefinido como “protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y [garantía de] la seguridad ciudadana” (art. 104 CE)¹⁹²⁷, misión atribuida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De igual

¹⁹²⁵ DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 298.

¹⁹²⁶ Ver al respecto lo afirmado con relación a la misión de las FAS de defender el ordenamiento constitucional.

¹⁹²⁷ Sobre el tema, sin perjuicio de la referencia inicial a la paz, convivencia, guerra y orden en los capítulos iniciales de este estudio, baste remitir a diversos estudios como, entre otros, IZU BELLOSO, M. J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 58, 1988; FREIXES SANJUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José C., “La configuración constitucional de la seguridad ciudadana”, en *Revista de Estudios Políticos* nº. 87, enero-marzo 1995; LOPEZ-NIETO Y MALLO, F. *Seguridad ciudadana y orden público*, Ed. MAE, Madrid, 1992; ALONSO PEREZ, F., *Seguridad ciudadana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

claridad resulta el hecho de que en el artículo 8 CE -que tanta semejanza formal tuviese con el artículo 37 de la Ley orgánica del Estado- de forma expresa se señale que las FAS están “constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire”, es decir, ninguna fuerza o cuerpo de seguridad forma parte de las FAS, bien que le doliese a algún padre de la Constitución. Y es que fueron vanos los intentos del diputado Fraga Iribarne y con él algunos diputados y senadores, de vincular las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con las FAS por medio de sendos votos particulares a los artículos 8 y 104 CE, recurriendo en ocasiones a originales argumentos¹⁹²⁸. No obstante,

¹⁹²⁸ El diputado de Alianza Popular Fraga Iribarne lo intentó por no pocas vías, incluso, ciertamente rocambolescas. Respecto del actual artículo 104 (art. 102 del anteproyecto constitucional), en un voto particular pretendía añadir al final la expresión “sin perjuicio de su conexión con las Fuerzas Armadas”. Así lo refiere FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, policía y libertad sindical”, en *Revista de Política Social* nº 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 402-450, en concreto en la pág. 432. Sobre el iter constituyente del artículo 104 CE, también, CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación ... cit.*, págs. 94-103.

Respecto del artículo octavo, en la Comisión constitucional del Congreso, por medio de un voto particular, que coincidía con las enmiendas de los señores Carro (nº 2), De la Fuente (nº 35) y Fernández de la Mora (nº 63) se pretendía que no se hiciese referencia a la enumeración de los tres Ejércitos que componen las FAS. De este modo se pretendía posibilitar una interpretación que diese entrada a la Guardia Civil en el seno de las FAS. El diputado Sr. Fraga sostuvo su voto particular con el argumento que esta concreción del artículo 8 CE “no es propia a la naturaleza constitucional permanente de este artículo [...] mañana podría alegarse perfectamente que existe una rama interespecial o que todas se refunden en un solo Cuerpo, con un solo uniforme. Por todas estas razones, por respeto a las Fuerzas Armadas, columna vertebral del Estado, que deben ser consideradas como piedra fundamental del mismo, pedimos que se hable solamente de Fuerzas Armadas sin ninguna enumeración, que puede ser cambiada dentro de unos meses o años, si cambian las técnicas de la organización militar en función del país.” Estas enmiendas fueron rechazadas por 32 votos en contra y dos a favor. (Ver, CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit. págs. 2376-2378)

El cambio se propuso, de nuevo, en el Pleno. Ahora bien, en esta segunda ocasión se percibió con más claridad la intención verdadera que se ocultaba por la preocupación porque “Ejércitos interespeciales” no tuviesen cobertura constitucional: “existen otros problemas complementarios, y es que quizá no quede clara la situación de unidades como la Guardia Civil, que forman parte, claramente, por tradición y derecho, de las Fuerzas Armadas.” (Ver, ob. cit. págs. 3880-3881).

Más tarde el senador Gamboa intentó incluir en el artículo 8. 1 CE a los “Institutos y Cuerpos armados sometidos a disciplina militar”, rechazándose sin dar lugar al debate (Ver, ob. cit. págs. 3118-3119 en Comisión y págs. 4393-4394 en Pleno).

Una lectura bien distinta de los debates constituyentes puede seguirse en MORALES VILLANUEVA, Antonio, “La Guardia Civil en el artículo 8º. de la Constitución”, cit. págs. 2787-2789, intentando dar una lectura sesgada a las palabras del diputado socialista Solana Maradiaga en el Congreso, cuando afirmó que la Guardia Civil como todos lo ciudadanos y

nada de ello se recogió en la ley de leyes. Además, a estos argumentos constitucionales cabe añadir el tenor del artículo 70. 1º e) CE, que acaba de confirmar la separación entre las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando, respecto de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores” señala que comprenderán “A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.”

Así, no sorprende que la práctica totalidad de la doctrina asuma pacíficamente el seguimiento de este principio conectado a la supremacía civil¹⁹²⁹. Sin embargo, como más tarde se explicará, la deficiente labor del Tribunal Constitucional ha puesto en duda innecesariamente esta separación de las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, en alguna medida, al mismo principio de supremacía civil. Y es que sin perjuicio de lo anterior, no hay que olvidar los diversos problemas que se dan en virtud del tenor de los artículos 28 y

todos los organismos del Estado también participará en la defensa nacional, añadiendo, con acierto que “son las Fuerzas Armadas, exclusivamente las Fuerzas Armadas, quienes integran al pueblo en la defensa y sólo ellas, por lo tanto, tienen que estar recogidas en la Constitución” (aunque el autor no lo cita se reproducen estas palabras en CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, cit. págs. 3883-388⁰⁰⁴ –en el Pleno del Congreso-. De esta lectura sesgada el autor infiere que “quedaba claro que la Guardia Civil continuaba formando parte de las Fuerzas Armadas, a través del Ejército de Tierra y de acuerdo con las Leyes constitutivas del mismo.” (ver, ob. cit. pág. 2789).

¹⁹²⁹ Así, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 485 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. págs. 308 y ss.; CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación ...* cit., págs. 109-114; en los distintos estudios contenidos en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit.; NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. pág. 479; PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit. 225, en esta misma obra, GIMENO DOMÉNECH, Francisco, y AYUSO SOTO, Arsenio, “Participación de la Guardia Civil en la Defensa Nacional en tiempo de paz”, cit. pág. 343; LÓPEZ VIADERO, José, “La Guardia Civil en la ley reguladora del régimen del personal militar profesional”, en *La función militar...* cit. págs. 485-499, en concreto en la pág. 489; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, “Administración militar, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978”, cit. pág. 622.

Sin embargo, CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, cit. pág. 29 señala que “el tema queda abierto y habrá de tratarse de él más adelante, en la ley orgánica a la que se refiere el mismo artículo [104 CE] o en otras leyes posteriores”, de este modo da a entender que la regulación constitucional no cierra la puerta a la inclusión de la Guardia Civil en las FAS.

En contra de la posición mayoritaria, con mayor claridad, la posición referida nota a pie *supra* de Morales Villanueva.

29 CE y, en especial, con relación a la Guardia Civil, si bien, como se verá, tales problemas en modo alguno deberían dificultar la recepción constitucional de este principio vinculado con la supremacía civil.

b) Una cuestión conflictiva: las “misiones militares” para las que puede ser empleada la Guardia Civil

Antes de abordar la problemática que pueden plantear los artículos 28 y 29 CE para el tema que nos ocupa, cabe advertir de un intento que se dio en la elaboración de la LODNOM para desvirtuar la separación constitucional entre los cuerpos policiales y las FAS. Se trató, como señala López Ramón de una “fórmula ingeniosa”¹⁹³⁰: ya que no se pudo alterar el artículo 8. 1º CE, se pretendió incluir a la Guardia Civil en el Ejército de Tierra. Así se pretendía en el artículo 35. 1º del Proyecto de dicha ley¹⁹³¹. Al final, sin embargo, prevaleció la tesis intermedia que propugnaban los socialistas, esto es, la doble dependencia de la Guardia Civil al Ministerio del Interior y al Ministerio de Defensa (no de las FAS) solución que, en principio, no vulneraba la diferenciación establecida por los artículos 8 y 104 CE y no integraba en las FAS al benemérito cuerpo, sino que las adscribía al Ministerio de Defensa (arts. 38 y 39 LODNOM)¹⁹³².

¹⁹³⁰ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., pág. 310. Sobre la elaboración de esta ley, también MORALES VILLANUEVA, Antonio, “La Guardia Civil en el artículo 8º. de la Constitución”, cit. págs. 2790-2792; sobre el tema, sin ninguna profundidad, puede verse, también, MARTÍN VICENTE, Manuel A. “Caracterización jurídica de la Guardia Civil”, en *Revista española de Derecho militar*, nº 55 enero-junio 1990, págs. 187-209.

¹⁹³¹ Art. 35. 1º: “La Guardia Civil es un cuerpo militar que, como tal, forma parte del Ejército de Tierra, dependiendo en los aspectos militares del Ministerio de Defensa, y en cuanto a sus funciones de orden y seguridad pública, del Ministerio del Interior.”

¹⁹³² La regulación en la LODNOM (que no variaría en su reforma de 1984) es la siguiente:

Artículo 38. “En tiempo de paz, el Cuerpo de la Guardia Civil dependerá del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomienden, y del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones relativas al orden y la seguridad pública, en los términos que establezca la Ley Orgánica prevista en el artículo ciento cuatro de la Constitución.

El Reglamento Orgánico del Cuerpo de la Guardia Civil será aprobado por el Gobierno a propuesta de los Ministros de Defensa y del Interior, y regulará, de acuerdo con la Ley, su organización, funciones, armamento y el régimen de personal y de disciplina.”

No obstante, caben dudas respecto de cuáles son las “misiones de carácter militar” para las que la Guardia Civil puede ser empleada dependiendo del Ministerio de Defensa. La normativa posterior, que ha reiterado estos términos, en modo alguno despeja las dudas sobre cuáles pueden ser estas “misiones militares” que puede desempeñar la Guardia Civil en tiempo de paz¹⁹³³. La única explicación adecuada¹⁹³⁴

Artículo 39: “En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, la Guardia Civil dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.”

¹⁹³³ Así, el Código Penal Militar, aprobado en 1985 en su artículo 10 dispone lo siguiente: “A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución.”

La ley a la que se alude es la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En el Preámbulo de la misma apartado III. b) se afirma: “De la necesidad de dar cumplimiento al artículo 104. 2º CE, se deduce que el régimen estatutario de la Guardia Civil debe ser regulado en la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ello significa que la Guardia Civil, como cuerpo de seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo. En consecuencia, sin perjuicio del estatuto personal atribuible a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil- por razones de fuero, disciplina, formación y mando-, debe considerarse normal su actuación en el mantenimiento del orden y la seguridad pública, función en la que deben concentrarse, en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil. Con todo ello, se pretende centrar a la Guardia Civil en la que es su auténtica misión en la sociedad actual: garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguridad ciudadana, dentro del colectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

En directa conexión con el Código Penal Militar, en el artículo 7. 3º se preceptúa: “La Guardia Civil sólo tendrá la consideración de fuerza armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.”

Reiterando lo dispuesto en los artículos 38 y 39 LODNOM, en el artículo 9 b) se dispone: “La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta ley le atribuye, y el Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.” Estas misiones militares no se concretan, a diferencia de sus naturales funciones de seguridad pública, determinadas en el artículo 11 de esta ley.

Años más tarde, en el artículo 1 de la ya derogada Ley 17/1989, de Régimen del personal militar profesional se afirmaba respecto del servicio de la función militar “ Este servicio también se presta por la Guardia Civil en cumplimiento de las misiones de carácter militar que de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se le encomienden.”

En la exposición de motivos de la reciente Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil se afirma que “La Constitución diferencia claramente las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y

de esta confusa atribución de “misiones militares” la ha ofrecido Domínguez Berrueta. A juicio de este autor, se atribuyen misiones militares a la Guardia Civil en tanto que es un cuerpo sometido a la disciplina militar y por tanto puede llevarlas a cabo. Ahora bien, no se trata de misiones de estricta defensa militar, que compete en exclusiva a las FAS, sino de misiones de *colaboración* para la defensa militar que la Guardia Civil por su naturaleza puede llevar a cabo¹⁹³⁵.

A mi juicio, la cuestión viene a suponer algo similar a lo que sucede con la defensa civil que compete a la Administración civil, respecto de la cual las FAS pueden colaborar en tanto en cuanto cuentan con una organización y medios (no bélicos) adecuados para ello. En este caso sucede al contrario, dado que la Guardia Civil está sometida a la disciplina militar y cuenta con medios (armados), puede colaborar de forma adecuada en la defensa militar y por tanto, así se

el Ejército del Aire, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad [...] El desarrollo de este marco constitucional vino a modificar el encuadramiento de la Guardia Civil, que tradicionalmente había sido parte integrante del Ejército de Tierra [...] No obstante, la Guardia Civil tiene naturaleza militar, [...] y estatuto de carácter militar”.

Como puede apreciarse, la legislación vigente no aporta ninguna luz sobre el contenido posible de estas misiones. Lo único que cabe señalar es que la consideración de fuerza armada a efectos de fuero, no implica que la Guardia Civil quede adscrita a las FAS.

¹⁹³⁴ No se entiende sin embargo del todo adecuada la posición sostenida por COSIDO GUTIÉRREZ, Ignacio, “La Guardia Civil en la Defensa Nacional”, en *Revista Española de Defensa* nº 105, noviembre de 1996, págs. 28-31, quien sostiene que estas “misiones militares” son aquellas relacionadas con la custodia y protección de Centros de interés militar, apoyo a la justicia militar, apoyo a la movilización, etc., funciones que sin perjuicio de su relevancia, podrían perfectamente ser desempeñadas por cualquier otro cuerpo de seguridad, incluso, como con acierto señala Nevado, por empresas privadas de seguridad, como el caso de la vigilancia de edificios. Al respecto, NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. pág. 484. Cuanto menos, cabe reconocer que es éste el único autor que se ha atrevido a señalar cuáles pueden ser estas “misiones militares”, algo que el resto de la doctrina, no tienen el atrevimiento.

¹⁹³⁵ Afirma Domínguez Berrueta que “lo que hay es en rigor, una participación más intensa, singular y permanente de la Guardia Civil en la defensa nacional, que puede caracterizarse de colaboración en la defensa militar del Estado, ver, DOMÍNGUEZ BERRUETA, Miguel, y otros, “El modelo policial ante el Tribunal Constitucional”, que según se afirma, apareció en la *Revista de Administración Pública*, nº 123, septiembre-diciembre de 1990, ahora en *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 367-402 (sin actualizar), afirmación contenida en la pág. 397

La cuestión se la plantean, sin ofrecer una respuesta, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. pág. 316; CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación...* cit., 112-113; NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar...* cit. págs. 480-438.

justifica su adscripción al Ministerio de Defensa para estos supuestos¹⁹³⁶. Y ello es coherente con otros aspectos de la regulación, puesto que todos los cuerpos policiales deben contribuir en la defensa nacional, si bien sólo en el marco de la defensa civil, y para ello bajo la dirección del Ministro del Interior, son coordinados por el Ministro de Defensa¹⁹³⁷. En tanto que la Guardia Civil está sometida a la disciplina militar, ésta puede ejercer idóneamente misiones de colaboración en la defensa militar, por lo cual, se justifica que el Ministro de Defensa no sólo la coordine sino que, para estas misiones de colaboración, dirija este cuerpo disciplinado militarmente. En todo caso, cabe recordar que, como reza el Preámbulo de la Ley orgánica 2/1986, la “auténtica misión” de la Guardia Civil en la sociedad actual es la que dispone el artículo 104 CE¹⁹³⁸, sin que ello excluya la posible colaboración en la defensa militar que compete a las FAS en razón del artículo octavo. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional solo ha considerado “posibles y circunstanciales” estas misiones militares¹⁹³⁹.

¹⁹³⁶ Bajo este entendimiento, cabría incluso pensar en los principios relativos a la colaboración de las FAS en misiones de defensa civil, como lo es la subsidiariedad. Es decir, las misiones militares de la Guardia Civil tendrían lugar en supuestos de necesidad, cuando con los operativos de las FAS no es suficiente. Sin embargo, este entendimiento choca con el hecho de que tales “misiones militares” se afirman no sólo para guerra, sino para períodos de paz, donde, como es lógico, la premisa de la necesidad pierde su razón de ser en gran medida. De ahí que, tal y como sucede con la práctica totalidad de quienes abordan la cuestión, quien suscribe no tiene el atrevimiento de señalar cuáles pueden ser en tiempo de paz estas misiones militares de la Guardia Civil.

¹⁹³⁷ Se recuerda así el contenido del artículo 20 LODNOM: “1. Contribuirán en todo caso a la defensa nacional:

- Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque no tengan carácter militar.
- Las Policías de las Comunidades Autónomas y cualesquiera otras del ámbito local.

2. Su contribución se realizará en el marco de la defensa civil bajo la dirección del Ministro del Interior, coordinados por el Ministro de Defensa, en la forma que establezca la ley.”

¹⁹³⁸ “Con todo ello, se pretende centrar a la Guardia Civil en la que es su auténtica misión en la sociedad actual: garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguridad ciudadana, dentro del colectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

¹⁹³⁹ Así, en el FJ 3º de la sentencia 194/1989, de 16 de noviembre.

C) LA ERRÓNEA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA PONE EN DUDA LA SEPARACIÓN QUE LA LEY DE LEYES ESTABLECE CON CLARIDAD

Suscita ahora interés el tenor de los artículos 28. 1º y 29. 2º CE:

28. 1º: "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las *fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar*"

29. 2º: "Los miembros de las *Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar* podrán ejercer este derecho [de petición] sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica."

Así pues, en virtud de estos preceptos se advierte que, sin perjuicio de la separación de los cuerpos policiales y de las FAS, el legislador cuenta con el reconocimiento constitucional expreso de la facultad de someter a institutos o cuerpos armados a la disciplina militar, lo cual no implica incluirlos en el seno de los Ejércitos. Tal posibilidad hay que situarla, pues, en el marco de los criterios de oportunidad política del legislador, que bien puede entender que todos o algunos de los cuerpos o institutos policiales, para llevar a cabo eficaz e idóneamente las funciones concretamente atribuidas en el marco del artículo 104 CE precisan estar sometidos a la específica pauta organizativa que supone la disciplina militar. Lo cual, en todo caso, no es extraño en las democracias europeas¹⁹⁴⁰ sin que ello quiebre el principio de supremacía civil, que sólo queda seriamente entredicho en Austria, donde las FAS también tienen encomendado el ejercicio de misiones de orden público¹⁹⁴¹. Y es que, hay que subrayar que esta facultad reconocida al legislador consiste en "someter a la

¹⁹⁴⁰ Así, cabe recordar la existencia de la Gendarmería Nacional en Francia, Cuerpo de Carabineros en Italia, Guardia Fiscal en Portugal, Gendarmería en Bélgica o la Guarda de Fronteras en Alemania.

¹⁹⁴¹ Como se aprecia a lo largo del estudio, el modelo de FAS austríacas es bien particular, y así se muestra en esta ocasión en el artículo 79: "1º. Corresponde al Ejército federal la defensa militar del país [...] 2º El Ejército federal estará además destinado [...] 1ª Fuera del ámbito de defensa militar del país [...] b) Para el mantenimiento del orden y de la seguridad en el interior."

disciplina militar” a los cuerpos o institutos que se estime oportuno, no a atribuir “naturaleza militar” que es lo que ha efectuado el legislador desde la Ley orgánica 2/1986 hasta la actualidad¹⁹⁴².

La cuestión no tendría excesiva trascendencia salvo si de esta “naturaleza militar” se infiriese la pertenencia de cuerpos policiales

¹⁹⁴² En efecto, el artículo 9 b) de esta ley señala que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están integrados por “La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar”. Y de dicha naturaleza se desprenden no pocas derivaciones en virtud de esta ley, a saber:

artículo 13: “1. El Cuerpo de la Guardia Civil se estructura jerárquicamente según los diferentes empleos, de conformidad con su naturaleza militar.

2. El régimen estatutario de la Guardia Civil será el establecido en la presente Ley, en las normas que la desarrollan y en el Ordenamiento militar.”

Artículo 14: “1. El Ministerio del Interior dispondrá todo lo concerniente a servicios de la Guardia Civil relacionados con la seguridad ciudadana y demás competencias atribuidas por esta Ley, así como a sus retribuciones, destinos, acuartelamientos y material.

2. Conjuntamente, los Ministros de Defensa e Interior dispondrán todo lo referente a la selección, formación, perfeccionamiento, armamento y despliegue territorial, y propondrán al Gobierno el nombramiento del titular de la Dirección General de la Guardia Civil, así como la normativa reguladora del Voluntariado Especial para la prestación del Servicio Militar en la misma.

3. El Ministro de Defensa dispondrá lo concerniente al régimen de ascensos y situaciones del personal, así como a las misiones de carácter militar que se encomienden a la Guardia Civil, ejerciendo, respecto al Voluntariado especial para la prestación del Servicio Militar en la misma las competencias que normativamente le correspondan.”

Artículo 15: “1. La Guardia Civil, por su condición de instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica. En todo caso, será competente para la imposición de la sanción de separación del servicio el Ministro de Defensa, previo informe del Ministro del Interior.

2. Los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos sindicatos ni hacer peticiones colectivas: individualmente podrán ejercer el derecho de petición en los términos establecidos en su legislación específica.”

En la exposición de motivos de la ya derogada Ley 17/1989, de Régimen del personal militar profesional se afirma “en el marco de la función militar no podía faltar la Guardia Civil por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, si bien al tener que ajustarse a lo previsto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, su régimen de personal habrá de compaginar lo dispuesto en las dos normas.” En el artículo 1. 3 de la misma se entendía que los miembros de la Guardia Civil eran militares: “La condición militar la adquieren quienes con una relación de servicios profesionales se incorporan a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil” y al igual que en la Ley orgánica 2/1986, en consecuencia de ello se les aplican las leyes militares (Artículo 4)”

Tal “naturaleza militar” se reitera en la Ley orgánica 11/1991, de 17 de junio y en la ya derogada Ley 28/1994, de 22 de junio, por la que se completó el Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil (artículo 1). La reciente ley de personal de la Guardia Civil (Ley 42/1999) vuelve a afirmar la “naturaleza militar” de este cuerpo, y respecto de las normas que les son aplicables por cuanto a los derechos y deberes de sus miembros simplemente se alude a las “Reales Ordenanzas en lo que resulten aplicables” (art. 90 CE)

sometidos a disciplina militar (como la Guardia Civil) a las FAS, algo que, como se ha visto, la Constitución excluye. Sin embargo el Tribunal Constitucional con una doctrina vacilante, confusa y desacertada ha operado esta interpretación, de modo que el principio de separación de las Fuerzas policiales y las FAS ha quedado afectado de forma innecesaria. Por el contrario, hay que estar con Domínguez Berrueta, cuando, siguiendo una interpretación de la ley conforme a la Constitución, afirma que “la naturaleza militar de la Guardia Civil, atribuida por la LOFCS [así como en el resto de normas], sólo puede ser equivalente a Cuerpo sujeto a disciplina militar (art. 28 CE) no integrado en las Fuerzas Armadas”¹⁹⁴³.

Con relación al objeto que nos ocupa, la separación constitucional de los cuerpos policiales militarizados y las FAS, es preciso atender el *iter* jurisprudencial del Alto Tribunal. En un inicio –y ésta es la solución también actual- el Tribunal afirmó que la sujeción a la disciplina militar hace admisible que los miembros de los cuerpos policiales queden sometidos a la jurisdicción militar tanto en lo que atañe a la revisión de las sanciones disciplinarias cuanto para tramitar el procedimiento de *habeas corpus* (17. 4º CE). Sin perjuicio de ello –y esto es relevante- señalaba que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad – hasta 1986 militarizadas- no formaban parte de las FAS¹⁹⁴⁴. Asimismo, sin que ello supusiera incluir a tales cuerpos en las FAS, el Alto Tribunal consideró desde un inicio que los cuerpos policiales no se consideraban Administración civil a los efectos del artículo 25. 3º CE, esto es, para poder aplicarles sanciones que comportasen una privación de libertad¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴³ DOMÍNGUEZ BERRUETA, Miguel, y otros, “El modelo policial ante el Tribunal Constitucional”, cit. afirmación contenida en la pág. 395.

¹⁹⁴⁴ La primera resolución fue el auto 95/1981, de 30 de septiembre, en la que el Tribunal admite que “en lo que atañe a su propia disciplina como cuerpo armado” (se hacía referencia a la Guardia Civil) la competencia es de la jurisdicción militar (FJ único).

Tres años después, el auto 631/1984, de 31 de octubre relativa a un miembro de la Policía Nacional mantiene la anterior posición (FJ único), al igual que en el auto 155/1985, de 6 de marzo, también relativa a la Policía Nacional (FJ 4º).

¹⁹⁴⁵ Así, en la adecuada doctrina establecida en el FJ 5º de la Sentencia 31/1985, de 5 de marzo relativa a la Policía Nacional, hasta 1986 sometida a la disciplina militar. Como a

Como se verá en el apartado relativo al ámbito de la justicia militar, debiera considerarse inconstitucional la competencia de la jurisdicción militar respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por no responder a los fines de esta jurisdicción. Tal y como aquí se sostiene, sólo cabría sujetar a los miembros de los cuerpos policiales – incluida la Guardia Civil- a la jurisdicción militar respecto de las mencionadas “misiones militares” de colaboración de la Guardia Civil en la defensa militar así como las situaciones de estado de sitio. Desde la perspectiva que ahora ocupa, hay que señalar, que, en todo caso, en estas primeras sentencias el Tribunal no derivaba de esta sujeción a la jurisdicción militar que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quedasen integradas en las FAS. Podría simplemente considerarse una atribución de competencia en razón de la especialización material de esta jurisdicción, bien concedora del alcance decisivo que tiene el principio organizativo de la disciplina militar, una atribución que el

continuación se aprecia, la sumisión a la disciplina militar y la posible aplicación de sanciones privativas de libertad (art. 25. 3º CE) no afectaba la distinción de la policía y las FAS. El Tribunal afirmó que “Siendo cierta tal distinción (arts. 8, 104, entre otros) debe señalarse sin embargo que la calificación como Administración Civil, a todos los efectos, de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no se deduce de la Constitución en la forma aducida por el actor. En efecto, el art. 25.3 contempla el aspecto sancionador de la disciplina militar, disciplina a la que se refiere con carácter general -al regular la libertad sindical- el art. 28.1 de la propia Constitución, al indicar 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. De donde resulta que la Constitución contempla como ajustado a la misma el que la Ley pueda sujetar a la disciplina militar a los Institutos armados o a otros Cuerpos, por lo que no puede afirmarse que la aplicación del régimen disciplinario sancionador de carácter militar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea contrario a la Constitución, aun cuando ello suponga excluirlos en este aspecto de la Administración Civil.

Esta posición se reiteraría con mayor claridad en la importante sentencia 93/1986, de 7 de julio, que luego quedó desvirtuada. En su FJ 6º se afirmaba que “el Cuerpo de Policía Nacional no se configura como parte integrante de las Fuerzas Armadas” y el Tribunal subrayó argumentos que también valían para la Guardia Civil: “no resulta contrario a la Constitución que las Fuerzas de Seguridad, y específicamente las de Policía, no integradas en las Fuerzas Armadas, estén sometidas al régimen disciplinario de las mismas, en cuanto a la determinación de las faltas de disciplina, sus sanciones y el régimen de imposición de éstas; todo ello, sin perjuicio de la observancia de los preceptos constitucionales referentes a las garantías del procedimiento sancionador. Corresponde, pues, al legislador determinar la aplicación o no a las Fuerzas de Policía del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, o bien otro régimen distinto.”

Tribunal considerase –desacertadamente- admisible con relación al “ámbito estrictamente castrense”.

Lo mismo sucedía respecto del artículo 25. 3º CE. Que los cuerpos policiales no se entendiesen comprendidos en la “Administración civil” -donde no caben sanciones privativas de libertad- tampoco implicaba que se integrasen en la Administración militar, sino que, a los efectos de este precepto, se consideraba a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como Administración policial distinta de la civil. De este modo, aun siendo discutible esta primera doctrina del Tribunal Constitucional, se mantenía el principio de separación de FAS-Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Sin embargo, las contradicciones del Tribunal comenzarían el mismo año en el que se aprobó la Ley orgánica 2/1986, legislación que el Tribunal quiso sostener a toda costa. Sin ninguna necesidad, sino aprisionado por sus propios argumentos, acabó desvirtuando la clara separación constitucional de las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En la sentencia 93/1986, de 7 de julio, el máximo intérprete señalaría que el “ámbito castrense” de la jurisdicción militar se limitaba a las FAS y no permitía incluir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pese a que estuviesen sometidas legalmente a la disciplina militar. En consecuencia se estimó que la revisión de las sanciones disciplinarias impuestas en el seno de las Fuerzas de Policía militarizadas y el procedimiento de *habeas corpus* competían a la jurisdicción ordinaria¹⁹⁴⁶.

¹⁹⁴⁶ Así, en esta ya mencionada sentencia 93/1986, de 7 de julio, relativa a un miembro de la Policía Nacional que había sido sometido a la jurisdicción militar –puesto que la normativa aplicada era la previa a la Ley de 1986-. En el FJ 8º se afirmaba que: “El art. 117.5 de la Constitución Española limita expresamente el ejercicio de la jurisdicción militar, regulado por la Ley, al “ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio”, lo que impone una consideración forzosamente restrictiva del alcance de esa jurisdicción a los supuestos previstos constitucionalmente. Por ello, queda fuera de [...] una extensión del alcance de la jurisdicción militar a ámbitos que, por ministerio de la Ley, son considerados no específicamente castrenses de forma expresa, como son las Fuerzas de Policía.” “la revisión en su caso de las sanciones disciplinarias impuestas en el seno de las Fuerzas de Policía, como distintas de las Fuerzas Armadas no puede corresponder a la jurisdicción militar, sino a la jurisdicción ordinaria” (FJ 9º)

A mi juicio, para mantener sometida a la Guardia Civil en el marco de la jurisdicción militar más allá de lo relativo a sus “misiones militares” no sólo se quebrantó el “ámbito estrictamente castrense” del artículo 117. 5º CE, sino también, el principio de separación policías-Ejércitos, lo cual no era indispensable. Si la voluntad del legislador y la del Tribunal Constitucional era la de permitir que las cuestiones disciplinarias de la Guardia Civil quedasen en el marco de la justicia militar, no hacía falta integrarlas en las FAS para poderlas acoger al “ámbito castrense”. Aunque fuese un error, podía entenderse que la sujeción de lo estrictamente castrense no imponía automáticamente la escisión FAS-Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo, en esta sentencia 93/1986 no sólo se mantuvo un error, sino que se cayó en uno nuevo al vincular este “ámbito castrense” de forma excluyente – sólo para las FAS-. Según lo afirmado en esta sentencia, que aunque versaba sobre la Policía Nacional hacía referencia a los cuerpos policiales sometidos a disciplina militar, el cuerpo de la Guardia Civil en tanto que no eran las FAS había de quedar excluido del ámbito de la jurisdicción militar.

Como consecuencia, el Tribunal, para continuar manteniendo los aspectos relativos a la disciplina militar en el seno de la justicia castrense tendría que desvirtuar la separación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las FAS. A ello se unía la firme voluntad del legislador, que con la aprobación de la Ley 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, el ámbito disciplinario de la Guardia Civil seguía sometido a esta jurisdicción. Al principio, en diversas resoluciones el Tribunal no entró en el fondo de la cuestión¹⁹⁴⁷, y si bien mantenía a la Guardia Civil en el seno de la

¹⁹⁴⁷ Así, en el auto 252/1987, de 4 de marzo, relativa a la prisión preventiva de un miembro de la Guardia Civil, el Tribunal eludió la doctrina de la sentencia 93/1986 porque se trataba de “ un caso diferente en el que se trataba de una sanción disciplinaria, y no de una prisión preventiva, como era el presente caso.” (FJ 2º, sin mayores argumentos). Lo mismo sucede en el auto 443/1987, de 8 de abril (FJ 3º). Sin embargo, el auto 1265/1988, de 21 de noviembre, ya vigente la Ley 4/1987, era ya relativo a una sanción disciplinaria y sin mayores argumentos consideró ajustada la competencia de la jurisdicción militar “mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas” (FJ 2º).

justicia militar se atrevía incluso a afirmar la plena vigencia de la doctrina de la sentencia 93/1986 cuando lo que hacía era desconocerla¹⁹⁴⁸. No obstante, cuando ya no podía eludir el fondo del asunto, ni sus propios posicionamientos anteriores, el Alto Tribunal resolvió la polémica sentencia 194/1989, de 16 de noviembre. En la misma, el máximo intérprete, preso de sus argumentos anteriores, se vio obligado a romper la separación operada en los artículos 8 y 104 CE, una separación que no quedaba afectada por los artículos 28 y 29 CE. Así, señaló que la opción de atribuir la “naturaleza militar” derivaba del hecho de que ni el artículo 8 ni el 104 hacían referencia a la Guardia Civil, lo cual permitía al legislador configurar a este cuerpo como de “naturaleza militar” (no sólo “sometido a la disciplina militar” *ex arts. 28-29 CE*)¹⁹⁴⁹ y de esta naturaleza derivó que la

¹⁹⁴⁸ Así, sorprende el auto 5/1989, de 12 de enero, en el que el Tribunal se atrevería a afirmar que “Resulta, pues, de plena vigencia para los miembros de la Guardia Civil la doctrina que, con carácter general para las Fuerzas de Seguridad del Estado, se estableció por este Tribunal en las citadas sentencias del Tribunal Constitucional 31/1985 y 93/1986”

¹⁹⁴⁹ Así, en el FJ 3º afirmaba “La Constitución no define, ni tan siquiera menciona, a la Guardia Civil, y es claro que el silencio siempre es más permisivo que cualquier definición. Ni en el art. 8.1, dedicado a las Fuerzas Armadas, ni en el 104, referido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se incluye a la Guardia Civil. La mención expresa de la Guardia Civil en el art. 8.1 hubiera significado una opción del constituyente restrictiva del margen de disposición del legislador postconstitucional, pero de la no mención no se sigue que el legislador tenga vedado por la Constitución atribuir “naturaleza militar” al citado Instituto, sino, por el contrario, el reconocimiento de un ámbito de disponibilidad del legislador en orden a la definición y configuración de la Guardia Civil.

En el FJ 4º se añadía: “no puede decirse que la Constitución establezca, como dos bloques institucionales rígidos e incommunicables, los incluidos en los arts. 8 y 104, pues el propio texto constitucional prevé y permite (arts. 28.1 y 29.2) la existencia de Institutos armados y de Cuerpos sometidos a disciplina militar distintos a las Fuerzas Armadas, reconociendo así un *tertium genus* o una “figura intermedia” entre aquéllas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no sometidas a disciplina militar. No tenemos que pronunciarnos, obviamente, sobre si el legislador pudo o podrá considerar abierta la enumeración del art. 8.1, ni sobre si pudo o podrá considerar a la Guardia Civil de igual naturaleza a todos los efectos que las otras Fuerzas o Cuerpos de Seguridad, ni tampoco sobre si pudo o podrá integrar dentro del Ejército de Tierra a la Guardia Civil (opción frustrada en el iter legislativo al sustituirse el proyectado art. 35 de la L.O. 6/1980, de 1 de julio; por el art. 38 finalmente aprobado), puesto que el legislador ha elegido una vía distinta consistente en incluir a la Guardia Civil entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero con un régimen estatutario peculiar derivado de su definición como “Instituto armado de naturaleza militar” [...] se trata de una opción, entre otras posibles, dejada por el constituyente a la libre disponibilidad del legislador postconstitucional.

Guardia Civil no es un cuerpo policial sino que es un “cuerpo castrense” que puede quedar sometido a la jurisdicción militar, y como se dijo, según la doctrina del propio Tribunal el “ámbito castrense” sólo hacía referencia a las FAS¹⁹⁵⁰. De otra parte, el Tribunal justificaba la aplicación del ordenamiento militar, si bien recordaba la necesidad urgente de una regulación disciplinaria particular para la Guardia Civil, que en todo caso se mantendría bajo la justicia militar¹⁹⁵¹.

En un acertado voto particular, dos magistrados repararon -con mucha profundidad- en el claro peligro que la doctrina expuesta por esta sentencia implicaba para la supremacía civil. Se afirmó que los argumentos de la sentencia llevaban a “admitir la existencia de un Ejército-Policía o de una Policía-Ejército.” Los magistrados disidentes,

El recurrente no discute la validez constitucional de tal “naturaleza militar”, pero la vincula tan sólo con el hecho de que a la Guardia Civil “se le pueden encomendar misiones militares” y, asimismo, con la circunstancia de que “pasa a integrarse automáticamente en las Fuerzas Armadas en caso de guerra o en estado de sitio”. No se encuentra precepto o principio constitucional que avale tal interpretación, ni puede negarse de modo convincente que la naturaleza militar *sea algo más* que el supuesto que permita asumir misiones extraordinarias o actuar de un modo determinado en los anormales estados contemplados en el art. 116 de la Constitución. Cuando el legislador configura a la Guardia Civil como “Instituto armado de naturaleza militar” [art. 9, b), L.O. 2/1986] y cuando reiteradamente insiste en *tal naturaleza, hay que entender que ésta constituye su rasgo característico y definitorio, y el prius lógico del que derivan no sólo sus posibles y circunstanciales misiones militares, sino principalmente los datos permanentes u ordinarios de su régimen jurídico, a saber: la estructura jerárquica (art. 13.1 L.O. 2/1986), la organización y el régimen disciplinario (art. 15 de la misma Ley)”*.

¹⁹⁵⁰ Así, en el FJ 5º para desvirtuar la sentencia 93/1996 afirma que la Guardia Civil no es un cuerpo policial: “El demandante, que no es miembro del Cuerpo de Policía Nacional sino de la Guardia Civil, Instituto armado de naturaleza militar, [...] con la Guardia Civil ocurre, al contrario que con el Cuerpo Nacional de Policía, que la naturaleza militar que le ha atribuido el legislador postconstitucional por voluntad constitucionalmente permitida aunque sin duda derogable y modificable, incluye a tal Instituto armado en el ámbito castrense”.

¹⁹⁵¹ Así, en el FJ 4º se afirmaba “Reiteramos una vez más que la normativa disciplinaria aplicable ahora a la Guardia Civil es la propia de las Fuerzas Armadas. Pero repetimos que esto es así “mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas” (ATC 1.265/1988), y añadimos que esta previsión legislativa contenida en el art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986 y antes en el art. 38.2 de la L.O. 6/1980, no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen, disciplinario militar. El legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión.”

afirmaban el entendimiento de los artículos 28 y 29 CE que aquí también se sostiene, esto es, que no implica la integración de los cuerpos policiales sometidos a la disciplina militar en las FAS¹⁹⁵². Más

¹⁹⁵² Voto particular de los Magistrados de la Vega Benayas y Díaz Eimil. En el mismo se operaban afirmaciones del todo relevantes que bien merece la pena transcribir casi en su integridad:

“la naturaleza militar que le ha atribuido el legislador postconstitucional [...] incluye a tal Instituto armado -el de la Guardia Civil- en el ámbito castrense”, lo cual equivale a admitir que es compatible con la Constitución un Cuerpo Militar, prácticamente integrado en las Fuerzas Armadas, como parte de ellas y encargado, en misión esencial, de funciones de policía en el orden civil, compatibilidad que, desde luego, negamos radicalmente, porque sería tanto como admitir la existencia de un Ejército-Policía o de una Policía-Ejército. En el Estado Democrático de Derecho, regido por el principio de la supremacía civil y la reserva del “status militar” al personal de los Ejércitos, reserva esta última puesta de manifiesto por el italiano Longo, especialista en temas militares, adquiere importancia fundamental la distinción entre Fuerzas Armadas, Institución integrada en la sociedad y en el ordenamiento jurídico, con los altos fines que les señala la Constitución (art. 8.1), es decir, “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”, y el señalado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (104), con los objetivos, no menos importantes, de asegurar el orden interno y el libre ejercicio de los derechos y libertades. En tal sentido, el norteamericano Janowitz, también especialista en temas militares, señalaba que “un supuesto básico de relaciones civiles y militares es que la supremacía civil depende de la separación organizativa estricta entre las Fuerzas Armadas y las de Seguridad”, añadiendo que el “Ejército está completamente separado de la Policía en los pocos países donde es un instrumento de soberanía bajo control político, democrático y civil”.

“Esta concepción estaba muy alejada de nuestro sistema preconstitucional, con una Policía fuertemente militarizada que venía integrada en la organización militar -Ley de la Policía de 1941, Reglamento de la Guardia Civil de 1942 y art. 37 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967-, y es sustancialmente modificada por la Constitución, al establecer, de acuerdo con los principios democráticos, una clara y nítida separación entre las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad, dedicando a las primeras el art. 8, que les asigna la misión ya indicada, y a las segundas el art. 104, a quienes encomienda la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, separación que es, en principio, confirmada por el art. 23.2 de la L.O. 6/1980, en la que se reitera la fórmula constitucional, conforme a la cual las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, y el art. 9 de la L.O. 2/1986, en el que se establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están integradas por el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil.”

“Es cierto que esta neta separación constitucional de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad, es decir, entre el orden militar y el policial, ha encontrado una vía de ruptura en la referencia que los arts. 28 y 29 de la Constitución, en un contexto bien diferente del aquí contemplado, hacen a otros Cuerpos sometidos a disciplina militar, de la cual este Tribunal ha extraído la doctrina de que la Constitución admite la posibilidad legal de que Cuerpos de Policía, no integrados en las Fuerzas Armadas, puedan ser sometidos a disciplina militar, entendiendo que, en la actualidad, el legislador ha hecho uso de esa posibilidad constitucional en relación con la Guardia Civil, a la cual declara Instituto armado de naturaleza militar en los arts. 9 b) y 13 de la L.O. 2/1986. Entendemos que los arts. 28 y 29 de la Constitución autorizan al legislador a someter a disciplina militar el Benemérito Instituto de la

tarde, reo de su propia doctrina, el Tribunal la mantuvo en lo relativo a la sujeción a la jurisdicción militar¹⁹⁵³.

Cuanto menos, posteriormente, en la sentencia 236/1994, reconoció que “ni la Guardia Civil forma parte de las Fuerzas Armadas ni, en consecuencia, sus miembros pertenecen a las mismas. Diferentes son también las misiones y funciones asignadas a una y otra Institución, sin perjuicio de que a la Guardia Civil puedan serle encomendadas en determinadas circunstancias misiones de carácter militar e igualmente distinto es su encuadramiento en el seno de la Administración y dependencia orgánica” (FJ 3^o)¹⁹⁵⁴. Sin embargo,

Guardia Civil, pero negamos que, a través de una interpretación expansiva incompatible con el modelo constitucional, pueda llegarse a la conclusión de que tal sometimiento convierta a la Guardia Civil en un Cuerpo estrictamente castrense y a sus miembros en militares profesionales, pues ello equivale a restaurar un Cuerpo de Policía militarizada en todos sus órdenes, que la Constitución ha querido superar de acuerdo con los valores y principios democráticos que la inspiran. La Constitución, en dichos arts. 28 y 29, habla, en efecto, de Cuerpos “sometidos a disciplina militar”, cosa bien distinta del concepto “naturaleza militar”, pero el sometimiento a dicha disciplina del Cuerpo de la Guardia Civil, únicamente explicable por razones históricas, no puede alcanzar otro significado, en una interpretación *secundum constitutionem*, que la de superar la prohibición del art. 25.3 de la Constitución, haciendo constitucionalmente lícita, en aras de una más enérgica disciplina -que el propio legislador no ha considerado necesaria en el otro Cuerpo de Seguridad del Estado- la imposición de sanciones de privación de libertad, pero que en modo alguno permiten entender que aquel contenido normativo lleve a desnaturalizar la condición de la Guardia Civil como Cuerpo de Policía no integrado por la Constitución en las Fuerzas Armadas, hasta el punto de convertirlo en un Cuerpo “estrictamente castrense”, a pesar de que su cometido esencial de cumplir funciones de policía en el orden civil hace constitucionalmente inaceptable esa conversión.”

¹⁹⁵³ Así en la sentencia 44/1991, de 25 de febrero, se reitera la posibilidad de aplicar el régimen disciplinario militar a la Guardia Civil, que el control de dicha aplicación corresponde a la jurisdicción militar en tanto que así lo disponga la ley y que, por ende, la jurisdicción militar es competente con relación a los procedimientos de *habeas corpus*. También, sentencia 106/1992, de 1 de julio, con los mismos argumentos.

¹⁹⁵⁴ Sentencia 236/1994, de 20 de julio, no se trataba de la sujeción a la jurisdicción militar sino de la no homologación de los Subtenientes de la Guardia Civil al grupo de clasificación y nivel de complemento de destino con los Subtenientes de las Fuerzas Armadas. El Tribunal afirmó que se trataba de entes diferentes con personal diferente, señala que la identidad de los empleos militares y de la guardia civil no es causa para que se tengan los mismos derechos, como tampoco lo es la semejanza de requisitos para alcanzar una y otra posición que se pretende igualar, ni el hecho de que otros empleos con nombres idénticos cobren lo mismo. Se trata, pues, de una decisión legislativa que puede establecer diferencias en tanto se trata de diferentes sectores de la Administración. (FJ 3^o).

seguiría sosteniendo todo lo relativo a la sumisión a la jurisdicción militar hasta la actualidad¹⁹⁵⁵.

Como no podía ser de otra forma, desde la doctrina se ha criticado la labor del Tribunal Constitucional¹⁹⁵⁶. En todo caso, para concluir cabe señalar que pese a esta inadecuada doctrina del Tribunal, superada en cierta medida por la última resolución, la supremacía civil conectada a la separación de las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no sólo ha quedado reconocida en la Constitución sino también en la evolución legislativa y práctica. Ni los cuerpos policiales forman parte de las FAS, ni los Ejércitos efectúan misiones de seguridad pública del artículo 104 CE. Lo polémico ha sido la argumentación del máximo intérprete de la ley de leyes para justificar la sujeción a la jurisdicción militar de las revisiones disciplinarias y el procedimiento *habeas corpus* de los miembros de la Guardia Civil. Sin embargo, en sí misma, tal sujeción a la jurisdicción militar, así como la colaboración en la defensa militar por el benemérito cuerpo, aun dando lugar a diversas cuestiones, no implican la integración de este cuerpo ni en el Ejército de Tierra ni, en general, en las FAS, por lo cual, no afecta a la separación constitucional de los Ejércitos y la policía.

VIII. Limitación del ámbito de la jurisdicción militar al ámbito propio de lo castrense

A lo largo del presente estudio han sido diversas las referencias históricas relativas a la jurisdicción militar, desde su aparición

¹⁹⁵⁵ Así, en las sentencias 1/1995, de 10 de enero; 25 y 26 de 1995, de 6 de febrero, relativa a la competencia del procedimiento de *habeas corpus* a la jurisdicción militar y la sentencia 61/1995, de 29 de marzo respecto de la revisión de las sanciones disciplinarias.

¹⁹⁵⁶ En especial destaca el trabajo de DOMÍNGUEZ BERRUETA, Miguel, y otros, "El modelo policial ante el Tribunal Constitucional", cit. Ahí se cita entre otros, la crítica realizada por PEREZ ROYO, Javier, "Guardia Civil y derecho de Sindicación", en *El País*, 3 de abril de 1990 y el extenso dictamen de este autor titulado "La Guardia Civil constitucional", cuyo texto se encuentra en BALLESTEROS, J. E. Y LÓPEZ HIDALGO, A. *El sindicato clandestino de la Guardia Civil*, Ediciones B, Barcelona, 1990, págs. 259-283, al cual no ha podido acceder quien suscribe.

conjunta al nacimiento de los Ejércitos mismos hasta la evolución de la misma en el Estado liberal¹⁹⁵⁷. Asimismo, se sostuvo en su momento la plena sujeción a la Constitución tanto en su conformación legal como en su actuación¹⁹⁵⁸. En el presente, esto es, en conexión con el principio de supremacía civil, baste recordar el empleo histórico de la justicia militar para llevar a cabo la represión política en Francia y singularmente en España. Se trataba, como se vio, de una desvirtuación de la justicia militar pareja al abuso de los mecanismos de excepción y a la implicación del Ejército en materias de orden público, como medios para hacer frente a la *cuestión social* desde mediados del siglo XIX. Bien diversa sería esta evolución histórica de la registrada en el marco anglosajón, donde desde bien pronto tanto el ordenamiento como la jurisdicción castrenses se limitaron a lo atinente a la disciplina militar y los delitos militares y, en especial, únicamente los miembros de los Ejércitos podían quedar sometidos a la justicia castrense, incluso en tiempos de guerra¹⁹⁵⁹.

Dado este empleo histórico de la justicia militar como medio de militarización de la represión política radicalmente contraria al principio de supremacía civil, es preciso analizar la actual

¹⁹⁵⁷ En este sentido cabe remitir a lo afirmado sobre el particular desde la aparición de la jurisdicción militar en Roma, si bien en especial su reaparición a fines de la Edad Media y su consolidación en el Estado moderno. Mayor atención se siguió con relación al Estado liberal, tanto en el marco anglosajón como en el sistema Francés. Por último, especial interés suscitó la persistencia de la jurisdicción militar en la Constitución gaditana y su progresiva deformación hasta el presente, así como la primera redefinición democrática de la misma en la Segunda República.

¹⁹⁵⁸ Sin perjuicio de la construcción jurídica concreta para afirmar esta plena sujeción, cabe, en especial, remitir a lo afirmado con relación a la sujeción a los principios constitucionales en el Capítulo tercero de la presente tesis.

¹⁹⁵⁹ Al margen de la evolución histórica a la que se hizo referencia, cabe recordar que respecto de la exclusión de civiles en la actualidad sólo se da la excepción en Gran Bretaña para los familiares civiles en Gran Bretaña o los paisanos en un buque de guerra, no en Estados Unidos. Al respecto, en España, RODRÍGUEZ VILLASANTE, José Luis, "Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países", en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 53, enero-junio de 1989, págs. 57-74, en concreto, págs. 58-62 y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Justicia Militar en el Derecho comparado", cit., págs. 339 y 344. Respecto de la jurisdicción militar en Norteamérica, COX, Walter, T. "The Army, the Courts, and the Constitution: the Evolution of Military Justice", en *Military Law Review*, n° 118, otoño, 1987, 16137 palabras.

configuración constitucional de la misma desde esta perspectiva, es decir, la restricción del ámbito de la jurisdicción militar como exigencia a favor de la supremacía civil. Es menester señalar que no se entiende el presente estudio como marco oportuno para tratar cuestiones del todo interesantes, también relativas a la justicia castrense, como lo es, sobre todo, su pleno sometimiento a la ley de leyes tanto en su configuración como en sus actuaciones, de modo que no se lesionen las garantías y derechos fundamentales de quienes están sometidos a la misma¹⁹⁶⁰. Únicamente se considera aquí oportuno abordar la delimitación de esta justicia especial en tanto en cuanto criterio definitorio de la supremacía civil. Así pues, se efectúa ahora un análisis de la jurisdicción militar desde esta perspectiva de su ámbito competencial para afrontar si nuestra actual ley de leyes acoge las exigencias propias de este principio democrático.

A) LA PREMISA: LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA JURISDICCIÓN MILITAR

Resulta de interés atender cuál o cuáles pueden ser los motivos por los que puede justificarse la opción constitucional española de mantener la existencia de la justicia militar¹⁹⁶¹, dado que, en lógica

¹⁹⁶⁰ En efecto, la materia de la configuración legal de la jurisdicción militar con todas sus garantías deviene del todo polémica, tanto desde *filas* más cercanas a lo castrense (recientemente Rodríguez Villasante, Millán Garrido, entre otros), como desde la doctrina *civil* (Blanquer, San Cristóbal, entre otros), las posiciones mayoritarias son bastante críticas con la constitucionalidad de la justicia castrense, particularmente por la falta de independencia en el estatuto de quienes imparten esta justicia, sujetos *-militarmente-* a la disciplina militar, a los ascensos por el gobierno y fuera de la estructura del Consejo General del Poder Judicial –a salvo de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional, especialmente en la sentencia 204/1994, de 11 de julio, ha respaldado la regulación de la jurisdicción militar y sólo, de momento, en una mínima medida la jurisprudencia europea ha presentado objeciones a la idoneidad de la configuración de esta justicia castrense (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Castillo Algar contra España (79/1997/863/1074), de 28 de octubre de 1998). Prácticamente sólo Parada Vázquez (“Toque de silencio por la justicia militar”), defiende una jurisdicción militar no sujeta a las garantías constitucionales y, en todo caso, critica abiertamente la actual configuración, a diferencia del resto de la doctrina, por haber configurado una jurisdicción militar, si se quiere, “excesivamente constitucional”.

¹⁹⁶¹ Sobre el tema, puede verse, CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional militar*, cit. págs. 82-83, quien hace una muy breve pero adecuada exposición de

jurídica, estos fundamentos serán cauce de comprensión del ámbito constitucional de la misma.

La justicia militar nació con los Ejércitos como medio de lograr la eficacia de los mismos con relación a los fines que servían. Sin perjuicio de ello, especialmente desde la reaparición de la disciplina militar a fines de la Edad Media la jurisdicción castrense se configuró como un instrumento corporativo y privilegiado, esto es, a su razón de ser primigenia se añadió el hecho de resultar un privilegio en un mundo estamental cuyo sistema se nutría de toda una serie de prebendas de este tipo. Finalmente, en el Estado liberal la existencia de la jurisdicción castrense seguiría siendo tanto un medio en beneficio de la defensa militar llevada a cabo por los Ejércitos cuanto un privilegio para sus componentes, si bien, asimismo, resultó un instrumento de represión política por parte del poder. En un Estado democrático, la existencia de la jurisdicción militar no puede dar cobertura ni a un privilegio ni a un medio de represión política, sino que su razón de ser sólo puede ser la inicial, es decir, configurarse como uno más de los medios jurídicos para satisfacer la eficaz defensa militar del Estado constitucional¹⁹⁶².

En el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz se afirmaba que se mantenía el fuero militar porque, en palabras de Argüelles, se “ha creído indispensable dejar a los militares aquella parte del fuero particular que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas en el Ejército y armada¹⁹⁶³.” En la exposición de motivos del Decreto de Unificación de fueros de 5

los argumentos a favor y en contra de la justicia militar, sin duda mucho mejor enfocada que la desafortunada recopilación de los argumentos que justifican en paz la jurisdicción militar establecida por SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. págs. 134-140. Recopilación asistemática y desvirtuada por el voluntarismo de la autora.

¹⁹⁶² Sin perjuicio de los trabajos concretos atendidos en la evolución histórica de la jurisdicción militar, resulta significativo el estudio de Parada Vázquez para advertir –más allá de los datos concretos- el sentido de esta evolución histórica. Ver, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, cit. *in toto*. Hay que advertir, no obstante, que en este estudio no se coincide, una vez más, con las posiciones que este autor deriva de esta evolución histórica.

¹⁹⁶³ ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar...* cit. pág. 100.

de diciembre de 1868 se señalaría que “la excepción con respecto a los militares en activo servicio no [ha sido] otorgada a favor suyo, sino de la sociedad”. Sin perjuicio de que se tratase de argumentos formales, estas dos ideas siguen siendo válidas en el presente marco constitucional: la jurisdicción militar tiene su razón de ser en tanto que instrumento de maximización de la eficacia de la defensa militar del Estado constitucional, que es un interés de la sociedad en su conjunto, en modo alguno un privilegio para los sometidos a este fuero particular. En el FJ 4º del Auto 121/1984, de 29 de febrero el Tribunal Constitucional afirmaría esta razón de ser de la jurisdicción militar¹⁹⁶⁴.

En un inicio, que la justicia militar resultase un medio para la eficacia de la defensa residía en el hecho de que quien juzgaba era el mando lo cual fomentaba en los subordinados la autoridad de los superiores, pues como diría Bentham, “ven en el jefe que les manda un juez que los puede castigar”¹⁹⁶⁵. Sin embargo, pronto se advirtió que el militar que había de juzgar se encontraba “manco sin su auditor”, de modo que se agregó el elemento técnico jurídico¹⁹⁶⁶. En los sistemas anglosajones, el predominio sigue siendo del militar

¹⁹⁶⁴ Auto 121/1984, de 29 de febrero, FJ 4º:

“La importante función que el art. 8.1 de la CE asigna a las Fuerzas Armadas, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional para el logro de los altos fines que han de cumplir según dicha norma específica, lo que exige por su naturaleza una configuración idónea y eficaz, de las que entre otras singularidades deriva el reconocimiento en el art. 117.5 de la Ley superior, de una jurisdicción militar específica en el ámbito penal castrense, diversa por sus peculiaridades a la jurisdicción ordinaria, y muy especialmente en el supuesto que afecte a las relaciones existentes entre el personal militar en sus diferentes grados, al exigir la profesión castrense por su especial naturaleza una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, manifestada por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y que es factor de obligada conexión que obliga a todos por igual, como claramente se deriva de las Reales Ordenanzas militares vigentes, en sus arts. 1, 10, 11, 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203, entre otros.” En el mismo sentido, entre otras, la sentencia sentencia 97/1985, de 29 de julio.

¹⁹⁶⁵ La cita es clásica y se recoge en varios autores. Sin perjuicio de la cita, sobre este modelo del mando juzgador insiste PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, cit. quien recuerda que era el seguido en España hasta la Ley orgánica 4/1987.

¹⁹⁶⁶ Se trata de una afirmación atribuida al Duque de Alba durante las guerras de Flandes, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, cit. pág. 10.

frente al jurista¹⁹⁶⁷ pero en no pocos de los países del continente los juristas acapararon el predominio para la aplicación del ordenamiento militar, hasta el punto de que en diversos países no se trate de juristas militares, sino de jueces civiles que aplican las normas militares¹⁹⁶⁸. Así, como señala Parada se pasó de una justicia de militares asesorados por juristas a una justicia a cargo de juristas asesorados por algún militar, de una justicia desde dentro de la institución a una justicia extraída de la línea jerárquica sustancial del mando y organización de las unidades armadas¹⁹⁶⁹.

Pero ello no implica, como para este autor, que la jurisdicción militar deje de ser un medio para fomentar la eficacia de la defensa militar, sino que se trata *del medio por el que el legislador habilitado por la ley de leyes ha optado* siempre en el marco de las exigencias constitucionales. Cuando no son los mandos quienes juzgan, el hecho de ser un militar quien ejerza esta función refuerza el corporativismo de la misma, lo cual fortalece su unidad, que es uno de los elementos que potencian la eficacia de la fuerza armada¹⁹⁷⁰. Asimismo, que sean juristas militares es una garantía del acercamiento a la realidad de un ámbito tan específico como el castrense por quienes administran la

¹⁹⁶⁷ Al igual que en países que siguen su influencia, como Portugal, Bélgica, Suiza y Grecia, el mando militar designa el consejo de guerra que es asesorado por los *Judge advocates*, que no llegan a desempeñar el papel de jueces.

¹⁹⁶⁸ Así en los países en los que la jurisdicción militar está limitada a tiempos de guerra, como Austria, o prácticamente limitada a estos supuestos, como en Alemania, y Francia, respecto de estos sistemas concretos, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Justicia Militar en el Derecho comparado", cit., págs. 358-361.

¹⁹⁶⁹ PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "Toque de silencio por la justicia militar", cit. pág. 12.

¹⁹⁷⁰ QUEROL Y DURÁN, Fernando de, *Principios de Derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*. Tomo II, cit. pág. 94, aunque no hace referencia al sistema de juristas o no, afirma que es una garantía buscar al juez en el seno de la misma, entre los propios compañeros." Cuando no es el mando el que juzga, hay quienes como Parada juzgan que pierde sentido el mantenimiento de la jurisdicción militar, que supone una "infracción de la Constitución, que impuso una Justicia militar a cargo de los militares de armas, los cuales no pueden ser confundidos con unos juristas a los que se impone un estatuto funcional militar, una leve formación castrense y un uniforme." PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "Toque de silencio por la justicia militar", cit. pág. 41. Desde aquí en modo alguno se comparte este argumento, se trata de una opción política del legislador en modo alguno contraria a la ley de leyes.

justicia militar, de modo que se opere con mayor acierto la aplicación del ordenamiento militar¹⁹⁷¹. Aún es más, incluso cuando no son militares los juristas que imparten la justicia militar no supone más que el entendimiento del legislador de que la eficaz defensa militar no queda menoscabada por el hecho de que unos juristas especializados en el ordenamiento militar sean quienes lo apliquen. Las opciones del legislador en el marco de la ley de leyes son diversas. Ahora bien, en todas y cada una de tales opciones posibles, la finalidad de la eficaz defensa militar no puede implicar el desconocimiento de los valores, principios y reglas constitucionales, con los que se armoniza la defensa militar, que es, también, uno de los bienes constitucionales a preservar que debe armonizarse con el resto de los contenidos de la ley de leyes; la eficacia militar sólo es uno de los platos de la balanza.

Así pues, la eficacia de la defensa militar está en la base de la jurisdicción militar y, por tanto, este criterio es el que definirá el ámbito de la misma en períodos de paz y de guerra. Esta generalidad, además, sirve para eliminar el carácter privilegiado de esta jurisdicción así como la posibilidad de que ésta sea un instrumento de represión política¹⁹⁷². Es momento, pues, de analizar detenidamente cómo se ha concretado el marco competencial de la jurisdicción militar siguiendo las exigencias constitucionales.

B) LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN ESPAÑA: LA FÓRMULA EMPLEADA POR EL CONSTITUYENTE

En el marco constitucional europeo, nuestra ley de leyes se sitúa entre aquéllas en las que la jurisdicción militar está prevista de forma

¹⁹⁷¹ Este es, a mi juicio, el fundamento más sólido a favor de la jurisdicción militar. El juez militar conoce los fundamentos y especialidades del derecho militar y el verdadero alcance de la disciplina militar en la organización castrense.

¹⁹⁷² El Auto de 9 de noviembre de 1982, de la Sala Especial de Conflictos jurisdiccionales señaló que: "El artículo 117 de la Constitución de 1978 no ha sido tan explícito [como la Constitución republicana] y delega en una ley el desarrollo de esta jurisdicción que en lo sucesivo no constituirá privilegio alguno, sino otra jurisdicción cuya separación se impone, como las demás, por la especialidad de los intereses que protege."

expresa y no se limita taxativamente a los supuestos de guerra¹⁹⁷³. La justicia militar ha sido constitucionalizada en el artículo 117. 5º CE:

¹⁹⁷³ En el marco europeo, suele señalarse la existencia de dos modelos genéricos: los Estados en los que la jurisdicción militar se reduce al supuesto de guerra o a lo sumo cuando las FAS operan fuera del territorio (Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Suecia) y aquéllos en los que esta justicia también opera en tiempo de paz (Bélgica, Grecia, Italia, Portugal, Gran Bretaña) –sólo se hace referencia a los países en los que quien suscribe tiene constancia de la situación actual constitucional o legal-. (Se sigue al respecto, MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 136-138.

Cuestión diferente es la agrupación de los países por la regulación constitucional de la materia. Al margen de lo afirmado respecto de Gran Bretaña cabe señalar las distintas opciones constitucionales sobre la materia según se desprende del análisis de los textos constitucionales.

En diversas constituciones no se contempla nada sobre la materia, como es el caso de Dinamarca y Francia.

En otros países, la ley de leyes no hace referencia expresa a la jurisdicción militar pero habilita de forma expresa al legislador a crear jurisdicciones especiales, como pueda serlo la militar. Así, por ejemplo en Suecia, artículo 1 del Capítulo XI: “El Tribunal Supremo será la jurisdicción superior de derecho común y el Tribunal Administrativo Supremo, el más alto en competencias administrativas. [...] Se precisará una ley para establecer un tribunal distinto a los mencionados.” Igual solución se da en la Constitución de Finlandia (artículo 60): “La ley regulará los tribunales especiales, distintos a los mencionados en el artículo 59”. La posibilidad constitucional de una jurisdicción militar parece implícita en el artículo 112. 2º de la Constitución holandesa: “La ley podrá conferir, bien al Poder Judicial, *bien a jurisdicciones que no formen parte del mismo*, atribuciones para juzgar las controversias que no deriven de relaciones jurídicas civiles. La ley regulará el procedimiento a seguir y los efectos de sus decisiones.”

Por último, diversos países reconocen expresamente la posibilidad de la jurisdicción militar. En estos casos, en ocasiones constitucionalmente se limita esta facultad de creación. Así, el artículo 84 de la Constitución de Austria dispone que “La Jurisdicción militar quedará suprimida, excepto para tiempos de guerra.”

En Alemania posibilidad de la jurisdicción militar queda limitada por el artículo 96:

“2º La Federación podrá crear tribunales disciplinarios, con rango de Tribunales federales, para las Fuerzas Armadas. Sólo podrán ejercer jurisdicción penal en el caso de defensa (*Verteidigungsfall*) así como sobre integrantes de las Fuerzas Armadas enviados al extranjero o que estuviesen embarcados en barcos de guerra. Una ley federal regulará el desarrollo normativo. Tales tribunales se hallarán bajo la competencia del Ministro federal de Justicia. Sus jueces titulares deberán estar capacitados para ejercer la judicatura.

3º El Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) actuará como Tribunal Supremo respecto a los tribunales mencionados en los párrafos 1 y 2.”

El artículo 38. 4º de la Constitución irlandesa se dispone: “1º. Podrán establecerse tribunales militares para el enjuiciamiento de infracciones contra leyes militares, cometidas por personas sujetas a tales leyes o durante un período de guerra o rebelión armada.

2º. Los miembros de las Fuerzas Armadas que no estén en servicio activo no podrán ser juzgados por un Consejo de Guerra u otro tribunal militar por infracciones que sean competencia de tribunales civiles, a no ser que tal infracción se sitúe dentro de la jurisdicción de tales Consejos o tribunales militares conforme a lo dispuesto por leyes sobre el mantenimiento de la disciplina militar.”

“[...] 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.”

Tras los abusos anteriores, en la Segunda República española se dio una fuerte redefinición de la jurisdicción militar¹⁹⁷⁴. En el artículo 95 de la Constitución de 1931 se eligió una fórmula limitativa del marco competencial distinta a la actual: “la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares. Se exceptúa el caso de Guerra, con arreglo a la ley de Orden público.” Tal

En otros supuestos, la existencia de la jurisdicción militar esta claramente expresada por la Constitución y no se limita, como en los supuestos de Austria, Alemania o Irlanda.

Así, en la Constitución de Bélgica el artículo 157 dispone: “Leyes especiales regularán la organización de los tribunales militares, sus atribuciones, los derechos y obligaciones de sus integrantes y la duración de sus funciones.”

En Grecia, el artículo 96 de su Constitución dispone que “a) Las cuestiones relativas a los Tribunales militares de los Ejércitos de tierra, mar y aire, ante los cuales no podrá emplazarse a los particulares. [...] 5 - Los Tribunales mencionados en el apartado a) del anterior párrafo, estarán compuestos en su mayoría por miembros del Cuerpo Jurídico de las Fuerzas Armadas, que gozarán de las garantías de independencia personal y funcional, previstas por el artículo 87, párrafo 1 de la presente Constitución. Las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 93, serán aplicables respecto a las audiencias y resoluciones de los Tribunales. Se fijarán por ley las modalidades de aplicación de lo dispuesto en el presente párrafo, así como la fecha de su entrada en vigor.”

La Constitución italiana dispone en su artículo 103 que “Los tribunales militares en tiempo de guerra tienen la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz tienen jurisdicción solamente para los delitos militares cometidos por los pertenecientes a las Fuerzas Armadas.”

Por último, la Constitución de Luxemburgo, en su artículo 94 regula también de forma expresa la posibilidad de la jurisdicción militar: “Por leyes especiales se regularán la organización de los tribunales militares, sus atribuciones, los derechos y obligaciones de sus miembros y la duración de sus funciones.”

La Constitución española se sitúa, pues, en este último grupo de constituciones.

¹⁹⁷⁴ A los tres días de la proclamación de la República se derogaba la Ley de jurisdicciones de 1906. Al poco tiempo se limitaba el ámbito de la jurisdicción militar, se privaba al mando militar de toda potestad jurisdiccional y se disolvía el Consejo Supremo de Guerra y Marina, con la subsiguiente creación de una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo a la que se conferían las atribuciones de aquel consejo. Buena parte de estas reformas las refrendaría el texto constitucional en su artículo 95 en el cual, asimismo, quedaban abolidos los Tribunales de honor militares.

regulación implicaba una delimitación objetiva basada en los hechos o delitos militares desapareciendo la competencia basada en la calidad de la persona o el lugar de ejecución.

A diferencia de este sistema, en las constituciones de Alemania o Grecia, fuera de los supuestos de guerra, se sigue el criterio personal (únicamente los militares pueden quedar sujetos)¹⁹⁷⁵. En los textos de Irlanda o Italia se opta por la combinación del criterio subjetivo (sólo a los militares) y objetivo (delitos militares o revisión disciplinaria militar)¹⁹⁷⁶.

En el punto VII de los Pactos de la Moncloa de 1977 se propugnaba una reconsideración de los límites de la jurisdicción militar según los siguientes criterios¹⁹⁷⁷: por razón del delito, limitándose a los delitos recogidos en el Código de Justicia Militar; por razón del lugar, limitándose el ámbito a los actos cometidos en centros, establecimientos o lugares estrictamente militares; por razón de la persona, señalándose la necesidad de revisar las cuestiones suscitadas por personal militar y no militar; sometimiento a los Tribunales ordinarios de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando actuaran en mantenimiento del orden público.

¹⁹⁷⁵ Así en Alemania (artículo 96. 2º): “Sólo podrán ejercer jurisdicción penal [...] sobre integrantes de las Fuerzas Armadas enviados al extranjero o que estuviesen embarcados en barcos de guerra.”

En Grecia, el artículo 96 de su Constitución dispone que “no podrá emplazarse a los particulares”.

¹⁹⁷⁶ Así en el artículo 38. 4º de la Constitución irlandesa: “el enjuiciamiento de infracciones contra leyes militares, cometidas por personas sujetas a tales leyes [...] Los miembros de las Fuerzas Armadas que no estén en servicio activo no podrán ser juzgados por un Consejo de Guerra u otro tribunal militar por infracciones que sean competencia de tribunales civiles, a no ser que tal infracción se sitúe dentro de la jurisdicción de tales Consejos o tribunales militares conforme a lo dispuesto por leyes sobre el mantenimiento de la disciplina militar.”

La Constitución italiana dispone en su artículo 103 que “Los tribunales militares [...] En tiempo de paz tienen jurisdicción solamente para los delitos militares cometidos por los pertenecientes a las Fuerzas Armadas.”

¹⁹⁷⁷ “Acuerdos sobre el Programa de actuación jurídica y política” alcanzados por consenso de un amplio espectro de fuerzas políticas, firmado el 7 de octubre de 1977. Se reproduce el contenido de los mismos citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El marco constitucional. La jurisdicción militar... cit. págs. 44-45.

Estos criterios no fueron expresados en el texto constitucional, si bien, tendrían cabida en la fórmula empleada por la ley de leyes.

Nuestros constituyentes¹⁹⁷⁸ se separaron tanto del modelo republicano como, en buena medida, de estos modelos europeos. Se eligió un criterio predominantemente objetivo – el “ámbito castrense” – al que se añadía una voluntad restrictiva por medio de un concepto jurídico indeterminado: el “ámbito *estrictamente* castrense”. Como señala Calderón, se optó por una fórmula más flexible pero bajo la clara idea de poner freno a desmesuradas extensiones de competencia¹⁹⁷⁹. El legislador determinaría el ámbito, que, no obstante, podría ser objeto de control particularizado en última instancia del Tribunal Constitucional bien en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, bien en un recurso de amparo, puesto que la vulneración del ámbito estrictamente castrense supondría la violación del “derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24. 2º CE).

a) *Los límites de la facultad del legislador: ¿podría suprimirse la jurisdicción militar o limitarse a los supuestos de guerra?*

Una primera cuestión que cabe preguntarse es si el legislador puede suprimir la jurisdicción militar o, lo que parece más propio, limitarla para los supuestos de guerra sin que fuera precisa una reforma constitucional. Y las posiciones doctrinales al respecto son bien diversas. Hay quienes niegan la posibilidad de que esta

¹⁹⁷⁸ Este precepto, al margen de la única variación –ya inicial– relativa “a los supuestos del estado de sitio”, que luego se comenta, no fue objeto de especial debate. Los votos particulares de que fue objeto de los grupos parlamentarios comunista, catalán y socialistas se dirigían a la prohibición de los tribunales de honor y de excepción. No se dio enmienda alguna respecto del apartado que ahora interesa con relación a la jurisdicción militar. Sobre la constitucionalización, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El marco constitucional. La jurisdicción militar... cit. págs. 21-23 y MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar, vol. I*, cit. págs. 69-71.

¹⁹⁷⁹ CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, “En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 53, enero-junio de 1989, págs. 81-106. en concreto, pág. 100.

jurisdicción especial pueda ser suprimida sin una reforma constitucional. En este sentido se señala la existencia de una garantía institucional que lo impediría¹⁹⁸⁰. En un término intermedio Canosa considera que sería constitucional la limitación de la justicia militar para el estado de sitio. Este autor afirma que el artículo 117. 5º CE contiene una garantía expresa de la existencia de la misma que “no impide la reducción temporal de actuación al estado de sitio”¹⁹⁸¹. Por el contrario, hay quienes señalan que no se da una garantía institucional sobre la justicia militar, lo cual posibilitaría que el legislador la suprimiese por completo o excluyese en tiempos de paz¹⁹⁸². Por último, Blanquer¹⁹⁸³ afirma que la permanencia de la jurisdicción militar está constitucionalmente garantizada, ahora bien, considera que “su existencia no se vulnera por el hecho de que sean jueces y magistrados quienes ejerzan la potestad jurisdiccional”. A su juicio, la justicia militar es una jurisdicción especializada como la contencioso administrativa -reconocida constitucionalmente en el

¹⁹⁸⁰ PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Toque de silencio por la justicia militar”, cit. págs. 33-34, este autor, si bien no hace referencia a la posibilidad de suprimir esta jurisdicción militar, afirma de forma tajante que sobre la misma recae una garantía institucional, lo cual excluiría la posibilidad de su supresión o limitación para tiempos de guerra.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. pág. 17, repetido en las págs. 305-306, esta autora no afronta directamente esta cuestión si bien de sus consideraciones sobre el ámbito estrictamente castrense parece inferirse su argumento de la imposición constitucional de la existencia de la jurisdicción militar tanto en tiempos de paz como en guerra, puesto que de lo contrario, dice, la Constitución no la hubiera limitado al estricto ámbito castrense. Finalmente concluye que para que la jurisdicción militar se limitara a la declaración del estado de sitio habría que reformar la Constitución y suprimir la limitación a lo estrictamente castrense.

¹⁹⁸¹ CANOSA USERA, Raúl, “Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar”, en *Poder Judicial*, nº 34, junio de 1994, págs. 9-37, en concreto en la pág. 14.

¹⁹⁸² Tampoco se afronta directamente la cuestión, si bien se señala que no recae la garantía institucional. Así, sin mayor atención, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título preliminar*, cit. págs. 2625-2638, en concreto, pág. 2627. Con mayor concreción, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El marco constitucional. La jurisdicción militar...” cit. pág. 26 quien señala que “no nos hallamos ante una institución que pueda considerarse componente esencial del orden jurídico-político establecido por la Constitución, cuya preservación se juzgue indispensable para asegurar los principios constitucionales”.

¹⁹⁸³ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 741-742.

artículo 153 c) CE¹⁹⁸⁴-. De modo que bien sería posible que jueces y magistrados –ordinarios- especializados en Derecho militar ejerciesen la jurisdicción militar, bajo el Gobierno del Consejo General del Poder Judicial.

Pues bien, a mi juicio, no se puede suprimir la jurisdicción militar, al menos formalmente. Sin embargo, de una parte, bien sería posible vaciarla materialmente de competencia o, por ejemplo, limitarla al supuesto del estado de sitio. De otra parte, también podría configurarse la justicia castrense como la jurisdicción especializada de la que habla Blanquer, esto es, bajo el gobierno del Consejo General del Poder Judicial y con jueces y tribunales ordinarios especializados en la materia. Sin embargo, esta última opción no está impuesta, sino permitida por la Constitución. Los argumentos de estas afirmaciones son los siguientes:

- La existencia de una jurisdicción militar, cuanto menos como orden especializado, está garantizada por la Constitución. Ahora bien, no se trata de reconocer que se da ninguna garantía institucional, puesto que no se da ninguna de las notas definitorias de esta técnica jurídica. Manteniendo lo que ya se afirmó respecto de las FAS, la existencia de éstas o, en este caso, de la jurisdicción militar, queda reconocida por la fuerza normativa del tenor expreso de la Constitución, que no puede ser obviado¹⁹⁸⁵.

- El tenor expreso del artículo 117. 5º CE no establece una fórmula facultativa como la que se da usualmente en otros textos constitucionales sino que implica la existencia de la justicia militar. Ahora bien, sobre el ámbito de la misma sólo contiene exigencias negativas para el legislador: que cuando no se trate del estado de sitio no sobrepase el “ámbito estrictamente castrense”. En consecuencia, el legislador bien podría mantener formalmente la jurisdicción militar

¹⁹⁸⁴ Artículo 153: “El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: [...] c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa”.

¹⁹⁸⁵ Sobre el tema véase lo afirmado en el epígrafe “¿Se reconoce una garantía institucional sobre las Fuerzas Armadas?”

aunque no le atribuyese todas las competencias que en virtud de este ámbito estrictamente castrense podría albergar.

- La ley de leyes permite la existencia de una jurisdicción militar especial (no especializada) que no se ejerza por los jueces y magistrados ordinarios y sujetos al gobierno del Consejo General del Poder Judicial, sino como en la actualidad por miembros de las FAS. Ahora bien, la posibilidad de una conformación diferente de esta jurisdicción respecto de la ordinaria no obsta para que quede sometida plenamente a la Constitución y, por ello, a todas las garantías tanto respecto de quienes deben impartir la justicia como respecto de los sometidos a ella, lo cual no sucede en la actualidad¹⁹⁸⁶. En consecuencia, como se ha adelantado, también es posible que el legislador optase por una jurisdicción militar especializada en el sentido afirmado por Blanquer, “jurisdicción judicial ordinaria” en los términos empleados por San Cristóbal Reales¹⁹⁸⁷.

Una vez puesta de manifiesto esta primera consideración atinente, como se ha visto, al ámbito de la jurisdicción militar es momento ya de hacer referencia a los límites constitucionales impuestos respecto de este marco competencial.

b) El ámbito de la jurisdicción militar “en los supuestos de estado de sitio”

En un inicio, el artículo 117. 5º CE no hacía referencia al ámbito de la jurisdicción militar para los supuestos de estado de sitio, que se incluyó en el *iter* constituyente¹⁹⁸⁸. En este caso, la ley de leyes habilita

¹⁹⁸⁶ En este sentido se sigue la posición, en este caso acertada, sostenida por SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit., págs. 311-312. Cabe recordar con esta autora que el Tribunal Constitucional en la sentencia 204/1994, de 11 de julio de 1994, FJ 8º donde se señala el carácter facultativo para el legislador de proyectar en la jurisdicción militar el artículo 122 CE: “el artículo 122. 1 CE no se proyecta *necesariamente* sobre la jurisdicción militar prevista en el artículo 117. 5º CE”

¹⁹⁸⁷ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. págs. 313-315.

¹⁹⁸⁸ En el anteproyecto el texto del –entonces- artículo 107. 3º al respecto era: “la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y de acuerdo con los principios de la Constitución”. El cambio se produjo por enmienda in voce del Diputado centrista Pérez Llorca. La ponencia en su Informe hizo suya la redacción dada a este párrafo en el Anteproyecto.

ampliamente al legislador para determinar cuándo en aras de la efectiva defensa del Estado constitucional cabe sujetar a la justicia militar toda una serie de competencias. La ley orgánica 4/1981 reguladora de los estados excepcionales únicamente dispone en su artículo 35, en coherencia con el artículo 116 CE, que el Congreso determinará los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar¹⁹⁸⁹. Como apunta Cruz Villalón, no parece la más correcta la técnica seguida por el legislador, puesto que debería haber acometido esta tarea él mismo en esta ley¹⁹⁹⁰. Sin embargo, como es sabido, la anormalidad extrema propia del estado de sitio repele la aprehensión previa por el Derecho, por lo cual no resulta del todo desacertada esta fórmula que implica una flexibilidad adaptativa a las situaciones de hecho. A esta opción flexible se le añade la necesaria garantía democrática que supone que sea el mismo Congreso quien determine cuáles son los delitos sometidos a la jurisdicción militar¹⁹⁹¹.

Así lo recuerda FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El marco constitucional. La jurisdicción militar... cit. págs. 21-23.

¹⁹⁸⁹ Artículo 35 LOAES: "En la declaración del Estado de Sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar."

En conexión con esta materia hay que recordar el tenor del artículo 13 de la Ley 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. En el mismo no se hace referencia al estado de sitio, sino a los supuestos de guerra, que no necesariamente se circunscriben a la declaración previa de esta situación. De declararse este estado de anormalidad, lo dispuesto en este precepto se vincularía a la necesaria declaración por el Congreso de la vigencia de determinados delito:

"En tiempo de guerra y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas:

1. Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas.
2. Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviere autorizado para ello.
3. Todos los tipificados en la legislación española, si se cometen fuera del suelo nacional, y el inculpado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas.
4. Todos los cometidos por prisioneros de guerra."

¹⁹⁹⁰ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. pág. 123.,

¹⁹⁹¹ Cabe señalar que no se siguió la fórmula que se esgrimió en el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana de 1979, que incluía en su seno el desarrollo normativo de los estados excepcionales en virtud del artículo 116 CE. En el artículo 50 de este proyecto se determinaban taxativamente las figuras delictivas que habían de quedar sometidas al conocimiento de la jurisdicción castrense, salvo decisión contraria del Congreso. Entre estos delitos se incluían los

Pese a las reticencias que puede suscitar esta solución del legislador, en todo caso, se superó el artículo 9. 5º del Código de Justicia Militar, según el cual un simple bando militar era el medio por el que se que determinaban los delitos que pasaban al conocimiento de los Consejos de Guerra.

En coherencia con lo ya sostenido respecto de la posible supresión de la jurisdicción militar, cabe señalar que la Constitución faculta, pero no impone, el sometimiento a la justicia militar de los delitos que se estime oportuno en razón de la eficaz defensa del Estado constitucional, decisión que corresponde como se ha visto, al Congreso. Las posibilidades del Congreso a la hora de determinar qué delitos pueden quedar en la competencia de la justicia militar es muy amplia, si bien no ilimitada, puesto que la arbitrariedad está siempre excluida en un Estado constitucional. De ahí que cabría incluso la vulneración del artículo 24. 2º CE (juez predeterminado por la ley, que no puede ser suspendido *ex art. 55 CE*) si la competencia determinada no guardase conexión alguna con una eficaz defensa del Estado constitucional. En todo caso, hay que señalar que a quien suscribe no escapa que la propia anormalidad limitaría de facto esta posibilidad¹⁹⁹².

contrarios a la seguridad exterior e interior del Estado, y particularmente los de incendios y otros estragos, rebelión, sedición, atentados, desacatos, desórdenes públicos, tenencia y depósito de armas o municiones, terrorismo, etc.

¹⁹⁹² Cruz Villalón afirma que la ampliación de la jurisdicción militar en estos casos “equivale, si no en la forma sí en el fondo, a una suspensión del artículo 24. 2º del a CE”, ver, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. pág. 122.

C) LA CUESTIÓN POLÉMICA: EL “ALCANCE DEL ÁMBITO
ESTRICTAMENTE CASTRENSE”

a) *Los criterios seguidos en la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional para determinar la significación y alcance de esta
cláusula*

El punto de partida del ámbito de la jurisdicción militar viene, como se ha dicho, directamente conectado con la fundamentación misma de la jurisdicción militar, maximizar la eficacia de la defensa militar del Estado constitucional.

Como se ha señalado, en la ley de leyes se artículo una fórmula que habilita al legislador a delimitar el ámbito de competencia de la jurisdicción militar pero, como señala Fernández Segado, bajo una presunción general de competencia de la jurisdicción ordinaria, una “vis atractiva” que exige la fundamentación razonada de los motivos de la sujeción a la jurisdicción militar. Esta argumentación debe partir siempre del fundamento mismo de esta justicia castrense: las “exigencias defensivas de la comunidad”¹⁹⁹³ que han de interpretarse, en particular, con relación al significado de la defensa militar en la Constitución (básicamente a partir de los artículos 8 y 30 CE). De ahí que, como ya se adelantó resulte del todo inoportuna la extensión en tiempos de paz del ámbito de esta jurisdicción para la Guardia Civil más allá de las “misiones militares” que puede desempeñar este instituto armado en colaboración en la defensa militar que llevan a cabo las FAS.

Dada la naturaleza de la cláusula del “ámbito estrictamente castrense” deviene del todo relevante atender la evolución de la

¹⁹⁹³ Así, en el FJ 3º de la sentencia 60/1991, de 14 de marzo señaló que: “Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para “las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional” (sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales.”

doctrina del Tribunal Constitucional¹⁹⁹⁴, dejando ya de un lado la cuestión atendida relativa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

En la sentencia 75/1982 se asentó la doctrina más importante sobre el ámbito de la jurisdicción militar, que luego registraría alguna matización, ahí se afirmó que:

- el legislador no tiene en modo alguno plena libertad para establecer el marco de la justicia militar¹⁹⁹⁵.

- No basta la simple invocación de motivos para atribuir la competencia, sino que es necesario que se razone y justifique que tales motivos existen en el caso concreto¹⁹⁹⁶.

- el requisito básico de la competencia es la lesión de bienes jurídicos de carácter militar que pueda afectar a la defensa militar encomendada a las FAS, y siempre con carácter restringido¹⁹⁹⁷.

¹⁹⁹⁴ Un adecuado resumen de la evolución del Alto Tribunal se recoge en el punto 4º del voto particular formulado a la sentencia 113/1995, de 6 de julio, por parte del magistrado Tomás S. Vives Antón:

“En un primer momento este Tribunal se atuvo a una concepción objetiva, atendiendo exclusivamente a la naturaleza militar del bien jurídico lesionado (sentencia del Tribunal Constitucional 75/1982), Pero, esta concepción, que otorgaba a la jurisdicción militar una proyección desmesurada, hubo de ser sustituida por otra, ya no sólo “objetiva” (esto es, anclada en la naturaleza del bien jurídico); sino también “subjetiva” (dependiente del carácter militar del sujeto) y funcional (dependiente de la naturaleza militar de los derechos y obligaciones en juego). Acogiendo esta última concepción, la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991 afirma que “como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE).; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.”

¹⁹⁹⁵ “El precepto [art. 117. 5º CE] remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene también un valor interpretativo de aquella regulación. En este sentido y prescindiendo de la hipótesis del estado de sitio, que aquí no interesa, resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al “ámbito estrictamente castrense”. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente.” (FJ 2º)

¹⁹⁹⁶ “no basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen” (FJ 4º).

- la lesión de tales bienes jurídicos puede cometerse por cualquier persona, “sea militar o paisano”¹⁹⁹⁸.

- el criterio del lugar de la comisión del hecho no es determinante si no se conecta con la lesión de aquellos bienes jurídicos¹⁹⁹⁹

- cuando se trata de un cuerpo policial sometido a la disciplina militar –Guardia Civil- no cabe la jurisdicción militar cuando se acometen funciones de policía (art. 104 CE)²⁰⁰⁰

- la vulneración del ámbito constitucionalmente restringido del artículo 117. 5º CE implica la violación del derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24. 2º CE)²⁰⁰¹.

Poco más tarde, el máximo intérprete de la ley de leyes, en coherencia con el fundamento de esta jurisdicción militar que excluye todo privilegio, tuvo la ocasión de señalar que las relaciones familiares de los militares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas al ámbito estrictamente castrense²⁰⁰². En la sentencia 111/1984 el

¹⁹⁹⁷ “La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puedan afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas, y ha de entenderse siempre, con arreglo al citado art. 117.5 de la Constitución que queda restringida a los casos en que existan esos motivos.” (FJ 4º).

¹⁹⁹⁸ El “ámbito estrictamente castrense” a que se refiere el art. 117.5 de la Constitución y de acuerdo con éste sólo puede interpretarse en el sentido de que *ratione loci* la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan “contra cualquier persona”, sea militar o paisano.” (FJ 4º).

¹⁹⁹⁹ “La cuestión se trata que se cometieron en lugar militar Es, en consecuencia, evidente su finalidad de limitar la jurisdicción militar [...] el conocimiento de un delito por razón del lugar en que se cometieron los hechos, está justificado porque esos hechos afectaban al “buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas”.” (FJ 4º).

²⁰⁰⁰ “en cuanto al servicio, no es tampoco perceptible, por cuanto precisamente el que realizaban los miembros de la Guardia Civil presuntamente responsables del delito objeto de la causa criminal era un servicio de policía, es decir, un servicio que con arreglo a la legislación vigente supone de ordinario la pérdida del fuero militar.” (FJ 4º).

²⁰⁰¹ “De todo lo expuesto se deduce que ha existido en el presente caso una vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución por ser competente para conocer del procedimiento incoado el órgano judicial competente de la jurisdicción ordinaria, lo que hace superfluo entrar en el examen de otras alegaciones formuladas en el presente recurso de amparo.” (FJ 5º).

²⁰⁰² Sentencia 54/1983, de 21 de junio, FJ 5º: Dado que la jurisdicción militar sólo puede operar en el “ ámbito estrictamente castrense” (dejando aparte el supuesto de estado de sitio, art. 117.5 de la Constitución) es evidente que las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquel ámbito y corresponde sólo a la jurisdicción ordinaria

Tribunal estableció la importante doctrina de que la transgresión de este ámbito posibilitaba la vía del recurso de amparo y, ante la carencia normativa, tuvo que *inventarse* el cauce procesal del recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo hasta que el legislador dispusiese de algún medio en el marco de la jurisdicción militar²⁰⁰³. Poco más tarde señalaría que los abusos de un soldado con la hija de un teniente General en un recinto militar sí que pertenecían al ámbito estrictamente castrense²⁰⁰⁴. En la sentencia 105/1985, en un complejo asunto cuyos orígenes eran previos a la Constitución misma, señaló que la ejecución de una sentencia de la jurisdicción militar era una cuestión de legalidad²⁰⁰⁵. En 1990, una vez aprobada la Ley

resolver sobre ellas, debiéndose atener todas las autoridades a lo ordenado por ellas de acuerdo con el citado art. 118 de la norma suprema.”

²⁰⁰³ Sentencia 111/1984, de 8 de noviembre, relativa al procesamiento de una ATS civil que servía en un Hospital del Ejército del Aire fue sancionada por la jurisdicción militar por insulto a autoridad militar. En el FJ 3º se afirmaba “puede llevarse al recurso de amparo la transgresión de las reglas definidoras de la jurisdicción, en cuanto en su formulación, o en su interpretación o aplicación, resulte incompatible con el alcance que a la jurisdicción militar asigna el art. 117.5, pues implicaría a la vez violación del art. 24.2. [...] cuando quebrantando lo dispuesto en el art. 117.5, que limita la jurisdicción militar al “ámbito estrictamente castrense”, se atribuye un asunto a esta jurisdicción, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria, se lesiona el derecho al Juez ordinario que proclama el art. 24.2”.

“Es la jurisdicción ordinaria la que asume, en el marco del artículo 53.2 de la CE, la protección jurisdiccional” “debe buscarse es un camino que sin romper con la instrumentación procesal de la declinatoria de jurisdicción, permita, antes que la supuesta violación del derecho fundamental pueda residenciarse ante este Tribunal Constitucional, que conozca de ella la jurisdicción ordinaria. Este camino es, como vamos a razonar a continuación, el del recurso de casación ante el Tribunal Supremo [...] La dificultad de admitir la casación vendrá del hecho que, además de no previsto en la norma especial, significaría una articulación entre dos órganos jurisdiccionales diferenciados, perteneciente uno a la jurisdicción militar y otro ocupando la cúspide de la jurisdicción ordinaria [...] Esta vía “aunque no prevista en la norma propia del régimen procesal castrense no es, sin embargo, atentatoria a los principios que organizan la jurisdicción militar. [...] En tanto el legislador no organice de otro modo, compatible con los preceptos constitucionales” (FJ 5º)

²⁰⁰⁴ Auto 382/1984, de 27 de junio.

²⁰⁰⁵ Sentencia 105/1985, de 7 de octubre. Antes de la entrada en vigor de la Constitución se condenó por la jurisdicción militar al patrón (civil) de una nave que naufragó, por el delito de naufragio por imprudencia, a la vez que se declaró la responsabilidad civil de la armadora del buque. En el proceso de ejecución, tras la Constitución, la empresa responsable alegó, entre otros, su completa imposibilidad de defensa durante todo el proceso, así como el hecho de que no se les había notificado la sentencia hasta la reclamación del pago. Dichas alegaciones fueron desatendidas en diversas instancias. El Tribunal Constitucional considera que no entra en el objeto del proceso la sentencia del Consejo de Guerra, en la que afirma sin duda que se dio indefensión, si bien no así en el proceso de ejecución que es el

4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar en la que se establecía la vía procesal para cuestionar si se había sobrepasado el ámbito estrictamente castrense, el Tribunal estimó que ya no era procedente el recurso a la Sala de lo penal del Tribunal Supremo que hubo de *inventarse*, sino que éste correspondía ya a la Sala quinta de lo militar²⁰⁰⁶.

En una importante sentencia, la 69/1991, de 14 de marzo, el Alto Tribunal sostuvo importantes consideraciones respecto de la parcela que ahora ocupa, a saber:

- no dudó en considerar que, al margen del recurso de amparo, cabe la declaración de inconstitucionalidad de la regulación que atribuye la competencia a la justicia militar, ya por recurso de constitucionalidad, ya, como en aquel caso se trataba, por cuestión de inconstitucionalidad²⁰⁰⁷.

- Volvió a admitir la sujeción de civiles a la justicia militar, como lo eran quienes no se habían incorporado a filas, cometiendo por ello un delito tipificado. Se argüía que el perjuicio de la conducta omisiva era estrictamente militar, a diferencia del carácter civil de la negación a realizar la prestación social sustitutoria²⁰⁰⁸ y que el llamado a filas

recurrido. Advierte además que la parte demandante tuvo la posibilidad de advertir un posible vicio en la jurisdicción competente, por lo que tampoco aborda este aspecto.

²⁰⁰⁶ Sentencia 4/1990, de 18 de enero: “una vez desaparecida la causa -inexistencia de previsión legal que garantizara adecuadamente la efectividad del derecho al Juez predeterminado por la Ley- que justificó la atribución provisional a la Sala Segunda del Tribunal Supremo del conocimiento del recurso de casación contra la desestimación de la declinatoria de jurisdicción, ha de estarse a lo prevenido en las leyes procesales vigentes, que atribuyen aquella competencia a la Sala Quinta del Tribunal Supremo.” (FJ 5º).

²⁰⁰⁷ “sin necesidad de la intermediación del art. 24.2 CE, corresponde al Pleno de este Tribunal conocer directamente de la eventual infracción del art. 117.5 CE por la atribución indebida por la ley a la jurisdicción militar de un asunto que, si no se pudiera calificar como de estrictamente castrense, correspondería constitucionalmente a la jurisdicción ordinaria, y ello al margen del alcance que la declaración de inconstitucionalidad haya de tener sobre la validez del precepto.” (FJ 1º).

²⁰⁰⁸ Al respecto, FJ 4º: “Tampoco es argumento válido al respecto el que la negativa a prestar un servicio social sustitutorio por el objetor de conciencia sea un delito que, a diferencia de otros sistemas, se haya dejado fuera de la justicia militar, [...] El art. 30 CE es el que rompe la unidad entre la obligación de entrar en filas, que es de naturaleza militar y la liberación de esa obligación por el ejercicio del derecho constitucional a la objeción de

“se había situado ya bajo las armas y se ha sometido a la disciplina militar” (FJ 6^o)²⁰⁰⁹. Esta adscripción forzada de civiles al ámbito estrictamente castrense suscitó las críticas de un magistrado, formuladas en voto particular²⁰¹⁰.

conciencia, que puede estar acompañada por la imposición de un servicio social sustitutorio, de naturaleza no militar.”

2009 FFJJ 4^o a 6^o:

“El sujeto activo del delito no es, por tanto, cualquier ciudadano español, sino un ciudadano concreto declarado apto, que ha sido llamado efectivamente a realizar el Servicio Militar. La norma penal no tiene como destinatarios a todos los ciudadanos, sino sólo a ciertas personas que tienen una especial cualidad en ese momento, se trata de sujetos calificados en términos jurídicos por haber sido llamados al Servicio Militar, y por ello, de un delito referido a un ciudadano *uti miles* [...] Adscribir el conocimiento del delito previsto en el art. 127 C.P.M. a los Tribunales de la jurisdicción militar no supone, por tanto, una infracción del límite de lo estrictamente castrense del art. 117.5 CE Se tipifican como delito conductas que suponen sustraer a la milicia la disponibilidad de un ciudadano con el que las Fuerzas Armadas pueden y deben contar, al haber sido llamado, aunque, por un acto voluntario del obligado, todavía no se haya incorporado efectivamente a filas. El perjuicio que la conducta omisiva del sujeto expresa y la lesión del interés, la de asegurar efectivamente la prestación del servicio, son estrictamente militares, por lo que esa omisión de cumplimiento ha podido ser configurada como un delito militar, y no de carácter común, y ha podido ser sometida legítimamente al conocimiento de la jurisdicción militar, en cuanto es una conducta que puede incluirse dentro de lo estrictamente castrense. [...] El que determinados aspectos administrativos de la materia del Servicio Militar sean conocidos por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta irrelevante a efectos de determinar constitucionalmente cuál sea el ámbito de lo estrictamente castrense y, en lo que aquí importa, para determinar el Juez penal competente para enjuiciar la responsabilidad penal por conductas relacionadas con el Servicio Militar. [...] Quien se niega a realizar el Servicio Militar generalmente no se incorpora al servicio y por ello no asume los deberes específicos, de servicios de armas concretos, que presuponen que el ciudadano se ha colocado ya bajo las armas y se ha sometido a la disciplina militar.

La incorporación supone ya cumplimiento de la obligación de prestar el Servicio Militar. La omisión de esa incorporación, no poniéndose o negándose a ponerse a la efectiva disposición de los Ejércitos, es un hecho concerniente al Servicio Militar, pues constituye el incumplimiento total de ese servicio obligatorio y de los deberes militares correspondientes.”

2010 Voto particular formulado por el Magistrado De la Vega Benayas, quien considera que “Cierto que una consideración objetiva del concepto “ ámbito castrense” permite o permitiría incluir en él la acción y autoría de cualquier persona, sea -o fuere- civil o militar (problema más dificultoso aún sería el de la inclusión en ese ámbito del copartícipe -inductor, cómplice, encubridor, etc.- no mozo ni recluta). Ahora bien, aquella inclusión, respecto de la persona civil no incorporada, ha de tener suficiente causa y justificación. [...] Pero no basta la consideración de la materia o del objeto del delito, o el carácter militar de las obligaciones y deberes que en el tipo se describen para integrarlo en el ámbito castrense. La consideración del autor, de la persona, es también no sólo relevante como se admite por el texto de la mayoría, sino decisiva en muchos casos para la atribución de la competencia. Y esto es lo que, implícitamente, resulta de toda la apreciación del problema, en el cual late y opera de ese modo la analogía establecida en exceso por el art. 128 C.P.M. No justifica la mayoría, a mi

- Se afirmó que el ámbito estrictamente castrense del artículo 117.5º CE debe ser interpretado a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 CE²⁰¹¹, de lo cual deriva la siguiente afirmación que bien merece la pena reproducir:

“[el ámbito estricto castrense] ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido: con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 C.E.); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo

parecer, la condición militar del sujeto, a pesar de indicar (fundamento jurídico 3.º, in fine) que esa condición es también dato relevante para definir “lo estrictamente castrense”.

Nadie pone en duda la característica del bien jurídico protegido, ni su importancia, pero es evidente -para mí- que ni uno ni otro dato puede justificar el ensanchamiento de una excepción [...] el ciudadano llamado, pero no integrado en filas, no militar todavía, que se niega al cumplimiento de un deber general (servir a España, art. 30 CE). Y hasta tal punto el tipo penal está pensando previamente en el ciudadano civil -no militar- que el propio legislador, en el artículo siguiente, el 178, asimila a los sujetos militares “a los mozos y reclutas” a los efectos penales (del art. 124 y del art. 127), es decir, otorgándoles la condición de “militar”, que es la base personal o supuesto de los delitos de esos artículos y también del de los arts. 125 y 126 (autolesiones y simulaciones de enfermedad o defecto físico), aunque en estos últimos si se emplea la denominación “militar” para referirse al sujeto. [...] en modo alguno puede admitirse que el período de vida, previo al Servicio Militar, de los dieciocho a los veinte años del ciudadano, pueda ser integrado en el “ámbito castrense”, pues ninguna relación tiene el mozo o recluta en ese tiempo con la vida y disciplina militar y sólo por vía de forzada analogía puede ser considerado como tal.”

2011 FJ 3º: “El art. 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. [...] lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 CE [...] Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para “las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional” (sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales.”

incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.” (FJ 3º).

- Asimismo, puso de manifiesto que el término “estrictamente” no sólo se dirige al órgano judicial para que aplique restrictivamente la norma atributiva de competencia, sino también al propio legislador²⁰¹².

En otra importante resolución, el Tribunal consideró que el recurso preferente y sumario por violación de derechos fundamentales (art. 53. 2º CE) también es susceptible de atribuirse a la competencia de la jurisdicción militar²⁰¹³, pese a argumentaciones contrarias, no afortunadas en exceso, de un magistrado que en voto particular entendía que los derechos fundamentales de un militar eran ámbito civil no susceptible de quedar sometido al “ámbito estrictamente castrense”²⁰¹⁴.

²⁰¹² FJ 3º: “El precepto constitucional refuerza esta exigencia mediante el calificativo “estrictamente”, que, en contra del parecer del Abogado del Estado, no se dirige sólo al órgano judicial: para que éste aplique de forma estricta la norma atributiva de competencia (sentencia del Tribunal Constitucional 4/1990), sino también al propio legislador, limitando su margen de configuración del ámbito de la jurisdicción militar.”

²⁰¹³ Se trata de la sentencia 113/1995, de 6 de julio. Cabe recordar que no es ahora el objeto de atención la cuestión básica que supone que la jurisdicción militar no esté configurada bajo el respecto del principio de independencia de los jueces y magistrados militares. A mi juicio, respecto del ámbito estrictamente castrense que ahora se atiende, la sujeción a la jurisdicción militar de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales es constitucional, en este sentido, en el FJ 4º se afirmaba:

“si estos derechos [derechos fundamentales] pueden ser conculcados en el ámbito estrictamente castrense, y en ese ámbito y no en otro, se produce la vulneración motivadora de la tutela judicial, el legislador puede legítimamente establecer que ésta se preste por determinados Tribunales de la jurisdicción prevista en el art. 117.5 de la Constitución. [...] si las vulneraciones de las libertades y de los derechos fundamentales previstas en el mismo se pueden producir en un ámbito que la propia Constitución ha reservado a los Tribunales militares, en este aspecto y dentro de este ámbito sí pueden considerarse incluidos dichos Tribunales en la mención que a los ordinarios hace el art. 53.2 CE”

²⁰¹⁴ Sin perjuicio de la motivación de fondo de su discrepancia, la poca garantía que supone una jurisdicción que no respeta la independencia judicial, no parecen muy adecuados los argumentos esgrimidos por el Magistrado Vives Antón, punto 5º: “Una jurisdicción

Por último, en la sentencia 177/1996 el Tribunal entendió que un conflicto relativo a la libertad religiosa de un militar en un acto religioso organizado y convocado por la autoridad militar sí afectaba al ámbito estrictamente castrense²⁰¹⁵.

Ésta ha sido pues, la doctrina del Alto Tribunal con relación al ámbito de la jurisdicción militar. A mi juicio, el aspecto más cuestionable –al margen de la cuestión de la Guardia Civil– resulta la sujeción de civiles a la justicia militar. Para Ballbé la referencia al ámbito estrictamente castrense “excluyó, por sí sola, toda posibilidad de que la justicia militar enjuicie a elementos civiles”²⁰¹⁶. Sin embargo

especial no puede, constitucionalmente hablando, conocer de un proceso que versa sobre los derechos fundamentales, esto es, de algo que es patrimonio de todos los ciudadanos (y de los aforados sólo en cuanto ciudadanos). Dicho de otro modo: los Tribunales que resuelven el proceso penal militar, o el contencioso ordinario sobre los actos dimanantes del ejercicio del poder disciplinario “dicen el derecho” de la potestad sancionadora (aunque resuelvan sobre la incidencia que en él tienen los derechos fundamentales); en cambio, los que resuelven el proceso de amparo judicial previsto en el art. 53.2 de la CE “dicen el derecho” de los derechos fundamentales aunque, en este caso, lo hagan sólo para determinar si, a consecuencia de la disciplina, resultan o no vulnerados. Esta distinta perspectiva formal hace que los supuestos no puedan asimilarse y obliga a entender, en el caso del proceso de amparo, que su atribución a la jurisdicción militar pugna con el ámbito que el art. 117.5 CE le asigna.”

²⁰¹⁵ Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 6º: “los hechos denunciados acaecieron en el seno de un acto organizado y convocado por la autoridad militar, entre militares, y por razón de un determinado entendimiento de la disciplina castrense en relación con el ejercicio de un derecho fundamental. Tan es así, que la conducta pretendidamente delictiva reviste formalmente el carácter de orden de la superioridad, con independencia de su licitud o de la intencionalidad de sus autores. La eventual agresión a la libertad religiosa del demandante se produjo en el ejercicio del mando y en un ámbito estrictamente castrense, por lo que [...] no puede descartarse que los hechos denunciados afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas.”

²⁰¹⁶ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 466.

Antes de la Constitución Rodríguez Devesa sobre el particular afirmaba que “los delitos que puedan ser cometidos por cualquiera, militar o no militar, deberían resolverse, como lo han hecho muchos países aquí representados, llevándolos a la ley común, sin perjuicio de reglas procesales que autoricen la intervención de los tribunales militares en determinados casos y circunstancias”, “los delitos que no afectan directamente a intereses militares, y los delitos militares que pueden ser cometidos indistintamente por militares y no militares, son *falsos delitos militares*.” así en RODRÍGUEZ DEVESA, José M., “Exposición de síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 23, enero-junio de 1967, págs. 33-43, en concreto, págs. 35-36.

Calderón señala por el contrario, que aún evitando una hipertrofia o codicia de la jurisdicción militar no tiene razón alguna la exclusión de civiles en el ámbito de la misma, ver, CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, “En torno a los límites constitucionales... cit. pág. 100.

no ha sido éste el entendimiento ni del legislador²⁰¹⁷ ni del máximo intérprete que no han excluido la posibilidad de someter a civiles a la jurisdicción castrense, como tampoco lo hace de forma expresa la Constitución en el artículo 117. 5º CE. En todo caso, que el ámbito castrense incluya a civiles en los términos que se ha seguido en la doctrina jurisprudencial no pone en peligro en modo alguno la supremacía civil, en tanto que lo fundamental, el orden público, ha quedado completamente excluido.

b) Unas notas sobre la configuración legislativa del ámbito de la jurisdicción militar

Como se ha visto, la Constitución habilita al legislador a determinar el ámbito de la jurisdicción militar, sometiéndolo a los límites que implica el artículo 117. 5º CE. Y el alcance de la significación de este precepto se hace depender de la interpretación del Tribunal Constitucional. De este modo, la acción del legislador presente o futura debe respetar los criterios jurisprudenciales. La evolución legislativa ha sido intensa desde la aprobación de la ley de leyes: había que redefinir toda una regulación basada en principios del todo diferentes. Sin entrar a analizar cuestiones pormenorizadas²⁰¹⁸, lo

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El marco constitucional. La jurisdicción militar... cit., pág. 72 señala que esta sumisión de civiles choca con el principio del juez natural.

²⁰¹⁷ En la actualidad, quedan sujetos a la jurisdicción militar los civiles que cometiesen los delitos tipificados en el Código Penal Militar siguientes: allanamiento de dependencia militar (art. 61), delitos contra el centinela (art. 85), incitación, apología, auxilio o encubrimiento del abandono de destino o residencia y de la deserción (art. 129), delitos contra la Administración de justicia militar (artículos 180 y 182-188), receptación de efectos militares (art. 197).

²⁰¹⁸ Un análisis concreto de la evolución legislativa de la regulación del ámbito de la jurisdicción militar puede seguirse en MONTULL LAVILLA, Eduardo, "La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas", cit. 110-133, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nuevo perfil orgánico y competencial de la jurisdicción militar", en *Jornadas de Estudio ...* cit. págs. 2855-2903, en concreto, págs. 2872 y ss. y, de modo más reposado, de este mismo autor FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El marco constitucional. La jurisdicción militar... cit. págs. 44-90, en la misma obra colectiva (*Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992), se dan otros trabajos sobre aspectos concretos, entre los que destaca MARTÍNEZ AZNAR, Germán, "Competencia de la jurisdicción militar. Delitos comunes conexos", págs. 111-129. También, CANOSA USERA, Raúl, "Configuración constitucional de al Jurisdicción

que resulta ahora relevante es señalar que, cuanto menos a juicio de diversos autores, el legislador ha reducido drásticamente el ámbito competencial de la justicia militar²⁰¹⁹. Esta reducción se ha

Militar”, en *Poder Judicial*, nº 34, junio de 1994, págs. 9-37 y SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar...* cit. págs. 114-134.

2019 Así, en especial, por medio de conflictiva disposición derogatoria única del Código Penal Militar de 1985:

Queda derogado el Tratado II “Leyes Penales” del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 en cuanto se refiere a las mismas, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente aquellas referidas a la aplicación por la Jurisdicción Militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito.”

Fue más tarde con la Ley orgánica 4/1987 en la que se delimitó concretamente el alcance de la jurisdicción militar. Así se operó por medio de los artículos 12-18, del Título Primero Capítulo Primero (“De la competencia de la jurisdicción militar”):

Artículo 12: “En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas:

1. Los comprendidos en el Código Penal Militar.
2. Los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.
3. Aquellos que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier Ejército.
4. En los casos del número anterior y cuando no existan tratados, acuerdos o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. En este supuesto, si el inculpado regresare a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos contemplados en los números 1 y 2 de este artículo.”

Artículo 14: “La jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave, conocerá de los delitos conexos. Si sobreyese el procedimiento en relación con el delito de pena más grave, dejará de conocer de los conexos de los que no sea competente.”

Artículo 15: “Se considerarán delitos conexos:

1. Los cometidos simultáneamente o con unidad de acción por dos o más personas reunidas.
2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempo si hubiere procedido concierto para ello.
3. Los cometidos como medio para perpetrar o facilitar la ejecución de otros, procurar su impunidad o la aplicación de penas menos graves.”

Artículo 16: “La jurisdicción que conozca de un procedimiento conocerá asimismo de todas sus incidencias.”

Artículo 17: “Corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar.”

interpretado como la reticencia a una jurisdicción militar impopular²⁰²⁰, más sobre todo, en palabras de Rodríguez Villasante “el legislador para salvar los recelos existentes contra la Justicia militar, ha vaciado su competencia en lugar de haber incorporado a la jurisdicción militar todas las garantías constitucionales, tal y como establece el artículo 117. 5º CE. Si se hubieran incorporado los principios jurisdiccionales a esta manifestación de la jurisdicción, no habría inconveniente en que el ámbito de la jurisdicción militar se pudiera extender a los delitos comunes cometidos por militares o civiles, siempre que afectasen al servicio o a los intereses del Ejército.”²⁰²¹ Parece, pues, que nuestro legislador no está convencido de que una verdadera justicia sea posible en el ámbito militar sin deteriorar las exigencias de la defensa militar, es decir, una justicia impartida por quienes reúnen todos los requisitos de independencia e imparcialidad, sujeta plenamente a la Constitución.

Cabe señalar que la última tendencia parece ser la ampliar el ámbito de la jurisdicción militar –sin reformar el discutible estatuto de quienes la imparten– tal y como se desprende del borrador de reforma del Código Penal Militar²⁰²², si bien, se trata de una reforma que, de

Artículo 18. “También será competente la jurisdicción militar para imponer sanciones en vía disciplinaria judicial a todos cuantos intervengan en los procedimientos judiciales militares y a los que infrinjan la policía de estrados.”

Más tarde, algunos aspectos particulares relativos a la prestación del servicio militar fueron modificados por la Ley orgánica 13/1991, reguladora del mismo.

²⁰²⁰ Así, RODRÍGUEZ DEVESA, José M. “Algunas consideraciones sobre el Código Penal Militar español de 1985”, en *Revista General de Derecho*, núms. 517-518, págs. 5704 y ss. en concreto pág. 5704; también en RODRÍGUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (vol. 2), cit. págs. 1288-1302.

²⁰²¹ RODRÍGUEZ VILLASANTE, José Luis, “El Código Penal Militar”, en *Revista General de Derecho*, nº 499, abril de 1986, págs. 1257-1298, en concreto pág. 1286.

²⁰²² Al respecto, quien suscribe tiene copia del borrador de dicha reforma, que no obstante, ha sido postergada a la legislatura que comienza el año 2000, al momento de finalizar este estudio. Sobre esta reforma, también, GONZÁLEZ, Miguel, “Defensa quiere que los jueces militares sean competentes en un mayor número de delitos El narcotráfico y las agresiones en los cuarteles pasarán a la jurisdicción castrense”, en *El País*, lunes 7 de diciembre de 1998. En dicho artículo se hace referencia a las voluntades políticas del Ministerio de Defensa, consistentes en una ampliación del marco de la competencia de la jurisdicción militar, en especial por cuanto a los “delitos contra la salud pública cometidos en lugar militar”. También se otorgaría a los jueces militares la competencia para juzgar los delitos de agresiones, trato

haber lugar, habrá de llevarse a cabo a partir de la legislatura que se inicia en el año 2000.

degradante e inhumano o atentado contra la libertad sexual cometidos entre militares del mismo empleo, puesto que el código vigente sólo tipifica estas conductas cuando existe relación jerárquica entre agresor y víctima, lo que deja fuera las denominadas novatadas. El borrador simplificaba notablemente el texto de 1985, al remitirse en muchos delitos al código común, incrementando la pena prevista. Así, la revelación de secretos se castigaría de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 598 a 603 del Código Penal ordinario, pero aplicando “la pena superior en grado” cuando el autor sea un militar. En este borrador desaparecía el delito de maltrato de obra a inferior con resultado de muerte, por el que fue condenado el sargento Miravete a 15 años de cárcel, manteniéndose en cambio los delitos de maltrato de obra a inferior, penado con hasta cinco años de prisión, e imprudencia grave con resultado de muerte, castigado con las penas previstas en el Código Penal común -hasta cuatro años de cárcel- pero incrementadas en un quinto.

CAPÍTULO III. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LA COMPOSICIÓN SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y SUS RELACIONES CON EL RESTO DE LA SOCIEDAD

Se han expuesto ya distintos elementos definitorios de cuál es el modelo constitucional de FAS españolas y su desarrollo hasta la actualidad. De este modo, se han constatado buena parte de los parámetros usualmente empleados por los sociólogos a la hora de advertir cuál es el formato de Ejército, paralelos -como se dijo- a los criterios definitorios de la Institución militar como institución jurídica por los estudiosos de la ciencia del Derecho²⁰²³. Así, se ha abordado la finalidad de los Ejércitos, su naturaleza y la posición política que corresponde a los mismos en el Estado constitucional español.

Resta, sin embargo, acometer el análisis de las exigencias constitucionales respecto de otros parámetros, como lo son las relaciones de las FAS con el resto de la sociedad y, directamente imbricado con este marco, la composición social de los Ejércitos. A la hora de percibir la convergencia-divergencia de las FAS con la

²⁰²³ Así, baste recordar los parámetros empleados tanto por unos como por otros estudiosos de estas disciplinas del conocimiento, tal y como se observó en su momento:

Desde el campo de la sociología se atendía a la finalidad de los Ejércitos y su naturaleza, el concepto de la vocación militar y las condiciones de la profesión (disciplina, valores, uniformidad, salario, horario de servicio); las relaciones divergentes o convergentes de las FAS con la sociedad civil; la posición política de los Ejércitos y los derechos y libertades reconocidos para los militares.

Los juristas, a la hora de afirmar que los Ejércitos constituían una institución afirmaban las siguientes notas de las FAS: idea-fuerza sobre la que reposa la institución, y ésta no es otra que la finalidad de las FAS, la defensa militar de España. En este sentido se añadía que la Institución militar tiene una alta valoración de su propia misión, lo que le dota de cierta autosuficiencia frente al exterior; la Institución militar requiere, para el eficaz cumplimiento de sus altas misiones de una específica forma de organización y de un régimen jurídico singular del personal integrado en la institución y ésta no es otra que el seguimiento de la unidad, la disciplina y la jerarquía. Asimismo, se señalaba la tenencia de un específico código de valores así como un ordenamiento jurídico propio que es el Derecho militar; las FAS son un conjunto social perfectamente delimitado frente al exterior, cuyos miembros participan de un sentimiento corporativo que se traduce en una peculiar conciencia de grupo; la pertenencia a las FAS comporta un singular *status* del personal, en aras de la eficacia.

sociedad inciden todo un conjunto de aspectos que, por lo general, sólo se abordan desde la perspectiva sociológica. Sin embargo suponen parcelas en las que las exigencias de la ley de leyes no son en modo alguno escasas, como en un primer momento pudiera parecer. En este sentido el principio de igualdad propio a la misma esencia del sistema constitucional se proyecta en todos los ámbitos de la organización castrense, así como una concreción del mismo, como es el igual acceso a las FAS, que, como se verá, resulta determinante a la hora de reflejarse en la composición social de la Institución castrense.

I. El elemento humano militar, episodio inacabado de la evolución democrática

Si el mundo militar ha sido objeto de una llamativa atención desde la Sociología se debe, básicamente, a su propia singularidad. Precisamente éste ha sido el factor que quizá explique el efecto contrario cuando se trata de la Ciencia del Derecho; no son muchos los estudios jurídicos, o al menos no son tantos como el interés del tema a mi juicio requiere. Si a la Sociología atrae estudiar un fenómeno tan específico como el militar, parece que el jurista se encuentra incómodo allí donde sus categorías y estructuras ordinarias parecen no tener valía o es preciso forzarlas al máximo para poder aplicarlas. En el presente apartado se afrontan algunas cuestiones que pudieran parecer ajenas a lo jurídico, cuando, como se verá, ello no es de ningún modo cierto. Procede ahora operar una aproximación a esta especificidad sociológica de la Institución militar, esto es, a la realidad sobre la que el Derecho debe realizarse. Así, resultará más sencillo advertir cómo y en qué medida la Constitución y las leyes se proyectan sobre un mundo tan particular como lo es el castrense. Para abordar las FAS desde una perspectiva jurídica, constituiría un estudio sesgado analizar únicamente el plano normativo que afectase al marco pretendido. De otro lado, cualquier análisis que verse sobre los Ejércitos, como resulta obvio, exige una concreción de las propias

connotaciones de la Institución militar. Si hablamos de una especificidad o especialidad, deviene preciso responder a ciertas preguntas: cuál es ésta singularidad, cuáles son sus motivos, en qué se concreta, etc.

Por lo general, cuando se cuestiona a los *civiles* sobre las FAS, al margen de su relación inmediata con el servicio militar, salen a colación algunas ideas. No es extraño que se vincule de inmediato el instituto castrense con la idea de la disciplina; tampoco sorprende que se piense que se trata de un mundo aparte, con unos valores y una ideología particular en buena medida diferente de la sociedad “civil”²⁰²⁴. Asimismo, no es difícil que quienes no están vinculados de alguna manera con lo militar reparen en el hecho que, en su vida social, no tiene un contacto directo con militares, sino que parece que se mueven en círculos sociales distintos al suyo²⁰²⁵. Es menester ahora profundizar en estos pensamientos que parecen sugerir las FAS como se constata en los estudios sociológicos. En primer lugar, se pone atención al hecho de la divergencia de la sociedad militar del resto de la sociedad, las causas de la misma y la consecuencias que de tal divergencia se derivan. Así, una vez se constata la trascendencia social de toda una serie de cuestiones que podrían pasar inadvertidas desde un análisis jurídico formalista, procederá atender cuáles son las exigencias constitucionales respecto de la organización interna de las FAS y su composición social.

²⁰²⁴ Así se infiere de una encuesta realizada por la Unidad de Estudios Sociales del Ministerio de Defensa realizada en 1989. En la misma se constataba que, cuanto menos, un 36.1% de los encuestados consideraban que los miembros de las FAS “forman grupos cerrados que se comunican poco con los demás”. De entre las razones un 25.5% consideraba que tienen valores y normas de conducta distintos a los del resto de los ciudadanos.” Así se refleja en *La imagen de la profesión militar en la población española*, Unidad de Estudios Sociales, 1990, citada por GIL MUÑOZ, Carlos, “Las Fuerzas Armadas españolas desde la perspectiva institución / ocupación”, cit. págs. 408-409.

²⁰²⁵ En la referida encuesta, un 26.7% argüía que “los militares viven en casas especiales, compran en economatos militares, etc. y, por lo tanto, están alejados de la vida diaria del resto de los ciudadanos”. Como segunda causa respecto de la falta de integración social se señalaba que los militares cambian con frecuencia de residencia, y ello impide que se identifiquen con los lugares donde viven (sin datos). *Ibidem*.

El objeto del presente estudio no es otro que la de evitar dicha divergencia civil-militar en todo aquello que no se corresponda con una sociedad democrática avanzada y las exigencias que racionalmente comporta la necesaria eficacia de la defensa militar del Estado constitucional. Esta posición no es una mera declaración de voluntad que, como tal, podría ser simplemente contrapuesta con una voluntad de signo opuesto. Por el contrario, con los instrumentos que corresponden a la disciplina del Derecho, se sostiene tal voluntad no como la propia, sino como la de todos los españoles expresada en el texto constitucional. No se trata de una posición con la que puede o no coincidir, sino de una exigencia jurídica que, eso sí, permite un amplio abanico de variables para los poderes públicos. La Constitución no es un catálogo cerrado que éstos deban simplemente ejecutar, por el contrario, la ley de leyes es la pluralidad, pero una pluralidad dentro siempre de las mismas exigencias constitucionales. En la parcela que aquí se analiza, la militar, la Constitución impone la convergencia civil-militar impulsada, básicamente, por el valor, principio y derecho de igualdad y los derechos fundamentales. Ahora bien, como se verá, convergencia civil-militar, nada tiene que ver con una demagógica e irresponsable proclamación de una necesaria identidad civil-militar.

A) RELACIONES CIVILES - MILITARES EN EL PROCESO EVOLUTIVO: CRÓNICA DE UN DISTANCIAMIENTO

No es extraño encontrar afirmaciones como la que efectúa Duverger en el sentido de que “el Ejército es un cuerpo cerrado que normalmente tiene poco contacto con los civiles, a los que no comprende bien ni es comprendido por ellos”²⁰²⁶. La separación del colectivo humano militar del resto de la sociedad ha sido un hecho durante la Historia, si bien con muy diferentes intensidades. Se ha afirmado que “para los mayores críticos de las fuerzas armadas, la

²⁰²⁶ Ver, DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas...* cit. pág. 365.

Institución Militar está o demasiado aislada o excesivamente superpuesta a la sociedad civil”²⁰²⁷.

Ya en Egipto o Asiria fueron constantes los esfuerzos por formar del Ejército un cuerpo ajeno a la sociedad²⁰²⁸. Sin embargo, en los inicios de la Grecia clásica, el Ejército era la sociedad misma, o buena parte de ella –puesto que se trataba de una sociedad esclavista-; aquellos *hoplitas* burgueses que frente a la nobleza dieron pie a las primeras formas democráticas valiéndose de la superioridad militar de la organización disciplinada de la infantería. La *civitas* romana prefirió *acantonarse* territorialmente frente a los Ejércitos, a los que prefería fuera de las murallas de la ciudad; las órdenes militares medievales quedaban totalmente separadas de la población civil. Durante el Antiguo Régimen, si bien las cúpulas militares, que coincidían con la cúpula de una sociedad estamental, gozaban del mayor prestigio, en la sociedad se rechazaban las bases de una fuerza militar compuesta bien por mercenarios extranjeros que no mantenían vínculo social alguno, bien por los sectores más marginados. Como se dijo, sin escándalo de nadie un escritor podía apellidar a los soldados “una sentina de perdidos, facinerosos, crueles, lujuriosos, piratas, robadores, perjuros y blasfemos”²⁰²⁹. Hay quien recuerda también que en algunos edificios se daba el rótulo “Ni perros, ni lacayos, ni soldados”²⁰³⁰.

Con la revolución burguesa, sólo al inicio, el Ejército convergió una vez más con la sociedad, de algún modo tal y como había sucedido la Grecia clásica. Pero se trataría de un espejismo pasajero. Como en su lugar se expuso, las puertas de los cuarteles se abrieron para la burguesía pero no tardaron en volver a cerrarse. Las cúpulas

²⁰²⁷ Ver, MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar...”, cit. concretamente pág. 141

²⁰²⁸ En este sentido, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. pág. 209.

²⁰²⁹ Así lo recuerda DOMINGUEZ ORTIZ, *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 76-77, cita, citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 101, ya cit.

²⁰³⁰ Ver, TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, pág. 336, ya cit.

militares se erigieron en una clase particular cada vez más distante de la sociedad civil, una sociedad civil que además temía al Ejército y lo tenía como enemigo de la libertad política recién conquistada, por lo cual decidió acantonarlo. Así, de un lado el Ejército volvió a retroalimentarse, a ser endogámico y a favorecer la entrada sólo a los propios militares. De otro lado, se dio un nuevo acantonamiento, como en Roma, pero esta vez de carácter jurídico, al negársele los derechos que como ciudadanos les correspondía ejercer. Sin embargo, los militares no dudarían en *ejercer* la participación política, pero no como ciudadanos, sino como militares. En consecuencia, por unas y otras causas en el liberalismo decimonónico, como señala Alonso Baquer “los militares aparecen extraños en alguna medida, aunque no sean extranjeros”²⁰³¹.

Parece aconsejable indicar de forma abstracta las causas que contribuyen a determinar este divorcio civil - militar. De ahí será posible valorar la situación actual y encauzarla desde la perspectiva jurídico-constitucional. Resulta posible deslindar de forma genérica los dos factores que han contribuido y contribuyen a la divergencia civil-militar:

- la naturaleza de las funciones atribuidas a los Ejércitos en cada sistema político
- el perfil ideológico y político profesional de las gentes de armas (tanto el *natural* de su profesión como el adquirido concretamente en España).

No obstante, como se apreciará, hay una lógica interdependencia de estos elementos.

²⁰³¹ Ver, ALONSO BAQUER, Miguel, “Las Fuerzas Armadas en la tradición... cit. pág. 2416.

B) CAUSAS ELEMENTALES QUE IMPLICAN EL DISTANCIAMIENTO CIVIL-MILITAR

a) *Una previa: el modelo de Ejército profesional o de servicio militar por sí no implica una mayor o menor vinculación civil-militar*

No cabe duda de que el modelo de fuerza armada en cada momento histórico aproxima o distancia a los Ejércitos de la sociedad. Una fuerza militar permanente como la propia del Estado absoluto con mercenarios y marginados distanciaba a los Ejércitos de la sociedad. La universalización de la leva poco tuvo de positiva conexión democrática con la sociedad, como demuestra Blanquer y ratifican, entre otros, Herrero. Y como aquí también se ha apreciado, si alguna conexión democrática hubo de la fuerza militar con la población sería la que constituyeron las milicias, pero no un Ejército permanente que se nutría de la población sin que ello implicase acercamiento alguno. La población que pasaba a ocupar las bases del Ejército ni incluía a las mujeres ni a los adinerados que por mucho tiempo eludieron el servicio militar, no eran más que material humano sometido a una férrea obediencia de unos cuadros del mando distanciados de la población, provinientes de los propios grupos castrenses. En esta dirección, se ha afirmado que “el aislamiento de los militares es constante común de todas las sociedades en las que aparece el Ejército permanente (sustituyendo al inicial sistema miliciano, o de ciudadanos que toman las armas en casos de peligro), y en las que, además, es frecuente que este Ejército sea utilizado para arrebatar su libertad al pueblo”²⁰³².

Y es que la conexión democrática del Ejército con la sociedad se da con independencia de un modelo de Ejército profesionalizado o de servicio militar. La mayor o menor convergencia civil- militar, como se verá, se hace depender tanto del compromiso de la ciudadanía con quienes tienen que llevar a cabo la defensa del Estado constitucional y, del reverso, del mismo compromiso de las gentes de armas con los

²⁰³² Ver, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. pág. 209.

fundamentos del sistema democrático. Como señala Herrero “la desaparición del servicio militar obligatorio no está reñida con el mantenimiento de un compromiso global y operativo de la sociedad con la defensa nacional”²⁰³³ (p. 17) “Lo que la Constitución impone, con enérgica pretensión de validez, es un deber general de los ciudadanos de defender a España, apodícticamente afirmado en el artículo 30. 1, y esto sí que se corresponde con el carácter democrático que el Estado predica en el artículo 1 de la Constitución.”²⁰³⁴

b) Una causa fundamental de la divergencia civil-militar: las funciones atribuidas a los Ejércitos en cada sistema político

En principio, la función esencial del Ejército es la defensa militar del Estado. Ahora bien, ya ha tenido ocasión de analizarse que, hasta el avenimiento del régimen democrático, la defensa del Estado no era la defensa de la comunidad sino básicamente la defensa de una *mala razón de Estado*, los intereses de las clases dirigentes y la defensa del territorio quedaban por encima de la defensa de la población misma. Y como era lo propio desde tiempos pasados, el objeto de defensa -el Estado- se sacralizaba y así lo hacía la defensa del mismo²⁰³⁵. Se producía el proceso descrito por De Lucas siguiendo a Drukheim y Mitchels, que aún expresado en términos casi vehementes no está falto de razón:

“la defensa de lo sagrado, el Estado, no puede estar en manos profanas -la sociedad- sino que se erigen unos “mediadores y guardianes de lo sagrado” que acaban “monopolizando lo sagrado frente a todos los que no pertenecen a la casta *con-sagrada*”. De ahí que el Ejército acabe resultando una auténtica Iglesia, con un código

²⁰³³ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. pág. 17.

²⁰³⁴ *Ibidem*, pág. 18.

²⁰³⁵ Sobre el particular cabe recordar lo afirmado en el epígrafe “Cómo legitimar que la seguridad del individuo y de la comunidad quede por debajo de la seguridad de la organización política” y, dentro de éste, el relativo a “Sacralización del Estado y de su defensa militar”.

normativo propio, una formación para distanciar a su elemento humano de la sociedad que *le rodea* y sus propios ritos de preparación para la “ceremonia sacrificial por excelencia” (la guerra). Ritos como lo son las ceremonias de iniciación, las rendiciones de honor a los símbolos, a las pretéritas glorias guerreras y a sus muertos. La clase militar se hace impermeable, elemento imperecedero contra los cambios que prefiere refugiarse en el pasado salvo lo que suponga la renovación permanente del material bélico. Los militares se hacen autosuficientes viviendo, comiendo, educándose y divirtiéndose entre ellos mismos, sin contacto con la sociedad. Y su misión sagrada no tiene que ver con la defensa de la organización política que la sociedad se ha dado, sino del “Estado”, de la “Nación” y la “Patria”, con independencia del contenido que a estas abstracciones los *civiles* hayan otorgado²⁰³⁶.

Este proceso, si bien enunciado en términos extremos, es bien constatable, pero, a diferencia de la negativa visión de este autor, no es el propio del presente. De ahí que el Estado democrático en buena medida haya removido muchos de los caracteres de este modelo descrito por De Lucas, como más tarde se sostiene.

Lo cierto es que en virtud de este proceso, el estamento armado se convierte en el “Estado dentro de un Estado” del que hablaría Galdós²⁰³⁷, como señala Porras Nadales, en “puro Estado”²⁰³⁸, un

²⁰³⁶ DE LUCAS MARTÍN, Javier, “La noción de defensa... cit. págs. 81 y ss. operando una construcción sobre la base de DURKHEIM, *Formes elementaires de la vie religieuse*, París, PUF, 1960 (4ª ed.), págs. 51 y ss. y del fenómeno de la privatización de lo común ejemplarmente expuesto por MICHELS, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Buenos Aires, Amorrotu, 1973. Sobre los pensamientos de De Lucas, ver lo que se afirmó al respecto en los epígrafes referidos.

²⁰³⁷ PÉREZ GALDÓS, en *Obras inéditas*, II, pág. 260, así citado por MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas y del comportamiento de estas respecto a aquéllas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. pág. 2697.

²⁰³⁸ Este calificativo es empleado por PORRAS NADALES, Antonio J. “Fuerzas armadas y ordenación del Estado en la dialéctica entre la política y derecho”, en AA. VV, *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1985, págs. 169-177, en concreto pág. 171.

grupo puramente estatal separado de la sociedad, “situado por encima de los egoísmos económicos y materiales de la sociedad, impregnado solamente de los valores morales que le impulsan a la defensa del conjunto del Estado, de la generalidad, de la Patria, como concepto mítico unitario superador de intereses parciales o de fracciones”²⁰³⁹.

En 1837 afirmaba Gerard que “no hay por qué asombrarse de que el Ejército forme realmente una sociedad aparte, esta separación no es sólo una necesidad, sino quizá la condición de existir los Ejércitos permanentes”²⁰⁴⁰. Esta consideración tenía su razón de ser en el siglo XIX, puesto que la mala razón de Estado impuso que a las FAS compitiese luchar contra un “enemigo interno” que no era otro quienes quienes no compartían la legitimidad del poder político²⁰⁴¹. Ello suponía que el Ejército se hiciese cargo de la materia de orden público. Al actuar las FAS como fuerzas represoras de los diversos *peligros* a la seguridad nacional, éstas se politizan, lo que como advierten Bañón y Olmeda “redunda en el aislamiento social paulatino de las fuerzas armadas y la difusión del particularismo en el seno de la organización corporativa como reflejo de la tensión con el conjunto de la sociedad”²⁰⁴². No en vano, como se ha afirmado “para que un tirano pueda utilizar un Ejército contra su propio pueblo, es preciso separarle de él, aislarlo, pues si el Ejército está unido al pueblo resultará muy difícil poderlo usar contra él”²⁰⁴³. Para lograr la eficacia en esta función militar, como también señala Abrahamsson, ha sido

²⁰³⁹ PORRAS NADALES, Antonio J. “Fuerzas armadas y ordenación del Estado... cit. pág. 172.

²⁰⁴⁰ GERARD, *Manuel de Justice militaire*, Mons, 1837, así citado por SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. pág. 12, quien señala que todo su trabajo es contrario a esta idea.

²⁰⁴¹ Sobre el tema cabe remitir a lo afirmado en el epígrafe “La realidad liberal: mala razón de Estado frente al Derecho, militarismo, excepcionalidad y beligerancia”.

²⁰⁴² Ver, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 26

²⁰⁴³ Ver, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. pág. 209.

requisito el mantener a la población militar fuera del contacto con la población civil²⁰⁴⁴.

Quizá se explique así el especial hincapié de los mandos de la Guardia Civil “en procurar por cuantos medios sean posibles, el menor roce con los paisanos” tal y como se recogía en una Circular para la Guardia Civil de 23 de abril de 1845²⁰⁴⁵. Este fenómeno no se daría únicamente en el siglo XIX, sino que la evolución española en el siglo XX vino marcada por el mismo. Los descalabros de Cuba y Filipinas que marcaron más tarde los desastres de Marruecos aislaron a los militares de los políticos, que habían herido la dignidad de los Ejércitos desabasteciéndolos y culpándoles de los fracasos militares. Al final como también Martí Coll señala, estos sucesos y la misión policial a través de la militar Guardia Civil hicieron que se consolidara la clase militar separada de la civil, un grupo de presión que pasó a monopolizar unas ideas y un patriotismo que pretendería imponer a la sociedad civil²⁰⁴⁶.

Como diversos autores nos recuerdan, la ubicación de las unidades militares próximas e incluso dentro de los núcleos poblacionales durante el régimen de Franco denotaba el mantenimiento de esta percepción del “enemigo interno”²⁰⁴⁷. Así, la proximidad material de los Ejércitos con la población no era sino una muestra de su distanciamiento social, si bien, claro está, al suponer la columna vertebral del régimen, gozaban de todo el prestigio del mismo.

A las FAS de un sistema democrático compete la defensa del Estado constitucional y, si bien es posible la actuación interior, esta función nada tiene que ver con el orden público. Y, tal y como se

²⁰⁴⁴ Ver, ABRAHAMSSON, Bengt, “La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo”, en AA. VV, *La Institución militar... cit.*, págs. 208- 234, en concreto, pág. 212

²⁰⁴⁵ Ver, GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción... cit.*, pág. 128.

²⁰⁴⁶ MARTÍ COLL, Antonio, “Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las Fuerzas Armadas... cit. pág. 2697.

²⁰⁴⁷ Así, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “Las Fuerzas Armadas en España: institucionalización y proceso de cambio (1939- 1975)”, en AA. VV, *La Institución militar... cit.*, págs. 270- 325, en concreto, pág. 276.

afirmó al tratar la neutralidad política, el modo más eficaz de que la fuerza militar llevase a cabo estas misiones interiores no es otro que el de identificarse con los valores y principios vigentes en la sociedad, que no son otros que los que la misma Constitución expresa.

Sin perjuicio de la posibilidad de estas funciones interiores, en los Estados democráticos la percepción de la amenaza se concentra en el exterior. Ello da lugar a que se produzca una aparente paradoja. Por resultar más operativas las fuerzas y mitigar cualquier sensación de amenaza para la población²⁰⁴⁸, se da un alejamiento material de las unidades militares de los núcleos civiles. Sin embargo, este alejamiento material no implica un distanciamiento social más allá de las lógicas consecuencias de una vida separada de los núcleos poblacionales. Y no se produce este distanciamiento porque nada tienen que temer los civiles respecto del empleo de las armas del Estado que portan los militares, la Patria que tienen que defender es la misma para unos y otros. “La preparación de las fuerzas se realiza encuadrando los recursos humanos de la sociedad y nada obsta para que su movilización suscite la solidaridad social, pues se trata de combatir al enemigo común desde una actitud social de consenso.”²⁰⁴⁹ Y es que cuando la función básica del Ejército es la defensa del Estado frente a las amenazas exteriores, la vinculación de la sociedad con el Ejército suele ser bien clara. Como diría Cabarrús en el siglo XVIII desde planteamientos pactistas, sólo la guerra es capaz de recordar el pacto y unir las fuerzas de la comunidad, sólo “entonces ven en su extensión el pacto que une y mancomuna los ciudadanos”²⁰⁵⁰. Así, si

²⁰⁴⁸ Así es, como es conocido las actividades propiamente militares requieren de una serie de espacio que no puede lograrse fácilmente en las cercanías de los núcleos poblacionales. De otro lado, y principalmente, la propia naturaleza de las actividades castrenses resulta molesta a la población cuando no peligrosa. Por último, al margen de consideraciones funcionales, políticamente, la propia presencia de las FAS en los núcleos urbanos tiene un componente intimidatorio que no se corresponde con la función que deben realizar en un Estado democrático.

²⁰⁴⁹ Ver, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 27.

²⁰⁵⁰ CABARRÚS, Conde de, *Cartas, Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, cit. en concreto en la Carta segunda, pág. 48.

bien las FAS con vocación exterior son las que aparentemente puedan estar más alejadas de la sociedad, esta separación es únicamente física -ubicación de unidades en el extranjero o en la Nación alejadas de la urbe-, pero no implica un distanciamiento civil-militar.

c) El diferente perfil ideológico del militar como causa de la separación civil-militar

c. 1. Atribución al militar de un perfil ideológico profesional

Desde la Sociología y la Ciencia política se ha atribuido al militar un perfil ideológico propio de su profesión²⁰⁵¹. El conservador norteamericano Huntington fue el primer autor en hablar de una *mentalidad militar* como un particular modo de sentir y pensar²⁰⁵². En su elaboración del tipo social del militar profesional concluyó que “la ética militar es, pues, pesimista, colectivista, inclinada hacia la historia, orientada hacia el poder, nacionalista, militarista, pacifista e instrumentalista en su consideración de la profesión militar. Es, en resumen, realista y conservadora.”²⁰⁵³ Se destaca por este autor y por

²⁰⁵¹ Sobre el tema, en general, HUNTINGTON, Samuel P. “La mentalidad militar: el realismo conservador...”, cit. , *in toto*; HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr. , Charles, *Las fuerzas armadas y la sociedad*, cit.; BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. , págs. 472 y ss.; BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas...”, cit.; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial de la escala de valores de la Institución militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 44-50, enero de 1985 - diciembre de 1987, págs. 89 - 133; BARCELONA LLOP, Javier, “Profesionalismo, militarismo e ideología militar”, cit.

²⁰⁵² Ver, *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, pág. 112.

²⁰⁵³ Ver, HUNTINGTON, Samuel P. “La mentalidad militar: el realismo conservador...”, cit. , págs. 185- 207, concretamente pág. 207, en este resumen que realiza este autor se afirma que “La ética militar resalta la permanencia, la irracionalidad, la debilidad y maldad de la naturaleza humana. Remarca la supremacía de la sociedad sobre el individuo y la importancia del orden, la jerarquía y la división de funciones. Resalta la continuidad y el valor de la historia. Acepta el Estado - Nación como la forma de organización política más perfecta y admite la continua probabilidad de la guerra entre los Estados - Nación [.]. Mantiene que la guerra es el instrumento de la política, que los militares son los servidores de los estadistas y que el control civil es esencial para la profesionalidad militar. Exalta la obediencia como la virtud más alta de los militares, págs. 206- 207.

la mayoría de aquéllos que siguieron esta línea que la propia profesión militar inclina a estos caracteres.

Decía Lord Salisbury: “Si crees en los médicos nada es saludable, si crees en los teólogos nada es inocente, si crees en los soldados nada está seguro”²⁰⁵⁴. Para Blondel, los militares, en especial la oficialidad, tienen la característica “muy curiosa y casi esquizofrénica” de sentirse muy preocupados por la posibilidad de la guerra que siempre ven próxima, como, a la vez, nunca se consideran preparados para ella²⁰⁵⁵. Es por ello, y por el temor a una posible destrucción mutua de los contendientes, que también se les contemple como pacifistas, un pacifismo nada idealista²⁰⁵⁶. De otra parte, no puede extrañar la afirmación del nacionalismo militar, puesto que como señala Duverger su oficio es justamente la defensa de la Nación hasta el sacrificio supremo²⁰⁵⁷ y a decir de Huntington, el militar da por sentado que el Estado - Nación es la forma esencial de organización política²⁰⁵⁸. Será éste uno de los aspectos que atraerán la atención posterior.

De igual modo se coincide por lo general en la afirmación del carácter conservador del militar, tanto en su sentido político como en todas las facetas de la vida. Bañón y Olmeda afirman que “se trata de una organización aislada, reproductora de los valores y conocimientos heredados de una organización tradicional o primitiva en una palabra.”²⁰⁵⁹ Hay quien -con cierto exceso- mantiene que “al Ejército le cuesta cambiar. No cabe duda que, el Ejército es una colectividad cuyos parámetros de conducta resultan inalterables con el paso del

²⁰⁵⁴ *Ibidem*, pág. 193.

²⁰⁵⁵ BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. , pág. 472.

²⁰⁵⁶ HUNTINGTON, Samuel P. “La mentalidad militar: el realismo conservador... cit. , págs. 192 y 198.

²⁰⁵⁷ DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas...* cit. pág. 381.

²⁰⁵⁸ HUNTINGTON, Samuel P. “La mentalidad militar: el realismo conservador... cit. , pág. 195.

²⁰⁵⁹ Ver, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV, *La Institución militar...* cit. , citas de la pág. 21 y pág. 60, respectivamente.

tiempo”²⁰⁶⁰. Para Abrahamsson este conservadurismo del militar le lleva también a enfatizar instituciones como la familia y la iglesia²⁰⁶¹. Sin embargo, las FAS se han mostrado flexibles y se han adaptado a la evolución técnica y a no pocas de las exigencias que los propios avances tecnológicos determinan en la propia configuración de la Institución militar²⁰⁶². Como consecuencia de este carácter conservador en su más amplio sentido, políticamente, el amor al orden y a la estabilidad llevan a la repulsa del militar de los cambios que puedan comportar cualquier agitación política, a la que fácilmente tachan de subversiva²⁰⁶³. Van Doorn señala que es posible que algunas ideologías, especialmente de derecha (*right wing*) atraigan la atención y el apoyo de los militares de carrera²⁰⁶⁴.

Asimismo, la inclinación hacia el poder como característica del militar no sólo se deduce de la mera atención histórica, sino también, de la tendencia –también en democracia– a influir en lo posible para mejorar las dotaciones económicas para poder tener la maquinaria militar actualizada y en las mejores condiciones para así poder evitar la guerra.

Sin perjuicio de este perfil profesional, especial interés depara el corporativismo militar así como la disciplina y los valores castrenses, que son causa fundamental de este corporativismo. Corporativismo,

²⁰⁶⁰ Así, GIMÉNEZ RIUTORD, Domingo, en *España: Ejército y Cambio*, Miguel Font Editor, Mallorca, 1989, pág. 11.

²⁰⁶¹ Así en “Elements of military conservatism: traditional and modern”, en JANOWITZ y VAN DOORN, *On military ideology*, Rotterdam University Press, 1971, págs. 59 y ss. en concreto, pág. 71, en este caso citados por BARCELONA LLOP, Javier, “Profesionalismo, militarismo e ideología militar”, cit. pág. 157.

²⁰⁶² Janowitz, es el máximo exponente a favor de la dinamicidad del ejército y la convergencia con la sociedad, la cual se basa a su parecer básicamente en los propios avances modernos y su insoslayable influencia a todo nivel, del mismo se sigue JANOWITZ, Morris, *El soldado profesional* (con introducción a cargo de Carlos Gil Muñoz), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991; “Las pautas cambiantes de la autoridad organizativa: la Institución militar”, en AA.VV, *La institución militar...* cit. págs. 81- 100 y, en esta misma obra, “La organización interna de la institución militar”, págs. 101- 139.

²⁰⁶³ DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas...* cit. pág. 381.

²⁰⁶⁴ Así, VAN DOORN, Jaques, “Ideology and the military”, en *On military ideology*, Rotterdam University Press, 1971, págs. XVIII y XIX, en este caso citados por BARCELONA LLOP, Javier, “Profesionalismo, militarismo e ideología militar”, cit. pág. 157.

disciplina, valores propios y perfil ideológico son los decisivos motivantes de la divergencia civil-militar. Abrahamsson señala algunas de las causas del corporativismo castrense, como lo es el largo período de educación con lazos de amistad, la interiorización de las bases de la profesión, la existencia de unos códigos de conducta, rituales y símbolos relacionados con las tradiciones internas y percibidos como funcionales para la solidaridad y la cohesión de los cuerpos de oficiales, la existencia de revistas propias y estudios e información propios, etc. ²⁰⁶⁵ Como señala este autor, “antes la cohesión se mantenía sobre las características de clase comunes actualmente éstas han sido sustituidas por el corporativismo profesional.” ²⁰⁶⁶ Más tarde se aprecia cómo se lleva a la práctica una potenciación de dicho corporativismo. Asimismo, se dedicará concreta atención a la disciplina y los valores militares, dada su transcendencia tanto sociológica como jurídica. De momento, basta afirmar ahora que son causas fundamentales de distanciamiento profesional del militar respecto del resto de la sociedad.

c. 2. Negativa a la calificación genérica del militar como antidemócrata

Huntington reparó en las inadecuadas afirmaciones de quienes consideraron que el pensamiento del militar “se opone a la democracia y que desea organizar la sociedad sobre la base de la cadena de mando. Independientemente de si estas conclusiones son acertadas, el método utilizado para llegar a ellas es, a la vez, subjetivo y arbitrario”²⁰⁶⁷. Y es que el perfil ideológico conservador no tiene por qué implicar un pensamiento antidemocrático. Bien es posible atribuir el carácter antidemocrático o contrario a las libertades a algún sector de las FAS y especialmente teniendo en cuenta las circunstancias

²⁰⁶⁵ ABRAHAMSSON, Bengt, “La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo”, cit. pág. 222.

²⁰⁶⁶ *Idem.*

²⁰⁶⁷ Ver, HUNTINGTON, Samuel P. *La mentalidad militar...* cit. pág. 187.

históricas concretas y el peso del protagonismo pasado en la vida política. Sin embargo, no parece correcto atribuir este carácter como típico de la mentalidad militar²⁰⁶⁸. En el año 1928, Pumarola escribía: “Existe el prejuicio de incompatibilidad entre el Ejército y la Democracia. Realmente ese prejuicio tendría razón de ser si el Ejército hubiera permanecido estacionado y no hubiese sufrido evolución siguiendo la marcha imperiosa del progreso. Todavía hay quien cree que no puede vivir el Ejército, sin un poder regulador autocrático de los de arriba, y una obediencia ciega en los de abajo. Nada, sin embargo más opuesto a la realidad.”²⁰⁶⁹

Como señala Fernández Segado, los militares no deben extrapolar sus valores autoritarios de la disciplina al exterior²⁰⁷⁰. Los regímenes totalitarios fascista y nacional socialista –de origen civil–, como se puntualizó en su momento, no dudaron en militarizar la sociedad²⁰⁷¹. Sería caer en un error pretender señalar que la tendencia del militar es extender los principios que rigen para la organización militar en la sociedad en general. Ha sido Weber quien, precisamente, ha subrayado que “la disciplina guerrera puede coincidir con muy diversas consecuencias para la organización del Estado”, pues, como recuerda, fue la imposición de la disciplina militar lo que estuvo en la base de la aparición de las formas democráticas, ya en Grecia, ya en Suiza, como de formas autocráticas como la de Esparta o el absolutismo del Estado moderno, tal y como se apreció en los

²⁰⁶⁸ Así, por ejemplo, GIMÉNEZ RIUTORD, Domingo, en *España: Ejército y Cambio*, cit. , parece que atribuye de modo genérico el carácter antidemocrático a las FAS, por cuanto afirma la imposibilidad de hablar de un Ejército democrático. Se cae en la confusión de minimizar la democracia al nivel procesal, siendo, como es, perfectamente posible compatibilizar los principios de jerarquía y disciplina con un sistema democrático. Véanse, al respecto, las págs. 17 y 18 de la obra citada.

²⁰⁶⁹ Ver, PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. cita de la pág. 32.

²⁰⁷⁰ Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial de la escala de valores...” cit. concretamente pág. 117.

²⁰⁷¹ Sobre el tema, cabe remitirse a lo afirmado en el epígrafe “Estados totalitarios y autoritarios y fuerza militar”.

primeros apartados de este estudio²⁰⁷². De ahí que del carácter conservador del militar no es adecuado derivar un carácter antidemocrático, puesto que un buen profesional de las armas discierne sin dudas que los principios de organización adecuados a las misiones que acomete, no tienen nada que ver con lo que es adecuado para organizar la sociedad. Que el pensamiento militar tenga mucho de hobbesiano, no implica que considere que la seguridad se obtenga como el pensador inglés afirmase.

d) Connotaciones ideológicas concretas de las Fuerzas Armadas en España

Más allá de este general perfil ideológico profesional militar que se ha puesto de manifiesto, resulta preciso atender las peculiaridades del caso español. No es menester detenerse ahora a concretar el talante conservador y antidemocrático heredado por nuestro Ejército desde el siglo XIX e inicios del siglo XX²⁰⁷³. Baste, por razones de proximidad temporal, hacer especial mención a una serie de factores que orientaron el perfil ideológico de nuestras FAS durante el régimen franquista, si bien, afortunadamente, las secuelas del mismo van remitiendo tras más de dos décadas de vigencia de la ley de leyes.

La identificación política del Ejército con el Estado franquista se debió a varios motivos:

²⁰⁷² WEBER, Max, "La disciplina y la objetivación del carisma", cit. en especial, págs. 75-76.

²⁰⁷³ Baste recordar la desintegración del Ejército nacional de talante liberal a manos de Fernando VII y la creación de un Ejército *ex novo* de talante absolutista por éste. Cabe mencionar también el peso conservador absolutista que imprimieron las tropas carlistas al integrarse en el Ejército liberal tras el Convenio de Vergara. Una vez más, es válido hacer referencia al militarismo político que hubo lugar durante el siglo XIX, si bien, como sabemos, *civilizado* a partir de la Restauración; período éste en el que no se alcanzó la debida supremacía civil, pues el Ejército ya había tomado por hábito la defensa interior del régimen político. Fue el Ejército también quien dio apoyo a la Dictadura, militar, del general Primo de Rivera. Una facción del Ejército, que a la postre pasaría a ser el nuevo Ejército español, fue quien pondría fin a la República y llevaría al poder -y en él lo mantendría- al general Franco. Sobre esta última referencia se efectúa, a continuación, una especial mención, por su proximidad histórica con el régimen constitucional actual en relación con el perfil ideológico del militar en España.

En primer lugar, en la primera época del franquismo²⁰⁷⁴, el mismo régimen se identificó con no pocos de los valores típicos de toda Institución militar. Como consecuencia, necesariamente el Ejército quedaba vinculado al sistema instaurado²⁰⁷⁵. Al aplicarse métodos militares sobre la población, se producen serias restricciones de las libertades y derechos de la ciudadanía. En consecuencia, la identificación del régimen con el Ejército no sólo era evidente, sino directamente relacionada con la negativa vertiente antidemocrática franquista. La larga duración del período franquista incluyó variantes en la relación de la institución con el dictador y su posición en el poder político. Puede afirmarse que, en torno al bienio 1962-1963, los militares pasaron a un segundo plano²⁰⁷⁶, tanto desde el punto de vista de la influencia política como presupuestaria, hay quienes incluso han calificado al Ejército como el “pariente pobre de Franco”²⁰⁷⁷.

En segundo lugar, al constituirse el régimen autoritario, a raíz de un conflicto civil y de la existencia de dos bandos armados ideológicamente antagónicos, con el avenimiento del nuevo régimen, el Ejército sería el formado por aquél que fue vencedor, con todas las consecuencias ideológicas que de ello se derivaban. En este sentido, se

²⁰⁷⁴ Al respecto de las connotaciones totalitarias del régimen de Franco, ver, DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *La crisis del Estado franquista...* cit. págs. 44-49, en donde, entre otras afirmaciones, se hace referencia a que en el período 1939-1956 las aportaciones de los sistemas fascistas al franquismo fueron especialmente importantes.

²⁰⁷⁵ Así, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “Las Fuerzas Armadas en España...” cit. pág. 291.

²⁰⁷⁶ Los motivos de este cambio básicamente respondieron al despegue de la industrialización con los cambios estructurales que ello comportaba. Al mismo tiempo, este proceso, y la evolución tecnológica comenzaba a influir en el Ejército. Como más tarde se tendrá la ocasión de concretar, el proceso de tecnificación produce en la Institución militar una conjunción de fenómenos *-civilización-* que repercuten interna y externamente a todo nivel en el estamento castrense.

²⁰⁷⁷ Así, GONZÁLEZ GARCÍA, Manuel, “Las FAS, pariente pobre de Franco... cit. Este autor, en las págs. 61 y ss.. se hace eco del hecho de que, pese a la apariencia política de la importancia de la institución para el franquismo, durante el régimen, una vez más, la profesionalidad militar se resintió, y especialmente el Ejército se sintió perjudicado por cuanto se vio sumido en un gran atraso, el cual se ha heredado hasta nuestros días. Para una referencia concreta a los males que afectaban a nuestro Ejército durante el régimen de franco y las propuestas de cambio realizadas, ver, AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia....* cit. pág. 207 y ss.

establecieron diversos mecanismos para determinar la afinidad ideológica de los miembros de las FAS al sistema político autoritario. Como se dijo, la neutralidad política de la fuerza militar tenía como punto de partida una adhesión inquebrantable a los principios del Movimiento²⁰⁷⁸. Ciertamente es que las tendencias políticas de los militares durante el franquismo no fueron monolíticas; especialmente las divergencias en el seno de las FAS se dieron a partir de esta década de los 60, si bien, mayoritariamente dentro de las coordenadas del régimen²⁰⁷⁹.

²⁰⁷⁸ En relación con esta afirmación es menester realizar una serie de consideraciones:

Los alféreces provisionales jugaron un factor decisivo en el perfil ideológico de las FAS con el franquismo. Esta oficialidad, reclutada y formada durante la Guerra Civil, por necesidad fue objeto del fuerte dogmatismo que se da en todo conflicto y, en especial, en una guerra con aire de *Cruzada*. Se recurrió a ella tras el fin de la contienda, ante la necesidad de completar las filas de la oficialidad, para conformar el nuevo Ejército nacional. En un alto porcentaje los alféreces provisionales se incorporaron permanentemente a las FAS. Al pretendido Ejército franquista políticamente interesaba engrosar su oficialidad con quienes habían defendido los postulados del régimen con las armas.

Los autores que se han ido citando anteriormente se hacen eco de esta circunstancia. Sin embargo, es Busquets, quien más se ha detenido al respecto de la oficialidad provisional. Así, véase “Los Alféreces Provisionales hasta la creación de la Hermandad (1936 - 1958), en *Historia 16*, Año XI, núm. , 119, marzo de 1986. y BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. págs. 148 y ss. En este último estudio se proporcionan datos concretos referidos al Ejército de Tierra, por medio de los cuales podemos percibir la importancia de este elemento dentro del Ejército. Treinta años después de la guerra, más de un tercio de los coroneles, y más del 85% del resto de la oficialidad superior provenían de los alféreces provisionales. En total, en 1969, un 34.4% de la oficialidad -grados entre teniente y coronel- provenían del origen mencionado.

De otro lado, por cuanto a los mecanismos para unidireccionar ideológicamente a las FAS, hay que tener también en cuenta las medidas represivas tomadas por el general para evitar la disidencia política dentro del Ejército. La depuración se formalizó con el Decreto de 12 de diciembre de 1936 y la Ley de 10 de febrero de 1939.

Como afirma Ballbé, el Ejército se regía el por un apoliticismo peculiar, “apolítico debe interpretarse como adhesión inquebrantable a los principios políticos del Movimiento, es decir, de la dictadura del General Franco.” Ver, BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 438 en nota a pie nº 72. En esta misma página se alude a la obligación que existía de estar inscrito en el partido por el mero hecho de ser militar.

²⁰⁷⁹ Al respecto ver, FERNÁNDEZ SANTANDER, Carlos, *Tensiones militares durante el franquismo*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985. Como señala AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. págs. 181 y ss. , las FAS no fueron inmunes a la fragmentación que se produjo en el régimen franquista a partir de mediados de los sesenta respecto de las concepciones sobre el propio futuro, que se polarizaron en las posiciones de “apertura” versus “inmovilismo”. Al respecto, ver, también MORA RODRIGUEZ, Fernando, “Ejército y transición política... cit. págs. 133 y ss. Así se fueron fraguando diversos posicionamientos dentro de la Institución militar, desde los intransigentes y los conservadores, hasta corrientes más liberales más minoritarias, llegándose poco a poco a gestar tendencias democráticas más

En conclusión, el mencionado carácter ideológico del Ejército español, en tiempos de Franco, supera *per se* al conservadurismo que Huntington afirma como propio en cualquier fuerza armada, adquiriendo una faceta antidemocrática contraria a los fundamentos del sistema constitucional. La anterior afirmación hay que tomarla sin perjuicio de todas las matizaciones que cabe establecer: hay que hacer todo tipo de reservas cuando se generaliza al respecto de todo el vasto elemento humano que compone una institución. Es menester no olvidar que la Administración militar está compuesta no sólo de un gran número de personas, sino de un importante conjunto de diversidades. El estamento militar se configura, dentro de su unidad, como una institución que acoge en su seno una completa heterogeneidad. Al margen de la propia diversidad orgánica, no se puede olvidar que por debajo de esta estructura organizativa descansa la individualidad de la persona. Por último, no se puede omitir la dinámica autoritaria de un régimen en el que los profesionales militares no podían exponer su carrera militar desaviniendo el orden político existente²⁰⁸⁰.

El carácter pacífico de nuestra transición evitó un cambio de sistema en el que se diera algún tipo de depuración política en las FAS. Dada la no-ruptura, en alguna medida, este específico carácter conservador del Ejército español ha continuado incluso dos décadas después de la Constitución. Ello es así, ya por la permanencia en filas de quienes sirviesen en el pasado régimen, ya por una continuación de ciertos valores ideológicos en el seno de la Institución militar, ya por el autorreclutamiento, esto es, el ingreso en las FAS de descendientes de militares. No obstante, constatada la supremacía civil en España,

radicales que culminarían en la formación de la famosa Unión Militar Democrática (UMD) en 1976. Los primeros, intransigentes y conservadores, frente a los liberales, eran bastante recelosos de los postulados democráticos y, a la vez, no propugnaban una apuesta por la modernización del Ejército hacia un modelo *ocupacional*. Se mantenían partidarios de un modelo de fuerza *institucional*, sensible a cualquier amenaza a los valores más preciados de los militares.

²⁰⁸⁰ Así BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo...* cit. pág. 437, "El militar profesional no podía criticar o disentir porque estaba sometido a una doble represión jugándose, ni más ni menos, que la carrera profesional."

consolidada la democracia e integradas las FAS en las organizaciones internacionales de defensa colectiva en las que se da un firme compromiso con el sistema democrático, los efectos del peso del franquismo en la Institución militar son, en muy buena medida mitigados.

Ahora bien, si se parte de la finalidad de las FAS en nuestra Constitución, tan vinculada a los fundamentos del Estado democrático y tan desapegada de antiguos entendimientos de la “Nación” y la “Patria”, tener en cuenta el particular perfil ideológico de las FAS españolas en el del militar resulta del todo relevante. Y es que en aras de la eficaz defensa del Estado constitucional deviene necesario profundizar en una formación del militar que lo acerque a los valores constitucionales, como impone el artículo 27. 2º CE²⁰⁸¹, mediante ello se alcanzará una definitiva inserción del elemento armado en la democracia que en última instancia deben defender. No obstante, para llevar a cabo esta socialización democrática no sólo se supone imprescindible una adecuada educación, sino que, como se dijo, resulta básico que el militar pueda vivir el mismo sistema constitucional, quedar vinculado al ejercicio de los derechos y libertades que fundamentan la democracia misma.

Se han apreciado diversos factores que conllevan una divergencia civil-militar. De entre los mismos claro está que algunos pierden su sentido en un Estado democrático. Así sucede respecto de la finalidad constitucional de las FAS que nada tiene que ver con la de tiempos pasados y que distanciaba a los Ejércitos –instrumentos de opresión del poder político- de la sociedad. Por el contrario, la convergencia civil-militar es hoy el medio más efectivo para garantizar una efectiva defensa militar del Estado constitucional. Sin embargo, el sometimiento a la disciplina militar y la tenencia de una escala de valores propia continúan siendo, no obstante, factores por los que

²⁰⁸¹ Sobre el tema cabe remitir al posterior estudio relativo a los valores militares y la enseñanza y educación militar.

persiste un distanciamiento con el resto de la sociedad. Ahora bien, como se verá, el Estado democrático exige una redefinición de toda esta escala de valores e incluso de la disciplina misma.

C) INSTRUMENTOS QUE CONTRIBUYEN AL DISTANCIAMIENTO CIVIL-MILITAR

Tal y como se ha visto, la divergencia Ejércitos-sociedad se da básicamente por dos motivos: razones políticas y razones inherentes a la profesión militar (corporativismo, disciplina, valores, ubicación de las dependencias militares ajenas a la población civil). Es momento ahora de apreciar cómo se instrumenta en la práctica este distanciamiento social, pues, como se verá, se hace depender en muy buena medida de decisiones de los poderes públicos.

Con relación a España, Busquets enumera las causas del aislamiento militar²⁰⁸²:

- precariedad económica en la que se tiene que desenvolver la vida militar.

- Autorreclutamiento en sentido genérico, es decir, el grado de engrosamiento de las filas ya por descendientes de los propios militares (herencia ocupacional²⁰⁸³), ya por quienes formaban parte del estamento armado en otros empleos.

- Endogamia social, esto es, el nivel de matrimonios celebrados por los militares entre sí y, especialmente en el caso español, de un militar con el descendiente de otro militar.

²⁰⁸² Ver, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. pág. 212.

²⁰⁸³ También como señala Olmeda se hace distinción de estos conceptos en el marco de la continuación familiar de la vocación militar. En este sentido, "autorreclutamiento" sería el porcentaje de padres de una categoría ocupacional determinada cuyos hijos permanecen en la misma. Por el contrario, el índice de herencia ocupacional es el porcentaje de personas que acceden a una categoría cuyo padre pertenece a ella (ver, *La Institución militar...* cit. pág. 157 nota a pie nº 3). No obstante la distinción terminológica, a los efectos del presente estudio, estos conceptos son tratados conjuntamente pues lo que refieren en conjunto es el grado de endogamia profesional en las FAS, en cuanto suponga una cerrazón al resto de la sociedad por la continuidad generacional.

- Educación distinta a la que se recibe en el resto de la sociedad, que lleva a la socialización militar más intensa y diferente.
- Trabajo de cuartel, aislado a la sociedad.
- Viviendas militares como medio común de residencia.
- Multiplicidad de actividades recreativas y sociales endógenas llevadas a cabo por y para los militares y sus familias.
- Medios de comunicación y acciones culturales propios de carácter conservador.

Parece aconsejable centrarse someramente en algunos de éstos y otros factores no descritos.

a) Una Administración todopoderosa para el individuo. Horario de servicio, rotación y remuneración del militar: cuestiones fundamentales para configurar las relaciones civil-militares

A continuación se aprecian tres factores esenciales que determinan la separación del militar respecto del resto de la sociedad: la concepción del servicio, el sistema de rotación y traslados del militar y el modo por el que se remunera al mismo. Cada uno de ellos se hace depender en mayor o menor medida de la política seguida por las autoridades, por lo que, como consecuencia, en la mano de dichas autoridades está la orientación efectiva de la mayor o menor convergencia querida para el militar con el resto de la sociedad.

Uno de los parámetros típicos para constatar el formato de Ejército institucional u ocupacional es el de la concepción del servicio y en concreto el horario del mismo²⁰⁸⁴. Así, en un modelo institucional de Ejércitos, prima el entendimiento de que se es militar las veinticuatro horas del día, fuera o dentro del cuartel y se esté o no

²⁰⁸⁴ Así por ejemplo, en la detallada descripción de los criterios definitorios del modelo de Ejército operada por FLECKENSTEIN, Bernhard, "Alemania Federal", cit. pág. 253, en concreto en su punto duodécimo se señala este criterio, que en un Ejército tradicionalista (institucional) se define porque "el soldado siempre está de servicio", en el reformista (ocupacional) "cuarenta horas de servicio, como en la administración civil", y en el pragmático "pago o compensación con tiempo libre por las horas que superen las cuarenta horas semanales".

llevando a cabo el ejercicio de la estricta función profesional o de la prestación del servicio obligatorio; así, el militar está sometido a la organización militar se esté o no de servicio. A diferencia de éste, en el modelo ocupacional la relación del militar con la organización tiende a reducirse a su actuación respecto de la tarea que le es asignada y al tiempo de servicio, la vida del militar fuera del servicio que desarrolla no atañe a la Administración militar, siempre que no afecte a su rendimiento en el mismo²⁰⁸⁵.

La centralidad de la cuestión es decisiva para conformar las relaciones civil-militares, no en vano de esta concepción del servicio depende el alcance del sometimiento a las importantes exigencias de la vida militar, como pueda ser la sujeción al régimen disciplinario y, en general, el alcance de las restricciones en el estatuto de derechos y libertades del servidor de armas. Imaginemos por caso la exigencia al militar de no fumar por la calle, o la necesidad de sacar a muchas mujeres a bailar en una reunión social eso sí, sin juntar las mejillas o la instrucción de cómo emplear tarjetas de visita. Aunque pueda sorprender se trata de instrucciones para cadetes del Ejército sueco²⁰⁸⁶. Sin tener que ir demasiado lejos se apreciará el alcance de las normas militares en España en el ámbito de la vida familiar o la vida sexual. Baste adelantar que no resulta muy lejana la exigencia de una licencia para contraer matrimonio por el militar.

A principios de siglo, el alemán Mayer respecto de los servidores del Estado en general y el alcance de las órdenes de servicio afirmaba que “se excluyen las actividades que, por su naturaleza, están

²⁰⁸⁵ MOSKOS Jr. “La nueva organización militar... cit. págs. 145-146. En el mismo sentido, este autor en “Tendencias institucionales en las Fuerzas Armadas”, en AA. VV. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit. pág. 46.

²⁰⁸⁶ Así se refieren en ABRAHAMSSON, Bengt, “La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo”, cit. pág. 220. Se reproducen diversos aspectos de un folleto de instrucciones de los cadetes: “En un baile se debe bailar con el mayor número posible de damas. Es una falta de cortesía para con los anfitriones y para las otras damas bailar únicamente con una o unas pocas o no bailar en absoluto. Baile con estilo y evite las exageraciones. Durante el baile está prohibido cualquier tipo de “intimidad física” con la pareja. Un cadete u oficial de uniforme no debe bailar juntando las mejillas, ni tan siquiera con su mujer o prometida”. Se hace referencia también a la norma de no fumar por la calle, etc.

completamente fuera del ámbito de los asuntos cuya gestión compete al obligado o que sólo se exigen en interés personal de aquel que da la orden. Por otro lado, tampoco los actos de la vida privada del subordinado pueden ser objeto de una orden; su conducta, en este sentido, no es indiferente con respecto del servicio, pero no puede determinarse por las órdenes del superior”²⁰⁸⁷. Sin embargo, su tratamiento específico del ámbito castrense le hizo advertir que la obligación militar “casi absorbe toda la personalidad del deudor”²⁰⁸⁸, situando al militar en estado de perpetuo servicio “aun durante la noche y en las hora de reposo o cuando tiene permiso, el soldado está en servicio activo y bajo bandera”²⁰⁸⁹. Bachelet, en este mismo sentido señala que la prestación del soldado no se limita a una actividad determinada, “sino que se extiende en cambio a una dedicación potencialmente total de la propia libertad y hasta de la propia vida”. Así en el servicio militar, “al ciudadano no se le impone sólo la obligación de la prestación personal de una cierta actividad, sino que se le impone en cambio un régimen de vida, la convivencia estable en lugares determinados, la disponibilidad continuada frente a la autoridad militar.”²⁰⁹⁰

Estos autores, claro está, únicamente advertían la realidad de los Ejércitos que contemplaban, de carácter institucional. Se trata de la versión militar extrema del modelo ideal y tradicional del corporativismo de servicio instaurado por Napoleón, por el que, como recuerda Parada, los deberes del funcionario se corresponden con el

²⁰⁸⁷ MAYER, Otto, *Deusche Verwaltungsrecht*, (reimpresión de la 3ªed.), 2 vols. Berlín, 1969, así citado por LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. pág. 71 así cit. existe edición española a la cual no se ha tenido acceso, *Derecho Administrativo Alemán* (vol. IV, trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1982, y la cita se corresponde con la pág. 68, pues es citada, también por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. , pág. 783, que no obstante, no incluye lo que a continuación consideraba el alemán.

²⁰⁸⁸ MAYER, Otto, *Le droit administratif allemand*, (cuatro vols.), Vol. IV. Giard & Brière, París, 1903, pág. 18, *ibidem* pág. 72.

²⁰⁸⁹ MAYER, Otto, *Deusche Verwaltungsrecht*, (vol. 2), pág. 172, *Idem*.

²⁰⁹⁰ BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffré, Milán, 1962, pág. 13.

“buen funcionamiento del servicio”, regla métrica del comportamiento para lo que no son válidas limitaciones de horarios, descanso, vacaciones o cualquier otra excusa²⁰⁹¹.

La relevancia de la cuestión es clara, un militar siempre de servicio con las consecuencias que de ello se derivan en modo alguno puede compararse a un civil, de ahí que este parámetro sea muy significativo a la hora de valorar la convergencia civil-militar. Como se verá, la ley de leyes permite una concepción de servicio de una tendencia u otra. Sin embargo, las consecuencias que de ello pueden derivarse en modo alguno son ilimitadas, ya por el principio de igualdad, ya por los derechos fundamentales del militar, todas las exigencias que se deriven de este modelo habrán de estar directamente justificadas de forma concreta en la eficacia necesaria de la defensa militar del Estado constitucional y, en todo caso, habrán de ser proporcionadas a esta finalidad. Todo ello supondrá a la postre no pocos condicionamientos a la opción por este modelo de concepción del servicio.

Otro aspecto también relevante se deriva de las grandes facultades de disposición administrativa en relación con la movilidad territorial de los funcionarios militares. Como se ha señalado, “el sistema de destinos mediante la rotación en los puestos de trabajo y el cambio de guarnición por ascenso, tiende a distanciar a los militares de sus orígenes sociales o geográficos y a crear una fuerte cohesión organizativa.”²⁰⁹² La especial movilidad que se da en el Ejército fuerza una mayor unidad organizativa y social de los miembros de la

²⁰⁹¹ Sobre el particular, en especial, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Modelos de función pública y función pública militar”, en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales “Lucas Mallada”, Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 19-68. En concreto, págs. 26 y ss. , en particular pág. 30, en el mismo sentido, de este autor y en el prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 15

²⁰⁹² Así en BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 40

institución, si bien, al precio del distanciamiento de la población²⁰⁹³, con la que no se llega a establecer un contacto definitivo. La rotación de puestos es algo propio de una Administración de carácter estatal, si bien ésta se agudiza cuando se trata de la Administración militar. Como más tarde se aprecia desde la perspectiva constitucional, se trata de una medida admisible en razón de su funcionalidad, sin perjuicio de que en sus aspectos concretos sea fiscalizable jurídico-constitucionalmente.

También en esta dirección, resulta relevante atender otro factor definitorio de un formato de Ejército, el tiempo de pertenencia en filas del militar. Por lo general, un modelo institucional implica una dedicación vitalicia al servicio de armas, por el contrario, en el formato ocupacional, no es extraña la posibilidad de una dedicación castrense relativamente corta y el antiguo militar pasa a desempeñar otros empleos a lo largo de su vida. Desde la perspectiva constitucional, de nuevo las posibilidades del diseño de la carrera militar por los poderes públicos es, como se verá, muy amplio. Sin embargo se plantean cuestiones concretas, como lo es el abandono de la profesión militar que es preciso atender desde el enfoque constitucional.

Lo mismo sucede, aunque a este respecto las exigencias constitucionales son mayores, cuando se trata del sistema retributivo para con los servidores de armas. Éste es un factor que actúa de forma decisiva sobre el distanciamiento efectivo del militar del resto de la sociedad²⁰⁹⁴. Básicamente se pueden distinguir dos sistemas remuneratorios: en primer modelo es aquél en el que se retribuye en consonancia con el mercado y la capacidad exigida para desempeñar el mando. Se trata del modelo retributivo propio de un formato ocupacional (convergente) de Ejércitos. Los salarios de mercado -más

²⁰⁹³ Así, K. W. DEUTSCH, "El totalitarismo frente a la desintegración", en BLONDEL, M. y otros *El Gobierno: Estudios Comparados*, 1981, Madrid, Alianza Universidad, págs. 249- 255, concretamente pág. 254.

²⁰⁹⁴ Al respecto, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "El estudio de las Fuerzas Armadas..." cit. pág. 58 o PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "Modelos de función pública y función pública militar", págs. 58-60

elevados que en el otro sistema- no se acompañan de ventajas y *privilegios* de aquél (vivienda, comida, etc.), sino que las facilidades de vivienda, por ejemplo, responden objetivamente a las exigencias funcionales de la vida militar, sujeta, como se ha señalado a continuos traslados.

El segundo modelo es el sistema retributivo propio de un formato institucional (divergente): se trata de una remuneración dineraria que se sitúa por debajo del mercado y no corresponde plenamente con la capacidad del sujeto. Y es que en este sistema el servicio castrense es, en la teoría, una entrega idealista no sujeta a las leyes del mercado ni al estímulo de los bienes materiales²⁰⁹⁵. No obstante, este salario relativamente precario se ve complementado con otras retribuciones en especie -en sentido amplio-. En este segundo sistema, el militar disfruta de una serie de ventajas o privilegios que no alcanzan a otros colectivos. Estas ventajas se dan en forma de grandes facilidades en vivienda, residencias, sanidad, economatos, comida, prestaciones de carácter recreativo, educativo y cultural, etc. Estos privilegios suelen disfrutarse tanto por el militar en sí como por sus allegados. Este formato retributivo no es ni más ni menos que el modelo hegeliano para los aparatos de poder estatal que, según el alemán, “deberán estar ocupados por sectores sociales liberados de las ataduras, miserias y egoísmos de la sociedad Civil, por grupos situados “por

²⁰⁹⁵ En relación con el referido carácter vocacional y altruista de la profesión castrense, la remuneración económica que se percibe por el ejercicio de la misma no tiene por qué ajustarse a los esquemas del mercado. En esta línea, desde los sectores cercanos a los postulados institucionalistas se subraya que “nos impulsa nuestro idealismo, nuestra conciencia de que la vida de un hombre que se ofrece a la Patria no puede estar sujeta a las leyes de la oferta y la demanda ni al estímulo de los beneficios materiales”. Y en análoga dirección, aun cuando en una línea todavía más extremada, se ha significado que “dada la elevada dosis de espiritualidad de la ideología castrense, ésta lleva anejo un acusado sentido de austeridad y renuncia hacia lo que *los humanos* tanto ambicionan: los bienes materiales. “Estas citas son extraídas de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial de la escala de valores de la Institución militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 44-50, enero de 1985 - diciembre de 1987, págs. 89 - 133, concretamente pág. 113, la primera pertenece a ROMERO DE TEJADA, Carlos, “Carta a un cadete”, en *Reconquista*, nº 36, julio de 1980, pág. 5. La segunda pertenece a CABEZA CALAHORRA, Manuel, en *La ideología militar hoy*, Editora Nacional, Madrid, 1972, págs. 232 - 233..

encima” de las contradicciones económicas de los ciudadanos normales”²⁰⁹⁶.

En el marco del alejamiento de la sociedad que se está tratando, las diferencias de uno y otro sistema retributivo no son en absoluto desdeñables. No pueden desconocerse los efectos sociales que tiene el hecho de estas prestaciones en especie; éstas llevan al militar a distanciarse del resto de la sociedad y a fortalecer los vínculos con el colectivo castrense. Se vive con militares, se compra con militares, los hijos van a los mismos colegios, las actividades recreativas, sociales y culturales se llevan a cabo por y entre militares. Éstos, dado su nivel adquisitivo, no desprecian las posibilidades y ventajas que se les ofrecen en todos estos ámbitos, tan elementales del desarrollo de la vida social. Este sistema remuneratorio institucional divergente fue el seguido en España cuanto menos, hasta el avenimiento de la democracia²⁰⁹⁷.

b) El acceso a la profesión militar: autorreclutamiento y herencia ocupacional

Se ha hecho referencia a una Administración de la que se hace depender el horario, el lugar y condiciones de trabajo del militar, una disponibilidad y movilidad permanentes exigidas por la propia funcionalidad y eficacia, pero que somete la vida del militar a condicionamientos las veinticuatro horas, así como desarraiga al militar y a los suyos y los aleja continuamente tanto de sus orígenes como de los lugares donde se van estableciendo de forma paulatina. También, ha sido puesto de manifiesto cómo un modelo retributivo determina la integración social del militar.

Interesa manifestar ahora otro factor decisivo: la posibilidad de que quienes ejercen la profesión militar sean a la vez descendientes de

²⁰⁹⁶ Así citado por PORRAS NADALES, Antonio J. “Fuerzas armadas y ordenación del Estado... cit. pág. 171.

²⁰⁹⁷ En este sentido, ver BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 58.

militares. A este fenómeno se le ha denominado *herencia ocupacional*. Asimismo, cabe también hacer mención del fenómeno del *autorreclutamiento*, en el sentido del acceso a niveles superiores por militares que ya ocupaban puestos inferiores. El primer caso supone otro factor determinante que contribuye a distanciar al mundo civil del mundo militar.

Las motivaciones del fenómeno son diversas. Amén de causas sobre las que las decisiones de los poderes públicos son menores, como pueda ser la acendrada vocación militar de los hijos de militares, hay toda una serie de instrumentos en manos de las autoridades para favorecer esta endogamia militar, se puede aducir genéricamente los siguientes: en primer lugar, las facilidades de acceso a familiares de militar, en segundo lugar, la potenciación del conocimiento de la carrera militar por la sociedad civil, no sólo para soldados, sino para todos los cuadros de mando. Destaca en especial, en tercer lugar, la fijación de edades máximas muy tempranas para poder entrar en el Ejército. De este modo se limitan las posibilidades de acceso a quienes no tengan un conocimiento desde la adolescencia de la carrera militar y, sobre todo, se asegura el efecto socializador de la formación militar, puesto que a tales edades la interiorización y asimilación de los valores militares es mucho mayor²⁰⁹⁸. Como se ve, no se trata de una mera tendencia social que escapa al diseño del reclutamiento por los poderes públicos, sino de toda una serie de acciones que quedan bajo su ámbito de decisión.

Y hay que señalar que no se trata de una cuestión baladí, no en vano casi dos tercios de los cuadros de mando superiores en España proceden de familias militares. Diversos autores han puesto de manifiesto el alto índice de herencia ocupacional en España, ya no sólo en el pasado, sino en la actualidad²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁸ Así, entre otros, *ibidem*. pág. 55.

²⁰⁹⁹ Con relación al pasado, véase, en especial, el epígrafe intitulado "Recapitulación de la época de los espadones".

Sobre este tema en relación a tiempos más próximos y actuales, se han dedicado principalmente BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "Las Fuerzas Armadas en

Los efectos de este fenómeno se advierten con facilidad, en principio suponen una transmisión generacional de la propia separación entre el militar y el resto de la sociedad, con todas sus consecuencias. “El hecho de que una gran parte de los cuadros militares se reclute en el seno de las familias militares puede reforzar actitudes y comportamientos conservadores, tanto en sentido organizativo como en el político”²¹⁰⁰. Se deja en un segundo plano el origen social, lo que prima es que quede fortalecido el carácter de institución corporativa. Esto se consigue con el autorreclutamiento o herencia ocupacional²¹⁰¹.

Del distanciamiento social, como señala Blanco Ande, se deriva una incompreensión mutua entre uno y otro colectivo y una distorsión de la realidad social por parte de los militares²¹⁰². A todas luces parece adivinarse que la consecuencia de una elevada herencia ocupacional es la continuidad e incremento del corporativismo militar así como del perfil ideológico de los servidores de armas. No parece sencillo romper este círculo vicioso del aislamiento social continuado; esta prolongación generacional puede incluso comportar la intensificación del cultivo de estos caracteres que convierten al Ejército en un ente altamente corporativo.

No obstante, tampoco puede entenderse que, como consecuencia de ello, se perpetúe imponderablemente al Ejército como colectivo cerrado. Son diversos los medios y modos por los cuales se puede contrarrestar este continuismo corporativo. Así, tanto una especial

España...” cit.; BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. págs. 46 y ss. y GIL MUÑOZ, Carlos, “Las Fuerzas Armadas españolas desde la perspectiva institución / ocupación”, cit. págs. 397-399. Busquets en 1984 señalaba que alrededor de las tres cuartas partes de los militares profesionales provenían de familia militar. Gil Muñoz en 1990 afirma que un 60% de los aspirantes a oficial son de familia militar, y un 18% de los aspirantes para suboficiales.

²¹⁰⁰ Ver, BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, en apartados intermedios de la obra *La Institución militar...* cit. pág. 157.

²¹⁰¹ Sobre el tema, en general para diversos países y épocas. JANOWITZ, Morris, “La organización interna de la Institución militar”, en AA. VV, *La Institución militar...* cit. págs. 101-139, en concreto 117-129.

²¹⁰² Estas son algunas de las consecuencias del distanciamiento señaladas por BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, Dykinson, Madrid, 1987, en la pág. 212.

observancia del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos así como una adecuada educación del militar que evite fortalecer innecesariamente el corporativismo debe conllevar el progresivo acercamiento del colectivo castrense con el resto de la sociedad.

De nuevo, los márgenes de actuación de los poderes públicos no son limitados, pero en esta parcela se da una especial afectación de los contenidos constitucionales puesto que el acceso a un oficio público está supeditado con nitidez a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Como se verá, nuestra ley de leyes impone no pocas exigencias sobre la materia.

Concluye ahora la atención desde perspectivas no apegadas al enfoque jurídico. Como se anunció, se entendía imprescindible observar estos aspectos puesto que de lo contrario algunas cuestiones pasarían probablemente inadvertidas si se enfocase la materia desde planteamientos formalistas. Es momento, pues, de analizar la proyección constitucional sobre todas estas cuestiones. En el presente capítulo se aborda, en primer lugar, de modo general el alcance del principio de igualdad sobre las FAS y el Derecho militar, como piedra angular de la convergencia civil-militar. En segundo lugar, las exigencias constitucionales respecto de la composición social de los Ejércitos, factor básico con el que se perfilan las relaciones de las FAS con el resto de la sociedad. Ya en los siguientes capítulos se abordan cuestiones a las que también se ha hecho referencia, como lo son las exigencias de la ley de leyes respecto de la organización militar y, en especial, la concepción constitucional de la disciplina militar. En otro capítulo se atenderá la concepción constitucional de los valores castrenses y la enseñanza en las FAS –otros de los parámetros definitorios de un modelo de Ejército- y, por último, habrá ocasión de atender el último criterio: los derechos y libertades de los miembros de la Institución militar, en la medida en la que no se hayan mencionado en los capítulos precedentes.

II. La premisa de la que partir: la aplicabilidad del principio de igualdad sobre las Fuerzas Armadas y el Derecho militar

Como a lo largo del presente estudio se ha constatado, en general, es la naturaleza de las misiones que tienen asignadas las FAS la causa principal de la singularidad del Derecho militar, en la medida que exige a éstas una particular organización y medios para poder llevarla a cabo con la necesaria eficacia (disciplina, jerarquía, unidad, valores específicos, etc.). Asimismo, de modo secundario, la especificidad castrense se fundamenta en la particular posición política que debe guardar la Institución militar y, por ende, sus miembros, en beneficio de la calidad democrática del sistema político constitucional, en razón del hecho de que las FAS son la institución principal portadora de las armas del Estado. En consecuencia, el ciudadano militar, sometido a un diferente trato respecto del resto de ciudadanos en virtud del particular ordenamiento castrense, acaba en mayor o menor medida distanciado del resto de la sociedad. En estos términos, corresponde poner de manifiesto las posibilidades de afrontar el singular fenómeno jurídico militar desde la perspectiva de la igualdad²¹⁰³.

No se trata en modo alguno de un *alegre canto* a favor de un trato igual de lo civil y lo militar, desconociendo las hondas singularidades que recaen sobre los Ejércitos. De lo que se trata es de un profundo y, si se quiere, atrevido análisis del papel que jurídicamente puede llegar a jugar la igualdad en la esfera militar, con una buena dosis de visión de futuro. Todo ello en la inteligencia de que una adecuada entrada de la igualdad jurídica en el mundo de los cuarteles supone un factor de convergencia civil – militar, una contribución al máximo acercamiento

²¹⁰³ Cabe señalar que todo este apartado (“La premisa de la que partir: la aplicabilidad del principio de igualdad sobre las Fuerzas”, así como lo atinente a la mujer y los homosexuales en las FAS) se corresponde en buena medida con el libro ahora publicado COTINO HUESO, Lorenzo, *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, cuyo origen básico reside en el estudio del mismo título que tuvo la suerte de obtener el Premio Ejército 1999, modalidad enseñanzas universitarias.

posible que puede llegar a darse entre las FAS y la sociedad a la que sirven y de la que forman parte.

Hay que señalar que, hasta la fecha, no se ha conocido estudio jurídico en España que verse centralmente sobre este punto de vista de la igualdad en el ámbito militar, más allá de la polémica cuestión del sexo, que también aquí se aborda. Se examina, pues, hasta qué punto un valor superior, principio jurídico y derecho reconocido en la ley de leyes, como lo es la igualdad, ha entrado en la parcela militar, y lo que es más, se apunta en qué direcciones y con qué intensidades puede seguir haciéndolo.

A) ¿QUÉ IGUALDAD PROTEGE LA CONSTITUCIÓN? UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA IGUALDAD

a) ¿Cómo ha traducido el Estado constitucional la perenne idea de igualdad?

La idea de la igualdad²¹⁰⁴ ha estado presente en toda la historia y el pensamiento occidental y qué duda cabe que con una especial

²¹⁰⁴ Sobre el principio de igualdad, entre otros, GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.), *Derecho Constitucional*, (Vol. I), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 159-180. Asimismo, ALONSO GARCÍA, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, (vol. 1) n° 100, 1983, págs. 21 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María R. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986; PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, págs. 253-285; RUBIO LLORENTE, Francisco, “Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 637-684; los trabajos incluidos en AA. VV *El principio de igualdad en la Constitución Española*, (2 volúmenes), Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991; SUAY RINCÓN, José, en *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985 o en “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios en Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 837-892.

Recientemente, si bien centrados en materia de discriminación por razón de sexo, BARRERE UNZUETA, María A. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997; FAVOREU, Louis, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 50, mayo-agosto, 1997, págs. 13-28 y GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

intensidad en los dos últimos siglos, donde ha pasado a constituir un eje de los sistemas jurídicos y de las propuestas y logros políticos y sociales. Ahora bien, no resulta en modo alguno sencillo determinar el significado de la noción igualdad, en especial dado que la amplitud de este concepto supone que acoja en su seno no pocas concepciones y significados. Así, desde la igualdad política formulada por Aristóteles hasta el igualitarismo material socialista pueden situarse no pocas dimensiones del concepto, facetas que en buena medida se han ido consolidando históricamente para el mundo del Derecho.

Entre los logros de Revolución francesa cabe señalar la proclamación de la igualdad formal, igualdad ante la ley, centrada básicamente en la generalidad de la ley y la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante los Tribunales²¹⁰⁵. Desde entonces, en el marco del constitucionalismo occidental comenzaría el proceso de consolidación de la igualdad jurídica formal, concepto que no sólo comprendería la inicial igualdad ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y la Administración; y lo que es más, la igualdad formal pasó a incluir también la igualdad en la ley, esto es, la necesidad de que las normas respeten también en su contenido el principio de igualdad²¹⁰⁶. De otra parte, como es sabido, la noción de la igualdad ha tenido un indudable contenido social y redistributivo a lo largo de la Historia, connotación que ha venido íntimamente ligada a la idea de justicia. En este sentido, particularmente en los Estados constitucionales europeos, que asumieron su carácter social, se ha ido desarrollando la dimensión

²¹⁰⁵ El artículo 1 de la Declaración francesa de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derecho”.

²¹⁰⁶ Resulta del todo explicativa la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de junio. En su FJ 1º se afirma que “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas [esto es, igualdad *en* la ley ...] en otro plano, en el de la aplicación, la igualdad *ante* la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”. La cursiva es mía.

material de la igualdad, que implica la obligación del Estado de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos. Sin embargo, esta igualdad material ha gozado de una protección más tibia que la de la igualdad formal²¹⁰⁷. Además, frente a un entendimiento de la igualdad material como igualdad de resultados (igualdad en el reparto definitivo de los bienes sociales), en el constitucionalismo moderno ha prevalecido la concepción de la igualdad material como la búsqueda de una igualdad de oportunidades o de puntos de partida, compatible con la economía capitalista.

Tal y como tan escuetamente se ha expuesto, estas vertientes conforman el significado de la igualdad para los Estados constitucionales occidentales. Cabe advertir que las facetas señaladas no agotan el contenido de la igualdad sino que, en buena medida, puede entenderse que se acumulan²¹⁰⁸, al tiempo que no excluyen la incorporación de nuevas dimensiones del concepto jurídico de igualdad.

b) La regulación constitucional e internacional de la igualdad

En España, la igualdad se ha conformado jurídicamente tanto como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1. 1º CE) cuanto como un principio y derecho fundamental; asimismo, su constitucionalización ha incluido las dos vertientes antedichas: la igualdad formal (art. 14 CE) y la igualdad material (art. 9. 2º CE)²¹⁰⁹. En

²¹⁰⁷ La igualdad material viene recogida en el artículo 9. 2º CE. Su mayor debilidad respecto de la igualdad formal se aprecia con nitidez en la sentencia 98/1985, de 29 de julio, donde el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que “no puede entenderse su aplicación [del artículo 9. 2º CE] para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos.” (FJ 9º).

²¹⁰⁸ Ahora bien, para alcanzar la igualdad material en muchas ocasiones exige la quiebra de la igualdad formal. En esta dirección, el Tribunal constitucional en la (sentencia 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º) señala que “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”.

²¹⁰⁹ No agotan estos preceptos la recepción expresa de la igualdad en la Constitución, así, el artículo 23. 2º CE supone una concreta manifestación de la igualdad ante la ley y de la

tanto valor superior²¹¹⁰, la igualdad fundamenta el conjunto del ordenamiento jurídico, a la vez que lo inspira, así como sirve de parámetro de admisibilidad del mismo, esto es, “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, proclama” (STC 8/1983, FJ 3º). Como principio jurídico²¹¹¹, la igualdad vincula de modo general la actuación de todos los poderes públicos, incluyendo al propio legislador. Por último, en cuanto derecho, la igualdad tiene un claro carácter relacional, es decir, supone el derecho subjetivo a no recibir un trato no discriminatorio respecto de un bien o derecho concreto.

Es menester también hacer mención del reconocimiento de la igualdad en la regulación internacional de los derechos y libertades, sobre todo, teniendo en cuenta que esta normativa no sólo tiene carácter de derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 96 CE, sino que tales tratados se configuran como elementos en la interpretación de la propia Constitución en esta materia de derechos fundamentales, tal y como dispone el artículo 10. 2º CE²¹¹². En este sentido, queda recogida la igual dignidad de todo ser humano y la igualdad en la garantía y goce de los derechos reconocidos en tales

igualdad política. De otra parte, los artículos 139 y 149. 1.º. 1ª CE vienen a reconocer el carácter estatal de la igualdad en el marco de la descentralización autonómica.

²¹¹⁰ Por todos, PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

²¹¹¹ Al respecto del diferente alcance de una norma ya como regla ya como principio ver, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, en general todo el Capítulo tercero (“La estructura de las normas de derecho fundamental”, págs. 81-170) y en particular ver las págs. 82-87, las afirmaciones concretas se contienen en las págs. 85-86. Se sigue también la distinción entre reglas y principios efectuada por ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, (2ª ed. 1997), págs. 109 y ss. No obstante, ello no supone admitir la desnaturalización que, a mi juicio, efectúa este autor del carácter normativo de la Constitución.

De un modo simple, puede señalarse que los principios jurídicos implican una exigencia de cumplimiento más laxa que las reglas y mandatos, que indefectiblemente deben ser cumplidos, por el contrario, el cumplimiento de los principios jurídicos se puede graduar y relativizar, pues queda a expensas de las posibilidades reales y jurídicas.

²¹¹² Al respecto, entre otros, JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

tratados²¹¹³, destacando la importancia de la no discriminación por razón de sexo en el seno de la Unión Europea²¹¹⁴.

c) ¿Cuándo un trato diferente puede reputarse discriminatorio?

Cabe ya subrayar que la igualdad no exige un estricto trato igual, sino que, como se acaba de significar, lo que la igualdad exige es que el diferente trato no sea discriminatorio. No en vano, la propia acción normativa supone establecer diferenciaciones²¹¹⁵, “la ley [o las normas

²¹¹³ La Declaración Universal de derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 dispone que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1).

Por lo general, en los textos internacionales se hace concreta alusión a la necesidad de una igual garantía de los derechos que se reconocen en los mismos, incluyendo fórmulas que hacen alusión a los diversos colectivos que han sufrido o sufren las mayores discriminaciones. Así, en dicha Declaración Universal, en su art. 2. 1º reconoce la titularidad de los derechos reconocidos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”); en los pactos internacionales de Derechos civiles y políticos y el de Derechos económicos, sociales y culturales (ambos de 19 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977) se emplean también estas fórmulas. Así, el art. 2. 2º PIDSC repite literalmente la fórmula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el art. 4. 1º del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, más breve, hace referencia a la “raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”. Un tenor más amplio se da en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, en cuyo artículo 14 se asegura el igual disfrute de los derechos reconocidos sin distinción de “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

²¹¹⁴ La Unión Europea ha ido ampliando las parcelas sobre las que ha garantizado el principio de igualdad. En el inicial Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 25 de marzo de 1957 se garantizaba la no discriminación por razón de la nacionalidad (antiguo art. 6, actual art. 12) o la igualdad entre productores y consumidores (art. 40, actual 34) así como el principio de no discriminación por razón de sexo (que el art. 119 TCEE, actual 141, sólo reconocía en materia salarial. Gracias a una labor impulsora del Tribunal de Luxemburgo, con la próxima entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la igualdad de sexo ha pasado a ser uno de los fines esenciales de la Comunidad (actuales arts. 2 y 3. 2º); a la vez, se ha extendido el ámbito de la proyección de la igualdad, que ahora pasa a alcanzar la lucha contra la discriminación por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 6 A), actual art. 13).

²¹¹⁵ Cabe recordar con Rubio Llorente (ver, “Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit. pág. 643) que:

“El principio de igualdad no impone, naturalmente, que todos los sujetos de derechos, todos los destinatarios de las normas, tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, o lo que es lo mismo, no impide en modo anudar a situaciones distintas diferentes

en general] debe distinguir necesariamente entre las distintas situaciones, porque no podría regular la vida social si atribuyese indiscriminadamente a todos los mismos derechos y los mismos deberes” (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Basile). Y es que el tratamiento igualitario de la diversidad social y/o natural podría suponer un agravio a la propia igualdad, que exige tratar igual lo igual, así como de forma desigual lo desigual.

Desde esta perspectiva, tanto la jurisprudencia nacional como la internacional se ha esforzado en advertir cuándo un trato desigual puede considerarse discriminatorio (y por lo tanto, no admisible) o, por el contrario, entender que se trata de una diferenciación admisible. Para efectuar esta evaluación de la admisibilidad del trato diferenciado, lo que se exige en primer lugar es la existencia efectiva de tal trato diferenciado y, por ende, que éste pueda ser comparado (*tertium comparationis*). Una vez se aprecia la existencia del trato diferenciado, para que el mismo se considere admisible es preciso que el establecimiento de la diferencia tenga una finalidad razonable (que el fin no contraríe el sistema de valores constitucionales, que sea admisible en una sociedad democrática), asimismo es preciso que el trato sea congruente y proporcionado²¹¹⁶. En otras palabras,

consecuencias jurídicas; ni siquiera estorba que la norma considere parte de la situación rasgos o determinaciones personales. El derecho opera justamente mediante la definición de supuestos de hecho de los que surgen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, facultades o competencias, sanciones penales, etc.) [...] por ello puede decirse, sin exageración alguna, que lo propio del Derecho es establecer diferencias.”

²¹¹⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia de 23 de julio de 1968 (caso régimen lingüístico belga) ha venido aplicando un test de tres puntos para reputar o no un trato diferente como discriminatorio: “La igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable [primero]. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas [segundo]. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 [que consagra el principio de igualdad] se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [tercero]” Al respecto, véase FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11/12, Valencia, 1995, págs. 97-114, en concreto, págs. 100-101.

entendiendo el trato diferenciado como la administración de un fármaco, que no puede tener otra finalidad que la curativa (finalidad razonable), es preciso que la medicina empleada sea la idónea para curar la enfermedad de que se trate (congruencia) y, a la vez, que la dosis que se prescriba se adecue a la gravedad que alcance la enfermedad en cuestión (principio de proporcionalidad en sentido estricto)²¹¹⁷. Ahora bien, como no escapará al lector, los términos del análisis de la posible discriminación quedan abiertos al decisionismo judicial y a los criterios políticos²¹¹⁸.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional asumió prontamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se aprecia en el FJ 3º de la pronta sentencia 22/1981, de 2 de julio. En la sentencia 75/1983, de 18 de febrero, señalaba de forma concisa los criterios para determinar cuándo puede considerarse contraria al principio de igualdad una diferencia de trato por la ley:

“para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada [congruencia], debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente [homogeneidad, “tertium comparationis”], siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos, 53. 1 y 9. 3 de la Constitución, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las Sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975.” Con suma claridad, véase, GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, cit. en concreto, págs. 165-169.

²¹¹⁷ Se trata, pues, de la idea a la que ya se hizo referencia en el epígrafe “Límites y garantías respecto de los efectos de la necesidad” sobre el punto de partida de BLANQUER CRIADO, David, *Introducción al Derecho administrativo*, cit. pág. 267.

²¹¹⁸ GIMÉNEZ GLUCK ha llegado a afirmar en esta dirección que “En materia de constitucionalidad de la diferencia en el trato, las decisiones son principalmente políticas, aunque se revistan de un entramado jurídico justificativo de la opción política que se adopta. No es menos cierto que esto es lo que ocurre con la mayoría de las decisiones denominadas jurídicas, pero en el terreno de la igualdad esta dinámica general se hace mucho más evidente.” (Ver, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...* cit. pág. 34). “La discrecionalidad de las decisiones del Tribunal, que en general ya puede ser considerada excesiva, alcanza en la determinación de la constitucionalidad del trato desigual un grado ilimitado. No obstante, la construcción jurisprudencial sobre la justificación objetiva y razonable otorga, al menos, un marco jurídico a estas decisiones políticas” (*ibidem*, págs. 38 - 39).

d) Las usuales cláusulas específicas de no discriminación y la discriminación positiva

Por lo general, en las Constituciones europeas y en la regulación internacional relativa a los derechos y libertades se incluyen una serie de concreciones del tipo de desigualdades que se pretende eliminar: las motivadas por razón de sexo, raza, religión, opinión, origen nacional o social, lengua, edad, etc. Se describen así rasgos diferenciadores que por la experiencia de la Historia y el presente son especialmente sospechosos de motivar una discriminación. Cuando el trato diferente guarde vinculación con alguno de estos colectivos, el análisis de su admisibilidad se torna más estricto, a la vez que recae una presunción de trato discriminatorio, por lo que se invierte la carga de la prueba, es decir, es a quien establece el trato diferenciado a quien compete demostrar que no es discriminatorio²¹¹⁹. A los efectos del objeto del presente estudio, cabe manifestar que la condición profesional, como pueda serlo la del militar no se encuentra entre tales cláusulas específicas, si bien, no obstante, la no discriminación por razón de sexo se configura como constante tanto constitucional como internacionalmente. Asimismo, como se verá en su momento, la edad supone una “circunstancia personal o social” (art. 14 CE) que también merece una atención particular.

En ocasiones, la diferencia de trato se introduce conscientemente, con la intencionada finalidad de beneficiar a determinados grupos sociales, precisamente aquéllos que están en situación desfavorable respecto de la media de la población. Este fenómeno es conocido como “discriminación positiva”, que, conjuntamente con el artículo 14 CE, se encuadra en el ámbito de la aludida faceta de la igualdad material, reconocida en el artículo 9. 2º CE que obliga a los poderes públicos a

²¹¹⁹ Este útil efecto procesal pesa en general sobre quien afirma la constitucionalidad de un límite a un derecho fundamental, si bien en el caso de la igualdad, sólo recae cuando se alega una discriminación contraria a las cláusulas específicas del artículo 14 CE (“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). Al respecto, véanse las sentencias 81/1982, de 21 de diciembre, 34/1984, de 9 de marzo, 20/1985, de 14 de febrero, entre otras.

promover las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas. El mismo tiene especial virtualidad para el caso de la discriminación de la mujer y, concretamente, para el ámbito de la maternidad²¹²⁰.

B) LA DESATENCIÓN DOCTRINAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PARA ABORDAR EL PECULIAR RÉGIMEN CASTRENSE

Los valores y principios constitucionales básicos -y de entre ellos, el valor y principio de igualdad- alcanzan a todas las instituciones del Estado e, inevitablemente, a las FAS. Sin desconocer la difícil convivencia que pueda haber entre éstos y las *necesidades de la Defensa*, en modo alguno puede admitirse que la Institución militar constituya una comunidad separada regida por un ordenamiento opuesto al que rige en la sociedad en general²¹²¹. Dado que, como se ha visto, el régimen jurídico castrense resulta en buena medida diferenciado respecto del civil, en principio parece posible acudir generalmente a la exigencia de no discriminación cuando se trata de materia jurídico -militar. El diverso tratamiento jurídico conferido a los militares respecto del resto de sujetos que sirven a la Administración pública y ciudadanos en general, abre la posibilidad de preguntar si el fenómeno jurídico militar puede y debe ser abordado desde la perspectiva del principio de igualdad.

Y es que, sin perjuicio de que sea la propia Constitución la que se hace eco de la particularidad del fenómeno militar y de la defensa en no pocos aspectos, ello no exime que la diferencia de trato de la regulación jurídico militar respecto de la general deba tener una explicación suficiente desde la perspectiva de la igualdad. El especial

²¹²⁰ Al respecto, baste remitirse a la parte final de este estudio, que concretamente aborda esta materia para el seno de los Ejércitos.

²¹²¹ En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en FJ 6º de la sentencia 60/1991, de 14 de marzo, ha afirmado que “No es aceptable la visión de lo castrense como *un mundo aparte* [negación implícita de la doctrina de la “comunidad separada”], y del derecho militar, como el *ordenamiento interno* de una *institución separada* que configura una sociedad distinta, perfecta y completa”.

tratamiento jurídico de lo militar no debe implicar ni un privilegio ni una injustificada carga para los militares²¹²². Aunque la diferencia pueda quedar en general auspiciada por la propia Constitución, no debe excluirse el examen del Derecho militar bajo el principio de igualdad. Tal examen serviría para poner de manifiesto la razonabilidad en una sociedad democrática de las finalidades concretas que en cada caso tiene el diferente ordenamiento jurídico militar; del mismo modo, permitiría apreciar la congruencia o adecuación de las diferencias normativas establecidas con las finalidades seguidas y, por último, sería el medio oportuno para evaluar si la diferencia jurídica militar - civil en cada caso concreto guarda una admisible relación proporcional entre lo buscado y los medios empleados. Sin embargo, como a continuación se aprecia, hasta la fecha no ha sido llevado a cabo con profundidad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

La doctrina no ha hecho especial hincapié en esta perspectiva de la igualdad²¹²³. Quizá, a modo de excepción, es menester destacar a Jiménez Villarejo²¹²⁴ y Nevado Moreno²¹²⁵. El primero de ellos, no

²¹²² En esta dirección, señala PARADA VÁZQUEZ, Ramón, en su prólogo a la obra DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas...* cit. , págs. 9-22, en concreto en la pág. 18: "No es, pues, el Derecho militar un privilegio de los militares, sino una carga mayor y una grave limitación de sus derechos en cuanto se sujeten a un riguroso régimen disciplinario y penal, pero que está justificado porque los riesgos de la indisciplina y de comportamiento sedicioso de los portadores de armas resulta potencialmente muy peligroso para las autoridades legítimas y para los derechos y los bienes de los ciudadanos." Por su parte FERNÁNDEZ FLORES, José L. , "Los fundamentos el orden jurídico militar... cit. página 271 acaba concluyendo que lo militar no es un privilegio, sino que "En definitiva, el fundamento o los fundamentos del orden jurídico militar, desde la perspectiva militar y con los condicionamientos que el orden militar impone, es una mayor exigencia de deberes para los miembros de las FAS."

²¹²³ No se afirma, ni mucho menos, que el estatuto de derechos y libertades del militar, o su estatuto funcional no haya sido objeto de numerosos e importantes estudios, sino que en la atención a tal objeto no se ha mostrado particular atención al principio de igualdad tal y como la que aquí se propone. Respecto del estatuto de derechos fundamentales, por todos, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit.; respecto del estatuto de la función pública militar, destaca precisamente el trabajo de NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. , que es el autor que precisamente sí ha abordado la cuestión, en alguna medida, desde esta perspectiva (Ver, págs. 72, 76-77 y 89-91).

²¹²⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, José, "Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación,

duda en situar el principio de igualdad como presupuesto básico con el que atender su breve recorrido por el régimen de derechos y libertades fundamentales del militar. Nevado Moreno en su amplio estudio se detiene algo más sobre el particular. Afirma que la vigencia constitucional del principio de igualdad implica una exigencia de aproximación entre el Derecho común y el militar, no obstante, considera que todavía persiste una excepcionalidad injustificada cuya motivación no parece afectar al cumplimiento de las FAS ni a sus medios, por lo que “aún resta para afirmar que el principio de igualdad, respecto al personal militar y el resto de ciudadanos, homónimos civiles incluidos, puede ser propugnado en toda su extensión”²¹²⁶.

Cuestiona este autor tanto la general gravedad de las penas militares, asumida como una premisa no discutida²¹²⁷, así como diversas particularidades procesales todavía vigentes. Del mismo

intimidación y *habeas corpus*”, comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239, en concreto, págs. 210-212. La afirmación central del autor es la siguiente:

“El primer presupuesto a tener en cuenta es que estamos ante una excepción al principio general de igualdad que se constituye así en punto de partida y, consiguientemente, en pieza clave para la interpretación de la normativa reguladora del estatuto del militar [...] Si éste es el punto de partida, el mismo no debe ser perdido de vista en ninguna de las ocasiones en que se tropieza, en el curso del análisis del estatuto jurídico-político del militar, con excepciones al principio de igualdad en la Ley, que, como es sobradamente sabido, que está contenida en el principio de igualdad ante la Ley.” Realizada esta afirmación, el autor señala los requisitos antes esgrimidos para que un trato diferente no sea reputado discriminatorio.

²¹²⁵ Ver lo afirmado dos notas *supra*.

²¹²⁶ Ver, NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. pág. 72. La cita completa reza así:

“Hoy, en el cuerpo normativo castrense sobre la materia se asienta de manera firme sobre los principios constitucionales, existiendo una clara intención de aproximar el Derecho común y que el Derecho Militar al objeto de lograr una más óptima aplicación del principio de igualdad consagrado en la Constitución; en este sentido, es indudable el camino avanzado, pero también es cierto, como comprobaremos, que la excepcionalidad en el campo militar sigue vigente, el reviviendo limitaciones en determinados campos que no parecen afectar en principio al cumplimiento de los fines de las fuerzas armadas ni a sus medios, por lo menos que hemos de afirmar que si bien es mucho lo conseguido, aún resta para afirmar que el principio de igualdad, respecto al personal militar y el resto de ciudadanos, homónimos civiles incluidos, puede ser propugnado en toda su extensión; todo ello, lógicamente, sin menoscabo de las especialidades que dan su razón de ser a las Fuerzas, en este armadas.”

²¹²⁷ En este sentido, *ibidem* pág. 76.

modo, si bien aprecia la paulatina convergencia del estatuto funcional del militar y civil (en virtud de la “tendencia unificadora” de la Ley 17/1989, del Régimen del Militar Profesional), pone la atención en el hecho de que tal convergencia progresiva no se haya seguido respecto de las severas restricciones de los derechos y libertades fundamentales del militar, que permanecen invariables en el tiempo²¹²⁸. Respecto de algunas de ellas, Nevado expresamente pone en duda su razonabilidad, congruencia y proporcionalidad²¹²⁹.

C) CUÁNDO, CUÁNTO Y CÓMO SE HA SEGUIDO LA SINGULARIDAD DEL DERECHO MILITAR DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

a) La forzada atención al principio de igualdad en el ámbito militar por el Tribunal Constitucional. El amplio abanico de cuestiones abordado y la generalizada admisión del trato diferente

A diferencia de la escasa atención de la doctrina, el Tribunal Constitucional se ha visto forzado a atender el diferente tratamiento jurídico civil- militar desde la perspectiva del principio de igualdad. No en vano, ante la alegación de la vulneración de la igualdad por la parte recurrente, el órgano jurisdiccional quedaba obligado a abordar

²¹²⁸ Sobre la homogeneización de la función civil y militar el autor afirma que si, de un lado, se ha homogeneizado la función pública militar y la civil, aun en exceso, se ha desconocido esta tendencia unificadora, precisamente para el ámbito de los derechos fundamentales. (Ver, al respecto “El modelo de función pública militar, una reflexión sobre la Ley 17/1989, de 9 de julio, sobre régimen del personal militar profesional y normativa de desarrollo”, en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 187-262, en concreto, ver las conclusiones contenidas en las págs. 261-262).

²¹²⁹ En las págs. 90-91 se pregunta el autor, “¿realmente puede llegar a ser necesariamente indispensable para el perfecto cumplimiento de los fines de las fuerzas armadas limitar el derecho a contraer matrimonio del militar, tal y como lo establece el artículo 183 de las Reales Ordenanzas? [...] ¿Existe proporcionalidad entre el bien que se pretende proteger y la indefinición de los límites al ejercicio las libertades de expresión? No entramos, ni tan siquiera en otro tipo de derechos con los de sindicación y huelga, cuyo contenidos más conflictivo es ciertamente su ejercicio desviado pudiera menoscabar un valor fundamental del Estado, la defensa nacional pero es evidente que los presupuestos de necesidad proporcionalidad y adecuación a los fines de que han tenido en la elaboración jurídico positiva concreta del régimen estatutario del personal militar una inequívoca laxitud.”

tal perspectiva. Sin embargo, “[p]ronto el Tribunal desecharía que el principio de igualdad pudiera desempeñar un papel general para imponer la identidad de soluciones en el ámbito civil y el militar, más allá de concretos supuestos”²¹³⁰. Valga apuntar, de momento a título indicativo, que entre la treintena de autos y sentencias resueltas por el máximo intérprete en las que aborda el fenómeno jurídico militar desde la dimensión de la igualdad²¹³¹, sólo en seis ocasiones entendió que el trato diferente constituía un trato discriminatorio²¹³². Tres han sido, básicamente, los puntos de referencia alegados para la comparación del militar: el militar respecto del civil en general, de otros servidores públicos y respecto de otros militares. Las materias sobre las que recaía el trato diferente que los recurrentes estimaban discriminatorio, como a continuación se explica, no han sido pocas. Se describe a continuación lo resuelto en estas sentencias para, más tarde poder efectuar la valoración pertinente a la actuación del Tribunal.

²¹³⁰ Ver, DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. , en su introducción (págs. 23-28), en concreto en la pág. 25.

²¹³¹ La jurisprudencia constitucional analizada lo ha sido a través de la Base de datos del BOE (actualizada a 1998), en soporte CD-ROM, bajo los siguientes criterios de búsqueda: (A) resoluciones cuya *materia* sea “igualdad” o “discriminación”, resoluciones en cuyos *fundamentos* jurídicos aparezcan los vocablos “Fuerzas Armadas” o “militar” (B), obtenidos tales resultados, se han combinado, buscando la intersección de (A) y (B), de la que se desprendían 86 resoluciones. Analizadas las mismas, son, concretamente, veinte las sentencias y doce los autos en los que el Tribunal atendía de alguna manera la igualdad en el ámbito militar; téngase en cuenta que se excluyen las inadmisiones por providencia, que no se han analizado en el presente estudio.

²¹³² Así sucede en las sentencias 54/1983, de 21 de junio de 1983 y 151/1985, de 5 de noviembre, ambas versaban sobre la inembargabilidad de haberes de los militares; en las sentencias 114/1987, de 7 de julio y 116/1987, de 7 de julio, relativas al diferente trato en la concesión de prestaciones a los militares republicanos. También se reconoció discriminación en la sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, relativa a la tardía incorporación de la mujer a las FAS y, por último, en la sentencia 72/1994, de 3 de marzo, referida a la diferente aplicación de la redención de penas por trabajo a condenados de la jurisdicción militar.

b) La invocación de la igualdad del militar respecto del resto de los ciudadanos y funcionarios públicos

b. 1. La igualdad y la particular jurisdicción militar, con un procedimiento y tipos delictivos diferentes

De un lado, desde la igualdad se ha afrontado la sumisión del militar a la jurisdicción militar. En este sentido, el Tribunal ha señalado que “No puede, sin embargo, sostenerse que la existencia de límites máximos distintos en ambas jurisdicciones -común y militar- suponga, en principio, una vulneración de mencionado precepto. El principio de igualdad no supone un tratamiento legal de igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica y en el caso que nos ocupa no cabe desconocer las exigencias procesales y que la naturaleza específica de las causas sometidas a una jurisdicción cuyas particularidades se reconocen en el artículo 117. 5 de la Constitución” (auto 675/1984, de 14 de noviembre, FJ 3^o2133). En otra ocasión el Tribunal afirmó que “no queremos decir con ello que la igualdad sea un principio que nada tiene que ver con el tema del Juez ordinario y la jurisdicción militar.” (sentencia 111/1984, de 21 de diciembre, FJ 2^o2134). Ratificando la diferencia de la jurisdicción militar, el Tribunal ha añadido que “la jurisdicción militar (artículo 117. 5 de la Constitución) no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originen diferencias tanto sustantivas como procesales, que, si dispuestas en el respeto a las garantías de justiciables y del condenado previstas en Constitución, no resultaban contradictorias con su artículo 14 cuando responde a la naturaleza propia de la Institución militar [...] la organización profundamente

²¹³³ En el mismo, la parte recurrente pretendía obtener la libertad provisional al haber sobrepasado el límite máximo de esta fijado por la Ley Orgánica 7/1983, 23 de abril, (que reformaba la común Ley de Enjuiciamiento Criminal); sostenían que esta norma “ha de aplicarse por analogía a la jurisdicción castrense ya que, de otro modo, se produciría una vulneración del principio de igualdad, y se dejaría el libre arbitrio de los órganos de dicha jurisdicción la fijación de los topes máximos de la prisión provisional” (FJ 1^o).

²¹³⁴ La demandante, no militar pero relacionada con la Administración militar en la que prestaba servicios, consideraba que su causa debió conocerla la jurisdicción ordinaria.

jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el artículo 8 de la Constitución.” (Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, FJ. 2^o²¹³⁵).

Respecto de las particularidades del proceso militar, que limitaba a los condenados a más de tres años la posibilidad de recurrir en casación, el Tribunal sí reparó en su carácter discriminatorio, vinculado al derecho de defensa, afirmando que “[e]sta situación de desigualdad, que puede originar la indefensión de los acusados se opone al artículo 24 de la Constitución” (sentencia 52/1985, de 11 de abril, FJ 3^o²¹³⁶).

Por cuanto a los diferentes tipos penales aplicables a militares, a otros funcionarios o a ciudadanos en general, el Tribunal ha tenido la oportunidad de estimar, por ejemplo, que los “fraudes” militares y las “estafas” civiles no se pueden comparar “pues ni los elementos del tipo obedecen a una misma idea de protección penal, ni los bienes a los que se ordena esta protección penal son coincidentes” (auto 403/1984, de 27 de junio, FJ único²¹³⁷). En otra ocasión señaló que “los miembros de la Institución militar, a la que la Constitución, en su art. 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su

²¹³⁵ En esta ocasión, se alegaba el principio de igualdad por un ex militar condenado al que se le denegó el beneficio de la suspensión condicional de la condena dispuesto en el artículo 245 del antiguo Código de Justicia Militar para los condenados no militares, esta exclusión, para el recurrente no podía justificarse en abstracto apelando a las peculiaridades y exigencias propias de la Institución militar.

²¹³⁶ Esta limitación se preveía en el antiguo artículo 13 Código de Justicia Militar, que había sido declarado inconstitucional por la sentencia 76/1982, de 14 de diciembre, que en esta sentencia se reitera.

²¹³⁷ El recurrente era un Teniente Coronel condenado por fraude (por ocasionar un desgaste de material de 500 ptas.) y depósito de armas. El sujeto, en servicio, con material militar y utilizando a varios soldados, fabricó unos bolígrafos - pistola.

justificación en las exigencias de la organización militar en los términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 2.º, (Sentencia 107/1986, de 24 de julio, FJ 6^o²¹³⁸).

b. 2. La especial invocación de la igualdad respecto del diferente tratamiento punitivo a los militares

Quizá, el aspecto que mayor atención ha tenido desde la perspectiva de la igualdad ha sido el diferente sistema de penas civil y militar. En este sentido el Tribunal ha negado continuamente carácter discriminatorio de no pocas particularidades militares, a saber:

-el plazo máximo más amplio de la libertad provisional militar, respecto del cual el Tribunal estima que no tiene por qué ser fijado por una sola ley el “plazo máximo” del que habla el artículo 17. 1 CE, y que no es necesaria la aplicación para el ámbito castrense de la Ley de Enjuiciamiento Criminal común, ni necesariamente ésta debe ser supletoria (auto 675/1984, de 14 de noviembre, FJ 3º).

-También ha considerado que “la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos [artículo 245 del antiguo Código de Justicia Militar] se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para con el condenado, a aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin así procurado por la norma, y la delimitación personal que al mismo se liga, no aparece desprovisto de razón suficiente, no siendo apreciable, por ello, la discriminación que se dice producida con aplicación de esta norma y debiéndose, así,

²¹³⁸ Esta resolución es relativa a la imposición de la pena accesoria de separación y prevista en el código de justicia militar para oficiales y suboficiales, como consecuencia de la imposición de la pena por la comisión de un delito de estafa.

denegar el amparo impetrado por esta motivación.” (Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, FJ. 2º).

-Respecto de la pena accesoria de separación del servicio (no establecida en el Código penal general), el Tribunal consideró que “no se deduce en forma alguna que la imposición al recurrente de la pena prevista en el artículo mencionado del Código de Justicia Militar, y que supone un plus de punibilidad respecto a la aplicable, en caso de delito de estafa, a aquellos ciudadanos no integrados en las FAS, resultara discriminatoria o desproporcionada, por no guardar relación con la protección de servicio de la Institución militar, y con la salvaguardia del cumplimiento de las funciones encomendadas a ésta [...] en consecuencia, no procede considerar que se haya producido discriminación por la imposición de una pena que responde a la finalidad de garantizar el buen servicio de las Fuerzas Armadas y, por ende, el mejor cumplimiento de los fines a éstas encomendados. Por todo lo cual no resulta necesario cuestionar la constitucionalidad del precepto en virtud del cual dicha pena es impuesta.” (sentencia107/1986, de 24 de julio, FJ 7º).

-Por cuanto a la inexistencia de la remisión condicional en el ámbito militar (esto es, el no cumplimiento de la privación de libertad cuando la condena no rebasa cierta entidad), esta diferencia bien podía ser entendida como una discriminación entre penados militares y penados ordinarios, el Tribunal negó esta solución alegando el carácter facultativo de aplicación de la remisión condicional civil y por falta de idoneidad de los términos de comparación (auto 463/1987, de 22 de abril, FJ 1º).

-También admitió el Tribunal la negación de la libertad provisional con fianza para el ámbito militar (art. 234 Ley Procesal Militar) a diferencia de la general Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez más, el Tribunal considera que esta diferencia va dirigida “a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para el preso, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión

del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin, así procurado por la norma, no está, pues, desprovisto de razón, por lo que la discriminación alegada carece de fundamento, máxime si se tiene en cuenta que la legislación procesal militar cuenta, como figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria, con la prisión atenuada (arts. 225 a 229 de la L. P. M.), que permite dar un tratamiento constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, a los supuestos en que, en la jurisdicción común, pudiera aplicarse la fianza." (Sentencia 14/1996, de 29 de enero, FJ 2º).

b. 3. La igualdad ante el diferente status político del militar

En alguna ocasión se planteó desde la perspectiva de la igualdad el diferente alcance de la libertad de expresión del militar, no obstante para el caso concreto el Tribunal consideró que "no existe término de comparación en virtud del cual pueda apreciarse que el mismo artículo, publicado por un ciudadano que no hubiera la condición de militar no hubiera sido objeto de actuación alguna" (auto 303/1984, de 23 de mayo, FJ 2º).

Con mayor entidad se resolvió respecto de la excedencia forzosa exigida para el desempeño de cargos públicos por militares. Podía entenderse que tal baja forzosa suponía un obstáculo al igual acceso a los cargos públicos (art. 23. 2º CE), a la vez que se alegaba como discriminatoria la mayor facilidad que tenían los funcionarios civiles para acceder a la vida política. En contra de estos razonamientos, el Tribunal recuerda que para acceder a cargos públicos la ley bien puede establecer requisitos como lo es la baja voluntaria, además de señalar que "el Real Decreto-ley 10/1977, ha establecido un conjunto de normas cuya finalidad es impedir a los miembros de las Fuerzas Armadas desarrollar una actividad política, y estas normas suponen, evidentemente, una diferencia entre los militares y los funcionarios civiles. Pero como reiteradamente ha dicho este Tribunal, no toda

desigualdad de trato supone una discriminación, y en este caso la diferente posición en el Estado de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los funcionarios civiles explica esta desigualdad [...] La fundada desigualdad de las situaciones iniciales justifica asimismo la desigualdad de sus consecuencias establecidas por el legislador en la forma que ha estimado más oportuna”, “basta con recordar la ya aludida situación peculiar que los miembros de las Fuerzas Armadas ocupan en el Estado para señalar que se la discriminación de trato no se produce respecto a los funcionarios civiles, con menos razón, si cabe, puede invocarse respecto a los trabajadores en general.” (Sentencia 77/1988, de 26 de abril de 1988, FFJJ 2º, 4º y 5º²¹³⁹).

b. 4. La igualdad y el diferente régimen laboral del militar

Respecto de la diferente situación laboral de trabajadores civiles, funcionarios y militares, el Tribunal ha considerado en general que “En términos generales no son susceptibles de contraste a la luz del art. 14 CE los regímenes propios de los funcionarios militares con los civiles, ni tampoco el de los funcionarios con trabajadores laborales (sentencias 40/1989, fundamento jurídico 4. y 56/1988, fundamento jurídico 3.)” (auto 276/1992, de 15 de septiembre, FJ 4º).

Resulta de interés el auto 1161/1987, de 26 de octubre, en el que no se aborda el específico estatuto laboral del militar, sino del funcionario civil en establecimientos militares; no obstante lo cual, se puede seguir cierto paralelismo para apreciar algunas justificaciones que establece el Tribunal sobre el distinto régimen laboral del militar respecto de los trabajadores civiles en general²¹⁴⁰. El máximo intérprete

²¹³⁹ Sentencia 77/1988, de 26 de abril de 1988, relativa a una reclamación de haberes pasivos por quien, antes del avenimiento de la democracia, pasó a la situación de supernumerario con ocasión de desempeñar diversos cargos públicos en la Administración civil y, más tarde, a la situación de retiro. La autoridad militar le denegó los haberes pasivos por la voluntariedad de sus situaciones y la no satisfacción de los años de servicio precisos.

²¹⁴⁰ Se hacía referencia al hecho de que los cambios en la jornada y horario de trabajo en la relación militar se establezcan por la autoridad militar, sin necesidad de la aceptación por los representantes de los trabajadores, como dispone el Estatuto de los trabajadores (como es sabido, representación inexistente hasta ahora en la función militar).

recordaba que “no son equiparables o sustancialmente idénticas las situaciones de los trabajadores en general, de un lado, y de los trabajadores de establecimientos militares, de otro. Como al legislador no pasó inadvertido, este último personal puede requerir un régimen específico en atención a los intereses de la defensa nacional (Disposición final séptima del E. T.) que están comprometidos en las tareas, funciones o labores que desarrolla toda clase de personal en establecimientos militares [...] Resulta adecuado o proporcional a estas exigencias de la defensa nacional que, respecto a las modificaciones de condiciones de trabajo, la autoridad militar cuente con la facultad, no discrecional ni arbitraria, sino reglada [...] de decidir si concurren razones técnicas, organizativas y productivas que las justifiquen, sin necesidad de someter su aprobación a los representantes de los trabajadores ni a otros órganos de la Administración. La minoración de facultades de los representantes de los trabajadores o de la autoridad laboral aparece como razonable y justificada por exigencias que nada tienen de inconstitucionales.” (FJ 2º).

b. 5. El fin del privilegio de la inembargabilidad de haberes del militar a través del principio de igualdad

El Tribunal sí que entendió en dos ocasiones el carácter discriminatorio del antiguo privilegio de que gozaban los militares, como lo era la inembargabilidad de haberes de los mismos como consecuencia de deudas alimenticias y civiles (antiguo Código de Justicia Militar en sus artículos 707. 2º en relación con el 709). Primero por cuanto a las pensiones alimenticias, entendió que la limitación del embargo al militar suponía la discriminación de las esposas de militares frente a las de funcionarios o empleados civiles, puesto que las primeras veían reducida su pensión alimenticia a la cuarta parte como máximo, frente a las otras, que no tenían tal límite. El Alto Tribunal estimó que la independencia económica del militar para mantener dignamente su status no justificaba este trato diferente, pues

“esta independencia debía ser reconocida también a los no militares”, asimismo advertía que “las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquél ámbito [el “estrictamente castrense”]”. (Sentencia 54/1983, de 21 de junio de 1983, FJ 4º).

En la segunda ocasión, relativa a la inembargabilidad respecto de las deudas civiles, el Alto Tribunal afirmaba que “surge una discriminación de los que contratan con militares en cuanto a la eventual satisfacción, por la vía del embargo de haberes, de las responsabilidades económicas en que hayan incurrido aquellos” con lo que se “[v]iene a colocar a un conjunto de personas -los militares- en una situación no justificada de ventaja en comparación con el resto de ciudadanos; situación que a su vez coloca en una posición de desventaja a los que con ellos contratar en comparación con los que contratan con otros.” (Sentencia 151/1985, de 5 de noviembre, FFJJ 5º y 6º).

b. 6. La igualdad como criterio de resolución en la cuestión política de los militares republicanos y la legislación de amnistía

Las cuestiones relacionadas con las pensiones de los militares republicanos y la legislación de amnistía, suscitaron no pocas resoluciones del Alto Tribunal desde el principio de igualdad²¹⁴¹. Se trataba del diferente trato que recibían los militares republicanos en sus retiros y pensiones, tanto respecto de los funcionarios del bando republicano civiles cuanto de los militares del Ejército “nacional”. En este sentido, se cuestionaban los efectos de la diversa legislación de amnistía. Claro está, en los concretos problemas planteados subyacía una importante carga política y emocional, tanto en el seno de las FAS como en el resto de la sociedad. En todas estas resoluciones, la aplicación del principio de igualdad adquirió un peso sustancial.

²¹⁴¹ El *iter* jurisprudencial puede seguirse de forma sencilla en la sentencia 345/1993, de 2 de noviembre (FFJJ 4º y 5º).

En los primeros momentos, el Tribunal entendió que la legislación de amnistía sí que podía ser cuestionada ante su jurisdicción bajo el criterio de igualdad. Así, señalaba que “La lesión a lo que él considera exigencia de la igualdad sólo sería imputable, si existiese, a la legislación sobre amnistía que no ha sido cuestionada en el presente recurso, aunque como es obvio, hubiera podido serlo, pues esta legislación sí debe ajustarse a los principios constitucionales y, entre ellos, al principio de igualdad.” (sentencia 28/1982, de 26 de mayo, FJ 2^o²¹⁴²). Por cuanto a la materia de las pensiones de los militares republicanos, en principio y en diversas resoluciones, el Tribunal se desentendió del diferente tratamiento post-bélico a los militares republicanos o a los del Ejército “nacional”. El Tribunal no dudaba en afirmar que “es evidente que tal trato de favor, consustancial por lo demás a un régimen político basado sobre una victoria militar, sí existió en relación con el caso presente, como se desprende de las afirmaciones del recurrente y del ministerio fiscal, se llegó a cabo al margen de la legalidad. Ahora bien, el principio de igualdad ante la ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede ciertamente llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio sancionatorio, pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la ley”, (sentencia 43/1982, de 6 de julio, FJ 2^o²¹⁴³).

²¹⁴² El recurrente no alegó la legislación de amnistía en su caso. Se trataba de quien se incorporó al Ejército en el bando republicano, llegando a sargento y posteriormente exiliado en Francia e internado un campo de concentración. Al mismo le había sido denegada su solicitud de “cuantos derechos pudieran corresponderle de acuerdo con su situación y edad y en condiciones de igualdad con los demás miembros de las actuales Fuerzas Armadas”.

²¹⁴³ El recurrente, miembro de la policía armada del bando Republicano, pasó al retiro a los cincuenta y un años cuando la normativa de “quienes se habían rebelado contra la República” era más favorable, y la establecía a los cincuenta y ocho. Ante un supuesto diferente, también se desentendió el Tribunal Constitucional en el auto 203/1983, de 4 de mayo, en la que el recurrente alega el principio de igualdad frente a las resoluciones relativas a sus haberes pasivos, en relación con los militares que prestaron su servicio durante la guerra, a quienes se les reconocía un mayor porcentaje del sueldo. No obstante, el Tribunal desestima el recurso porque “los supuestos de hecho no son coincidentes”. (FJ único). Lo mismo puede afirmarse de la sentencia 24/1984, de 18 de enero, en la que también se alegaba infracción del principio de igualdad en relación con la percepción del sueldo para los militares republicanos.

Los primeros pasos se dieron en relación con los efectos retributivos y de reincorporación al servicio de la normativa de amnistía; el Tribunal, si bien no reconoció el amparo a la Asociación de Aviadores de la República, adelantaba la dirección de decisiones futuras. En este sentido afirmaba que “entre la función pública civil y la integrada en las Fuerzas Armadas concurren elementos diferenciadores que podrán reclamar módulos distintos en algunos de los efectos reintegrantes que son propios de la legislación que es común designar por referencia a la rúbrica de la amnistía”, sin embargo señalaba que “si dejamos a un lado la reincorporación al servicio activo, que es donde pudieran proyectarse esos elementos diferenciales [...] las situaciones desde las facetas de preterir todo efecto punitivo y desechar la incorporación activa, se presentan como afines, y, desde luego, desde la razón a que obedece la amnistía, como iguales, sin que el elemento “civil” o el elemento “militar”, actúe como diferenciador”. No obstante, el Tribunal entendió que “sólo mediante la ley podrán tener respuestas las justas pretensiones de los demandantes [...] el principio de igualdad [...] Ha de inspirar el otorgamiento de la amnistía a los militares, en la línea de la concedida a los funcionarios civiles sin otras especificaciones que la requeridas por la singularidad de las Fuerzas Armadas” (sentencia 63/1983, de 20 de julio, FFJJ 3º y 5º).

Había que esperar, pues, a la decisión del Legislativo socialista al respecto, que fue la Ley 37/1984, de 22 de octubre, que pretendía resarcir a los militares profesionales de la República respecto de los funcionarios civiles como consecuencia de las diferencias de la anterior legislación de amnistía. Se cuestionó la constitucionalidad de esta norma y el Tribunal estimó la discriminación tanto en relación con los funcionarios civiles, cuanto entre los propios militares, puesto que la norma distinguía dos grupos, quienes hubieran ingresado en el

Sin embargo, el Tribunal consideró que el demandante no entraba en ninguno de los presupuestos normativos y que pese a que como señala el recurrente se ha aplicado la normativa a otros individuos en situación, de nuevo el Tribunal advierte que “la Constitución garantiza la igualdad ante la ley, pero no contra ella.” (FJ 2º).

Ejército Republicano antes o después del 18 de julio de 1936. Ello suponía valorar exclusivamente un dato cronológico, sin tener en cuenta otras circunstancias objetivas que acrediten la profesionalidad de unos y otros, puesto que “la profesionalidad ha de derivarse de la legalidad objetiva vigente en cada momento y no de un mero dato temporal.” (FJ 7º). Así, el juzgador concluía que era la “igualdad entre unos y otros funcionarios, que comporta el derecho a no sufrir discriminaciones o diferencias de trato desprovistas de motivos objetivos y razonables, la que ha sido desconocida y lesionada por la Ley 37/1984 [...] Esta limitación es en sí misma una discriminación respecto de los funcionarios civiles de la República y provoca además, dentro del colectivo militar, una injustificada diferencia en el trato dispensado a los militares profesionales que obtuvieron sus empleos efectivos y definitivos después de aquella fecha.” (Sentencia 116/1987, de 7 de julio, FFJJ 7º y 9º). El mismo día, en la importante sentencia 114/1987, de 7 de julio²¹⁴⁴, el Tribunal reconocía la discriminación que suponía una normativa de la Segunda República que exigía al militar observar una “buena conducta” como requisito para reconocer los derechos de una pensión. El juez de constitucionalidad consideró que si bien se puede exigir tal buena conducta específicamente a los militares, la misma no podía exigirse para el nacimiento del derecho a pensión.

Sin embargo, el paso decisivo respecto del régimen de los funcionarios de la República se dio con la Sentencia 204/1988, de 7 de noviembre²¹⁴⁵. Si en ocasiones anteriores había desestimado la

²¹⁴⁴ Relativa a la admisibilidad del art. 5 de la Ley de 13 de mayo de 1932, sobre Servicio Militar de Voluntarios en Marruecos, según el cual, para que tales voluntarios tuvieran derecho a pensión de retiro «será condición precisa haber observado buena conducta y contar, por lo menos, doce años de servicio, servidos día por día en Africa».

²¹⁴⁵ En esta ocasión, no obstante, no se trataba de un militar, sino que era la viuda de un funcionario civil muerto por su adhesión al Gobierno republicano quien reclamaba una pensión semejante a la que cobran las viudas de los heridos al Alzamiento Militar de julio de 1936, pensión reconocida por la Ley de 11 de julio de 1941. Según esta norma, la pensión podía percibirse si la muerte había sobrevenido por ser ejecutado o detenido por combatir o alzarse por el Movimiento (supuesto 1), por morir combatiendo contra los “marxistas” (supuesto 2), o por último, por negarse a prestar sus servicios a los “rojos” (supuesto 3).

posibilidad de entrar a valorar el diferente trato a vencedores y vencidos tras la guerra, en esta sentencia el Tribunal sí analizó situaciones concretas que seguían teniendo efectos en la actualidad, pues: “ni la Constitución ni la LOTC exceptúan de su jurisdicción las vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas por la Guerra Civil, siempre que esas vulneraciones puedan servir de fundamento a un recurso de amparo o a cualquier otro tipo de proceso constitucional” (FJ 4º) y así entendió que sucedía en tanto que la norma diferenciadora seguía formalmente vigente y podían darse situaciones en las que se aplicase materialmente respecto del reconocimiento de pensiones. Ya sobre el fondo, el Tribunal aseveró que “existe así actualmente una desigualdad con relevancia jurídica y no de mero hecho entre la situación de la recurrente y la de las viudas de quiénes en iguales circunstancias fueron víctimas de su adhesión al Alzamiento Militar, pocas dudas puede haber de que esa discriminación está prohibida por la Constitución, no sólo por la cláusula general del art. 14, sino por su referencia específica a la discriminación por razón de «opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal», como es la de ser viuda de esposo ejecutado en una zona frente a las viudas de esposos ejecutados en la otra. [...] La disconformidad con el art. 14 de la Constitución surge al no reconocerse que otras víctimas de la misma Guerra, muertas en análogas circunstancias, no causen también el mismo tipo de pensiones.” (FJ 5º).

b. 7. La igualdad ante las diferencias salariales y estatutarias entre el funcionario militar y otras categorías de servidores públicos

La remuneración de unos y otros servidores públicos ha sido objeto de atención por el Tribunal, quien negó la posible identidad de salarios pese a la similitud con situaciones funcionariales (actividad, reserva activa) y de titulación y destino de funcionarios civiles y militares, pues no consideraba válidos tales elementos para efectuar la

evaluación de las diferentes retribuciones básicas de unos y otros (auto 58/1983, de 16 de febrero, FJ 4^o²¹⁴⁶).

En este sentido, mayor importancia tiene la sentencia 236/1994, de 20 de julio, en la que consideró el Tribunal que “ni la Guardia Civil forma parte de las Fuerzas Armadas ni, en consecuencia, sus miembros pertenecen a las mismas.” (FJ 3^o) “la pretensión del demandante de equiparar a efectos de grupo de clasificación y nivel de complemento de destino a los Subtenientes de la Guardia Civil con los de las Fuerzas Armadas no puede venir amparada por el derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE , puesto que se trata de empleos pertenecientes a Cuerpos o categorías funcionariales configurados como estructuras diferenciadas y definidas con características propias, que tienen encomendadas funciones diferentes y que prestan sus servicios bajo un distinto régimen de dependencia orgánica y, por ende, en circunstancias parcialmente diversas, sin que, al no existir un criterio jurídico igualitario del régimen de retribuciones entre unos y otros funcionarios, sea posible considerarlos en situación jurídica idéntica desde el plano del principio de igualdad.” (FJ 5^o).

En otra ocasión, fue un colectivo de médicos del servicio público civil el que alegaba la discriminación que sufrían respecto de los Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios Militares, en tanto que a éstos últimos no les perjudicaba la normativa militar de incompatibilidades, permitiendo lo que a ellos se prohibía. No obstante, el Alto Tribunal consideró que no podía prosperar el argumento “por tratarse de colectivos funcionariales distintos - personal de la Administración Civil, en el primer caso; de la Administración militar, en el segundo- la discriminación normativa que pueda haber es razonable, al no poderse homologar unas y otras

²¹⁴⁶ Los demandantes de amparo pedían que al personal militar en situación de “Servicios Civiles” y a los que están en “Expectativa de Servicios Civiles” se les equiparasen sus derechos retributivos básicos en paridad a los de “Servicios Civiles” del Cuerpo Técnico de Administración Civil del Estado, o con los militares en servicio activo, y para los que están en “Expectativa de Servicios Civiles”, con los “militares en Reserva activa”.

situaciones jurídicas, que responden a características diferentes por el ámbito funcional a que se refieren.” (Sentencia 40/1989, de 16 de febrero, FJ 4º).

Respecto del servicio militar, el Defensor del Pueblo acusaba de vulnerar el contenido esencial de la igualdad a la normativa reguladora, que establecía una duración mayor (desde un 50% al doble) para la prestación social sustitutoria respecto del servicio militar²¹⁴⁷. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que “aquellos supuestos de que se parte -servicio militar, prestación civil sustitutoria- no son similares, ni cabe equiparar la «penosidad» de uno y otro, ni tampoco olvidar que la prestación sustitutoria constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra” (sentencia 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5º). También se ha esgrimido la igualdad por el llamado a filas para solicitar un aspecto puntual del régimen de quienes realizan la prestación social sustitutoria (la reducción del tiempo de servicio). En contra, el Alto Tribunal afirmó que “no son términos de comparación adecuados el tratamiento que reciben a estos efectos los que disfrutaban de otras clases de prórrogas, ni los objetores de conciencia, con una regulación específica” (auto 38/1992, de 10 de febrero, FJ 2º).

c) Las demandas de igualdad en el seno de la propia Institución militar

La igualdad no sólo se ha exigido cuando la referencia comparativa era la ciudadanía general o el resto del funcionariado público; el principio de igualdad también se ha alegado, respecto de

²¹⁴⁷ Mientras el servicio militar tuvo una duración general de doce meses, la ley habilitaba al Gobierno para fijar un período de dieciocho a veinticuatro meses, quedando fijada por éste en los dieciocho meses. Con el establecimiento del servicio militar con duración general de nueve meses, respecto de la prestación social las posibilidades iban de los doce a los dieciocho meses, fijándose, hasta el año 1998, en trece meses la duración de la misma; desde este año 1998 la prestación social tiene fijado un período de nueve meses.

los mismos componentes y organización interna de las FAS. En este orden, el Tribunal Constitucional ha abordado la admisibilidad de medidas diferentes sobre los distintos Ejércitos, así señalaría que “no puede predicarse infracción del principio de igualdad porque en el Ejército del Aire la situación no sea idéntica a la de los Ejércitos de Mar y Tierra”²¹⁴⁸. También, el Tribunal ha admitido la atribución de disposiciones diversas en razón del Cuerpo, Arma o empleo particular, en tanto “posee[n] características propias, suficientes para justificar razonablemente un tratamiento acorde con esas peculiaridades.”²¹⁴⁹. En este sentido, parece que ha llegado a corroborar la existencia de un diferente honor militar exigible para cada Cuerpo, Arma o Ejército de que se trate²¹⁵⁰.

²¹⁴⁸ Así lo afirmó en el auto 850/1987, de 1 de julio, donde el actor consideraba infringido el principio de igualdad porque en los Ejércitos de Tierra y Mar los componentes de la Escala de Complemento podían ascender hasta el empleo de Comandante mientras que en el Ejército del Aire no podía obtenerse ni el de Capitán. El Tribunal no dudó en afirmar que “no puede predicarse infracción del principio de igualdad porque en el Ejército del Aire la situación no sea idéntica a la de los Ejércitos de Mar y Tierra. Dicha desigualdad aparente tiene una fundamentación objetiva y razonable. Objetiva porque [...] la propia normativa [...] supedita la obtención de dicha progresión en la carrera militar a ciertos requisitos, y razonable, porque las necesidades de los Ejércitos de Mar y Tierra no tienen por qué ser necesariamente idénticas a las del Aire”. (FJ 2º).

²¹⁴⁹ Auto 71/1987, de 21 de enero, relativo a la exclusión de los Capitanes del Arma de Ingenieros para la provisión de vacantes de cualquier Arma. En tal ocasión el máximo intérprete consideró que “el Arma de Ingenieros constituye un Arma del Ejército distinta y especializada respecto de las demás y que, dentro de la estructura militar y de la defensa nacional, posee características propias, suficientes para justificar razonablemente un tratamiento acorde con esas peculiaridades. La situación, pues, tanto del Arma como de los Capitanes en ella integrados, no es la misma que la de los otros Capitanes, y en ese sentido los servicios y destinos son diferenciados, desde luego justificadamente por la materia y competencia del Arma distinta [...] la arbitrariedad quedaba excluida en atención a las necesidades del servicio y a las existencias deficitarias de Capitanes de Ingenieros para cubrir las vacantes específicas del Arma, aparte de la especificidad antes aludida.” (FJ 2º).

²¹⁵⁰ Así en la importante sentencia 151/1997, de 29 de octubre, (capitán expulsado por Tribunal de Honor, por consentir el adulterio de su esposa, de la cual estaba separado) FJ 5º “no cabe negar de entrada la posibilidad de que en el supuesto aquí enjuiciado la realización de conductas deshonorosas 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 [...] 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”.

Del mismo modo, el Tribunal ha justificado la aplicación de regímenes diversos a las diferentes escalas y situaciones administrativas del militar. Así, por cuanto a las primeras, señaló que no era discriminatoria la integración de las escalas especiales en las escalas medias, básicamente, porque “Tratándose de cuerpos de funcionarios, como estructuras de creación legal, el legislador tiene un margen amplio de disponibilidad, consecuente con las diferencias de régimen introducidas, sin que corresponda a este Tribunal valorar la oportunidad de la opción escogida una vez que se constate el respeto a los principios y derechos constitucionalmente consagrados.” (auto 238/1994, de 20 de julio, FJ 1^o²¹⁵¹). En relación con las diferentes situaciones administrativas del militar, el máximo intérprete de la Constitución justificó la diferente posibilidad de mantener la vivienda militar hasta la edad del retiro o hasta la muerte según se tratase de militares retirados o en activo y, de entre estos últimos, según el tiempo que les restara para el retiro o su situación de reserva transitoria²¹⁵². Por el contrario, sí consideró discriminatoria la distinta aplicación de la redención de penas por trabajo, según la condena impuesta fuera o no compatible con su permanencia en el Ejército. En

²¹⁵¹ Diversos militares que provenían de las Escalas especiales entendían discriminatorio el régimen de integración de las FAS, tras la Ley 17/1989, en tanto se consideraba que según su grado educativo a ellos les correspondía integrarse en la Escala superior.

²¹⁵² El principio de igualdad se trajo a colación, de una parte, por cuanto se afectaban las expectativas de derechos de militares sobre las viviendas. En este sentido, cabe señalar que no se trataba de derechos en sí, sino de expectativas, y por ello el Tribunal recuerda que “el art. 14 CE no otorga un derecho fundamental a la igualdad cronológica, no incorpora una proscripción de los perjuicios ocasionados por los cambios legislativos [...] La Ley puede lícitamente modificar los derechos y obligaciones inherentes al estatuto de los funcionarios públicos, sin que el art. 14 permita hablar, como se hace en la demanda, de derechos adquiridos o consolidados”.

No obstante, lo que fundamentalmente se discutía era la admisibilidad del régimen establecido en las disposiciones transitorias. Tal regulación implicaba que quienes se encontrasen en situación de reserva, segunda reserva, o retiro forzoso por edad o por incapacidad física podrían mantener el uso de la vivienda militar hasta su muerte, por el contrario, esta posibilidad no la ostentaban quienes se encontraban en servicio activo a falta de más de seis o catorce años de su pase al retiro o la reserva, con un plazo más estricto de cinco años para quienes disfrutaban de la situación de reserva transitoria. Todos ellos, cuando llegara el retiro se veían obligados a desalojar la vivienda.

esta ocasión, el Tribunal, sin desconocer las exigencias que impone la disciplina castrense en el Derecho penitenciario militar, entendió que aquella distinción no era congruente con aquellos fines que se decía preservar²¹⁵³. Igualmente, se estudió la posible discriminación del diverso tratamiento basado en las distintas creencias religiosas, se trataba de la prestación de asistencia religiosa católica a los miembros de las FAS. En aquélla ocasión se afirmó que “tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos pueden reclamar fundadamente” (Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, FJ 4º).

Por último, se ha acudido al principio de igualdad dentro de los Ejércitos por cuanto se refiere a cuestiones diversas como ascensos²¹⁵⁴, recompensas²¹⁵⁵ o reconocimiento de pensiones²¹⁵⁶. En estos casos se

²¹⁵³ Así afirmaba que “la disciplina y jerarquía castrenses, como valores relevantes por la propia naturaleza y funciones de la Institución militar, ya han sido apreciadas por el legislador desde el momento mismo en que articuló una más drástica respuesta a delitos que, por cometerse en el ámbito militar o en estrecha conexión con él, puedan ponerlas en peligro, aparejando a estos delitos la pena de separación del servicio. Teniendo esto en cuenta, no resulta aceptable el vínculo entre la exclusión del beneficio considerado y los valores a los que se dice que sirve [...] la norma cuestionada ha implantado una exclusión a la generalidad del beneficio penitenciario que no se relaciona de forma directa y proporcionada con la finalidad de salvaguardia de los valores inherentes a la disciplina castrense” (Sentencia 72/1994, de 3 de marzo, FJ 6º).

²¹⁵⁴ Así, respecto de los ascensos, en la sentencia 34/1981, de 1 de abril, se alegaba la falta de igualdad al denegarse el ascenso a Comandante del Capitán recurrente respecto de otros sí ascendidos con los que éste entendía igualdad de situación para ello. El Tribunal (FJ 4º) contradice la igualdad de las situaciones alegadas, advirtiendo que había una “falta de equivalencia que no supone discriminación sino diferenciación entre situaciones objetivamente distintas a efectos de ascensos dentro de la carrera militar.” En el auto 18/1986, de 15 de enero, relativo a la negación de la ascenso a General del recurrente, el Tribunal niega discriminación alguna, pues considera que es la ley la que establece las condiciones para tal tipo de ascensos, requisitos que no reunía el demandante (FJ 3º).

²¹⁵⁵ En el auto 422/1983, de 28 de septiembre, relativo a la reclamación de una recompensa militar por parte de un militar, que se veía discriminado respecto de dos compañeros de armas que, a su juicio, gozaban de idénticas condiciones el profesionales que él, el Tribunal recuerda que la equiparación que puede solicitar el ciudadano “es en la legalidad y no fuera de ella, ya que el principio de igualdad resulta exclusivamente invocable y defendible ante situaciones conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca para alcanzar ilegales efectos por vía asimilativo, como si existiera un derecho a ser tratados con igual

trataba de la alegación usual de la igualdad sin que revistiesen las connotaciones propias del fenómeno militar.

D) UNA IMPRESCINDIBLE VALORACIÓN: LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL, SALVO EXCEPCIONES, HA SIDO ERRANTE, FALTA DE CELO Y DEFECTUOSA

Como se ha tenido oportunidad de constatar, no han sido escasas las ocasiones y las parcelas sobre las que el Tribunal Constitucional ha emitido su valoración de la diferenciación militar desde la perspectiva de la igualdad. No obstante, como se dijo, tal perspectiva le venía impuesta al Tribunal ante la alegación de las partes. De ahí que, no extrañe el reducido número de ocasiones en las que se considera el trato como discriminatorio. Sin embargo, *más que el sentido de la decisión, resulta más importante apreciar el poco celo que ha puesto el Tribunal Constitucional en enfocar la materia desde esta perspectiva.* Puede afirmarse que, en la mayoría de los casos, dado que el máximo intérprete quedaba forzado a analizar desde la perspectiva de la igualdad el trato diferente, lo hacía con el menor énfasis posible, por lo que pueden percibirse no pocas deficiencias en sus razonamientos. Para ello cabe recordar que la evaluación del carácter discriminatorio de un trato diferente requiere analizar si los términos de comparación eran idóneos y, de así ser, se pasa a apreciar si se da una finalidad razonable, así como la congruencia y proporcionalidad del trato

vulneración de la norma" (FJ 1º), ello es así porque las recompensas de los compañeros del demandante habían sido otorgadas saltándose la normativa entonces vigente.

²¹⁵⁶ Auto 494/1985, 17 de julio, el militar recurrente alega el artículo 14 CE respecto de la negación de una pensión por mutilación, por no haberse seguido el mismo criterio que respecto a las recompensas militares. El Tribunal, FJ 3º, advierte que "se trata de pensiones de distinta naturaleza, que responden a situaciones no equiparables [...] Es al legislador a quien corresponde valorar las respectivas situaciones y determinar los derechos y beneficios que de ella se derivan, entre ellos los correspondientes pensiones, que en la forma que considere conveniente, teniendo en cuenta la finalidad que se persigue."

diferente. Sin embargo, entre las resoluciones estudiadas, son excepcionales las ocasiones en las que se sigue este test²¹⁵⁷.

a) El Tribunal, lacónicamente y sin continuidad de criterio, pone fin al examen de igualdad afirmando que las diferencias alegadas no son comparables

De una parte, se observa que en no pocas resoluciones se señala la falta de idoneidad de los términos de comparación con lo cual concluye la necesidad de explicar la razonable finalidad, congruencia y proporcionalidad. Ello sería aceptable si no fuese porque tal carencia del llamado *tertium comparationis* queda lacónicamente expresada sin razonarla suficientemente²¹⁵⁸. Pero lo que es más, *lo que no es comparable para el Tribunal en unos supuestos, en otros sí parece serlo*²¹⁵⁹. *Son, por el contrario, excepcionales las ocasiones en las que el Tribunal sí que entra a explicar con detalle porqué no existe la posibilidad de efectuar la comparación*²¹⁶⁰. Pero además, como se expone a continuación, en las

²¹⁵⁷ Un buen ejemplo general de la aplicación completa del escrutinio de la igualdad se sigue en el auto 1161/1987 (trabajadores civiles en recintos militares), en el que el Tribunal opera una aceptable motivación, muy superior a la contenida en otras alegaciones de igualdad (con la que se puede estar o no de acuerdo, como es natural). Así, analiza sistemáticamente la posibilidad de efectuar la comparación, la finalidad de la medida y su congruencia y proporcionalidad. (ver FJ 2º).

²¹⁵⁸ De este modo sucede en el auto 58/1983, de 16 de febrero de 1983 (sobre diferentes retribuciones por situación funcional). O en el auto 303/1984, de 23 de mayo, sobre el diferente régimen de libertad de expresión. Auto 403/1984, de 27 de junio, (diferentes tipos penales de "fraudes" y "estafas". Auto 494/1985, de 17 de julio, (negación de una pensión por mutilación). También en el auto 463/1987, de 22 de abril, (negación militar de la remisión condicional de la pena). Auto 38/1992, de 10 de febrero, (reducción del servicio militar como a objetores) y, por último, en el auto 276/1992, de 15 de septiembre, (viviendas militares) en la comparación respecto de los funcionarios civiles.

²¹⁵⁹ Según se ha expuesto, el Tribunal sí que ha examinado con mayor profundidad otros asuntos en los que se compara a militares con ciudadanos o con otros funcionarios. Así a sucedido respecto de pensiones (amnistía y militares republicanos), tratamiento penal (tanto diferentes tipos penales como penas aplicables), respecto del régimen administrativo (aplicación de diferentes incompatibilidades, exigencia de buena conducta), etc.

²¹⁶⁰ Destaca en este sentido la referida sentencia 236/1994, de 20 de julio (petición por Subteniente de la Guardia Civil la homologación con los Subtenientes de las Fuerzas Armadas). En esta resolución, el Tribunal sí que analiza pausada y razonadamente los motivos por los que no cabe la equiparación demandada, dedicando a ello toda la sentencia.

ocasiones en las que el máximo intérprete sí pasa a efectuar la comparación, no siempre se analiza la razonable finalidad, congruencia y proporcionalidad, sino que sólo se atiende alguno de ellos y no siempre con la profundidad exigible.

b) La insuficiente concreción de la finalidad perseguida por el trato diverso

Por lo que toca a la finalidad, es menester censurar que cuando el Tribunal afronta el ordenamiento militar desde la perspectiva de la igualdad padece el mismo déficit que en su tratamiento de los límites de los derechos fundamentales del militar: el marcado institucionalismo jurídico²¹⁶¹. Y es que, cuanto menos en algunas de las resoluciones analizadas, como toda justificación de la especificidad castrense (sin ni siquiera pasar luego a atender la proporcionalidad), se introduce la genérica y continua alusión a “la naturaleza y funciones de la *Institución militar* y los caracteres a ella inherentes, como lo es la intensa disciplina en su seno, crucial para hacer posible el eficaz ejercicio de las esenciales misiones que los Ejércitos tienen encomendadas”²¹⁶². Esta justificación simple y general de la singularidad de la Institución militar u otras referencias a los específicos caracteres de lo militar supone, básicamente, un argumento tautológico, en otras palabras, *se justifica un diferente trato a*

²¹⁶¹ Se esconde aquí la vieja polémica sobre si las FAS son una institución o Administración. La alegación del carácter institucional de los Ejércitos suele ir unida a una carente o vaga justificación de la singularidad militar y las restricciones que ésta provoca en el sistema constitucional. Por el contrario, el sostenimiento del carácter administrativo de las FAS suele ir ligado a una mayor estricta sujeción a las exigencias generales del Estado constitucional. Una amplia atención de esta polémica materia puede seguirse en COTINO HUESO, Lorenzo, “La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas”, de próxima publicación en la *Revista de Derecho Político de la UNED*, próximo número, con una extensión de 48 páginas.

²¹⁶² Se aprecia esta alusión, como justificación casi única, en los casos relativos al diferente trato penal de los condenados: sentencia 180/1985 (negación del beneficio de la suspensión condicional de la condena), también en la sentencia 14/1996 (negación de la libertad provisional con fianza) o en el auto 68/1996 (soldados que desertan antes de ir a la Guerra del Golfo).

lo militar porque las FAS son diferentes²¹⁶³. Ahora bien, en modo alguno se niega aquí que esta fórmula contenga sucintamente la razón fundamental que motiva la singularidad del ordenamiento militar. *Lo censurable es el reiterado empleo de fórmulas semejantes, casi retóricas, sin entrar a profundizar más en cada caso por qué, cómo y en qué medida esta causa genérica y abstracta motiva la concreta diferenciación que se evalúa en cada caso particular.* Es decir, el empleo de estas expresiones reiteradas encubre u oculta necesarias concreciones a las que el Tribunal, por lo general, escapa. Cabe poner de manifiesto, que las resoluciones en las que se da este déficit en el ámbito de la igualdad son las relativas al gravoso tratamiento penal del militar. En las mismas, el Tribunal parte de la incuestionada premisa de que la disciplina militar exige, indefectiblemente, una mayor gravosidad de las penas²¹⁶⁴. Con ello se puede estar o no de acuerdo, sin embargo, lo que parece exigible es que se explique verdaderamente el porqué de esta diferenciación, que hoy día no es absolutamente generalizada ni incuestionable, sin eludir tal explicación mediante el *ungüento mágico* de los rasgos de la Institución militar, empleado para justificar todo tipo de excepciones del Derecho militar.

Hay que señalar, no obstante, que este vicio del institucionalismo no es del todo generalizado pues en ocasiones la finalidad concreta se pone de manifiesto y ello sirve para considerarla razonable²¹⁶⁵ o

²¹⁶³ Ello recuerda la explicación que, a principios de siglo, daba Ugarte Pagés a la singularidad del ordenamiento militar: “¿Es, por ventura, el Ejército una institución exactamente igual, ni siquiera análoga, á las demás que forman la trama de la vida nacional? Pues he ahí la causa de las diferencias que en su legislación se observan.” (Ver, contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. págs. 79-80.)

²¹⁶⁴ BLAY VILLASANTE, F. “Privilegios y limitaciones de las leyes sancionadoras militares”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, enero-junio de 1990, asevera la validez de esta máxima al afirmar que “cualquier delito, militar o del penal Común, cometido por un militar, deteriora el honor de la institución armada y, por tanto, el culpable ha de ser erradicado de sus filas o castigado con severas penas.”, pág. 40.

²¹⁶⁵ Por ejemplo, no parece insuficiente la justificación sobre la finalidad que se contiene en el auto 71/1987 (exclusión de los Capitanes del Arma de Ingenieros para la provisión de vacantes de cualquier Arma), en la que el Tribunal recordaba que “el Arma de Ingenieros constituye un Arma del Ejército distinta y especializada respecto de las demás y que, dentro de la estructura militar y de la defensa nacional, posee características propias,

irrazonable²¹⁶⁶ o, al menos, se pasa a atender la congruencia y proporcionalidad de la medida diferente.

c) La huida del análisis de la congruencia. Dos ejemplos de la profundidad exigible al Tribunal

Como se acaba de señalar, la usual alusión a lo que podemos resumir como “necesidades de la defensa” (finalidad) priva en ocasiones el análisis de la congruencia (la adecuación de la medicina aplicada para curar la concreta enfermedad), y lo que es más, de la proporcionalidad de la medida (valoración si la dosis aplicada se ajusta a la gravedad de la enfermedad). Por lo que toca a la congruencia, hay que destacar el buen seguimiento de la misma que el Alto Tribunal confirió en dos ocasiones.

En primer lugar, destaca la sentencia 114/1987, (exigencia de buena conducta como condición del derecho de pensión) en la que el Tribunal, al igual que cuando señalase que “las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquél ámbito [el “estrictamente castrense”]”²¹⁶⁷ considera que la disciplina militar no tiene nada que ver con el reconocimiento del derecho a la pensión. Lo más destacable es que no se ahorra esfuerzo alguno en la argumentación. Mediante la misma, explica que el legislador no tiene por qué regular el sistema prestacional de forma idéntica para todos, si bien advierte que las diferencias no deben ser discriminatorias (FJ 3º); también señala que una finalidad admisible del trato diverso en

suficientes para justificar razonablemente un tratamiento acorde con esas peculiaridades. La situación, pues, tanto del Arma como de los Capitanes en ella integrados, no es la misma que la de los otros Capitanes, y en ese sentido los servicios y destinos son diferenciados, desde luego justificadamente por la materia y competencia del Arma distinta [...] la arbitrariedad quedaba excluida en atención a las necesidades del servicio y a las existencias deficitarias de Capitanes de Ingenieros para cubrir las vacantes específicas del Arma, aparte de la especificidad antes aludida.” (FJ 2º).

²¹⁶⁶ Así, por ejemplo, en el caso de las dos sentencias en las que se considera inadmisibles la limitación del embargo de los militares, en las que el Tribunal entendía irrazonable la finalidad argüida de la “la independencia económica del militar para mantener dignamente su status, como causa del límite a los embargos”.

²¹⁶⁷ Sentencia 54/1983 (inembargabilidad de haberes por razón de alimentos), FJ 4º.

materia de pensiones es la de asegurar unos haberes pasivos a quienes hayan servido buena parte de su vida laboral. De otro lado, construye de forma holgada los fundamentos que justifican por qué en algunas profesiones como la militar es posible exigir una especial buena conducta, diferente a la exigible a otros funcionarios o a los ciudadanos en general, en este caso, en razón de la imprescindible disciplina militar²¹⁶⁸. Entrando ya a analizar la congruencia, señala: “Pero conviene advertir que incluso en este último supuesto [admisión de buena conducta en el marco militar] *el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la existencia normativa de buena conducta guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la misma norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento, pues, en caso contrario, introduciría un factor de diferenciación que habría que calificar de discriminatorio*”. Es por ello que el Tribunal afirma que “el establecimiento de un requisito semejante [la observancia de buena conducta para el reconocimiento de la pensión] y su valoración en el caso concreto *no guardan relación directa con la finalidad perseguida* por el citado precepto, que no es otra que la de asegurar unos haberes pasivos a quienes hayan servido buena parte de su vida laboral como voluntarios del Ejército destinados en Africa. *Si la exigencia de buena conducta en las relaciones de sujeción especial que aquella Ley regula podría tener una justificación objetiva y razonable en relación con la tutela de la disciplina, la cohesión o la imagen pública de la institución considerada [...] no la tiene, en cambio, como requisito necesario para el nacimiento del derecho a pensión. Aquel requisito es completamente extraño a esta finalidad, lo que se demuestra no sólo por el hecho de que en otros ámbitos laborales o funcionariales, incluso en la organización militar, el comportamiento antijurídico de los interesados carece de toda relevancia en lo*

²¹⁶⁸ Por lo cual, afirma “el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, genéricamente descritos como deber de observancia de buena conducta”, trascendencia pública como lo es el interés en preservar la disciplina militar (FJ 4º).

que concierne a sus derechos pasivos o de jubilación [...] la buena conducta, no guarda relación razonable de causalidad con la finalidad perseguida y que, en cuanto que permite diferenciar entre unos y otros ciudadanos españoles, introduce desigualdad de trato contraria a lo dispuesto en el artículo 14 CE.” (FJ 5º).

El segundo caso en el que también se puede apreciar una suficiente respuesta del Tribunal sobre la congruencia es el relativo a la negación de la redención de penas por trabajo a algunos condenados militares. Aquí el Tribunal ya parte de los particulares caracteres de la Institución militar (finalidad), pero, a diferencia de ocasiones anteriores, apunta que no basta con señalar la admisible finalidad, sino que hay que ver si la diferencia está nítidamente relacionada con ella²¹⁶⁹: “no puede extraerse, como consecuencia necesaria, la aptitud de la mera invocación del valor disciplina militar para justificar, sin más, la diferencia de trato en el cómputo de la pena a que se contrae el precepto cuestionado [...] la disciplina y jerarquía castrenses, como valores relevantes por la propia naturaleza y funciones de la Institución militar, ya han sido apreciadas por el legislador desde el momento mismo en que articuló una más drástica respuesta a delitos que, por cometerse en el ámbito militar o en estrecha conexión con él, puedan ponerlas en peligro, aparejando a estos delitos la pena de separación del servicio [...] no resulta aceptable el vínculo entre la exclusión del beneficio considerado y los valores a los que se dice que sirve [...] *No cabe duda de que el legislador ha establecido una distinción de carácter objetivo pero que no es razonable, por injustificada en relación con la naturaleza de la medida y los fines perseguidos con ella.* [...] Así pues, quebrada la relación de la diferencia de trato con la directa tutela de la Institución militar *-única que podría*

²¹⁶⁹ Afirma que “hemos de examinar si las exigencias específicas de unidad y disciplina de los Ejércitos justifican esta diferencia de trato que es, se ha de subrayar, un trato de desfavor. En estos supuestos este Tribunal ha exigido que se ponga de manifiesto una relación estrecha o directa entre la medida restrictiva de que se trate y el logro de aquellos fines, pues «cuando tales principios y valores no se ven comprometidos», la «fisura» abierta en el derecho constitucional «aparece falta de fundamento» (sentencias 97/1985, fundamento jurídico 4. , 76/1982, 97/1984 ó 33/1985, entre otras).” (FJ 5º).

justificarla desde la perspectiva constitucional-, es la condición profesional del penado el factor determinante de la diferenciación, y este factor no puede ser de por sí relevante a estos efectos.” (FJ 6º).

Se trata, pues, de dos buenos ejemplos de cómo debe ser analizado el trato diferente desde el punto de vista de la finalidad y la congruencia. Hay que convenir, no obstante, *que no se afirma que esté bien efectuado porque el Tribunal considere en estos casos una discriminación, sino porque motiva sobradamente su respuesta sacando a la luz las finalidades de la norma y su relación con la medida tomada, algo que no se encuentra, desafortunadamente, en casi ninguna resolución del ámbito militar visto desde la igualdad. La buena argumentación no sólo debe ser exigida para las ocasiones en las que sí se considera discriminatorio el trato, sino, y con mayor razón, para los casos en los que se entiende admisible este trato diferente del militar, pues, precisamente ha de seguir perdurando y para ello requiere la comprensión de quienes lo padecen.*

d) El talón de Aquiles del Tribunal: la falta de análisis de la proporcionalidad de la diferencia de trato

Resta por último evaluar el celo puesto por el Tribunal en el último paso que debe darse para admitir la admisibilidad del trato diferente: considerar que, además de tener una finalidad razonable y que el trato responde a esta finalidad, puede entenderse también como proporcionado. En ese sentido, cabe señalar que no son muchas las ocasiones en las que el máximo intérprete llega a este análisis de la proporcionalidad; ello se justifica si había entendido que los términos no eran comparables, puesto que ahí acaba el examen, pero no es válido eludir el test de la proporcionalidad cuando los términos admiten la comparación.

No son pocas las ocasiones en las que al Tribunal, sin llegar a la proporcionalidad, le resulta suficiente afirmar la finalidad de las diferencias militares o, a lo sumo, su congruencia. Quizá sea la proporcionalidad el verdadero *talón de Aquiles* del Tribunal, puesto

que si es posible entender que lo militar y lo civil por necesidad deben recibir un diferente trato en muchas cuestiones, en aras de una necesaria convergencia civil-militar, este diferente trato debe ser el mínimo necesario, por lo que no siempre se justifica la grave diferencia que se llega a dar entre el ordenamiento común y el militar, que es donde entra en juego la proporcionalidad.

En pocas de las ocasiones analizadas resulta suficiente la explicación que se da respecto la adecuada *dosis del fármaco* que se aplica a la diferencia de lo militar²¹⁷⁰. Sólo, quizá, en la sentencia 14/1996 (negación de la libertad provisional con fianza), se tiene en cuenta mínimamente este aspecto cuando, finalizando sus argumentaciones el Alto Tribunal consideraba que “El fin, así procurado por la norma, no está, pues, desprovisto de razón, por lo que la discriminación alegada carece de fundamento, máxime si se tiene en cuenta que la legislación procesal militar cuenta, como figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria, con la prisión atenuada (arts. 225 a 229 de la L. P. M.), que permite dar un tratamiento constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, a los supuestos en que, en la jurisdicción común, pudiera aplicarse la fianza.” (FJ 2º).

E) LAS POSIBILIDADES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LO MILITAR, UNA PROPUESTA HACIA EL FUTURO

a) *La igualdad puede predicarse tanto respecto del resto de ciudadanos y servidores públicos, cuanto dentro de las Fuerzas Armadas*

Se ha observado ya la casi inexistente atención doctrinal a la dimensión de la igualdad en el seno de los Ejércitos; con mayor profundidad se ha apreciado la insuficiente y negativa atención por

²¹⁷⁰ Se aborda bien la proporcionalidad en las dos resoluciones relativas al régimen transitorio aplicado a las viviendas militares (autos 276/1992 y 319/1994). Sin embargo, estas resoluciones, como se expuso, no abordaban la diferencia civil militar, sino diversos regímenes entre las situaciones administrativas de los militares.

parte de la jurisprudencia constitucional. Es momento ya de postularse sobre las posibilidades que puede tener el análisis de la diferencia civil-militar desde la perspectiva de igualdad. En este orden, *es menester delimitar sobre qué parcelas y bajo qué supuestos resultaría, a mi juicio, oportuno aplicar el principio de igualdad respecto de la especificidad del fenómeno jurídico militar*. A quien ello afirma no escapan las diversas consecuencias que ello podría tener, así como no desconoce la necesidad de preservar la identidad y diferencia de lo militar respecto de lo civil; no en vano, de la eficacia de los Ejércitos puede llegar a depender el Estado constitucional español.

En términos generales, entiendo que *es posible comparar al militar tanto respecto del resto de los ciudadanos como respecto de los distintos servidores públicos*. Y lo que es más, *creo que es posible analizar la admisibilidad de los tratos diferentes dentro de la propia Institución militar*, no sólo para las distintas situaciones administrativas, sino también respecto de los distintos empleos y diferentes Armas, Cuerpos o Ejércitos. La comparación es, pues, posible respecto de todos los puntos de referencia. Ello explica que el Tribunal en su jurisprudencia, con vaivenes y oscilaciones, sí que haya entrado a examinar el trato diferente del militar respecto de estos elementos generales de comparación, pese a la poca fortuna con que lo ha hecho. *Ahora bien, lo que importa es respecto de qué materia verse el trato diferente en cuestión entre civiles, funcionarios y militares*, y es respecto de ello sobre lo que cabe establecer algunas consideraciones.

b) ¿Sobre qué parcelas procede invocar el principio de igualdad?

b. 1. Deben quedar bajo el principio de igualdad todas las cuestiones relativas a la cláusula específica de no discriminación

En principio, el análisis bajo la perspectiva de la igualdad podrá y deberá seguirse para aquellas diferencias de trato en las que quedan implicadas las circunstancias sobre las que se prohíbe específicamente la no discriminación. Como se vio en su momento, se hace referencia a la las condiciones de sexo, raza, religión, opinión, origen nacional o

social, lengua, edad, etc. que se protegen tanto en el artículo 14 CE como en virtud de la normativa internacional (*ex art. 10. 2º CE*). Como en su momento se dijo, cuando el trato diferente guarde vinculación con alguno de estos colectivos, el análisis de su admisibilidad se torna más estricto, a la vez que recae una presunción de trato discriminatorio, por lo que se invierte la carga de la prueba, es decir, es a quien establece el trato diferenciado a quien compete demostrar que no es discriminatorio. Ello implica una seria protección contra los tratos diferenciados relativos a estas materias.

En consecuencia, es importante el número de cuestiones que quedarían bajo este análisis estricto de igualdad en el ámbito castrense; por citar unos ejemplos: las edades fijadas para el acceso a la función militar, las posibles discriminaciones causadas por motivos ideológicos o religiosos, los tratos diversos recibidos por las mujeres (o, incluso, los homosexuales), o los que pudieran darse por la diversa procedencia social o étnica del militar, o la diferente lengua propia del mismo. Sobre estos particulares nos detendremos más adelante.

b. 2. Queda excluido del análisis desde la igualdad lo que afecte al vasto ámbito del estatuto de derechos fundamentales del militar

De otra parte, salvo que el diferente trato pueda obedecer a alguna de estas circunstancias sospechosas de discriminación que se acaban de mencionar, entiendo que *el concreto estatuto de los derechos fundamentales del militar debe quedar excluido del análisis desde la igualdad*, esto es, no todo el régimen de derechos y obligaciones del militar, sino aquella parcela de este régimen, en buena medida delimitable, que afecte a los derechos reconocidos como fundamentales y ostenten de la particular protección que a ellos confiere el artículo 53. 2º CE²¹⁷¹. No se trata de una elección con base en el rigor técnico - jurídico exigible,

²¹⁷¹ Este precepto otorga la posibilidad a cada ciudadano de recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 CE 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 (este recurso alcanza, también, a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 2º CE).

sino que la exclusión desde el principio de la igualdad de los derechos fundamentales del militar obedece a la mejor protección de los mismos que se otorga cuando la cuestión se analiza como un problema de límites a los derechos. Y es que puede afirmarse que devendrá mayor la protección jurídica que se otorgue concibiendo la materia como un problema de límites a los derechos y no como una posible discriminación del militar respecto del resto de la ciudadanía o función pública.

Y así se afirma porque, de un lado, la protección procesal de estos derechos es reforzada, gozando de un procedimiento específico de garantía²¹⁷². De otro lado, porque también habrá de ser mayor su protección no procesal, sino sustancial. Ello es así porque al igual que se da un test para analizar el carácter discriminatorio de un trato diferente, desde la perspectiva de los límites a los derechos fundamentales, se han consolidado también una serie de exigencias para determinar la admisibilidad constitucional de los mismos (restricción mínima, necesidad, finalidad, congruencia, proporcionalidad)²¹⁷³. Estas exigencias, si bien tampoco constituyen un

²¹⁷² Como se ha señalado, se trata de la particular protección que confiere el artículo 53. 2º CE. Cabe advertir que la proyección de este precepto en el ámbito militar en modo alguno ha sido pacífica. La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en los artículos 453. 3º y 518 estableció un procedimiento con los caracteres de preferencia y sumariedad para atender las vulneraciones de derechos fundamentales en que pudiera incurrir la Administración sancionadora militar. El problema consistía en considerar a la jurisdicción militar como “Tribunal ordinario” del que habla el precepto constitucional, o bien, esta protección debía ser conferida a los Tribunales ordinarios comunes. La sentencia 113/1995, de 6 de julio, entendió la aptitud de la jurisdicción militar para dotar de esta especial garantía, puesto que era la “ordinaria” para el ámbito militar y, por tanto, para la protección de los derechos fundamentales en esta esfera (véase FJ 5º).

²¹⁷³ El Tribunal Constitucional la sentencia 120/1990, de 27 de junio, recordaba, con una extraordinaria concisión, los pilares básicos que constituyen las exigencias de admisibilidad de los límites de un derecho o libertad:

“A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia CE expresamente 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, pueden ceder los derechos fundamentales (sentencias TC 11/1981, FJ 7º; 2/1982, FJ 5º; 110/1984, FJ 5º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (sentencia TC 53/1986, FJ 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» (sentencias TC 62/1982, FJ 5º; 13/1985, FJ 2º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone» (sentencia TC 37/1989,

FJ 7º) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (sentencias TC11/1981, FJ 10; 196/1987, FJ 4º, 5º, 6º; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse.”

Los límites implícitos de los derechos y libertades se deducen de una colisión entre un derecho fundamental o una libertad con otro término que sea constitucionalmente relevante. Este otro término de la colisión no sólo tiene por qué ser otro derecho fundamental, sino que como arriba se afirma, bien puede ser un *derecho constitucional* -categorización, como sabemos, de un contenido denotativo más amplio- (en este sentido véanse las sentencias 2/1982 y 91/1983). Igualmente, el conflicto con el derecho fundamental puede producirse con un *bien constitucionalmente protegido* (véase la tan citada sentencia 11/1981), o con un *valor constitucionalmente reconocido* (así, entre otras, la sentencia 22/1984).

Del mismo modo, cabe enumerar algunas de las exigencias del Estado de Derecho a la hora de establecerse una limitación a un derecho o libertad que no se aluden en la anterior referencia, a saber:

-motivación de las decisiones judiciales que coarten el ejercicio de los derechos fundamentales (recogido desde la sentencia Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 y consolidada, entre otras, en las sentencias 62/1982, 13/1985, 37/1988, 37/1989, 3/1992, 12/1994, 160/1994, 50/1995, 52/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996 y 62/1996).

-Técnica de la alternativa menos gravosa; que la opción limitadora sea la menos lesiva de todas las posibles (ver, sentencias 62/1982, 120 y 137/1990), y en la misma dirección, que se realice la interpretación más favorable a la eficacia y a la esencia de los derechos fundamentales (entre otras, véanse las sentencias 34/1983, 81/1983, 67/1984, 17/1985, 73/1986, 159/1986, 76/1987, o la 254/1988).

-Reserva de ley para la regulación del ejercicio los derechos y libertades (art. 53 CE), exigencia de ley orgánica para el desarrollo (art. 81 CE) -al respecto, por todas, véase la sentencia 76/1983.

Sobre el tema, constituye un referente básico el estudio de DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53. 1 de la Constitución”, segunda parte de la obra de este autor con MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 95-170, también son esenciales PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990; FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales. I.- Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992 y MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, así como, BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Desde la perspectiva internacional, por cuanto a las exigencias constatadas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su claridad y síntesis es preciso remitirse al estudio de FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 11-12, págs. 97-115; incluyendo este ámbito y, también el del Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, resulta también referente básico, CHUECA SANCHO, Ángel G. , *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, (2ª ed.), Barcelona, Bosch, 1999. Hay que señalar, no obstante, que por su claridad en el tratamiento de una materia bien compleja como la relativa a los límites y delimitación de los derechos fundamentales, destaca, una vez más, el estudio de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado... cit.* , quien atiende de forma genérica el tema en las págs. 240-300.

marco ajeno al decisionismo judicial²¹⁷⁴, implican una mayor garantía que la que se confiere al principio de igualdad. Si se comparan unas y otras, puede estimarse que, tanto desde el estricto plano jurídico – técnico²¹⁷⁵ como del jurídico – político²¹⁷⁶, los límites a los derechos

²¹⁷⁴ Resulta cierto que mediante el empleo de estas técnicas se ha dado pie a cierto decisionismo judicial; parece que la determinación del contenido de los derechos fundamentales ha quedado, en buena medida, abocada a la práctica judicial y, en concreto, dependiente de lo que disponga el Tribunal Constitucional. Sea éste, quizá, el mayor reto del Derecho constitucional actual. En este sentido, ver, en general la crítica realizada por BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit. critica la actual evolución de la concepción de los derechos fundamentales, tanto por la continua extensión de su vertiente objetiva como por la evolución de la concepción normativa de la Constitución, (en especial, véanse las págs. 131 y ss.) Al respecto, GRIMM, Dieter, “La Constitución como fuente del Derecho”, en, BARATTA. A y otros, *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, Eds. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 24 afirma que “Todas estas construcciones tienden a disolver la aplicación de la ley en un proceso de ponderación de los diversos valores constitucionalmente protegidos. No es ya la norma precisa quien decide un litigio, sino su valor último. Esta circunstancia reduce la claridad de la ley [...] De este modo se incrementa el elemento político conectado a la jurisdicción constitucional.” En este sentido, ver, también, OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 44-48.

²¹⁷⁵ Desde el punto de vista técnico, en cierto modo, resulta paralela la evaluación que se establece para considerar o no admisible constitucionalmente un límite a un derecho fundamental y averiguar la conformidad o no de un trato diferenciado respecto del principio de igualdad. Así, en ambos casos se puede entender como semejante la necesidad de una finalidad razonable, así como la proporcionalidad en su sentido amplio (es decir, la *necesidad* del establecimiento del trato diferenciado, su *congruencia* en favor de la finalidad esgrimida y su *proporcionalidad* en sentido estricto). Sin embargo, parece mayor la *carga de buenas razones* exigidas para justificar un límite a un derecho fundamental que para admitir la constitucionalidad de un trato legal diferenciado. En abstracto, no escapan algunas diferencias entre los parámetros de evaluación del trato diferenciado y los límites al derecho o libertad.

Así, por ejemplo, la finalidad perseguida en el caso de la igualdad puede considerarse de gran amplitud: sólo se exige que sea “razonable”, lo que viene a significar que no sea contraria al sistema de valores constitucionales. A diferencia de ello, en el caso de los límites, se exige que la medida limitadora se justifique o bien expresa y directamente en la Constitución, o bien por la necesidad de preservar derechos, bienes o valores constitucionales también explícitamente recogidos en el texto de la ley de leyes. De otro lado, en virtud de la propia legitimidad directa del legislador, salvo en los casos de las discriminaciones por causas específicas, los términos en los que se analiza la proporcionalidad -en sentido amplio- resultan mucho más laxos que el modo de exigirlos para el caso de los límites de los derechos. Al legislador, prácticamente, le resulta suficiente con la mera razonabilidad del trato diferenciado. El Tribunal Constitucional debe evitar la arbitrariedad del legislador, en modo alguno debe entrar a valorar la oportunidad del trato diferenciado.

Además, por último, sólo en el caso de los supuestos típicos señalados en el artículo 14 CE cobra virtualidad la inversión de la carga de la prueba (ver, sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, 34/1984, de 9 de marzo, 20/1985, de 14 de febrero, entre otras); este útil efecto procesal sí que pesa sobre quien afirma la constitucionalidad de un límite a un derecho fundamental. Estas consideraciones, sin ánimo de ser exhaustivas, llevan a considerar la

quedan dotados de una mayor protección que la evaluación de la discriminación.

Como el lector advertirá, se está excluyendo del estudio desde la igualdad un vasto campo del régimen jurídico militar: todo aquello que afecte a los derechos fundamentales que gozan de particular protección, esto es, los reconocidos en los artículos 15 a 29 CE²¹⁷⁷. No olvidemos que, tanto por la especial intensidad de la disciplina militar, cuanto en razón de la particular posición política que debe guardar la Institución castrense en un Estado democrático, quedan severamente limitados la mayoría, sino todos, de los derechos fundamentales del militar. Para mayor concreción, *habrá que excluir del estudio desde la igualdad cuestiones relativas al específico régimen sancionatorio disciplinario y penal militar, así como las limitaciones de las libertades públicas del militar que obedecen a la posición de neutralidad política de las FAS, nada menos*. Unas y otras deberán abordarse desde la perspectiva de los límites a los derechos y no desde la perspectiva de la igualdad (a salvo, cabe recordar de nuevo, de lo concerniente a las cláusulas específicas de no discriminación). Será pues, la necesidad de

exigencia de una motivación de mayor calado para la admisibilidad de un límite a un derecho fundamental que para señalar la conformidad al artículo 14 CE de un trato diferenciado.

²¹⁷⁶ Y es que, como se advertía al abordar de forma genérica el principio de igualdad, siguiendo a GIMÉNEZ GLUCK “En materia de constitucionalidad de la diferencia en el trato, las decisiones son principalmente políticas, aunque se revistan de un entramado jurídico justificativo de la opción política que se adopta. No es menos cierto que esto es lo que ocurre con la mayoría de las decisiones denominadas jurídicas, pero en el terreno de la igualdad esta dinámica general se hace mucho más evidente.” (Ver, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...* cit. pág. 34). “La discrecionalidad de las decisiones del Tribunal, que en general ya puede ser considerada excesiva, alcanza en la determinación de la constitucionalidad del trato desigual un grado ilimitado. No obstante, la construcción jurisprudencial sobre la justificación objetiva y razonable otorga, al menos, un marco jurídico a estas decisiones políticas” (*ibidem*, págs. 38 -39). Ya cit.

²¹⁷⁷ Cabe recordar sumariamente los derechos fundamentales reconocidos en los preceptos aludidos: vida, integridad, libertad ideológica y religiosa, libertad y seguridad personal, (con las garantías ante la detención y el “*habeas corpus*”), derecho al honor, intimidad y propia imagen (con sus garantías propias de inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), libertad de circulación y residencia, libertad de expresión e información, derecho de reunión pacífica y sin armas, derecho de asociación, participación en los asuntos públicos, tutela efectiva y las garantías de defensa, principio de legalidad sancionatoria y derechos del condenado, derecho a la educación y libertad de enseñanza, derecho a la sindicación y, por último, el derecho de petición individual.

la limitación, su finalidad, congruencia y proporcionalidad, con el mayor rigor para los límites a los derechos y libertades, los elementos de la valoración que se siga en cada caso.

Qué decir tiene que un análisis serio desde esta perspectiva también debe implicar una mayor convergencia del ciudadano militar respecto del resto de los ciudadanos, pues, no olvidemos, la igual dignidad de todos los seres humanos está en la base del reconocimiento de los derechos y libertades. Ahora bien, tal convergencia no se articulará jurídicamente a través de la igualdad.

b. 3. Diferentes ámbitos sobre los que puede operar el principio de no discriminación

Teniendo en cuenta lo anterior, resta apreciar sobre qué parcelas del diferente estatuto del militar sí habrán de ser analizadas desde el principio de igualdad, amén de las específicas prohibiciones de no discriminación.

b. 3. 1º. Algunas parcelas del diferente trato del militar y el resto de ciudadanos y servidores públicos que pueden ser atendidos bajo el principio de igualdad

De una parte, respecto de la comparación del militar con el resto de la ciudadanía será posible acudir al principio de igualdad respecto del diferente tratamiento que pueda tener el militar en diversas ramas del ordenamiento general, cuestiones de índole civil, mercantil, procesal, financiero, etc. No olvidemos en este sentido que no hace mucho tiempo que el militar gozaba, o padecía, un fuero particular que excedía con mucho al ámbito castrense en sí, que lo distanciaba del resto de ciudadanos. Un mero accidente de tráfico constituía materia para ser abordada jurisdiccional y penalmente al modo castrense; recordemos, en este sentido, resquicios no tan lejanos como la limitación al embargo de los haberes del militar por deudas de alimentos o civiles. Claro está, “el ámbito estrictamente castrense” del

que habla nuestra Constitución como competencia de la jurisdicción militar (art. 117. 5º CE), ha ido ajustándose a lo propio de un Estado constitucional, como hubo ocasión de constatarse. De ahí que hoy día sean ya extremos concretos los que la aplicación del principio de igualdad pudiera, en su caso, depurar.

También la igualdad, puede incidir en materias como las condiciones laborales del militar, el régimen económico de sus retribuciones y en relación con las diversas prestaciones como pensiones, vivienda, enseñanza, (tanto del militar como de su propia familia). Para estos casos, -tan significativos según se ha constatado- lo usual resulta que la comparación se establezca con otros servidores públicos. Como ideas-base que la propia jurisprudencia ya ha puesto de manifiesto, habrá que recordar que en los temas económicos y familiares no parece que deban proyectarse, salvo excepciones²¹⁷⁸, los caracteres propios de la Institución militar.

Ello no supone una necesaria identidad entre la función pública civil, policial y militar, ni una forzada homogeneización entre las mismas²¹⁷⁹. Lo que implica es que las diferencias que se den entre unas

²¹⁷⁸ En este sentido, cabe recordar que la ya mencionada sentencia 151/1997 (capitán expulsado por consentir adulterio) sí que señala la posibilidad de que en razón de las exigencias propias a la función militar (y entre ellas el "honor militar") pueda ser limitada la intimidad del militar, alcanzando a sus propias relaciones familiares y sexuales, llegando, en su caso, tener responsabilidades disciplinarias lo acometido en este marco de la privacidad. Sin perjuicio de ello, en el asunto concreto que se dilucidaba, el Tribunal consideró falta de motivación suficiente de la expulsión pues "ni el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonra, con qué pauta o regla ética 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." (FJ 5º).

²¹⁷⁹ En este sentido, cabe recordar las palabras de NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. relativa a la homogeneización que se dio mediante la Ley 17/1989: "Tendencia unificadora frente a la que es necesario advertir que no necesariamente debe ser asumida de forma incuestionable, ya que además de la mención legal a la especificidad de la Función Militar, el tratamiento homogeneizador carece de una base constitucional sólida"

En su trabajo "El modelo de función pública militar, una reflexión sobre la Ley 17/1989... cit. págs. en concreto las conclusiones contenidas en las págs. 261-262 concluye "el aspecto de la ley más llamativo es la utilización de técnicas jurídicas orgánicas de la Función

administraciones y la militar guarden verdadera relación con lo que la naturaleza de la función militar exige para desarrollarse óptimamente, que no sean meros productos de la tradición y la inercia históricas. En este sentido, no se puede olvidar que la Historia ha distanciado a los militares del resto de la sociedad más de lo que, en su caso, pueda llegar a ser necesario, suponiendo por consiguiente una pérdida tanto para un ámbito (el civil) como para el otro (el militar).

En modo alguno debe temerse la evaluación del trato diferente, pues, en la inmensa mayoría de los casos la percepción del fenómeno jurídico castrense desde esta perspectiva del principio de igualdad nos llevará a entender y estimar como perfectamente admisibles las diferencias de trato civil-militar y, de así ser, ello contribuirá a aceptar más, si cabe, la singularidad militar. Pero, a la vez, efectuar este examen serviría para depurar el Derecho militar y la propia actuación de la Administración militar de algunos privilegios y, sobre todo, de inadmisibles cargas -tan discriminatorios unos y otras- que aún se dan hoy día. No todo es preservación de la eficacia y de la disciplina, ni como se postuló respecto de la neutralidad política, tampoco toda limitación política sirve para mantener adecuadamente al militar en el Estado constitucional. Pese al marco de discrecionalidad reconocido al legislador, la aplicación del escrutinio de la igualdad serviría para desterrar particularidades del Derecho militar de cierta gravedad y muy difícil justificación. De ahí que, como se ha afirmado, no hay que afrontar con temor esta posibilidad, ni, mucho menos, entender que esta perspectiva implique un entendimiento viciado del principio de igualdad.

Pública civil en el ámbito militar, lo cual provoca en la realidad donde la ley despliega sus efectos no pocas dificultades, por cuanto, sin desmerecer la importante tendencia homogeneizadora y modernizadora [...] resulta evidente que la organización militar, por las necesidades y fines que trata de satisfacer y garantizar, por la especial naturaleza de su servicio, por su actividad o la singular vinculación de sus servidores, no puede identificarse, no puede homologarse plenamente -por más que pueda ser nuestro deseo- a la organización administrativa del Estado en la que no media tal naturaleza castrense. Extremo que la norma y su artífice, intencionadamente o no, han desconocido con carácter general para recordarlo únicamente a la hora de restringir los derechos del personal militar profesional, estableciendo un estatuto jurídico mucho más grave y riguroso que el de sus homónimos civiles." La cursiva es mía.

b. 3. 2º. Las posibilidades de la igualdad en el seno de los Ejércitos

La aplicación del principio de igualdad dentro de los Ejércitos no debe procurar problema alguno cuando se trate de analizar las diferencias que se dan entre las distintas situaciones administrativas (activo, reserva, reserva transitoria, retiro, excedencia voluntaria, etc.) o respecto de las demandas de igualdad entre compañeros respecto de la aplicación judicial y/o administrativa de la ley. La entrada en los dominios de la igualdad para estos casos será semejante a las demandas de igualdad en cualquier otro orden social, no tendrá las connotaciones de la especificidad del fenómeno castrense, pues, al menos en principio, no estarán directamente implicadas ni las necesidades de la defensa, ni la disciplina militar o la neutralidad política.

Ahora bien, mayores trabas encontrará la entrada del principio de igualdad en el seno de los Ejércitos por cuanto al diferente tratamiento que se establece en virtud de la jerarquía y la disciplina, elementos inherentes y esenciales a la Institución militar. Pero no puede excluirse la igualdad ni incluso respecto del diferente régimen que se dé en razón de la distinta escala de la que se proceda²¹⁸⁰ y, sobre todo, del empleo y posición que se ocupe en las FAS. Ello no supone, ni mucho menos, que la entrada de la Constitución y, por ende, de la igualdad en el mundo de los cuarteles implique la igualdad en los grados, ni la exigencia de procedimientos democráticos para el funcionamiento interno de las FAS. La Constitución no pone en duda la disciplina militar, sino que la protege configurándola como un bien

²¹⁸⁰ Se traen a colación las escalas militares (superior, media, básica) en relación con la disciplina más por una cuestión sociológica que por su estricta vinculación. En los Ejércitos resulta bien significativo la procedencia de una u otra escala, a parte de que, como es obvio las escalas superior y media se vinculen a los oficiales y la básica a los suboficiales. Desde la perspectiva de la igualdad se ha afirmado su carencia en relación con las expectativas profesionales de los miembros de cada una de las Escalas, se acusa en este sentido de la existencia de un "clasismo académico" (Ver, NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, cit. págs. 239-240 y 243).

constitucional digno de protección, no obstante, ello no implica la exclusión del principio de igualdad incluso para este ámbito²¹⁸¹.

En este orden vinculado a la jerarquía y la disciplina no habrá dudas sobre la finalidad genérica de las diferencias que se den entre los distintos empleos de la jerarquía militar: la protección de estos caracteres esenciales de la institución que, como se señaló, no sólo son meros principios organizativos, sino que alcanzan la dimensión axiológica, situándose entre los valores militares. No obstante, no todo trato diferente de las escalas o empleos militares respetará las exigencias de la igualdad. Pongamos por caso que se estableciese que sólo los oficiales de la escala superior tuvieran derecho al acceso a las residencias de oficiales, o que sólo los suboficiales pudieran compatibilizar su servicio con las actividades privadas, sin mayores distinciones o, por ejemplo, que sólo los oficiales superiores pudieran percibir determinadas retribuciones complementarias (complementos, ayuda familiar o de vestuario, indemnizaciones por residencia, por razón del servicio, etc.). Cuanto menos, no sería muy sencillo explicar cómo estas diferencias irían dirigidas a preservar las necesidades de la defensa, la jerarquía o la disciplina militar o, en su caso, la neutralidad política²¹⁸².

²¹⁸¹ En este sentido, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *caso Engels y otros vs Holanda* (sentencia de 8 de junio de 1976). Afirmó que “la estructura jerárquica inherente en los Ejércitos entraña diferenciaciones. A diversos grados corresponden diversas responsabilidades que justifican cierta desigualdad de trato en materia disciplinaria. De tales desigualdades se hacen eco tradicionalmente los Estados contratantes y son afectados por el derecho internacional humanitario (artículo 88 de la Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de prisioneros de guerra). A este respecto, el Convenio europeo reserva a las autoridades nacionales competentes un *considerable* margen de apreciación.”

La normativa en la que afirmaba dicha evolución hacia la igualdad era la propia normativa holandesa que, a raíz de los diversos conflictos como el suscitado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, optó por suprimir las diferencias establecidas por el rango jerárquico respecto del cumplimiento de las sanciones militares. Tal supresión se dio por la ley de 12 de septiembre de 1974.

²¹⁸² Cuestión diferente, cercana a los supuestos planteados, sería la diferente posición del soldado de reemplazo, o que tales distinciones se justificaran sobre la base de la objetiva dedicación que se requiere para el puesto desempeñado, o la diferencia política que puede suponer que un Teniente general sea Consejero delegado de un determinado grupo empresarial, a diferencia de lo que pueda suponer su trabajo en, por ejemplo, una autoescuela, etc.

De otra parte, cabe recordar que uno de los caracteres básicos de la Institución militar es su unidad; en favor de ella y conforme a ella, se configuran la mayoría de los rasgos organizativos del estamento armado. No obstante, detrás de esta unidad se esconde una rica y variada diversidad tanto orgánica como humana. Sin embargo, esta pluralidad en el seno de las FAS²¹⁸³ no está reñida la unidad precisa; en un tono castrense se ha afirmado que “los militares son varios y sin embargo, todos son uno”²¹⁸⁴. Por cuanto la perspectiva jurídica que aquí ocupa, esta diversidad de Cuerpos, Armas y Ejércitos puede implicar no pocos tratos diferenciados, por lo cual, también puede tener cabida el principio de igualdad. Esta heterogeneidad, como se vio en la jurisprudencia constitucional, bien puede justificarse en razón de las distintas misiones, medios y necesidades de cada una de estas entidades. No obstante, siguiendo ejemplos anteriores, imaginemos que se dispusiese que sólo los miembros del Ejército del Aire tuvieran la derecho a solicitar una vivienda militar, o que los miembros del Arma de Caballería tuviesen derecho a un mayor período de vacaciones. También en estos casos, a mi juicio, resultaría difícil sostener que ello se justificase en aras a las peculiaridades de cada uno de los citados.

Así pues, la igualdad no sólo puede jugar un importante papel para analizar el régimen militar respecto del ordenamiento común, sino que también puede operar con mayor o menor intensidad puertas hacia dentro y ello, cabe insistir, sin que suponga atentado alguno contra caracteres esenciales de las FAS, los imprescindibles para el

²¹⁸³ En este sentido, con relación a la distinción de los formatos de Ejércitos institucionales u ocupacionales, con caracteres bien diferentes, y el tercero de estos modelos, el formato plural, que, como se vio, supone que los rasgos institucionales o los ocupacionales se dan en unas u otras unidades de las FAS. Este último formato es el usual, también en España, donde sociológicamente, se diferencia bien el Ejército del Aire de la Legión, por ejemplo, o ésta de las unidades administrativas.

²¹⁸⁴ Ver, PARICIO, J. I, *Para conocer a nuestros militares*. Madrid, 1984, así citado en SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La libertad de expresión del militar profesional*, (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 1992, pág. 303.

buen desempeño de las misiones que constitucionalmente tiene asignadas.

III. Exigencias constitucionales respecto del acceso y composición de las Fuerzas Armadas

Una vez expuesta la premisa general del posible alcance del principio de igualdad en el marco de la Institución militar, es momento ya de detenerse en cuestiones concretas de indudable interés a la hora de abordar el modelo constitucional de FAS con relación al acceso, permanencia y composición de las mismas.

La condición objetiva de pertenencia a las FAS se adquiere por diferentes vías. Así, tienen la condición militar los militares profesionales, esto es, los militares de carrera, de complemento o los profesionales de tropa y marinería²¹⁸⁵, quienes son así considerados una vez superan los planes de formación correspondientes²¹⁸⁶ o, en su

²¹⁸⁵ Artículo 2. Militares profesionales.

1. Son militares profesionales los españoles vinculados a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales que adquieren la condición de militar de carrera, de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería.

2. Son militares de carrera los Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que, con una relación de servicios de carácter permanente, forman los cuadros de mando de las Fuerzas Armadas.

3. Son militares de complemento los Oficiales que, con una relación de servicios de carácter temporal, completan las plantillas de cuadros de mando de las Fuerzas Armadas.

4. Son militares profesionales de tropa y marinería los que, con una relación de servicios de carácter temporal, constituyen los efectivos de dicha categoría del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. Esta relación de servicios de carácter temporal únicamente se podrá transformar en permanente de la forma que se especifica en el Capítulo III del Título VI de esta Ley.

²¹⁸⁶ Artículo 89: "La condición de militar de complemento se adquiere al obtener el empleo de Alférez concedido por el Ministro de Defensa, una vez superado el plan de formación al que se refiere el artículo 71 de esta Ley y firmado el compromiso inicial que se establece, en función de las distintas modalidades, en el artículo siguiente."

Artículo 92: "Adquisición de la condición de militar profesional de tropa y marinería. La condición de militar profesional de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de Soldado concedido por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, una vez superada la formación general militar a la que se refiere el artículo 72 de esta Ley y firmado el compromiso que se establece en el artículo 93 o, en su caso, el referido en el artículo 94, ambos de esta Ley."

caso, reúnan los requisitos legales estimados²¹⁸⁷. No obstante, la condición militar la adquieren una vez se incorporan a las FAS en calidad de alumnos de la enseñanza militar de formación²¹⁸⁸, si bien, no se consideran militares profesionales hasta la superación de dicha enseñanza. Asimismo, son miembros de las FAS los reservistas temporales y voluntarios cuando sean activados y se incorporen a los Ejércitos²¹⁸⁹ y los reservistas obligatorios que se incorporen a las FAS²¹⁹⁰. Por último, son también miembros de las FAS quienes se incorporen a los Ejércitos en virtud de la prestación del servicio militar obligatorio²¹⁹¹.

En su momento se abordará la naturaleza del acceso a la condición de militar por una u otras vías en la medida que sea relevante para determinar el estatuto del servidor de armas, en concreto de su estatuto de derechos fundamentales. Sin perjuicio de

²¹⁸⁷ Esta matización hace referencia al acceso a la condición de militar de carrera no desde el exterior, sino por quienes ya formasen parte de las FAS. Al respecto, ver los artículos 64-66 de la Ley.

²¹⁸⁸ Así lo reconoce el artículo 1. 2º de la ley: “1. 2. Esta Ley es de aplicación a los militares profesionales y a los alumnos de la enseñanza militar de formación que adquieren la condición de militar al incorporarse a las Fuerzas Armadas”.

²¹⁸⁹ Artículo 175. Régimen de personal. 1. Los reservistas temporales y los voluntarios no tendrán condición de militar. Cuando sean activados y se incorporen a los Ejércitos tendrán la condición de militar y estarán sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares. Los reservistas temporales, cuando se incorporen a las Fuerzas Armadas, tendrán el régimen de personal que les corresponda en la situación de servicio activo a los militares de carrera, militares de complemento y militares profesionales de tropa y marinería, según su procedencia. Los reservistas voluntarios de empleo Soldado, el de los militares profesionales de tropa y marinería; en el caso de los Alféreces reservistas voluntarios, el de los militares de complemento, y en el de los Sargentos, el de los militares de complemento adaptado reglamentariamente a dicho empleo. Todo ello de conformidad con el régimen previsto en la presente Ley.

²¹⁹⁰ Así se da a entender en el artículo 183 de la ley: “1. Los reservistas obligatorios que se incorporen a las Fuerzas Armadas tendrán el mismo régimen de personal que el de los reservistas voluntarios activados de empleo Soldado.

2. Los que se incorporen a organizaciones con fines de interés general tendrán el régimen que corresponda a la prestación voluntaria de servicios en dichas organizaciones y no tendrán la condición de militar.”

²¹⁹¹ Disposición transitoria decimoctava: “1. A los españoles varones nacidos con anterioridad al 1 de enero del año 1983 les seguirá siendo de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, y adquirirán la condición de militar al incorporarse a las Fuerzas Armadas.”

ello, lo que ahora resulta de interés es manifestar los condicionamientos constitucionales de este acceso a la condición de militar, en especial teniendo en cuenta todo lo afirmado con anterioridad.

La suspensión del servicio militar a punto de hacerse efectiva, resta interés a una atención del mismo, que no obstante, se opera puntualmente en este estudio. Por el contrario, esta decisión de los poderes públicos españoles a la que estaban habilitados constitucionalmente²¹⁹² impone la atención de una cuestión que hasta ahora no tenía más que una importancia residual: ¿puede un extranjero formar parte de las FAS españolas?²¹⁹³ Y es que la carencia de personal para llevar a buen puerto esta histórica profesionalización impone advertir la constitucionalidad de una medida que permitiese a los no nacionales el acceso a las FAS -en especial, como tropa y marinería profesionales-, posibilidad que incluso se ha barajado.

Al margen de esta parcela, son diversas las cuestiones que centran ahora el interés: las posibles discriminaciones que pueden producirse por cuanto a la fijación de diversas edades como requisito para el acceso y, en especial, la circunstancia del sexo en las FAS.

Cabe señalar un principio que debe orientar la atención relativa al acceso y composición social de las FAS, se trata de una idea formulada por Alonso Báquer a mi juicio fundamental: “La composición social de las Fuerzas Armadas debe reproducir en su corte transversal la estructura de la comunidad política.”²¹⁹⁴ Pero lejos de proclamaciones retóricas que luego quedan diluidas aludiendo a la “naturaleza de los Ejércitos” o “la máxima eficacia de la defensa militar”, se trata de un

²¹⁹² Por todos BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 44 y ss. reiterada por HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 15 y ss. en contra sin argumentos jurídicos muy convincentes, OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, “La privatización del deber militar: el servicio militar...” cit. 152-156.

²¹⁹³ Como se atenderá, la práctica desatención de este asunto cuenta con la excepción del afortunado análisis de Blanquer sobre el particular, del cual se dará cuenta en su momento. Ver, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 123-139.

²¹⁹⁴ ALONSO BAQUER, Miguel, “Las Fuerzas Armadas en la tradición...” cit. pág. 2426.

principio que se justifica en beneficio de la eficacia de la defensa militar del Estado democrático, que tendrá muchas mayores garantías de llevarse a cabo adecuadamente en tanto la conexión de los Ejércitos con toda la sociedad sea mayor y sus bases sociales no se conformen por sectores reducidos y aislados de la población.

A) LA PREMISA PARTICULAR: EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR EN CONDICIONES DE IGUALDAD PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS BAJO LOS CRITERIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD (ARTÍCULO 23. 2º CE)

De forma intencionada, cuando se ha abordado el principio de igualdad no se ha hecho mención del artículo 23. 2º CE, en el cual se dispone que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.” Claro está que la defensa militar es una función pública y por tanto queda en el marco de este precepto²¹⁹⁵. El mismo se vincula de forma inmediata con el principio de igualdad formal reconocido en el artículo 14 CE y, de otra parte, con el artículo 103. 3º, en cuanto dispone que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

El Tribunal Constitucional ha interpretado de forma reiterada este derecho en el sentido que supone una concreción del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE. Obviamente este derecho no implica que cualquier ciudadano tenga derecho a acceder a la función militar en los términos que considere oportuno, sino “con los requisitos que señalen las leyes”. Lo que la Constitución establece es un derecho de configuración legal. El legislador puede restringir el ámbito de los que pueden optar a la condición de militar profesional estableciendo distintos requisitos. Ahora bien, “interpretado

²¹⁹⁵ Sobre el tema, por todos, PULIDO QUECEDO, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23. 2 de la Constitución*, Madrid, 1992.

sistemáticamente con el segundo inciso del artículo 103. 3º CE [mérito y capacidad], impone una obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad” (sentencia 293/1993). De manera que el establecimiento de otros requisitos para acceder a la función pública en tanto no se legitimen en este fundamento deben considerarse discriminatorios. Asimismo, “La remisión que el propio precepto [art. 23. 2º CE] hace a las leyes obliga a entender, en consonancia con los datos que ofrece la experiencia, que la igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos, y que, por lo tanto, pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones, sin que tales diferencias (posesión de determinadas titulaciones, edades mínimas o máximas, antigüedad mínima en otro empleo o función, etc.) puedan ser consideradas lesivas de la igualdad. La exigencia que así considerada en sus propios términos deriva del art. 23. 2 de la Constitución Española es la de que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre tales reglas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas como ya dijimos en nuestra Sentencia 42/1981, de 22 de diciembre, pues tales referencias son incompatibles con la igualdad.”²¹⁹⁶ De este modo, las convocatorias no pueden predeterminar a favor de un individuo o grupo restringido el resultado del proceso de selección de quiénes acceden a la función pública, en nuestro caso la militar.

Asimismo, en virtud del artículo 23. 2º CE se garantiza el derecho a la permanencia en la función pública, de la cual el sujeto sólo podrá ser separado en razón de los requisitos y procedimientos establecidos al efecto²¹⁹⁷. Finalmente, como ha considerado el Tribunal

²¹⁹⁶ Así en sentencia 50/1986, de 23 de abril (FJ 4º), donde se hace referencia en este sentido a la sentencia 42/81, de 22 de diciembre.

²¹⁹⁷ Así, entre otros, se resume esta doctrina en el FJ 4º de la sentencia 192/1991, de 14 de octubre:

Constitucional, en razón de estos contenidos, el derecho reconocido en este precepto tiene un “carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y en último término ante este Tribunal, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebra la igualdad” (293/1993)²¹⁹⁸.

“4. Enmarcado el problema en el ámbito del art. 23. 2 de la CE , ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcionarial o asimilada a estos efectos [entre otras, sentencias 15/1988, fundamento jurídico2. ° (con remisión a la sentencia 75/1983) y 47/1989, fundamento jurídico2. °], siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo.”

²¹⁹⁸ La doctrina jurisprudencial sobre la materia es muy abundante, sin embargo basta con reproducir un fragmento de la sentencia 293/1993, de 18 de octubre, (FJ 4^o) pues resume muy acertadamente el alcance de este precepto a nuestros efectos detallando la doctrina jurisprudencial más relevante:

“Dicho precepto [art. 23. 2^o CE], al reconocer a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública. No confiere un derecho sustantivo a desempeñar funciones determinadas (sentencias 50/1986 y 200/1991), sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio (sentencia 47/1990); otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y en último término ante este Tribunal, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (sentencias 50/1986, 148/1986, 24/1990 y 200/1991). E interpretado sistemáticamente con el segundo inciso del art. 103. 3 CE , impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad (sentencias 50/1986, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 67/1989, 27/1991 y 215/1991).

El precepto actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (sentencias 75/1983, 15/1988 y 47/1989), aunque es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (sentencias 192/1991 y 200/1991).”

B) ¿PODRÍA BENEFICIARSE A LOS FAMILIARES DE UN MILITAR PARA EL INGRESO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA?

Como se ha señalado, un instrumento para fomentar el corporativismo lo constituyen las facilidades en el acceso a la función militar para los hijos de familia castrense. En el pasado, las normas fomentaban esta herencia ocupacional dando notables facilidades a los hijos de militares²¹⁹⁹. Al margen de las medidas formales, claro está, las posibilidades de este favorecimiento corporativo han estado presentes más *de facto*, que *de iure*, como supone el ejercicio de *influencias* que no ha sido, ni mucho menos, exclusivo de la Administración militar. Ahora bien, desde el Derecho la ilicitud de estos deleznable empleos de las facultades públicas son de difícil análisis, si bien, los diseños normativos permiten en mayor o menor medida estas vías de hecho. Así, por ejemplo, cuanto menos centralizado está el acceso a la función pública en general, son diversos los mecanismos que pueden darse para ejercer una *influencia* y facilitar el acceso a la misma.

Cuando la supremacía civil no era aún efectiva en España, los militares gozaban de una posición de dominio de las cuestiones institucionales propias, como lo era el acceso a la función militar. Sin embargo, conforme se consolidó la primacía civil se dio un importante desarrollo en la regulación y en la práctica del acceso a la formación militar. Frente a una normativa dispersa de cada Ejército, que comportaba importantes agravios comparativos, se emprendió la tarea de lograr la efectividad de lo dispuesto en los artículos 23. 2º y 103. 2º CE. Así, se unificó y homogeneizó el sistema de ingreso en la

²¹⁹⁹ Así, por ejemplo, En 1860 se becaron completamente a los hijos de militares fallecidos en servicio; en 1875 se ampliaron las becas para hijos de oficiales. En las academias se reservaba cierta proporción de plazas para los huérfanos. La Academia General Militar, creada con la Restauración, exigía que la mitad de los aspirantes fueran hijos de militares, y en algunas condiciones se les eximía de un examen de ingreso. Por contra, quienes no ostentasen esta condición se enfrentaban con una barrera económica que hacía prácticamente inaccesible la carrera militar. Los costes de matrícula, pensión o uniforme, sólo permitían que quien pretendiese ser militar ya formase parte de la institución o perteneciese a las clases adineradas. Ver FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español...* cit. págs. 103 a 124 y HEADRICK, Daniel. R, *Ejército y política...* cit. págs. 60-85.

carrera militar²²⁰⁰. En consecuencia, al centralizarse el acceso a la formación militar, las posibilidades de influencia *de facto*, cuanto menos se mitigaban. Además, formalmente, se suprimieron antiguos privilegios -como las *plazas de gracia* o los requisitos diferentes para el acceso para hijos de militares²²⁰¹- a todas luces inconstitucionales. No en vano la existencia de plazas de gracia para el ejercicio de la función militar implican una total exención de las exigencias de mérito y capacidad. Asimismo, el establecimiento de requisitos diferenciados para hijos de militar suponen una predeterminación a favor de un grupo restringido, un tratamiento individualizado incompatible con la igualdad, prohibido por el mismo artículo 23. 2º CE, tal y como se ha expuesto. Ningún argumento constitucional sería válido para admitir un trato diferenciado y beneficioso para el acceso de los hijos de militar a la función pública.

Sin embargo, podría predicarse que los principios de igualdad, mérito y capacidad pudieran flexibilizarse para permitir un trato preferencial de los hijos de militar. Así, constitucionalmente se justificaría este trato diferenciado -hipotéticamente- en la eficacia de las FAS (entendiendo que este factor aumenta la eficacia de la

²²⁰⁰ Tales medidas comenzaron en virtud del mencionado Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre, por el cual se unificaban los requisitos de admisión en las escuelas militares. De forma genérica, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado imponía la homogeneización del sistema de acceso con el de la Administración civil bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad; tales directrices se desarrollaron en virtud del Real Decreto 1046/1986. Tras la ley 17/1989, fue aprobado el Real Decreto 1180/1989, de 6 de noviembre, y al año siguiente el Real Decreto 562/1990, de 4 de mayo. Actualmente rige el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las FAS y la Guardia Civil aprobado por el Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre, que, no obstante, debe ajustarse a lo dispuesto en la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las FAS.

²²⁰¹ Dichos privilegios se concretaban en la concesión de plazas de gracia. Dada la antigüedad de las normas que regulaban el acceso a las FAS, únicamente he advertido su existencia en la Orden del Ministerio de Defensa de 21 de noviembre de 1978, que actualizaba la enseñanza superior militar. En el apartado de la misma, si en general se establecía un máximo de veintidós años para acceder, “Veintitrés años, *los hijos del personal militar profesional de las Fuerzas Armadas y las plazas de gracia*” (2. 1 b). Asimismo, se preceptuaba que “No se podrán cubrir más plazas que las anunciadas en la Orden de convocatoria, con excepción de las de gracia.” (2. 3. 4)

Estas prácticas también se daban respecto de las militarizadas fuerzas de policía, así, el Real Decreto 2521/1982, de 1 de octubre, relativo a la enseñanza para formación de tenientes, en sus artículos 5 y 6 contenía la misma regulación antedicha.

institución) o, incluso, la protección de la familia (artículo 39. 1º CE)²²⁰². Sin embargo, de la misma doctrina del Tribunal Constitucional se desprende la inadmisibilidad de estos razonamientos. El máximo intérprete sí ha admitido la flexibilización de estos principios de igualdad, mérito y capacidad en razón de la eficacia o de la protección de la familia, ahora bien, de forma expresa sólo lo admite *una vez ya se ha producido el acceso a la función pública con respeto a los mismos*. Se trataba del llamado “turno de traslado por consorte”, esto es, la preferencia para la adjudicación de una plaza por traslado en razón de la residencia del cónyuge en dicha localidad. El Tribunal consideró que “puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (*y por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad*) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, *en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales [como en este caso, la familia].*”²²⁰³

Así pues, el favorecimiento del acceso de hijos de militar a las FAS a través de particulares condiciones en los convocatorias queda excluido por la ley de leyes.

C) ¿ES CONSTITUCIONAL EL ESTABLECIMIENTO DE EDADES MUY TEMPRANAS COMO REQUISITO PARA ACCEDER A LAS FUERZAS ARMADAS?

a) *Las diferenciaciones por razón de edad para el acceso a la carrera militar exigen un serio análisis constitucional*

Resulta adecuado ahora abordar otra cuestión del todo significativa: la admisibilidad constitucional de la fijación de edades

²²⁰² Artículo 39. 1: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”

²²⁰³ Sentencia 192/1991, de 14 de octubre (FJ 4º). Esta misma argumentación se reiteró en la sentencia 200/1991, de 28 de octubre.

muy tempranas para el acceso a las FAS. El tema, como se adelantó, es relevante en tanto en cuanto se trata de un medio de fomentar los resultados de la formación militar, puesto que en este período de la vida se asumen mucho mejor la fuerte socialización castrense. Asimismo, la exigencia de edades muy tempranas, como los veintiún años de edad, implica una necesaria vocación de quien pretende acceder a la Institución militar, vocación que, precisamente, es bien posible que tenga una causa familiar. En nuestro país, para el acceso por un civil a la carrera militar en puestos propiamente castrenses se ha fijado el tope máximo de los veintiún años²²⁰⁴, de veintiocho cuando se trata de cuerpos o unidades de tipo técnico más distanciadas de las funciones armadas (juristas, médicos, ingenieros, músicos, etc.)²²⁰⁵ Estas edades son por lo general similares a las que se

²²⁰⁴ La normativa sobre el particular se contiene en el Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre, Reglamento General de Ingreso y Promoción en las FAS y la Guardia Civil. La Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las FAS hasta el momento no ha variado lo ahí dispuesto y sigue remitiendo a la normativa reglamentaria para esta fijación de edades (art. 63. 2º). Se hace mención, como se ha dicho, de civiles –no quienes ya eran militares de otra escala, o de complemento–, pues los que ya eran militares cuentan con otros máximos, como, también se aprecia. Se trata de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y de la Infantería de Marina, así como los Cuerpos de Especialistas de los Ejércitos:

Artículo 18: “[...] Los aspirantes a ingresar en los centros docentes militares de formación deben reunir las condiciones particulares que para cada Cuerpo o Escala se indican a continuación: [...]

2. Límites de edad: no cumplir ni haber cumplido dentro del año en que se publique la correspondiente convocatoria como máximo las siguientes edades:

a) Cuerpos Generales de los Ejércitos y de Infantería de Marina: veintidós años, excepto para militares de carrera, militares de empleo y miembros de la Guardia Civil que se establece en veintiséis años.

b) Cuerpos de Especialistas de los Ejércitos:

1. Escalas medias: con carácter general veintidós años, excepto para militares de carrera, militares de empleo y miembros de la Guardia Civil, que se establece en veintiséis años.

Con carácter particular, para aquellos que accedan según lo contemplado en el apartado 1. b)2. de este artículo: treinta y un años excepto para militares de carrera, militares de empleo y miembros de la Guardia Civil, que se establece en treinta y seis años.

2. Escalas básicas: veintidós años, excepto para los militares de carrera, militares de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales y miembros de la Guardia Civil que se establece en veintiséis años.”

²²⁰⁵ Artículo 18. 2. c) del mencionado Reglamento: “c) Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos, Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos, Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo Militar de Intervención, Cuerpo Militar de Sanidad y Cuerpo de Músicas Militares: treinta y un años, excepto para militares de carrera, militares de empleo y miembros de la Guardia Civil, que se establece en treinta y seis años.”

usualmente se requieren para el acceso a cuerpos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o, por ejemplo, los cuerpos de bomberos, si bien se dan notables excepciones²²⁰⁶. La búsqueda de una vocación de quienes deben dedicar su vida a una profesión tan particular resulta, aparentemente admisible, si bien, hay que albergar más que serias dudas sobre esta fijación de topes de edad para acceder a la función militar. Como a continuación se sostiene, el establecimiento de estas edades puede admitirse desde la perspectiva de la ley de leyes, si bien forzadamente y rehuendo al verdadero sentido del principio de igualdad para el acceso a las funciones públicas sobre la base del mérito y capacidad. Una vez más lo militar se sitúa en los extremos de lo admisible constitucionalmente.

La circunstancia social de la edad no suele aparecer de forma expresa entre las usuales cláusulas específicas de no discriminación que se contienen en los textos constitucionales o internacionales²²⁰⁷. Así, en nuestra ley de leyes se establece una específica prohibición de la discriminación por “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Como excepción cabe señalar el actual artículo 13 del Tratado de la Unión Europea tras la reciente entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, en el que se contiene una específica referencia a la edad²²⁰⁸.

Respecto del acceso a tropa y marinería profesional, en este reglamento (art. 26) se fijaba el máximo de 31 años, si bien las convocatorias posteriores han señalado la edad de 28 años.

²²⁰⁶ Así, por ejemplo, las edades para ingresar en la Policía Nacional y en la Guardia Civil van de los dieciocho a los treinta años; en la Guardia Urbana de Barcelona, entre los 21 y los 30 años, en los Bomberos de Barcelona, entre los 18 y treinta años. Según se refleja en el cuadro incluido en el cuadro incluido en el artículo periodístico DEL RIEGO, Carmen, “Se buscan soldados en rebajas”, en *La Vanguardia*, de 14 de febrero de 2000, se hace referencia a las edades exigidas para el acceso a las bases de tales cuerpos en dicha ciudad, sin embargo, a quien suscribe le consta que en diferentes cuerpos de Policía Local o de Bomberos no se establece ningún límite de edad para el acceso.

²²⁰⁷ Ver al respecto el epígrafe “Las usuales cláusulas específicas de no discriminación y la discriminación positiva” y la descripción de todas las cláusulas prohibitivas en los textos internacionales, en las que no se hace referencia a la edad.

²²⁰⁸ Así en el actual artículo 13 incluido en virtud del Tratado de Amsterdam, se ha extendido el ámbito de la proyección de la igualdad, que ahora pasa a alcanzar la lucha contra la discriminación por “origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Pues bien, como se vio, cuando el trato diferente guarde vinculación con alguno de estos factores específicos, el análisis de su admisibilidad se torna más estricto, a la vez que recae una presunción de que es un trato discriminatorio, por lo que se invierte la carga de la prueba, es decir, quien establece el trato diferenciado (en nuestro caso la Administración militar) es a quien compete demostrar que no es discriminatorio.

De ahí que cabe preguntarse si la edad es una “circunstancia personal o social” que implique estas consecuencias jurídicas. En la actualidad no puede caber ningún tipo de dudas que así lo sea en razón de la novedosa normativa comunitaria (*ex art. 10. 2º CE*)²²⁰⁹. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional ya desde un inicio ubicó a la edad en el marco de las circunstancias personales o sociales que exigen un examen agravado de la posible discriminación, en singular conexión, también con el acceso a las funciones públicas²²¹⁰. Hay que partir, pues, que todo trato diferenciado sobre la base de la edad y, en especial, con relación al acceso a las funciones públicas, debe ser analizado con mayor atención ante la presunción que puede implicar una discriminación.

El Tribunal, desde su primera sentencia discernió entre la fijación de edades máximas, como lo es la jubilación y las edades mínimas para acceder al trabajo. Respecto de las edades máximas, señaló que “no cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa

²²⁰⁹ 10. 2º: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

²²¹⁰ Así, expresamente en la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3º:

“La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad; de modo que la edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el art. 23. 2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios.”

disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral”²²¹¹. En este sentido, afirmó que, en todo caso, la fijación por el Derecho había de atender a la misma naturaleza de la actividad profesional. Estas explicaciones habilitan al legislador para el supuesto contrario que ahora ocupa, esto es, para las edades que fija para el pase a situaciones de reserva o retiro definitivo.

Ya en directa conexión con la fijación de un tope de edad para acceder a la función pública, en la sentencia 75/1983, el Alto Tribunal ha considerado que sería equivocado inferir del principio de igualdad (14-23. 2º CE) que hasta que no se alcance la edad de jubilación todo ciudadano tiene abiertas las posibilidades de ocupar cualquier puesto de la organización pública cualquiera que sea su edad. Por el contrario, el máximo intérprete de la Constitución estimó que “será legítima una decisión legislativa que, atendiendo [...] las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos.” (FJ 3) ²²¹². Así pues, el Tribunal afirma que existe cierta discrecionalidad de los poderes públicos para estimar la edad idónea máxima para acceder a determinados puestos. Ahora bien, ello no implica una completa libertad para los poderes públicos, sino que es preciso que la edad que se determine se justifique de forma razonable en virtud de unas finalidades que no sean contrarias a los contenidos constitucionales, a la vez de ser proporcionada al objeto que se quiere amparar y a los fines a conseguir. Y en tanto que

²²¹¹ Ver, sentencia 22/1981, de 2 de julio, FJ 5º. Esta afirmación se ha reiterado en las sentencias 75/1983, de 3 de agosto, 31/1984, de 7 de marzo, 69/1991, de 8 de mayo y 184/1993, de 31 de mayo.

²²¹² Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3º: “Pero sería equivocado inferir [que...] desde el momento del acceso a la función pública y en tanto no se haya operado la extinción conectada a la edad de jubilación, tiene abiertas, cualquiera que sea su edad, las posibilidades de ocupar cualquier puesto de la organización pública, pues, por el contrario, en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos.”

la edad es una de las circunstancias especialmente perseguidas, en caso de conflicto, compete a los poderes públicos demostrar tales requisitos²²¹³.

Ahora bien, esta exigencia de razonabilidad, necesidad, congruencia y proporcionalidad no obsta para que el Tribunal reconociese que es al poder público a quien corresponden los juicios técnicos, y admite que no “resulta preciso que el trato desigual sea el único ni siquiera el mejor de los instrumentos imaginables, ya que no es función de este Tribunal Constitucional formular juicios técnicos, ni tampoco de mera oportunidad, acerca de los actos y disposiciones del poder público”²²¹⁴. De este modo se venía a reconocer la discrecionalidad dentro del cumplimiento de las exigencias constitucionales.

En un voto particular emitido frente a esta sentencia por nada menos que cinco magistrados de los doce que componen el Tribunal²²¹⁵, se insistió en que “no basta que la opción elegida por el legislador o la norma dictada presenten una justificación razonable. No basta justificar la *ratio* de la norma porque, si así fuera, la regla de la igualdad ante la Ley del art. 14 de la Constitución se confundiría por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del art.

²²¹³ FJ 5º: “cuando se solicita la aplicación del principio de igualdad «compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer los argumentos que el diferente tratamiento legal posea» [...] imposición dialéctica justificadora de las razones y valores que hagan posible constitucionalmente la desigualdad, sin caer en la discriminación producto de la irrazonabilidad y de su consecuencia la inconstitucionalidad.”

²²¹⁴ Así, para el caso concreto que analizaba, consideró que “no es discriminatorio ni contrario al principio de igualdad, porque su contenido se apoya en una situación diferenciada que recibe un tratamiento singular, basado en fundamentos razonables según criterios de valor aceptados con generalidad, hallándose dicha norma creada por el legislador dentro del ámbito constitucional, ya que la rebaja de edad que es el medio empleado sirve adecuada y proporcionalmente al objeto que se ha querido amparar y fines a conseguir, sin que por lo demás, resulta preciso que el trato desigual sea el único ni siquiera el mejor de los instrumentos imaginables, ya que no es función de este Tribunal Constitucional formular juicios técnicos, ni tampoco de mera oportunidad, acerca de los actos y disposiciones del poder público, por lo que en tal sentido ha de resolverse la cuestión de inconstitucionalidad planteada.” (FJ 7º).

²²¹⁵ Los Magistrados doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Antonio Truyol Serra.

9." Por el contrario, apuntaban, "La justificación implica como mínimo que la disposición en cuestión sea adecuada y proporcionada con el fin que persiga". En este punto sacaban a la luz un argumento también trasladable al presente ámbito de estudio: si una edad superior a la fijada (veintiún años) supone la incapacidad de quienes tienen mayor edad (pongamos por caso treinta años), ¿cómo se explica que los que accedieron con veintiún años sigan siendo idóneos para ejercer la función militar cuando rebasen los treinta? De ahí que concluyesen estos magistrados que "Si lo que se trata es de favorecer la eficacia de la gestión [la eficacia de las FAS, en nuestro caso], tal objetivo podría lograrse estableciendo medidas que permitieran una valoración ponderada de la edad entre los diversos méritos y circunstancias de los concursantes, para lo cual no es necesaria ni proporcionada la disposición excluyente que enjuiciamos, pues bastaría otra tendente a imponer en el concurso criterios legislativos de preferencia en favor de los concursantes menores".

Pocas han sido las ocasiones en las que la discriminación por razón de edad volvió a recabar la atención del máximo intérprete de la ley de leyes. En estas resoluciones ulteriores, a grandes rasgos el Tribunal reiteró su jurisprudencia, si bien, en ninguna volvió a plantearse la cuestión de forma tan próxima al acceso a las funciones públicas, interés presente²²¹⁶. De ahí que sea preciso partir de la doctrina enunciada -tanto en la sentencia como en el voto particular- a

²²¹⁶ Si bien en diversas resoluciones se ha abordado la discriminación por razón de edad los presupuestos eran muy diferentes y en ningún caso se trataba del acceso a la función pública. Así en la sentencia 31/1984, de 7 de marzo, se trataba de diferencias salariales en función de la edad del trabajador. En la misma se afirmaba (FJ 9º) que: " El que se aduzcan argumentaciones como la de que es presumible un rendimiento más bajo del trabajador menor, o que una situación de menos necesidades justifica un menor salario, o que un nivel salarial más bajo facilita el empleo, no son razones para hacer quebrar la regla de que a trabajo igual, igual salario." En el auto 341/1989, de 19 de junio se cuestionaba la constitucionalidad de diferentes prestaciones por razón de la edad. En la sentencia 100/1989, de 5 de junio se invocaba la discriminación por edad por la negación de una pensión de jubilación. En la sentencia 184/1993, de 31 de mayo se trataba también del disfrute de prestaciones económicas. La sentencia 55/1994, de 24 de febrero era relativa a la prohibición de contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados.

la hora de valorar la admisibilidad de las tempranas edades fijadas para acceder a las FAS.

b) La actual fijación de una temprana edad como tope para acceder a las Fuerzas Armadas sólo es admisible formalmente. Una propuesta para el futuro

La Constitución exige que la fijación de una edad tope por los poderes públicos para acceder a las FAS pueda fundamentarse sin vulnerar los contenidos constitucionales y que devenga proporcionada a los fines perseguidos. A mi juicio, no sería admisible el tope de edad fijado para poder acceder a la carrera militar (con relación especial al de veintiún años) si se expresaran *todas* las verdaderas finalidades perseguidas. El único argumento sólido es el diseño de la carrera profesional militar sobre la base del sistema de ascensos en cada escala y empleo correspondientes a favor de la máxima eficacia de la organización militar. El legislador únicamente ha señalado la genérica formulación de la “máxima eficacia de las FAS” como finalidad, sin excesivas matizaciones²²¹⁷. En efecto, el diseño de la estructura de personal impone la configuración de unas plantillas militares equilibradas y funcionales. Es común en todos los Ejércitos la opción por una carrera militar sobre la base de los ascensos, sin perjuicio de la existencia de militares profesionales que no acceden a tales ascensos, o lo hacen mínimamente²²¹⁸. Y tal diseño

²²¹⁷ En esta dirección, se sostienen tales argumentos en la exposición de motivos de la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las FAS en su apartado quinto, donde se afirma:

“Con la finalidad de asegurar que los Ejércitos dispongan de los mejores profesionales en los empleos más elevados de cada Escala, con las aptitudes y edades adecuadas, para conseguir la máxima eficacia de las Fuerzas Armadas, se definen criterios y se arbitran procedimientos que permitan identificar y potenciar el mérito y la capacidad, a la vez que se incentiva la preparación y dedicación profesional, plasmados principalmente en la regulación de los sistemas de ascenso, sin dejar de considerar en ningún momento las características esenciales de la carrera reglada de los militares que aseguran la cohesión y eficacia en la organización.”

²²¹⁸ Como es el caso de los oficiales o la tropa profesional. Los mismos inicialmente alféreces, pueden llegar a alcanzar el empleo de capitán (art. 48. 3º Ley 17/1999, de Régimen

de la carrera se desestructuraría si no se iniciase a partir de edades homogéneas, puesto que si se iniciase tarde la carrera militar tendría lugar el retiro de forma heterogénea, situándose cada sujeto en un puesto indeterminado en la evolución de las escalas y empleos militares, lo cual, pueda afirmarse que dañaría la estructura de personal de las FAS de modo que afectaría a su funcionalidad y eficacia.

Sobre esta base, pues, se puede admitir constitucionalmente la fijación de tales edades para acceder a la carrera militar. Desde el punto de vista de quien suscribe, se trataría de un argumento que superaría la fiscalización que en su caso llevase a cabo el Tribunal Constitucional, puesto que, cuanto su doctrina vigente implica, como se ha visto, que “no es preciso que la opción elegida sea la única o la mejor entre las imaginables.” Ahora bien, a quien suscribe no escapa que no son estos los únicos motivos para limitar el acceso a la carrera militar a los civiles mayores de tales edades y que pretendiesen acceder a la carrera castrense. Ello se pone de manifiesto por lo siguiente: la promoción interna en la carrera militar implica una quiebra del sistema de correlación edades-ascensos. Así, quien accede desde una categoría inferior se queda a mitad de camino de los ascensos en su carrera profesional. Así sucede con los oficiales de complemento o los suboficiales que acceden a la carrera superior (a oficiales de la escala superior), o la tropa profesional que accede a la carrera básica (esto es, a suboficial)²²¹⁹. Ello pone de manifiesto que no es la finalidad aludida la única por la cual se fijan edades tan tempranas para el acceso a las FAS.

Tampoco es válido el argumento de la idoneidad física directamente vinculada a la edad. De un lado, porque no es posible hacer generalizaciones sobre las aptitudes físicas, y bien es posible que una persona de cuarenta años ostente mejores condiciones que una de

del Personal de las FAS), la tropa profesional, inicialmente soldados, pueden llegar a alcanzar el empleo de cabo mayor (artículo 47).

²²¹⁹ Ver en general el artículo 66 de la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las FAS.

dieciocho. Para ello, además, existen medios objetivos para constatar tal idoneidad física: el cumplimiento de requisitos mínimos con independencia de la edad del sujeto. De otro lado, el argumento caería por su propio peso: si se afirma que a los treinta años no se es idóneo físicamente, tampoco lo serían los que accedieron con veintiún años al llegar a los treinta.

Todo ello nos conduce a pensar que la verdadera motivación de estas edades tope tan tempranas no es otra que la de asegurarse la socialización del militar para los puestos más significativos en los Ejércitos, los militares de carrera en funciones propiamente castrenses. Sobre la formación militar habrá lugar concreto en este estudio, sin embargo hay que adelantar que la formación militar implica inculcar una serie valores y pautas de conducta, una formación que en buena medida rebasa las fronteras de la educación llegando al adoctrinamiento, que es algo proscrito por la Constitución²²²⁰. Y en tanto este adoctrinamiento resulta bien difícil de operar en personas adultas, es preciso llevarlo a cabo sobre sectores demográficos que si bien mayores de edad, sean de edad juvenil y, por ello, más receptivos a esta formación. Esta finalidad –que es la fundamental– en modo alguno podría ser explicitada a la hora de argumentar los motivos por los que se ha fijado el tope de edad a los veintiún años, pues sería de más que dudosa constitucionalidad. Se trataría de una diferenciación que no se avendría bien con la libertad ideológica (art. 16 CE) ni con el derecho a la educación (art. 27 CE).

Así pues, tal y como se ha sostenido, en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional la situación parece poder sostenerse constitucionalmente, pero *por la puerta de atrás*. Si bien estas decisiones traen por causa la estructuración de la Administración militar sobre los criterios de funcionalidad y máxima eficacia de algo tan preciado como es la defensa militar del Estado constitucional, no hay que olvidar que lo que está en juego no es ni más ni menos que un derecho

²²²⁰ Sobre el tema cabe remitir al epígrafe “La enseñanza militar “bordea” el adoctrinamiento prohibido por la Constitución”, sito en el último capítulo de esta tesis.

fundamental, el de los ciudadanos a acceder a la función militar. De ahí que, como se afirmase en el voto particular a la sentencia 75/1983, lo más oportuno sería operar un sistema de acceso a la función militar por los civiles en el que se estableciese una preferencia a favor de concursantes de menores edades. Las edades preferenciadas, en aras del principio de igualdad, habrían de estar en coincidencia con el diseño administrativo empleo-edad, esto es, no con los veintiún años, sino que habrían de coincidir con el marco de edades fijadas para el acceso desde dentro de las FAS a las escalas militares que van bastante más lejos de los veintiún años. Estas medidas supondrían una verdadera armonización de la eficacia de las FAS, el marco de decisión de los poderes públicos y el derecho fundamental a acceder a la función militar sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad, a diferencia de la situación actual.

D) ¿Y EL SEXO? LAS MUJERES ANTE LAS FUERZAS ARMADAS
ESPAÑOLAS DEL SIGLO XXI. UNA IRONÍA HISTÓRICA: DE LA
DISCRIMINACIÓN A UNA INTERESADA ACCIÓN POSITIVA

Como ha quedado afirmado, el principio de igualdad debe jugar un importante papel en aquellas cuestiones vinculadas a las cláusulas específicas de no discriminación, y entre ellas, se encuentra la no discriminación de sexo. No son pocas las dificultades que se han dado respecto de esta materia en ámbito militar, las cuales bien merecen una atención monográfica. Siguiendo la tendencia a mirar hacia el futuro entiendo oportuno realizar algunas consideraciones, sobre diversos aspectos vinculados a la cuestión del sexo en las FAS españolas, teniendo en cuenta los importantes cambios a los que hoy día se ve sometido básicamente en razón de su proceso de profesionalización. En este sentido, se estudia tanto la posición de la mujer en el futuro Ejército, así como se ponen de manifiesto algunas cuestiones que suscita el tratamiento de la homosexualidad en el mismo.

a) *Un momento histórico para la igualdad por razón de sexos: la profesionalización de los Ejércitos*

Que la virilidad ha sido una virtud exigida históricamente al militar, es un hecho, que los Ejércitos modernos y constitucionales precisan dar cabida a la mujer y a los homosexuales, una exigencia democrática y funcional.

El Ejército en España está atravesando una segunda transición. La primera, aún inacabada, consistía en la acomodación de la Institución castrense, con unas connotaciones estructurales y políticas tan marcadas, al nuevo Estado social y democrático de Derecho proclamado en 1978. Se trataba, en un primer momento, de que las FAS acatasen el sistema constitucional, para comenzar, después, la ardua tarea de que la Constitución entrase en el mundo de los cuarteles. La segunda transición militar, que ahora se acomete, es la exigida por el revolucionario proceso de profesionalización de los Ejércitos, que exige no pocos cambios políticos, jurídicos y sociales.

En el específico fenómeno jurídico militar, el principio de no discriminación por razón de sexo puede y tiene que jugar un importante papel. *Atender el alcance de la igualdad por razón de sexo en el ámbito castrense es un significativo punto de vista con el que apreciar en qué lugar se encuentran nuestros Ejércitos en el interminable camino de la "sociedad democrática avanzada" de la que habla el Preámbulo de nuestra ley de leyes.* No en vano, históricamente se ha relegado tanto a la mujer cuanto los homosexuales de la defensa militar, y el grado de superación de estas realidades supone ser un buen indicador del estadio de evolución en el que nos encontramos. Hasta hace bien poco, capacidades clásicamente exigidas al militar como el valor, la fuerza o el sacrificio, parecían patrimonio exclusivo del varón. Sin embargo, una sociedad democrática debe rechazar esta exclusividad: ni puede admitirse que el hombre heterosexual, por el mero hecho de serlo, sea valiente, fuerte o sacrificado, ni tampoco que la mujer o el varón

homosexual no puedan ostentar estas aptitudes. Además, a ello se une otro factor desde la perspectiva de la eficacia de las FAS: estas virtudes ya no son tan precisas para el ejercicio de la función de armas como lo fueron antaño; las nuevas tecnologías nos alejan sobremanera de los antiguos Ejércitos, y por ende, de antiguas exigencias al militar. Como se verá, hoy día, los Ejércitos modernos prefieren al militar organizador, humanista y reflexivo frente al heroico y ciegamente disciplinado²²²¹.

Moskos no duda en poner de manifiesto lo que hay detrás de la materia: “podemos decir con toda justicia que la incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas es más un tema de ambiente dentro de la organización que una cuestión de capacidad femenina”²²²².

b) El final de un largo camino: la plena incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas

Históricamente, la mujer ha sido relegada de la función militar y eximida del servicio obligatorio²²²³. La desaparición del mismo resuelve el problema de atender una más que dudosa

²²²¹ ALONSO BAQUER, Miguel, en “Los problemas de la profesionalidad militar”, en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 16-21, destaca en la pág. 18 que no resulta posible sobrevalorar los cuatro tipos de profesionalidad al mismo tiempo (el heroico, el organizativo, el técnico o administrativo o el humanista), afirmando que se subraya hoy día la profesionalidad del militar técnico y el humanista.

²²²² MOSKOS, Charles C. “La institucionalización en un mundo ocupacional”, en AA. VV *Lo militar ¿más que una profesión?*, cit. págs. 361-375, cita de la pág. 369, sobre el tema dedica el epígrafe “los papeles de los sexos”, págs. 367-369.

²²²³ Sobre el ingreso y la posición de la mujer en las FAS, desde una perspectiva no jurídica, véase MARTÍN PÉREZ, Ángel, “La mujer y las Fuerzas Armadas”, en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales “Lucas Mallada”, Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 585-603. Desde una perspectiva jurídica, véase ALVÁREZ ROLDÁN, Luis B. , “La igualdad, la mujer y los Ejércitos”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54 julio- diciembre de 1989, págs. 259-268, ARROYO YANES, Luis M. , “Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo”, en *Revista Española de Derecho Militar*, ° 59/60, 1992, págs. 115- 133. Especialmente, hay que acudir, al excelente trabajo de BLANQUER, David V. , *Ciudadano y soldado*, cit. , págs.. 150-198, en donde se analiza la situación no sólo en España, sino en el marco comparado, haciendo una valiosa referencia al caso estadounidense.

constitucionalidad de esta exclusión²²²⁴, si bien explicable política y sociológicamente, más que difícil de justificar jurídicamente²²²⁵. El Tribunal Constitucional al respecto corrió un velo y eludió repetidamente la materia, si bien parecía afirmar que la exclusión era inconstitucional²²²⁶. Cabe pues centrarse en la otra *área caliente* respecto de la discriminación de la mujer: su definitiva entrada en los Ejércitos. No hace falta ahora extenderse sobre el pasado y la evolución registrada, basta decir que tras una lenta y forzada evolución, la mujer ha podido acceder a las FAS casi íntegramente²²²⁷. De cara al Ejército

²²²⁴ En este sentido, el apartado VII del Preámbulo de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas afirma que “La legislación anterior abrió a la mujer las puertas de acceso a los Ejércitos, pero es en ésta donde en el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres y elimina así cualquier discriminación a la mujer”.

²²²⁵ El artículo 11. 2º de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, en su Preámbulo señala que “la mujer queda excluida de la obligatoriedad del servicio militar porque las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones”. Pues bien, el servicio militar supone una manifestación del derecho y deber a la defensa atribuido a “todos” por el artículo 30 CE. Tras este precepto se regula otro deber, el de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos mediante el sistema tributario (art. 31 CE). Tracemos el paralelismo y apreciemos si resulta admisible el razonamiento: “la mujer queda excluida de la obligatoriedad de pagar tributos porque las cantidades necesarias para los gastos públicos quedan satisfechas por lo que se recauda a los hombres”. Creo que sobran comentarios sobre el grado de aceptación jurídica y sociológica que tendría este razonamiento, que, no olvidemos, es el que justifica el servicio militar masculino. Al respecto, véase, BLANQUER, David V. , *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 183-184.

²²²⁶ Así en las diversas ocasiones en las que se cuestionó la constitucionalidad de diversos aspectos de los delitos relativos a la prestación social sustitutoria y el servicio militar obligatorio, dado que los jueces planteaban la discriminación consistente en que las mujeres no pudieran ser sujetos de tales delitos. El Tribunal Constitucional insistentemente, con acierto, señalaba que el tipo cuestionado era distante a tales prestaciones personales. No obstante parecía afirmar la inconstitucionalidad de la exclusión de la mujer en estas prestaciones. Así en el auto 246/1993, de 13 de julio, auto 66/1995, de 14 de febrero, en esta ocasión que “la discriminación por sexo vulneradora del art. 14 de la CE nacería, más bien, de las normas legales que configuran el deber de prestación del servicio militar y que eximen del mismo a las mujeres” (FJ 2º). También en el auto 66/1995, de 14 de febrero, donde reitera lo mismo (FJ 2º).

²²²⁷ En efecto, la integración de la mujer en las FAS en España actualmente es un hecho y ha sido producida por exigencia constitucional del artículo 14. No obstante, esta integración se ha logrado no sin esfuerzos frente a la lentitud del Gobierno y de la Administración militar, provocados mayormente por las resistencias institucionalistas del Ejército y por los lógicos costes de los reajustes a que se ha debido someter la organización material militar.

El *iter* jurídico de la efectividad del artículo 14 de la Norma Fundamental no ha sido breve. Ya la LODNOM 6/1980 preveía el principio de la incorporación de la mujer al Ejército, se posponía la concreción definitiva a norma posterior; el Decreto 2078/1985 volvió a nombrar

español del próximo siglo, los problemas fundamentales que hoy día se dan en este ámbito son dos. El primero, a punto de erradicarse, la pervivencia de alguna limitación del acceso de la mujer en algunas parcelas de la institución armada. El segundo, de más difícil solución, la creación de un entorno jurídico que facilite el ingreso y permanencia de la mujer en el Ejército profesional.

b. 1. Las limitaciones con las que aún contaba la mujer para acceder a los Ejércitos

Por cuanto a la primera de las cuestiones, cabe recordar que, en virtud del artículo 25 del Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las FAS²²²⁸, las mujeres no pueden acceder a unidades de combate como la Legión, Operaciones Especiales o Paracaidistas²²²⁹. La exclusión a la entrada a tales cuerpos parece quedar justificada, si es que lo está, en

la futura ley reguladora de dicha incorporación; el Real Decreto - Ley 1/1988 que, si bien su principio inspirador era la propia efectividad de la igualdad real, en su artículo 4 volvía a establecer con una fórmula abierta la definitiva incorporación de la mujer, supeditándola a elementos fácticos; esta inconcreción dio a su fin con la Ley 17/1989 que eliminaba toda discriminación por razón de sexo en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares, aunque, sin embargo, permitía vetar su acceso en algunas unidades, como a continuación se aprecia.

Fue el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, quien reprendió al legislador por la desatención grosera con la que actuó en torno a esta definitiva incorporación; y lo hizo en virtud de la combinación de los artículos 14 y 9. 2 CE. La resolución citada era un recurso de amparo frente a un acto administrativo por hechos motivados con anterioridad a la definitiva entrada normativa de la mujer en las FAS. Por medio de tal acto administrativo no se había admitido a las pruebas de acceso a la carrera militar a una mujer. Esta sentencia es muestra de la tardanza y esfuerzo que requirió el logro de la igualdad en esta materia en las FAS españolas.

²²²⁸ Este precepto guarda relación con el artículo 74. 5º de la Ley 17/1989, en el que se señalaba que “Las normas de provisión de destinos podrán establecer particularidades para la mujer derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas.”

²²²⁹ En perspectiva comparada cabe señalar que las mujeres sí pueden acceder a las unidades de combate en Israel, Suecia, Reino Unido de la Gran Bretaña, Cuba, Bélgica, Holanda y Noruega. Por el contrario, la mujer queda excluida de ellas en Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Francia o Turquía. En Italia, la mujer queda excluida de las FAS. Así se refiere en “Las mujeres en el combate”, *Boletín de Información* del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), nº 136-1, mayo de 1980, citado en BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado... cit.*, pág. 153.

la condición física requerida para la entrada en las mismas. No obstante, la motivación oculta de tal exclusión del género femenino en estas unidades ha sido el mantenimiento de la institucional tradición viril de las FAS²²³⁰, que no se asume con facilidad la entrada de la mujer en su seno. Nos encontramos, pues, ante una motivación de fondo que, de ser explicitada, difícilmente superaría el tamiz constitucional o el de la normativa de la Unión Europea a juicio del Tribunal de Luxemburgo, cuyas resoluciones bien recientes devienen especialmente significativas²²³¹.

²²³⁰ “Institucional” en el sentido atribuido desde la sociología militar a este término, como formato posible de los Ejércitos. Un Ejército o sectores institucionales del mismo viene a suponer la tradicional concepción de las FAS, distanciadas de la sociedad, con una socialización muy fuerte basada en el arraigo de la disciplina irreflexiva, la escasa neutralidad política y la asunción de los más rancios valores militares, y de entre ellos, la virilidad. En este sentido, véase, entre otros, MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar: ¿institucional, ocupacional o plural?”, en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 140-152.

²²³¹ Es abundante la normativa comunitaria antidiscriminatoria respecto de la cual más adelante se hace concreta referencia. Cabe hacer ahora referencia no obstante, a dos decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que se ha tenido conocimiento a la hora de concluir esta Tesis. Se trata, en primer lugar de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1999, relativa a la negativa a contratar a una mujer como cocinera en los Royal Marines, cuestión prejudicial suscitada por el Industrial Tribunal, Bury St Edmunds (Reino Unido). El Tribunal examinó si sobre la base de la seguridad nacional que confiere discrecionalidad al Estado miembro se podía justificar la exclusión de la mujer en el acceso a la especial unidad de las FAS en la que aspiraba ejercer de cocinera. El Tribunal, en su parágrafo nº 30 afirma que “la organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las fuerzas armadas británicas, de las que constituyen la «punta de lanza». Se trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea. Ha quedado acreditado que, en este cuerpo, los cocineros también deben intervenir como soldados de primera línea, que todos los miembros de este cuerpo son contratados y adiestrados para ello y que no existe ninguna excepción a esta regla en el momento del reclutamiento.” “(& 31.) En tales circunstancias, haciendo uso de la facultad discrecional de que disponen para apreciar la posibilidad de mantener la exclusión de que se trata *habida cuenta de la evolución social*, las autoridades competentes podían considerar, *sin violar el principio de proporcionalidad*, que las circunstancias específicas de intervención de las unidades de asalto que constituyen los Royal Marines y, en particular, la norma de «interoperabilidad» a la que están sometidos, justifican que su composición siga siendo exclusivamente masculina.”

Sin embargo, la más reciente resolución del Tribunal de Luxemburgo, asunto *Tanja Kreil*, sentencia de 11 de enero de 2000, ha obligado a Alemania a admitir a la mujer en servicios armados. Cabe señalar que expresamente en la Ley Fundamental de Bonn, art. 12. A. 4º *in fine* se dispone que “En ningún caso podrán las mujeres prestar servicio con las armas.” Las mujeres en Alemania se incorporaron a los Ejércitos desde 1975, pero sólo en puestos que no

Ahora bien, por lo que toca a las condiciones físicas exigibles para la entrada de la mujer en estas unidades especiales, no puede excluirse apriorísticamente la posible aptitud física del sexo femenino para la entrada en dichos cuerpos. Sin embargo, los requisitos físicos deberían ser sustancialmente los mismos que los establecidos para los varones; los baremos fijados para el acceso a estas unidades de combate no tienen por qué ser más permisivos con la mujer, pues *la eficacia*, en este sentido, *no atiende a sexos*²²³². Tales baremos deben ajustarse a las necesidades de las unidades y no a la capacidad física general de la mujer, pues, digámoslo así, *al enemigo le resulta indiferente el sexo de su adversario*²²³³. Así, en estas unidades específicas deberían entrar tanto los hombres como las mujeres que cuenten con las facultades físicas

implicaban el uso de las armas. A diferencia del supuesto anterior, la demandante no aspiraba a entrar en una unidad de elite de combate cuerpo a cuerpo, sino en el servicio de mantenimiento de armas electrónicas, de ahí que se explique la decisión favorable a la demanda del Tribunal en este caso.

El Tribunal de Justicia, reparaba en que “la negativa de alistar a la demandante [...] se basa en las disposiciones del Derecho alemán que prevén la exclusión total de las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo permiten su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar.” (& 26), “Teniendo en cuenta su alcance, tal exclusión, que se aplica casi a la totalidad de los empleos militares de la Bundeswehr, no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio.” (& 29).

Cabe señalar que, como suele suceder en estos casos de justicia supraestatal, el Gobierno alemán ha señalado la modificación de su normativa sobre el particular a finales del año 2000, excluyendo en todo caso la incorporación en unidades de combate como la Infantería de Marina. Sobre el particular, se ha seguido “La Corte europea obliga a Alemania a admitir a las mujeres en servicios armados”, en *El País*, 12 de enero de 2000, noticia a cargo de Sandra Ellegiers.

²²³² No se comparte así ni la decisión de persistir en la exigencia de distintas pruebas físicas a hombres y a mujeres y, con mayor razón, no se comparte en absoluto la posición sostenida en la enmienda nº 159, presentada por los Partidos Iniciativa-Els Verds y Nueva Izquierda, adscritos ambos al Grupo Mixto del Congreso, al artículo 63. 4, en la que se proponía que “En los sistemas de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. El establecimiento de pruebas físicas diferentes en función del sexo del aspirante, tendrá como finalidad equiparar por sexos, en lo posible, el porcentaje de admitidos y admitidos respecto del total de aspirantes de cada sexo.”

²²³³ En este sentido, cabe recordar el ejemplo citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. , pág. 186, “Si un militar lanza una granada, lo importante es que tenga fuerza física suficiente para que aquélla llegue a una cierta distancia mínima, con independencia del sexo del miembro de las FAS que la arroje.”

necesarias para ejercer adecuadamente la función encomendada, sin perjuicio de que sean pocas las mujeres que lleguen a alcanzarlas. Lo contrario supone un erróneo entendimiento de la igualdad de sexos que va en perjuicio de la eficacia de estos cuerpos, y por ende, de la defensa²²³⁴.

Asimismo, este precepto (el art. 25 del Reglamento) prosigue, señalando que las mujeres “Tampoco pueden formar parte de las Fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores en los que sus condiciones estructurales no permitan el alojamiento en condiciones adecuadas.” En esta ocasión, la justificación parece encontrarse en las necesidades materiales, que dificultan sobremanera la adaptación de instalaciones a las exigencias mínimas de la distinción de sexos. En algunos casos, la dificultad deviene casi insalvable, dada la naturaleza de los medios en cuestión (fuerzas de desembarco, submarinos, embarcaciones menores). Sin

²²³⁴ Estos argumentos se recogieron en la enmienda nº 37 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso, que demandaba las mismas exigencias físicas para el hombre y para la mujer, en la defensa de dicha enmienda se afirmaba:

No hay absolutamente nada que oponer a que la mujer se incorpore a las Fuerzas Armadas exactamente con los mismos derechos y facultades que el hombre, pero también con sus mismos deberes y obligaciones, sin la menor discriminación en ningún sentido. La profesión militar exige una formación intelectual y técnica cada vez más profunda y especializada, pero nunca debe olvidarse, aunque intente disimularse, que a los militares se les forma sobre todo para combatir, que su verdadera función es el combate y que para el combate son absolutamente necesarias unas condiciones y aptitudes físicas imprescindibles, circunstancia que no se da en la mayoría de las otras profesiones. Ahora bien, esas condiciones físicas son objetivas, es decir que se determinan exclusivamente por la función a cumplir, con independencia de quien la cumpla. Un Teniente de Infantería, un Alférez de Navío o un piloto de un F-18, debe tener una aptitud determinada no porque sea hombre o mujer, sino por lo que a él o a ella debe exigírsele como mínimo para cumplir con eficacia su función en el combate. Si esas condiciones físicas mínimas exigibles para cumplir una función son las que en la selección se exigen al varón, mientras que a la mujer, por serlo, se le exigen condiciones físicas por debajo de esas mínimas, se estará perjudicando gravemente a la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas y a la esencia misma de la Defensa Nacional, pues se formarán oficiales que no acreditan la aptitud física mínima exigible para cumplir su función de militar. Por el contrario, si para asegurar el cumplimiento de la función militar en todos los casos, las condiciones mínimas exigibles son las que en la selección se exigen a la mujer, se cometerá una evidente discriminación en razón de sexo si al varón se le exigen entonces condiciones por encima de esas mínimas y que exceden a las estrictamente necesarias para el cumplimiento de dicha función. Dentro de la más pura lógica y la más estricta justicia no puede negarse, apasionamientos aparte, que para ser militar profesional las condiciones físicas deben ser únicas.

embargo, en general *no debe admitirse una inactividad de los poderes públicos en aras a permitir el acogimiento de la mujer en los recintos militares*²²³⁵. De ahí que, desde la perspectiva de la igualdad, habría que justificar cuáles han sido los insalvables obstáculos por los que no se ha podido, en tan largo período que ya media, acometer las oportunas reformas materiales que permitan el acogimiento de la mujer en las instalaciones militares. A buen seguro resultaría difícil dar una respuesta suficiente al respecto.

b. 2. La reciente superación de tales limitaciones al acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas

Pues bien, estas injustificables discriminaciones están próximas a su erradicación. La reciente Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas²²³⁶ afirma en su Exposición de Motivos que elimina “cualquier discriminación a la mujer al no hacerse distinciones en los destinos que puedan ocupar en el desarrollo de su ejercicio profesional, sin perjuicio de que puedan establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer. Ello obligará a efectuar todavía un mayor esfuerzo en la superación de los problemas que representa la concurrencia de personal de ambos sexos en determinadas instalaciones y unidades militares.”(apartado VII). En esta dirección, el artículo 129 2º de esta reciente ley, relativo a la provisión de destinos previene que “Entre los requisitos exigidos para ocupar determinados destinos se podrán incluir límites de edad o condiciones psicofísicas especiales [...] sin distinción alguna por razón de sexo.” De

²²³⁵ En este sentido, cabe recordar la sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, en la que afirmaba que “El que un determinado órgano administrativo disponga, o carezca, de medios materiales o de que las atribuciones competenciales precisas no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución [...] Si se tiene derecho [...] es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales necesarios para procurársela; si no se tiene el derecho, sigue siendo igualmente irrelevante el que dichos medios existan o no”. (FJ 3º).

²²³⁶ Ley 17/1999, de 18 de mayo, BOE 19 de mayo.

este modo, ya no queda destino alguno vetado a la mujer, aunque persiste un viciado entendimiento de la igualdad, por cuanto al establecimiento de baremos físicos distintos para uno y otro sexos, cuanto menos por lo que se refiere a las unidades de combate²²³⁷. Asimismo, parecen superados los problemas materiales en determinadas instalaciones y unidades, cumplido el compromiso expresado en la Exposición de Motivos de la nueva ley. Aunque se dieron algunas reticencias tras la aprobación de la ley²²³⁸, se han erradicado ya los déficits que en materia de igualdad

²²³⁷ A mi juicio, el establecimiento de diferentes requisitos físicos sólo puede justificarse en los casos de acceso a unidades en las que la capacidad física no sea esencial para el desarrollo de la función encomendada. En estos casos, las exigencias físicas van encaminadas a garantizar unos mínimos de salud o aptitud natural del militar, y en este sentido el hombre y la mujer no cabe duda de que son diferentes, por lo que sí cabe baremos distintos. Sin embargo, cuando lo que se exige es un potencial físico imprescindible a la naturaleza de las funciones de diversas unidades, las de combate, la congruencia impone el establecimiento de las mismas exigencias físicas.

²²³⁸ Las reticencias a la aplicación de la nueva normativa quedaron de manifiesto en la primera convocatoria de acceso a militar profesional de tropa y marinería (cuarta incorporación de 1999), que fue inicialmente aprobada por Resolución de la Subsecretaría de Defensa 452/3854/1999, de 21 de septiembre.

En la misma se señalaba que 710 plazas -12, 2% de las ofertadas para el Ejército de tierra- quedaban sujetas a lo dispuesto en la base 12. 2 de esta convocatoria -inexistente-, si bien se hacía referencia a la 11. 2 que recordaba lo dispuesto en el artículo 25. 2º del Reglamento de 1992 que, como se ha visto, excepcionaba a la mujer del acceso a determinados cuerpos.

Ante esta convocatoria el Ministerio de Defensa inicialmente respondía que variar las bases de la convocatoria a mitad de año habría resultado discriminatorio hacia las candidatas que se presentaron antes de la entrada en vigor de la ley. Sin embargo, dichas bases habían sido ya modificadas por Orden del Ministerio de Defensa de 11 de marzo, precisamente para adelantar las previsiones relativas a la mujer. Al día siguiente, el Subsecretario de Defensa calificaba el hecho como “una errata que obviamente no puede con la ley”, por lo cual se modificó parcialmente la convocatoria dejando sin efecto la limitación de acceso de la mujer a determinados destinos. Asimismo en dicha rectificación se concedió un nuevo plazo de 20 días para que se presentasen las correspondientes solicitudes y revisando las solicitudes que podían haber sido rechazadas por dicha “errata”. Cabe señalar que para que se diese tal rectificación resultó determinante la salida a la luz pública de dicho suceso. Así puede seguirse en “La convocatoria de plazas para tropa profesional discrimina a las mujeres La convocatoria actual les impide optar a la Legión, la Brigada Paracaidista y las unidades especiales” y “Defensa rectificará la convocatoria militar que discrimina a las mujeres”, en *El País* de 5 y 6 de octubre de 1999, de Miguel González.

de sexo aún se daban para el acceso completo de la mujer en las FAS y ésta, definitivamente ha entrado en las unidades de combate²²³⁹.

c) El principio de un nuevo trayecto: la interesada necesidad de adoptar medidas positivas en favor de la maternidad militar

Se ha aludido como el segundo de los problemas relativos al binomio mujer-FAS la creación de un entorno jurídico que facilite el ingreso y permanencia de ésta en el Ejército profesional. No se abordan ahora cuestiones de índole sociológica como lo es el peso de la tradición masculina en las FAS y las dificultades que ello puede representar para una mujer militar. Estas dificultades han quedado, en buena medida superadas, toda vez que están completamente guarnecidos sus negativos efectos por el ordenamiento jurídico. No olvidemos, en este sentido, que desde hace una década la mujer ha accedido a la Institución militar y no ha tenido importantes problemas de integración²²⁴⁰; lo mismo cabe esperar en su paulatina incorporación en las restantes unidades en las que su entrada estaba vetada. En todo caso, existen suficientes instrumentos jurídicos de tipo correctivo-disciplinario para reprimir las posibles discriminaciones

²²³⁹ En efecto, ya existen mujeres legionarias, paracaidistas, en los Grupos de Operaciones Especiales, etc. Únicamente no ha tenido lugar la entrada de la mujer en las unidades de submarinos.

²²⁴⁰ En este sentido, pueden sorprender los resultados de una reciente encuesta entre soldados y marineros profesionales; ante la pregunta de si hay trato diferente respecto de la mujer militar en el Ejército, la mayoría de las mujeres militares afirmaron que el trato que reciben es igualitario, y la minoría que entendía que sí hay discriminación, se dividía entre las mujeres que consideraban que la discriminación era a su favor o en su contra. Signo contrario tenían los resultados generales ante esta cuestión, pues hay que tener en cuenta que el 90% de los encuestados eran varones. Pues bien, un 81' 75 % de todos los cuestionados no dudaba en afirmar que la mujer recibe un trato favorable (39' 40% muy favorable, 42' 45% "sí, frecuentemente a favor"); sólo un 13' 57% entendían que "no existen diferencias" y un irrisorio 3' 41% señalan que la mujer recibe un peor trato en los Ejércitos. Dichos datos los he obtenido de *El País*, domingo 7 de junio de 1998, "El 60% de los soldados profesionales volvería a serlo, según una encuesta de Defensa". Ahí se afirma que los datos proceden de una encuesta encargada por la Dirección de Reclutamiento y Enseñanza Militar, elaborada por la Unidad de Psicología de Defensa, contestada por 6. 104 soldados y marineros profesionales.

por razón de sexo que se den en el marco de la vida militar²²⁴¹. La cuestión principal la deriva, a mi juicio, las dificultades naturales con las que se encuentra una mujer militar en las FAS, concretamente, la maternidad.

c. 1. El interés del Estado en incorporar a la mujer a un Ejército profesional con falta de personal

A diferencia del problema anterior, las dificultades que conlleva la maternidad para la mujer supone, sin duda, un problema en modo

²²⁴¹ Así, existen toda una serie de conductas tipificadas como sancionables en la actual Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, sobre régimen disciplinario de las FAS, que si bien no siempre hacen referencia a la cuestión del sexo, pueden ser aplicadas por las conductas que traigan por causa una discriminación de este tipo. Así, en el artículo 7, entre las distintas conductas tipificadas cabe destacar tres:

“17. Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas.

21. Promover o tomar parte en alteraciones del buen orden que, sin afectar al interés del servicio, se realicen en el curso de actividades militares, o en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves o establecimientos militares.

22. Las riñas o altercados entre compañeros.”

Ya como faltas graves, cabe destacar las siguientes conductas sancionables:

“13. Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio.

17. Impedir, dificultar o limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito, así como interceptar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados.

22. Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.

23. Realizar actos que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave o delito.

24. Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar.

25. Promover o participar en discusiones que susciten antagonismo entre los distintos Ejércitos y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, o de naturaleza militar.”

Asimismo, entre las conductas que pueden provocar la imposición de una falta extraordinaria (artículo 17) se encuentra la siguiente:

“7. Realizar cualquier actuación que afecte a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, prevaliéndose de la condición de superior que se ostente, de la mayor antigüedad en el servicio, en las Fuerzas Armadas o en la unidad o destino, de superioridad física o de cualquier otra circunstancia análoga, cuando tal actuación no constituya delito.”

alguno fácil de resolver, pues, ni mucho menos, afecta únicamente a la Administración militar, sino a toda la sociedad en su conjunto y su resolución a todos concierne. No obstante, en el caso de la Defensa, existe un interés específico por intentar superar esta traba con la que puede toparse el acceso y permanencia de la mujer a los Ejércitos. Este especial interés se deriva de una ironía histórica: *las mujeres, durante toda la Historia, y hasta hace bien poco, excluidas de la Defensa militar han pasado a ser del todo necesarias para la misma, en razón del actual proceso de profesionalización de las FAS españolas*. Veamos por qué.

No es nueva la preocupación habida en relación con la profesionalización de los Ejércitos sobre las dificultades que habría en el reclutamiento de personal para la tropa profesional²²⁴². La tendencia a la inversión de la pirámide vegetativa propia a las sociedades occidentales, de especial intensidad en el caso español, reduce el número de personas con edades óptimas para constituir la tropa profesional. A ello se unen otros factores, como las tendencias pacifistas y ocupacionales actuales, que no hacen atractiva la profesión militar a un buen número de jóvenes. Todo lo cual, en conjunto, ya está dificultando alarmantemente el proceso de profesionalización, por falta de personal²²⁴³. Al momento de concluir este estudio,

²²⁴² Se siguen las dificultades económicas, sociológicas, demográficas y jurídicas con las que se encontraría la profesionalización de los Ejércitos en dos obras colectivas monográficas sobre la cuestión, realizadas cuando aún no había sido anunciado el actual proceso: AA. VV. *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994 y AA. VV. , *La profesionalización en los Ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996. Asimismo diversos expertos coincidían en las dificultades de toda índole que existen para que tal proceso culmine de forma óptima, poniendo el acento en las dificultades de personal en el marco de los encuentros celebrados en los Cursos de Verano de El Escorial, organizados por la Universidad Complutense de Madrid los días 28-29 de agosto de 1997, relativos a “La profesionalización de los Ejércitos”, a los cuales tuve ocasión de asistir.

²²⁴³ Lo que hace unos años era una preocupación abstracta se ha traducido a la realidad. Es ya muy preocupante el bajo número de aspirantes a conformar las tropas profesionales. Pese a las importantes campañas publicitarias, comienza a alarmar el bajo ratio de solicitudes para cada plaza en la última convocatoria para las Tropas profesionales. En *El País* de 12 de febrero de 1999 puede leerse el artículo “El Ejército no podrá cubrir todas las plazas de tropa profesional por falta de candidatos. Defensa sólo recluta 2, 16 aspirantes por puesto tras gastar 1. 600 millones en publicidad”. Y es que frente a las tres solicitudes por

prácticamente se da la situación de haber únicamente un aspirante para cada plaza ofertada. Para poder acoger al máximo número posible de los aspirantes se han rebajado a los mínimos de normalidad psíquica los requisitos para acceder a la tropa y marinería. Como se ha afirmado desde medios periodísticos, “se buscan soldados en rebajas”²²⁴⁴. Ello parece dar la razón a quienes fueron muy críticos con el modelo de reclutamiento de tropa elegido²²⁴⁵. Sin embargo, no es este el marco para hacer valoraciones políticas, más allá de recordar que una buena defensa militar del Estado constitucional exige dinero, y la sociedad debe estar dispuesta a sufragar estos costes²²⁴⁶.

plaza con que se acabó el año 1998, en 1999 la bajada ha sido muy importante, estando por debajo del umbral mínimo requerido (tres aspirantes por plaza) para asegurar una calidad mínima del personal militar de tropa. El problema se ha ido agravando, siendo ya alarmantes los datos de la segunda convocatoria, pues el número de solicitudes ni siquiera se ha acercado al promedio de dos aspirantes por plaza –proporción ya de por sí muy inferior al mínimo indispensable-. En esta ocasión, la caída de aspirantes se ha atribuido a la participación española en el conflicto de Kosovo, no obstante, los problemas no parecen en modo alguno estructurales. Respecto de los datos de esta convocatoria, ver, *El País* de 14 de mayo de 1999, “Serra atribuye a la guerra la reducción de aspirantes a soldados profesionales”.

²²⁴⁴ Según se señala en referencias de prensa la *ratio* de aspirantes por plaza ha caído al 1. 2. Ello ha llevado a rebajar los requisitos psicotécnicos para ampliar en número de aptos para pertenecer a la tropa de 90 que se requería al 70, donde la jurisprudencia fija los límites de normalidad de una persona.

Sobre el particular se ha seguido DEL RIEGO, Carmen, “Serra dice que “al soldadito español” siempre se le ha exigido el mismo cociente intelectual”, en *La Vanguardia*, 11 de febrero; de la misma periodista, “Se buscan soldados en rebajas”, de 14 de febrero, del mismo día, también, SEPÚLVEDA, Francisco, “Reclutar, salga lo que salga”.

²²⁴⁵ Una visión muy crítica del actual proceso de profesionalización puede seguirse en GARCÍA DE LA CRUZ, Juan J. “La seudoprofesionalización de la tropa”, cit. El autor tilda el sistema de renovación de compromisos como “figura laboral decimonónica” y señala que los soldados que conformarán la tropa profesional son trabajadores precarios y sin futuro profesional: “se habla de “compromisos renovables”, o –cabría añadir- no renovables [...] podríamos estar ante la generación de una figura de empleo público precario y sujeta a un despido libre camuflado, condicionada por renovaciones de contrato que quedan al arbitrio de la *patronal de turno*” (Ver, pág. 61, al respecto dedica las págs. 61-63, en esta última concluye “La reforma (en Nuevo Modelo de Fuerzas Armadas) ha llevado a la tropa española desde *ciudadanos siervos a trabajadores siervos*.”).

²²⁴⁶ En Estados Unidos, donde no hay prácticamente paro, se arbitran costosos medios para hacer atrayente la profesión militar, se da una sensible compensación económica y se operan diversos medios para la formación del militar en aras a su integración en el mundo civil laboral. Allí, además, la profesión militar tiene cierto prestigio social que facilita esta reincorporación a la sociedad civil. Sobre el particular, quien suscribe tiene conocimiento de dichas facilidades por medio de diversos folletos publicitarios norteamericanos: “Army \$ 50.000 for college or vo/tech”, “Army benefits”, “Army education”, “Army skill training”,

Pues bien, volviendo al tema que ahora nos ocupa hay que señalar que es, precisamente, la incorporación de la mujer al Ejército la mayor esperanza para resolver este importante problema. Es por ello que se afirma el singular interés en facilitar su acceso y permanencia en los Ejércitos²²⁴⁷, no ya una entrada casi testimonial, como la que ha habido hasta la fecha²²⁴⁸, sino la que permita resolver la acuciante carencia de personal que hoy se presenta. En consecuencia, *el interés del Estado por la mujer en las FAS no reside en una apasionada vocación constitucional igualitaria, sino que tiene un marcado carácter utilitario; no obstante, la consecuencia es indudablemente positiva, un paso más en la igualdad de sexos*²²⁴⁹.

c. 2. Las dificultades que plantea la maternidad ante la profesionalización de las Fuerzas Armadas: el problema de la renovación de los compromisos de la madre militar

Frente a esta necesidad de captar mujeres para la tropa de las FAS españolas, la maternidad militar implica un serio obstáculo. Ello es así en la medida en que las particularidades militares no casan bien con este obligado fenómeno natural. Por cuanto a la mujer, de una parte, la obligada movilidad geográfica del militar²²⁵⁰ es un factor que

“Today’s Navy”, así como por la propia conversación con responsables de reclutamiento, cuyas oficinas permanentes se establecen incluso en pequeñas poblaciones.

²²⁴⁷ Así se entiende la ingente campaña publicitaria de 1999 para captar aspirantes a la tropa profesional, campaña expresamente dirigida a las mujeres en la que con diversos eslóganes se incide en la igualdad de sexos en las FAS españolas.

²²⁴⁸ De los más de 170. 000 militares de las FAS españolas, unos 50. 000 cuadros de mando, no pasan de 6. 000 las mujeres, número que ahora se ve incrementado por su afluencia en la Tropa. No obstante, la intención de incorporarse a la tropa profesional por la mujer no ha sido, en modo alguno, testimonial, pues alcanza al 20% el porcentaje de las mujeres que solicitan la entrada en las Tropas profesionales (según la información periodística arriba referida).

²²⁴⁹ Algo semejante puede decirse del propio proceso de profesionalización de los Ejércitos. La descarga de la prestación obligatoria del servicio militar no viene motivada por las presiones sociales en contra de la misma, sino por la exigencia de Ejércitos más reducidos y mejor preparados.

²²⁵⁰ La Ley de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS, Ley 26/1999 de 9 de Julio - BOE, de 10 de Julio de 1999, señala en su preámbulo la

dificulta la ambición de gestar una familia y, por ende, puede disminuir el atractivo por esta profesión; de otra parte, para las necesidades de la defensa, la maternidad supone una circunstancia que no se aviene bien con la continuidad del servicio y, por lo tanto, repercute en alguna medida en la eficacia de la unidad donde la militar ejerce sus cometidos. Ello implica una confrontación de intereses, que se traduce en una negativa percepción por doble partida: tanto de la mujer respecto de la profesión militar, cuanto de la Institución castrense respecto del fenómeno materno²²⁵¹. Afirma Moskos que “el problema central para las mujeres militares no es la norma que las excluye del combate [como sucede en Estados Unidos], sino el crear un *modus vivendi* (o algo mejor) entre la vida militar, el matrimonio y, especialmente, la maternidad” [...] sin algunos ajustes de importancia que tengan en cuenta las responsabilidades de la maternidad, las mujeres no podrán asumir un papel significativo en la fuerza militar. [...] Hay que crear y mejorar sus relaciones para el cuidado de los niños, aun cuando se reconozca que son caras, [...] hay que] concederles un permiso de maternidad, de dos o tres (o tal vez más) años de duración.”²²⁵²

“obligatoria movilidad geográfica derivada de la disponibilidad por razones profesionales. En efecto, la movilidad a lo largo de la trayectoria profesional del militar es una característica o exigencia relevante que contribuye eficazmente a su capacitación y a la operatividad de los Ejércitos” (apartado II).

²²⁵¹ Un triste ejemplo de la difícil recepción de la mujer en las FAS y en concreto del fenómeno de la maternidad militar lo ofrece el Reino Unido. A diferencia de España, donde hasta el momento los problemas son casi excepcionales, en los últimos años el Ministerio de Defensa británico ha sido demandado en más de 5.000 ocasiones por discriminación a la mujer, habiéndole supuesto hasta la fecha más de 13.000 millones en indemnizaciones. En concreto, por lo que se refiere a la maternidad militar, en 1999 se ha suscitado el caso Nina Middlemass, mujer radiotelegrafista en el cuerpo de Transmisiones de los Royal Signals, del Ejército de Tierra. Según alegó en el juicio emprendido, fue inducida a someterse a dos abortos consecutivos en 1991 y 1993, desoyendo estas “invitaciones” finalmente en 1995. Según afirma en las anteriores ocasiones el médico de su base le señaló que tendría que dejar el servicio de seguir adelante con su embarazo. En 1995, dando luz a su hija, afirmó que fue sometida a burlas y desatención médica por las autoridades. Los datos afirmados han sido extraídos de *El País* de 7 de mayo de 1999, “Invitada a abortar en el Ejército”, por Isabel Ferrer.

²²⁵² MOSKOS, Charles C. “La institucionalización en un mundo ocupacional”, cit. págs. 367-368.

El texto de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas contiene algunas medidas protectoras con relación a la maternidad. En primer lugar, a fin que las mujeres en estado no tengan particulares obstáculos para acceder a las FAS, se dispone un sistema por el cual pueden efectuar las pruebas físicas con posterioridad al parto, para el caso de haber superado todas las demás pruebas²²⁵³. En segundo lugar, de un lado se establece el derecho a ocupar un puesto orgánico distinto al que ocupe la mujer embarazada, bajo prescripción facultativa. Asimismo, para los supuestos de parto o adopción se reconocen todos los permisos por maternidad en igualdad a los vigentes para el resto de los funcionarios públicos (art. 132).

No obstante, sin perjuicio de estas medidas favorables a la maternidad, en buen grado exigidas por la normativa y jurisprudencia

²²⁵³ El sistema se regula en el artículo 63. 4º de la ley:

“Si alguna de las aspirantes no pudiera efectuar las pruebas físicas establecidas en la convocatoria por embarazo o parto, debidamente acreditados, realizará todas las demás, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera condicionada a la superación de aquéllas. Para ello la interesada podrá optar entre la fecha que, a estos solos efectos, se determine en la propia convocatoria, anterior a la de presentación de los admitidos en el centro militar de formación correspondiente, o la que, en su momento, se establezca para la siguiente convocatoria. Sin que en esta fecha tampoco pudiera realizarlas debido a otro embarazo o parto, debidamente acreditados igualmente, podrá elegir de nuevo entre las dos opciones antedichas, sin que en ninguno de estos casos les sea de aplicación los límites de edad.

Caso de que la interesada no pudiera realizar las pruebas físicas en la fecha prevista para ello en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, cualquiera que fuera la causa, perderá todo el derecho a la misma.

La interesada se incorporará al centro militar de formación correspondiente con los admitidos a la convocatoria en la que supere las pruebas físicas.”

Esta regulación fue objeto de la enmienda nº 37 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso, sin éxito. En la misma se afirmaba que “debe suprimirse también el segundo párrafo. El embarazo, dignísimo desde luego, a los efectos de realizar unas pruebas físicas no pasa de ser una imposibilidad física transitoria y, además que, con la excepción de la violación, se adquiere voluntariamente. ¿Qué pasa entonces con el varón o la mujer no embarazada que incluso en el propio desarrollo de las pruebas físicas de selección sufre cualquier lesión, frecuentes por otra parte, y no puede terminarlas... ? La discriminación en este caso no es sólo con respecto al varón, sino que afecta también a las mujeres no embarazadas. O ese beneficio de poder retrasar la realización de las pruebas físicas establecido en el Proyecto de Ley nada menos que durante dos convocatorias se amplía a todos los que sufren una incapacidad física transitoria o ese segundo párrafo del apartado 4 del artículo 63 debe suprimirse.

de la Unión Europea²²⁵⁴, hay que añadir un último factor que agrava la situación de la madre militar que particularmente interesa promover, la profesional de tropa. Este factor es el sistema de compromisos de los militares profesionales de tropa y marinería. La Ley establece para la tropa y marinería un compromiso inicial, de una duración de dos a tres años (art. 94), tras el mismo, deben producirse las renovaciones mediante sucesivos compromisos, también cada dos o tres años. Estas renovaciones, “podrán extenderse hasta un máximo de doce años de tiempo de servicio, no pudiendo superar el interesado los 35 años de edad” (art. 96. 1º) y -esto es lo relevante- se hacen depender de que se

²²⁵⁴ Es conocida la importante protección que confiere el Derecho comunitario frente a la discriminación de la mujer, específicamente en el ámbito laboral. En este sentido cabe destacar el artículo 119 del TCCE (actual 141) que ha tenido un nutrido desarrollo normativo y jurisprudencial, así como el Tratado de Amsterdam, que bien pronto entrará en vigor, donde se fortalece el principio de igualdad en general y por razón de sexo en particular, que pasan a ser fines y medios esenciales de la Unión (art. 2, 3 y 6, actuales 2, 3 y 12, respectivamente).

Específicamente, la maternidad ha quedado amparada por la normativa emanada del Consejo de la Unión; así, la Directiva 76/ 207 CEE, de 9 de febrero 27 de 1976 (que reserva a los Estados miembros la posibilidad de adoptar normas internas protectoras de la mujer en materia de embarazo y maternidad y reconoce las protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo) o la Directiva 92/85/CEE, de he 19 de octubre de 1992 (aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la saludos en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia).

De otra parte, la labor jurisprudencial del Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo ha sido muy importante en materia de no discriminación de la mujer y concretamente en materia de maternidad. En este sentido destacan sentencias como las dos de 8 de noviembre del 1990 (asunto c-177/88, Dekker contra VJV y asunto c-179/88, Handels-Og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark, citado como *caso Hertz* por el propio Tribunal, no contratación por causa de maternidad); también la sentencia de 5 de mayo de 1994 (caso C-421/92, Habermann-Bertelmann), la de 14 de julio de 1994 (caso C-32/93, WEB/EMO AIR Cargo) y la de 30 de junio de 1998 (asunto C-394/96, Mary Brown contra Rentkoil Ltd), las tres sobre la prohibición de despido causado por la maternidad. Por último, cabe señalar la más reciente sentencia de 19 de noviembre de 1998 (asunto C-66/9, Handel- og Kontorfunktionaer ren Forbund i Danmark / Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger, mantenimiento del salario completo por incapacidad causada por la maternidad y protección frente a actividades peligrosas para el *nasciturus*.) Sobre la materia, puede consultarse, entre otros, la reciente edición de CHUECA SANCHO, Ángel G. , *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, (2ª ed.), Barcelona, Bosch, 1999, págs. 165-204 relativas a la no discriminación por razón de sexo en general, y págs. 186-189 respecto de la maternidad.

Pues bien, claro está que dicha normativa y jurisprudencia afecta al ámbito castrense, por lo que la atención del estado materno a efectos de las condiciones de trabajo resulta exigible, así como la igualdad en el régimen de derechos estatutarios y retribuciones con el resto de los servidores públicos.

estime que es “idóneo” quien pretende renovar su compromiso²²⁵⁵. Así pues, *la madre o futura madre de tropa profesional que pretenda continuar en las FAS debe ser evaluada positivamente para prorrogar su situación. Ante tal exigencia, no puede desconocerse que la maternidad puede jugar (no explícitamente, claro está²²⁵⁶) un papel negativo determinante sobre tal evaluación.* Esta posibilidad está presente en la opinión pública, en virtud de los casos concretos que han salido a la luz, situaciones en las que se no se había renovado el contrato y la perjudicada alegó que era su maternidad la causante de su no renovación. Como consecuencia, tales fenómenos actúan en contra a captación de mujeres dispuestas a acceder a la tropa de las FAS.

c. 3. ¿Qué medidas cabe adoptar ante esta compleja cuestión?

La solución no es en modo alguno sencilla. No obstante, es posible apuntar alguna línea con que podría superarse el problema en algún sentido. De un lado, la medida más drástica y menos viable: la revisión del sistema de compromisos establecido por la Ley. Ahora bien, no son pocas ni de poca entidad las razones a que puede obedecer el sistema propuesto, tanto de eficiencia económica²²⁵⁷, cuanto de eficiencia para las propias FAS²²⁵⁸. De ahí que, más que por

²²⁵⁵ Art. 96. 6º: “para la firma de un nuevo compromiso será preceptivo haber sido evaluado previamente y declarado idóneo.” Tal evaluación se ajusta a lo establecido en los artículos 104 y siguientes de la citada norma.

²²⁵⁶ Como se desprende de la normativa y jurisprudencia comunitaria mencionada *supra*, la maternidad no puede ser, en modo alguno, causa de despido. La Directiva 92/85/CEE prohíbe el despido de la mujer durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad; no obstante, claro está, no se trata de un despido, sino de una renovación. Incluso para el caso de peligro para la madre o el feto, la separación del trabajo no puede obedecer en ningún caso al interés del empleador, en nuestro caso las FAS, sino que debe darse en interés de la maternidad (así se recuerda en la última sentencia de las citadas).

²²⁵⁷ La evaluación precisa para la renovación del compromiso bien puede quedar supeditada, en líneas generales, al planeamiento del Gobierno en cada período, lo cual le permite ajustar el número de militares de tropa que ha de ser renovado a las posibilidades económicas imperantes en cada momento.

²²⁵⁸ El mismo ajuste dirigido por el Gobierno, arriba mencionado, se daría en relación con las necesidades operativas de la defensa en cada momento. Así, el propio art. 95. 6º de la

una reforma de la Ley recién aprobada, quizá *cabe apostar por un moderado retoque del sistema de compromisos. Tal novación pudiera incluirse en la futura normativa de ejecución de la Ley. Esta normativa podría contener el establecimiento de algunas garantías específicas en la evaluación y renovación cuando se tratase de una mujer en estado o que haya dado a luz con proximidad en el tiempo (como pudiera ser por ejemplo la creación de comisiones específicas al efecto)*²²⁵⁹. La toma de estas medidas, podría, cuanto menos, reforzar la posición de la madre militar, a la vez que coadyuvaría la mejora de la opinión pública femenina respecto de la posibilidad de emprender la vocación militar.

Desde la perspectiva de la constitucionalidad, estas medidas quedarían amparadas, sin problema alguno, bajo la cobertura del artículo 14 CE en relación con la igualdad material del artículo 9. 2º CE. El Tribunal Constitucional, precisamente en la sentencia 216/1991 (igualdad de la mujer en las FAS), afirmaba que:

“La incidencia del mandato contenido en el art. 9. 2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida - antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un

ley señala que las condiciones para contraer los sucesivos compromisos o prórrogas se establecerán “en función de las previsiones del planeamiento de la defensa militar”. Además, aunque en este caso ello no se encuentra entre lo que pueda ser explicitado, el sistema de renovación de compromisos seguido inevitablemente fomenta una mayor entrega por parte del militar sujeto a la evaluación, lo que -sea admisible o no- redundará sin duda en favor de la eficacia de las FAS.

²²⁵⁹ Sin perjuicio de las competencias de los jefes directos o de otros órganos que llevan a cabo la calificación de idoneidad de la mujer militar (artículos 103 y ss.), podría pensarse en la constitución de unas comisiones en las Delegaciones territoriales de Defensa, o una sola estatal; estas comisiones se encargarían de analizar y supervisar estos casos, con recepción de informes e, incluso de las partes. Tal comisión, aun cuando no tuviera potestad decisoria última, bien podría tener peso a la hora de tomar la decisión final.

trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (FJ 5^o2260).

E) UN SIMBÓLICO AVANCE DEMOCRÁTICO: LA ACEPTACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LOS EJÉRCITOS

a) *Una aproximación constitucional a la homosexualidad y su admisión en el seno de las Fuerzas Armadas. Un nuevo rumbo impuesto por la justicia supranacional*

Cabe significar que, cuanto menos hasta la fecha, la orientación sexual de los miembros de las FAS españolas no ha resultado una cuestión particularmente polémica, como sí lo ha sido en otros países, en especial en el marco anglosajón²²⁶¹. Hoy día en España, la

²²⁶⁰ Cabe asimismo recordar las sentencias 128/1987, de 27 de julio y 109/1993, de 25 de marzo, relativas a la admisión de la discriminación positiva en beneficio de la mujer en razón de la maternidad.

²²⁶¹ Como no es extraño a los sistemas jurídicos anglosajones, tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña el homosexual en general, y particularmente el militar, ha recibido un severo trato difícilmente admisible en el marco jurídico continental.

En Estados Unidos, de 1984 a 1987 se separaron a más de 4600 personas de las FAS por su homosexualidad, siguiendo instrucciones del Departamento de Defensa, se apartaba a quienes afirmasen o declarasen voluntariamente ser homosexuales o bisexuales o a quienes pretendían casarse con persona del mismo sexo. En el ámbito civil en USA sólo se penaliza la sodomía, y en el militar, la mera declaración. La Administración de Bill Clinton ha aligerado en cierto modo esta dura represión por la vía de hecho, ha adoptado la política del *don't ask, don't tell, don't pursue* (no preguntamos, no contestas, no perseguimos). La bibliografía sobre el tema en aquel es abundantísima, entre los estudios más completos y más recientes, cabe remitirse a CARR John, A. “The Difference between Can and Should: Able v. United States and the Continuing Debate about Homosexual Conduct in the Military”, en *The Air Force Law Review*, nº 46, de 1999, (4252 palabras).

En Gran Bretaña, el régimen contra los homosexuales ha sido, justo hasta el momento en el que se cerraba el presente estudio, bien severo. Los actos homosexuales se despenalizaron en general en 1967, pero no en el ámbito de las FAS hasta el *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994. No obstante, en esta normativa se mantuvo la condición homosexual como causa de expulsión del Ejército. Esta normativa disponía en su apartado segundo que “La homosexualidad, ya sea masculina o femenina, se considera incompatible con el servicio en las Fuerzas Armadas. Esto se debe no sólo a las no sólo por las condiciones de estrecho contrato físico en que a menudo debe vivir y trabajar el personal, sino también al hecho de que el comportamiento homosexual puede resultar ofensivo, polarizar las relaciones, inducir a la indisciplina y en consecuencia, deteriorar la moral y la eficacia de las unidades. Si una persona al servicio de las Fuerzas Armadas reconoce ser homosexual y su Jefe estima que su declaración tiene fundamento, se le exigirá que abandone el Ejército”. Sobre la base de dicha

normativa fueron expulsados más de una treintena de homosexuales y cabe subrayar que los medios empleados para el descubrimiento de tal orientación reunían no pocos caracteres inquisitoriales que han sido censurados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los que se volverá.

Y es que la aplicación de esta normativa ha suscitado los más interesantes asuntos en la justicia supranacional. De una parte, la cuestión prejudicial (C-198/91-1), *caso Terence Perkins*, peluquero de la *Royal Navy* expulsado en 1995, así como, en especial las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Case of Smith y Grady* y *Caso Lustig-Prean y Beckett*, ambos contra el Reino Unido y las dos de 27 de septiembre de 1999, relativa también a expulsiones de miembros de las *Royal Air Forces* y de la *Royal Navy*. Dada la condena a Gran Bretaña en estas sentencias se ha dado un cambio en la política mantenida hasta ahora. Incluso de forma previa a dichas resoluciones se daba una primera apertura en un asunto paralelo, admitiéndose a los transexuales en puestos administrativos, no obstante, el Ministerio se mantenía contrario a la admisión de homosexuales. Tras las sentencias de septiembre de 1999, los primeros días de enero de 2000 ha sido aprobado un nuevo código de conducta relativo a la homosexualidad, en el mismo resulta sancionable el comportamiento homosexual en acto de servicio, pero no la orientación sexual. De este modo finaliza la posible expulsión por la mera orientación sexual o la proclamación de ésta, sino sólo por la conducta.

Por contra, los homosexuales en las FAS no tienen problema jurídico alguno en Holanda desde 1974 y en Suecia desde 1979. El resto de los países continentales, a grandes rasgos, puede decirse que tienen una posición intermedia, similar a la española, aunque con variantes. Por ejemplo, en el caso de Alemania, la Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal (*BVerwG*), admite que no se destine a homosexuales en puestos de instrucción (Sentencias de 8 de noviembre de 1990, de 25 de octubre de 1979, de 12 de junio de 1976 y de 18 de octubre de 1973). Se aduce que, pese a la liberalización, no se puede presumir la tolerancia entre los jóvenes soldados a instruir, pudiéndose enturbiar las relaciones de servicio.

En otros países como Israel, desde 1988 no se puede separar del servicio a un militar por el hecho de ser homosexual, pero no se le permite acceder a destinos en los que se utilice material clasificado como secreto. El argumento se basa en la clandestinidad propia en la que se desenvuelven las relaciones homosexuales, que hace que estos sujetos sean presa fácil de un hipotético chantaje del enemigo. En Estados Unidos éste ha sido, también, un argumento usualmente esgrimido por el Gobierno y los Tribunales.

La perspectiva comparada y otros aspectos de esta materia los he seguido entre otros, en BLANQUER CRIADO, David V., tesis doctoral que bajo el mismo título que su monografía publicada *Ciudadano y soldado*, cit. En la tesis, cuyo original tengo la oportunidad de disponer, incluye un apartado dedicado a la homosexualidad en las FAS (págs. 441-473), las páginas 445-455 quedan dedicadas al tratamiento de la materia en Estados Unidos. En relación con este ámbito, más reciente CARRERAS, Mercedes, "Orientación sexual y discriminación en los Estados Unidos", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 18/19, perteneciente al año 1997, publicado en 1998, págs. 97-114, en concreto sobre el ámbito militar, págs. 100-103. La más reciente e interesante evolución en Gran Bretaña se ha seguido por la amplia documentación contenida tanto en la documentación de la extinguida cuestión prejudicial del asunto *Terence Perkins*, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, como, en especial, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Caso Smith y Grady* y *Caso Lustig-Prean y Beckett*. La nueva política británica como consecuencia de estas últimas resoluciones, se ha seguido por las referencias periodísticas contenidas en *El País*: "El Reino Unido admite militares transexuales en puestos de oficina", de 3 de agosto de 1999, por Isabel Ferrer; "Los gays podrán incorporarse al Ejército a partir del año 2000 en el Reino Unido", de

normativa no implica expresamente persecución alguna al militar homosexual²²⁶²; el trato diferenciado no viene expresado en norma alguna, sino en la aplicación de éstas. La problemática se centra en la repercusión disciplinaria que puede tener la práctica de conductas homosexuales (no la mera condición de homosexual²²⁶³), conductas que, en su caso, pueden generar consecuencias diversas que si se trataran de relaciones heterosexuales. Este trato diferenciado ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia ordinaria²²⁶⁴ como la.

14 de diciembre de 1999 Efe.; “El Reino Unido pone fin a la discriminación homosexual en las Fuerzas Armadas”, de 13 de enero de 2000, por J. C. Gumucio.

²²⁶² En España, el tratamiento respecto de los homosexuales en los Ejércitos ha sido, sin duda, menos beligerante que el que se da en los países anglosajones. No obstante, durante el anterior régimen no eran pocos los casos en los que se obligaba a pedir la baja de las FAS por ser homosexual. El Código de Justicia Militar derogado en 1985 tipificaba como delito la “comisión de actos deshonestos con individuos del mismo sexo”, con penas de seis meses y un día a seis años de prisión (artículo 352). Más tarde, la conducta homosexual se desplazó al régimen disciplinario. La anterior Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las FAS, señalaba como falta leve (art. 8. 25 °) “comportarse de forma escandalosa o realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las FAS”, lo que persiste en la nueva LO 8/1998 (art. 7. 26°), también, la derogada norma tipificaba como falta grave “realizar actos deshonestos con inferiores de *igual* o distinto sexo prevaliéndose de su condición, cuando no constituya delito” (art. 9. 19°), en la nueva ley esta conducta se tipifica como “Realizar actos que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave o delito” (art. 8. 23°). También se consideraba falta grave “mantener relaciones sexuales en Acuartelamientos, Buques, Bases y demás Establecimientos militares cuando atenten contra la dignidad militar” (art. 9. 20°). En la actual ley varía un poco la consideración de la falta grave, pues, condiciona estas conductas a “cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar”.

Asimismo, mayor importancia reviste la posibilidad de la separación del servicio en virtud de “Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito.”, causa de sanción disciplinaria extraordinaria del artículo 59. 3° de la antigua norma, fórmula que persiste en el artículo 17 de la nueva ley.

²²⁶³ En este sentido, cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1997, que recordaba que “al recurrente no le ha sido impuesta la sanción disciplinaria de separación del servicio por “ser” homosexual sino por “haber realizado” -o requerido para realizar- actos lúbricos con personas del mismo sexo en condiciones particularmente indignas y ofensivas para el prestigio del Cuerpo al que pertenecía. No se ha pretendido naturalmente, con la sanción impugnada, castigar la orientación sexual del recurrente sino su concreto y ocasional comportamiento sexual en la medida en que se ha considerado incompatible con la dignidad que es exigible a todo miembro de la Guardia Civil.” (FJ 4°) Pese a que no se tratase de un miembro de las FAS, en tanto que sometido a la disciplina militar, puede asimilarse al Guardia Civil al militar a los efectos ahora invocados.

²²⁶⁴ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de diciembre de 1985 afirmaba que la penalidad dispuesta por el artículo 352 Código de Justicia Militar “encuentra su convalidación

constitucional²²⁶⁵, aunque -lo que es curioso- ha sido negado por el Ejecutivo recientemente, al afirmar en el ruedo parlamentario que ello sería contrario al derecho fundamental a la igualdad²²⁶⁶.

Desde la perspectiva constitucional, la orientación homosexual no escapa a ser abordada desde la perspectiva de la igualdad y los

entre otras razones por el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, y de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército de la que el honor, unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines." De igual modo, en la sentencia de 5 de marzo de 1986 consideraba que "si bien es obvio que las prácticas homosexuales entre varones quedan dentro del ámbito de la vida privada, también lo es que las leyes castrenses tipifican hechos concretos que afectan gravemente a la disciplina comportamiento de los individuos que forman parte de las mismas y que por tanto vienen obligados a la observancia de dichas normas recogidas en el código castrense." En la sentencia de 30 de abril de 1986, se afirmaba que la infracción no está en el simple hecho de tener relaciones homosexuales, sino en que éstas atenten a los derechos de los demás. Asimismo, en su sentencia de 21 de septiembre de 1988 afirma que la homosexualidad "en un ámbito social como el militar en modo alguno puede ser tenido por serio y decoroso", "a los miembros de determinados cuerpos profesionales [... se les debe exigir] por vía disciplinaria e incluso penal, un grado de atencimiento a la moral socialmente vigente que al resto de los ciudadanos sólo se impone mediante el control difuso que ejerce el juicio u opinión de la colectividad." También se abordaba la sanción de la conducta homosexual en la sentencia de 11 de abril de 1997, referida *supra*.

²²⁶⁵ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español declaró en el auto 446/1984, de 11 de julio que no era comparable la relación homosexual y heterosexual, y que a efectos del ordenamiento militar (en relación con el mencionado art. 352 del Código de Justicia Militar) no resultaba inconstitucional la particular persecución penal y disciplinaria de las conductas homosexuales por afectar el particular honor militar digno de proteger en favor de la disciplina y naturaleza de la institución armada (véase su FJ 6º). Estas ideas se reiteraron en la sentencia 33/1985, de 7 de marzo (FJ 1º). Cabe señalar, también, la mencionada 151/1997, de 28 de septiembre (Capitán expulsado por consentir el adulterio de su mujer, de la cual estaba separado), en la que se señala la posibilidad de que la conducta sexual llevada a cabo en la privacidad por el militar, en razón de las exigencias propias a la función militar (y entre ellas el "honor militar"), puede llegar a generar responsabilidades disciplinarias.

²²⁶⁶ En efecto, el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió formuló una pregunta al Gobierno relativa a las medidas destinadas a evitar que los manuales de Derecho Penal militar empleados en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos interpreten el concepto de "relaciones sexuales en establecimientos militares que atenten contra la dignidad militar" como relaciones sexuales de personas del mismo sexo. En contestación, el Gobierno niega que en la Academia militar se imparta una educación que, a su juicio, sería contraria al derecho fundamental a la igualdad reconocido en la Constitución. Al respecto, se ha seguido la información publicada en el diario *Las Provincias*, de 9 de mayo de 1999, "En las academias militares no se discrimina a los homosexuales", no obstante, no ha podido ser corroborada en los medios oficiales (servidores *web* de Senado y Congreso).

derechos y libertades²²⁶⁷. Por cuanto hace referencia a la no discriminación, puede entenderse que la orientación sexual se incluye dentro de la cláusula específica del “sexo” (art. 14 CE). No obstante la cuestión es discutible, en la medida que se entienda que la alusión al “sexo” viene sólo referida al género y no a la orientación sexual. En España, considerar la orientación sexual como una específica categoría sospechosa de discriminación tiene una relativa importancia jurídica: implica un análisis más estricto y severo de la admisibilidad del trato diferenciado, así como una inversión de la carga de la prueba²²⁶⁸, esto es, a la postre una mayor protección.

Sin embargo, en el marco del Derecho comunitario la cuestión adquiriría una centralidad esencial, se trataba de aplicar o no la normativa antidiscriminatoria, esto es, de amparar o no la orientación homosexual. Pese a que el Tribunal de las Comunidades Europeas recientemente excluyera la orientación sexual de la no discriminación por razón de sexo (sentencia *asunto Grant* el 13 de febrero de 1998²²⁶⁹),

²²⁶⁷ Puede considerarse que queda bajo la cobertura del libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1º CE), la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), la libertad de pensamiento (art. 16 CE), el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE) o el acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23. 2º CE). En España no han sido muchas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la homosexualidad o la transexualidad. Al margen de las mencionadas sentencias que versaban sobre el ámbito militar, cabe mencionar la sentencia 13/1982, de 1 de abril, relativa a la homosexualidad como circunstancia en relación con la presunción de inocencia; los votos particulares formulados a la sentencia 54/1989, de 23 de febrero, relativa al ámbito de las uniones de hecho; auto 222/1994, de 11 de julio, desde esta última perspectiva, relativo a las presiones de viudedad y homosexuales; sentencia 215/1994, de 14 de julio, en la que se niega la existencia de un derecho a la sexualidad, a la vez que se hace colateral referencia a la transexualidad. Cabe también hacer referencia a la Proposición aprobada por la Comisión Constitucional del Congreso, de 11 de junio de 1985, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 25 de junio, en la que se señalaba la necesidad de evitar la discriminación motivada por la orientación homosexual de la persona.

²²⁶⁸ Este útil efecto procesal pesa en general sobre quien afirma la constitucionalidad de un límite a un derecho fundamental, si bien en el caso de la igualdad, sólo recae cuando se alega una discriminación contraria a las cláusulas específicas del artículo 14 CE (“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). Al respecto, véanse las sentencias 81/1982, de 21 de diciembre, 34/1984, de 9 de marzo, 20/1985, de 14 de febrero, entre otras.

²²⁶⁹ *Lisa Jacqueline Grant vs. Southwest Trains Ltd.* La empresa en la que trabajaba la Srta. Grant negó a la compañera sentimental de ésta descuentos en el precio de los transportes, beneficio que estatutariamente concedía al cónyuge y personas a cargo del trabajador. Se

en el Tratado de Amsterdam ya en vigor²²⁷⁰, el artículo 6 A) (actual artículo 13), se manifiesta la necesidad de “adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”²²⁷¹

Si acudimos a los Tratados Internacionales y en especial a la doctrina de sus órganos interpretativos, la respuesta ya parecía conducir a una especial persecución de las discriminaciones motivadas por la orientación sexual²²⁷². Ahora bien, las más recientes

cuestionaba, básicamente, si la no discriminación laboral por razón de sexo, reconocida por el Derecho comunitario, incluye, también la discriminación basada en la orientación sexual. A diferencia del análisis constitucional interno, para el ámbito comunitario la decisión era básica, pues suponía perseguir o no las discriminaciones por motivo de la homosexualidad.

En esta ocasión, mediante discutibles argumentos el Tribunal acabó por no aplicar el principio de no discriminación por razón de sexo al ámbito de la homosexualidad. De este modo, si bien la transexualidad quedaba bajo el amparo de la Directiva comunitaria (en virtud de la sentencia *P contra S y Cornwall County Council*, del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, de 30 de abril de 1996), no sucede lo mismo con la homosexualidad. El Tribunal parece exculparse de su decisión considerando que la decisión estaba en manos del Derecho positivo, recordando, en este sentido, el Tratado de Amsterdam en su artículo 6. A), expresamente incluye la no discriminación en materia de orientación sexual.

Esta resolución fue determinante para que el 13 de julio de 1998 se retirara la cuestión prejudicial del *asunto Terence Perkins* (peluquero militar británico expulsado del Ejército), puesto que la normativa comunitaria entonces vigente no amparaba la orientación sexual.

²²⁷⁰ El mismo fue ratificado por España mediante la Ley orgánica 9/1998, de 16 de diciembre y ha entrado en vigor tras la última ratificación de la República de Francia.

²²⁷¹ Cabe significar que tales medidas se encomiendan al Consejo “por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo”, y “sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo”. No obstante, dada la conocida labor activista del Tribunal de Luxemburgo, puede aguardarse una asunción de la no discriminación por estas circunstancias como un principio de la Unión, por lo que no será menester aguardar a la actividad de dichos órganos para advertir los efectos de este precepto.

²²⁷² Concretamente, respecto del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de “sexo”, respecto del que se debe evitar singularmente la discriminación, se refiere también a las preferencias sexuales. Así se aprecia en la Comunicación nº 448/1992, *Toonen vs. Australia*, opiniones aprobadas el 31 de marzo de 1994 en el 50º período de sesiones, apartado 8. 7º). (Así citado en el *asunto Grant*, párrafos 43 y ss.).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, antes de las importantes sentencias directamente atinentes a nuestro ámbito, había tenido la ocasión de manifestarse respecto de la materia de la homosexualidad. Así sucedió en el *asunto Dudgeon*, sentencia de 22 de octubre de 1981, en relación a la legislación de Irlanda del Norte que criminalizaba la conducta homosexual masculina. En aquella sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que tal legislación violaba el derecho de toda persona a que se respete su vida privada

resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Caso Smith y Grady* y *Caso Lustig-Prean y Beckett*, ambos contra el Reino Unido, resueltos el 27 de septiembre de 1999)²²⁷³, precisamente sobre el ámbito militar, han supuesto la inequívoca negación de la discriminación en virtud de la orientación sexual. Las expulsiones de homosexuales de las FAS británicas, llevadas a cabo a través de mecanismos ciertamente inquisitoriales²²⁷⁴, determinaron al Tribunal Europeo a condenar taxativamente dichas prácticas. Cabe señalar que en dichas resoluciones se han negado todos los argumentos

(parágrafo. 41). Asimismo apreció la cuestión desde la perspectiva de la “sociedad democrática”, afirmando -en el parágrafo 60- que “existe una más amplia tolerancia de la conducta homosexual hasta el punto de que en la mayoría de los Estado miembros del Consejo de Europa no se considera ya necesario ni conveniente abordar las prácticas homosexuales” como sancionables. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también invirtió la carga de la prueba, correspondiendo probar al Estado que el trato no era discriminatorio. De este modo, concluyó que la legislación de Irlanda del Norte era injustificada desde los parámetros del Convenio. También, de forma indirecta se abordó la materia en sentencia de 26 de octubre de 1988, *asunto Norris*.

De otra parte, la Recomendación 924 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1 de octubre de 1981, recomendó al Comité de Ministros abolir leyes y prácticas de los Estados miembros que criminalizasen el comportamiento homosexual, del mismo modo, le recomendó que requiriese a los Estados miembros “a que aseguren un tratamiento igual, ni más ni menos, a los homosexuales en relación al empleo, salario, seguridad social, en particular, en el sector público.” (punto 7, iii) *b*). Igualmente, la Resolución 812, de 23 de noviembre de 1983, de esta Asamblea Parlamentaria, relativa al SIDA, reafirmó el principio de que toda persona tienen derecho a su intimidad y a su auto-determinación en materia sexual.

²²⁷³ Es menester advertir al lector que las resoluciones del Tribunal Europeo se produjeron una vez el presente estudio estaba cerrado y dispuesto a su publicación. Por lo cual, si bien se entiende que se incluye una suficiente referencia a estas sentencias, no resulta posible una atención exhaustiva a las mismas siendo, además, que no han aportado particulares argumentos a lo inicialmente sostenido por el autor en los estudios previos que han dado origen al presente libro.

²²⁷⁴ Y es que para llevar a cabo las expulsiones se emplearon técnicas del todo alarmantes. En los más de los casos al sospechoso de ser homosexual se le dirigía un anónimo sobre su condición, la disciplina exigía en este sentido que comunicaran el hecho a sus autoridades, de modo que se legitimaba el inicio de la investigación. De no ser comunicado el recibimiento de dicho anónimo, igualmente la investigación comenzaba de oficio. Más llamativo resulta incluso el inicio de las actuaciones respecto del miembro de la Royal Navy Mr. Beckett, pues la investigación se inició tras reconocer su homosexualidad al capellán castrense.

Por cuanto a la investigación, no exenta de amenazas veladas y coacciones, destaca el hecho de que incluso tras el reconocimiento de la homosexualidad por los demandantes, proseguían todo tipo de preguntas del carácter más íntimo, que si bien son recogidas en la sentencia, quien suscribe prefiere omitir. Asimismo, los medios de investigación llegaban a incluir el registro de agendas electrónicas personales (del sargento Grady).

usualmente esgrimidos a la hora de justificar un trato diferente a los militares homosexuales.

Y es que no son pocos los motivos que se han aducido en contra de la homosexualidad en los Ejércitos, todos ellos confluyen en la afirmación general de que la homosexualidad daña, directa o indirectamente, el necesario buen funcionamiento de los Ejércitos²²⁷⁵. Ahora bien, desde la posición contraria que aquí se sustenta y el Tribunal recientemente ha ratificado, hay que negar el alcance de tales

²²⁷⁵ Así, contra la homosexualidad en las FAS tanto en el conjunto doctrinal y jurisprudencial, así como en la posición personal de *abogado del Diablo*, se puede afirmar que:

1- El estrecho contracto físico en que a menudo debe vivir y trabajar el personal militar no es el marco idóneo para trabajar con homosexuales. (Así se argumenta la política Británica de defensa y en el informe de la Homosexuality Policy Assessment Team -HPAT- para el Gobierno Británico).

2- La masculinidad es tradicional estandarte de los Ejércitos; la debilidad inherente a quienes ostentan una orientación sexual diversa no se compatibiliza con el valor exigible a quien debe entregar su vida por la Patria. Así pues, la condición de homosexual implica serias dudas sobre su adecuado ejercicio de la profesión militar (La jurisprudencia española, en particular la del Tribunal Supremo, no duda en señalar que la homosexualidad contraría la dignidad y altos valores castrenses.)

3- La prevención de una enfermedad como el SIDA, de particular incidencia en un ámbito donde no resulta extraño el derramamiento de sangre, también lo exige (David Blanquer -quien está en contra- y el Informe de la HPAT).

4- En general, el comportamiento homosexual puede resultar ofensivo, polarizar las relaciones, inducir a la indisciplina y en consecuencia, deteriorar la moral y la eficacia de las unidades (Argumento también empleado en la política británica de defensa). Y es que la homosexualidad exacerba las reacciones contrarias a ésta por los demás miembros de las FAS, lo que va en detrimento de la disciplina y la unidad interna. En este orden, la conducta homosexual puede afectar las relaciones en el seno de los Ejércitos, tanto vertical como horizontalmente. De modo vertical, en dirección ascendente y descendente. De un lado, la dificultad de imponer la disciplina del mando homosexual, en particular, por ejemplo, en el caso de los instructores de la tropa (así, la jurisprudencia alemana, mencionada *supra*). Del lado inverso, la dificultad que entraña el mando a homosexuales y la posibilidad del abuso sobre los mismos. De otra parte, puede darse una afección horizontal por cuanto la unidad exigida entre compañeros, en tanto que la homosexualidad puede ser un elemento claro de fricción entre los mismos.

5- La clandestinidad propia en la que se desenvuelven las relaciones homosexuales hace que estos sujetos sean presa fácil de un hipotético chantaje del enemigo. (Este argumento se registra en la práctica norteamericana, así como en Israel.) En España, esta posibilidad se ha plasmado en la realidad, como se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1990 (jurisdicción penal). Se trataba del chantaje al que se vio sometido un militar homosexual, al que se le exigió la colaboración para perpetrar un robo y el mantenimiento de silencio, bajo amenaza de comunicar a los jefes de la dependencia militar en la que prestaba servicios su condición de homosexual. El sujeto homosexual solicitaba que se le aplicase la eximente incompleta o completa de estado de necesidad.

argumentos. La homosexualidad no debe implicar mayores problemas que los que supone la entrada de la mujer en la Institución militar. Además, no hay que olvidar que no son los militares homosexuales los que no toleran a los heterosexuales, sino, en su caso, al contrario, y ello debe entrar a la hora de valorar negativamente los tratos diferenciados que puedan llegar a darse²²⁷⁶. Dado que es la posición

²²⁷⁶ 1- No debe resultar un problema el contacto físico usual en la relación militar, en tanto que también se dará entre los dos géneros, masculino y femenino, y no se observa en este sentido que opere negativamente.

2- La virilidad propia de los Ejércitos resulta *per se* del todo rechazable, es un mero producto cultural espacial y temporal, además, la entrada de la mujer en los cuarteles resultaría también contraria a este valor de lo viril. En este sentido, hay quienes han señalado la posible tendencia bisexual de Napoleón Bonaparte, o recordado que Ricardo I, *Corazón de León* y otros reyes guerreros ingleses, hoy se sabe que fueron homosexuales, al igual que Federico el *Grande* de Prusia, bajo cuyo reinado se instituyó el más poderoso Ejército contemporáneo. Se advierte también que, por ejemplo Platón, en *El Banquete* abogaba por las relaciones homosexuales en el Ejército, así como lo usual que era la homosexualidad entre los marciales espartanos. También se ha apuntado cómo en Nueva Guinea y Melanesia se mostraba la virilidad y aptitud guerrera practicando conductas homosexuales por los hombres; incluso se ha puesto de manifiesto que un estudio del año 1957 en la Armada norteamericana reveló que los homosexuales se revelaban como más eficaces que los heterosexuales. Todos estos datos aparecen dispersamente recogidos en la tesis doctoral de David Blanquer, cit. , así como en PITARCH, José L, "Homosexualidad masculina y milicia", artículo publicado en *Turia* nº 1817, de 30 de noviembre de 1998, extra cultura gay y lesbica, págs. 21-22. En este sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayan que todos los militares expulsados habían sido muy valorados e informados para su promoción (ver, parágrafo 92 sentencia *Smith and Grady*.)

3- Debe prevalecer rotundamente del derecho a la salud de los demás militares para el caso de que el militar homosexual padezca el SIDA. Ahora bien, esta enfermedad no sólo encuentra entre los grupos de riesgo a los homosexuales, sino también a los heterosexuales de uno y otro sexo. Bien es cierto que en estos destinos, la Administración debería imponer la obligación periódica y genérica de someterse a los correspondientes análisis, a unos y otros. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también descarta sin mayor detenimiento los argumentos médicos (ver, parágrafo 108 sentencia *Smith and Grady*).

4- Por cuanto a las relaciones disciplinarias, hay que volver, de nuevo a la idea de que lo mismo que se afirma de los homosexuales puede afirmarse de las relaciones heterosexuales. Los abusos jerárquicos bien pueden darse con la misma probabilidad en las relaciones heterosexuales (siendo en este caso, un verdadero problema de machismo). Por cuanto a la capacidad de instruir por un homosexual, todo se hace depender de su aptitud de mando, que le lleve en su caso a superar el entorno sociológico que pueda ser hostil a su condición; si no tiene dicha aptitud, claro está, sí que quedará afectada la eficacia militar.

5- Respecto de la afirmación de que la homosexualidad mina la moral militar, la necesaria cohesión y la pérdida de poder militar hay que decir que en un Estado constitucional la "moral" de un sector de los poderes públicos no puede estar basada en la intolerancia. Aún es más, tal y como se incide en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la homosexualidad sea rechazada por la mayoría de los militares (tal y como se desprendía del Informe del HTAP, datos que suscitaban serias dudas para el Tribunal) no implica que ello

jurídica del homosexual (y no la del intolerante) la que queda respaldada por los derechos y libertades, también el ordenamiento jurídico debe sustentar y proteger la integración del homosexual en el estamento militar. *El Derecho, en esta parcela, bien puede actuar como impulso social hacia la paulatina aceptación social de la homosexualidad, o más bien al olvido de esta condición en el seno de los Ejércitos. Como se señaló respecto de las mujeres, la eficacia militar no atiende a sexos, ni a orientaciones sexuales, pues las cualidades que se requieren en las FAS no guardan relación con la orientación sexual que se tenga, sino lo que debe centrar la atención es la aptitud, vocación y entrega para la vida militar.*

Por lo visto, si bien la situación del militar homosexual en España no entraña un especial conflicto, la normativa y jurisprudencia europea guía definitivamente hacia la superación de toda discriminación en esta parcela. De este modo, en virtud del artículo 10. 2º CE, la orientación sexual, con independencia de su adscripción al “sexo”, deberá entenderse como una condición sobre la que pesa la especial prohibición de no discriminación, gozando, por tanto, de la garantía reforzada que ello supone.

b) Una paradoja histórica: las parejas de hecho (en su caso del mismo sexo) obtienen su primer reconocimiento Estatal, precisamente, en el seno de la Institución militar

Una vez atendido el marco en el que se mueve la cuestión de la homosexualidad en las FAS, así como habiendo sostenido el valor

mine la moral y la eficacia militar. Precisamente los militares encuestados señalaban la indiferencia que les producía que hubiera homosexuales en los Ejércitos aliados con los que continuamente realizaban prácticas militares (parágrafos 48 y 102 sentencia cit.). Asimismo el informe del comité del Parlamento británico sobre los *Armed Forces' Bill* de 1991 afirmaba el estrés que producía la persecución del homosexual en el seno del Ejército, señalando que la *caza de brujas* implicaba un importante descenso del rendimiento de hombres y mujeres de indudable competencia (ver, párrafo 65 cit.). Por todo ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó la fehaciencia del daño moral y pérdida de combatitividad de la fuerza inglesa (ver, párrafos 99 a 105).

6- Por último, tampoco puede admitirse que los homosexuales sean fácil presa del chantaje, pues no siempre el homosexual oculta su condición. Pero lo que es más, a la misma extorsión puede verse sometido, por ejemplo, el militar heterosexual que mantenga relaciones extramatrimoniales.

simbólico que su aceptación puede tener en los Ejércitos, es menester poner de manifiesto el importante paso legal que, también a lo largo de la realización de este estudio, se ha operado en España.

Como es sabido, debido al proceso de profesionalización de las FAS se ha registrado una importante evolución de la normativa militar (ley del personal, régimen disciplinario, etc.) En el marco de este proceso, con la finalidad básica de adecuar el régimen de vivienda militar a las nuevas exigencias de un Ejército profesional, ha sido aprobada la Ley 29/1999 de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS. Lo dispuesto en el artículo 6 de tal norma supone que *las FAS se han convertido en la primera institución de la Administración Central del Estado que admite las parejas de hecho, y dentro de ellas, las del mismo sexo*²²⁷⁷. El hecho sorprende más, si cabe, teniendo en cuenta que la ley de ámbito general de parejas de hecho, que dotaría de un reconocimiento civil a las mismas quedó en la legislatura disuelta en enero de 2000 en el *cajón de los olvidos* por la falta de voluntad política de la coalición gobernante en la Comisión de Justicia.

Ahora bien, sin perjuicio de las coyunturas políticas que motivan este hecho²²⁷⁸, aprobada definitivamente esta norma²²⁷⁹, las

²²⁷⁷ Este artículo 6 versa sobre el derecho de uso de vivienda militar, por lo que ahora interesa se dispone lo siguiente:

2. En caso de fallecimiento del titular podrán ser beneficiarios del derecho de uso, también con carácter vitalicio y sin posibilidad de transmitir esta condición a terceros, el cónyuge que conviviera con él al tiempo del fallecimiento y las personas que se relacionan a continuación, si hubieran convivido con el titular los dos años inmediatamente anteriores: a) Persona en análoga relación de afectividad que el cónyuge."

Se sobreentiende que dicha persona no tiene por qué ser del sexo contrario al causahabiente, tal y como quedó constatado en la discusión parlamentaria de esta ley.

²²⁷⁸ Al respecto, se sigue lo afirmado en el artículo de MONTÁNCHEZ, Enrique, en *La Razón*, viernes 26 de marzo de 1999, pág. 22 "Malestar militar por la ley que reconoce las parejas de hecho en el Ejército". En el mismo se advierte la reacción contraria en el seno de las FAS, donde se acusa al partido en el Gobierno de crear un "frente artificial" en unos momentos en los que los Ejércitos viven una "revolución interna". Se afirma también las desavenencias de los sectores democristianos dentro del Partido Popular, así como entre los miembros de este partido en la Comisión de Defensa y la de Justicia (la que mantiene paralizada la ley general de parejas de hecho). Del mismo modo, se señalan las discordancias por este motivo del partido en el Gobierno con uno de los partidos que le dotan de apoyo, Coalición Canaria.

repercusiones materiales de la misma por cuanto a las parejas homosexuales, es bien posible que sea mínimas²²⁸⁰. No obstante, el valor simbólico del avance es indudable, un paso más en aras de la siempre positiva convergencia civil militar que está en la base del presente estudio.

F) ¿EXTRANJEROS EN LAS FUERZAS ARMADAS? UN TEMA
RELEVANTE PARA EL FUTURO DEL EJÉRCITO PROFESIONAL
ESPAÑOL

Interesa ahora atender una cuestión que bien pudiera suscitar interés en un futuro nada lejano. Se trata de la posibilidad de que los no nacionales formen parte de las FAS españolas. La centralidad del tema no procede tanto del proceso de integración europea. No obstante, en virtud de este proceso sería posible que ciudadanos europeos pretendiesen entrar a formar parte de las FAS españolas. Sin perjuicio que se observe esta posibilidad concreta, el verdadero interés de la materia reside en sí, ante la palmaria falta de españoles dispuestos a formar parte de la tropa y marinería profesional, es posible acudir a no nacionales para nutrir las tropas del Ejército español. Asimismo, una vez se advierta la constitucionalidad de una medida de este tipo, resulta preciso examinar las exigencias que impondría la ley de leyes sobre el particular²²⁸¹.

²²⁷⁹ Cabía esperar alguna dificultad para la definitiva aprobación de este artículo 6, no obstante, pese a que el tenor del mismo ha variado en el transcurso de su tramitación parlamentaria, la medida concreta respecto de las parejas de hecho no ha sido modificada. De hecho, sólo el senador de Coalición Canaria hizo referencia a la cuestión, considerando que no era lógico conceder el derecho reconocido en el artículo 6 para el caso de parejas de hecho, advirtiendo la necesidad de crear un registro de parejas para las propias FAS para la constatación de los dos años de unión de la pareja. No obstante, esta apreciación no mereció la contestación por ninguno grupo parlamentario.

²²⁸⁰ Como se afirma en el referido artículo periodístico, previo a la aprobación de la ley, este régimen exige un registro de parejas de hecho en los Ejércitos, registro negado a las parejas civiles. No obstante, bien es posible que fuesen excepcionales los casos en los que se oficializaran las parejas de hecho homosexuales, ante los temores que pudieran darse sobre la posibilidad de que ello condicionase el futuro de la carrera militar del homosexual.

²²⁸¹ Tal y como se adelantó, esta materia no ha sido prácticamente estudiada, a salvo de la notable excepción de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 123-139, a quien

Sobre esta materia, claro está, no se puede negar que subyace una concepción de “desconfianza hacia el foráneo, al que se contempla todavía, en una época donde rigen hondamente los principios nacionalistas, como un enemigo potencial”²²⁸². Y esta desconfianza si en algún lugar tiene razón de ser es cuando está en juego la defensa nacional²²⁸³. A juicio de quien suscribe, tener que recurrir a ciudadanos extranjeros como consecuencia de las dificultades para dotar de personal a nuestra defensa militar no sería más que la muestra de un desacertado proceso para llevar a cabo la profesionalización de nuestros Ejércitos. Sin perjuicio de ello, de forma indirecta, pero también como causa más profunda, sería también reflejo de la falta de conciencia de defensa acuciante en España, puesto que, en buena medida, de ella depende la dotación de recursos para llevar a cabo en mejores condiciones la profesionalización de las FAS españolas.

a) Mercenarios y extranjeros voluntarios al servicio del Ejército, algo nada extraño en la historia de España

El empleo de mercenarios extranjeros fue, como se vio, una de las notas de los Ejércitos en el Estado moderno y en especial en España²²⁸⁴. Sin embargo, con los procesos revolucionarios decimonónicos y la

aquí se sigue sustancialmente, si bien el contexto normativo actual ha variado, y se extiende el tratamiento de la materia para el ámbito que aquí interesa pues el objeto de atención concreta era diverso. En el marco de su estudio David Blanquer analizaba la vinculación del extranjero con el servicio militar. En este sentido advierte la posibilidad que se impusiese al extranjero la prestación obligatoria del servicio militar. Sin perjuicio de ello, el autor también hace referencia a la cuestión que aquí interesa, el acceso a profesión militar por ciudadanos no nacionales.

²²⁸² MASSÓ GARROTE, Marcos F. , *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional: los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, págs. 32-33.

²²⁸³ En este sentido, el Consejo de Estado señaló en su dictamen de 28 de noviembre de 1985 que “las razones de que el ejercicio de los derechos políticos se limite [a los nacionales] son semejantes a las que limitan a los españoles el derecho y deber de defender a España [...] que suponen una cierta desconfianza ante el extranjero cuando está en juego la defensa nacional” (citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado... cit.* , págs. 124-125).

²²⁸⁴ Al respecto, ver la referencia que se encuentra en el epígrafe intitulado “El redescubrimiento de la disciplina, la aparición de la pólvora y la centralización político militar española”, así como “Los caracteres de los Ejércitos absolutistas”.

aparición de los Ejércitos nacionales de masas la práctica de acudir a personal extranjero quedó fuertemente limitada, aunque no extinguida.

Sobre la materia es necesario efectuar una precisión terminológica: la distinción entre un mercenario y quien presta voluntariamente el servicio de armas en un país que no es el suyo. Según la legislación internacional²²⁸⁵, un mercenario se define básicamente por: no ser nacional ni residente en el territorio controlado por una parte en conflicto; asimismo, el mercenario no es miembro de unas FAS y, por último, participa en un conflicto armado por una motivación esencialmente económica, en tanto que se contraprestan sus servicios con compensaciones materiales superiores a las que perciben los nacionales de las FAS²²⁸⁶. Así pues, nuestra atención se centra en el residente en España que se incorporase a las FAS -no necesariamente ante la existencia de un conflicto- y su motivación, que bien pudiera ser profesional y económica, no implica una compensación material superior a la que perciben los nacionales.

²²⁸⁵ Sobre el tema, puede verse MASIDE MIRANDA, Luis, "Los mercenarios a la luz del Derecho humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, enero-junio de 1991, págs. 67-82.

²²⁸⁶ Así en el artículo 1 de la Convención Internacional contra el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1989. "A los efectos de la presente Convención:

1º. Un mercenario es una persona quien: *a)* es especialmente reclutado, en territorio nacional o extranjero, para luchar en un conflicto armado; *b)* está motivado para tomar parte en las hostilidades, esencialmente, por el deseo de una ganancia privada, y a quien, de hecho, se la promete, por o en nombre de una de las partes en conflicto, una compensación material superior a la prometida o pagada a los combatientes de similar rango y funciones de las fuerzas armadas de esa parte; *c)* no es ni nacional de una parte en conflicto, ni residente en territorio controlado por una parte en conflicto; *d)* no es miembro de las fuerzas armadas, por un Estado que no sea parte del conflicto.

2. Un mercenario es también cualquier persona quien, en cualquier otra situación: *a)* es especialmente reclutado en el territorio nacional o extranjero, con el propósito de participar en un acto de violencia concertado con el fin de: *i)* derrocar a un Gobierno, o socavar el orden constitucional de un Estado, *ii)* socavar la integridad territorial de un Estado; *b)* está motivado para tomar parte, esencialmente, por el deseo de una significativa ganancia privada, y está impulsado por la promesa o pago de una compensación material; *c)* no es ni nacional, ni residente del Estado contra el que se dirige tal acción; *d)* no ha sido enviado por un Estado en acto de servicio, y *e)* no es miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio tiene lugar aquel acto."

Como recuerda Blanquer, los ejemplos históricos clásicos de quienes se incorporan voluntariamente a un Ejército nacional son los de las tropas indígenas argelinas, la Armada Real de las Indias Holandesas y el Ejército pontificio, restando en la actualidad el caso de la Legión extranjera francesa y, como se verá, la Legión española.

La prestación de un servicio voluntario²²⁸⁷ en una fuerza armada extranjera es conforme al Derecho internacional. Señala Kelsen que “un Estado no viola el derecho de otro al aceptar en su Ejército, como voluntarios, a ciudadanos de esta último”²²⁸⁸. En esta línea recoge Blanquer a la doctrina internacionalista favorable a esta concepción, y apunta el artículo 179 del Tratado de Versalles que prohibía a Alemania que permitiese a sus nacionales comprometerse con una FAS extranjeras, y a los aliados admitirlos bajo su bandera, si bien terminaba estableciendo que ello no excluía en modo alguno la posibilidad de Francia de reclutar personal extranjero para la Legión extranjera francesa²²⁸⁹. Asimismo, el artículo 3 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (IV Convención de La Haya de 1907) partía de esta posibilidad, al hacer responsable al Estado por los actos de armas prestados por un extranjero en su Ejército e imponer la prohibición de forzar a los nacionales de la parte adversa a tomar parte en las acciones de guerra dirigidas contra su país.

²²⁸⁷ No se atiende ahora la posibilidad de un servicio no voluntario, al respecto, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 129-132.

²²⁸⁸ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (Eduardo García Maynez), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, pág. 278.

²²⁸⁹ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 278. El autor hace referencia en especial a un detallado estudio sobre el particular a cargo de KARAMANOUKIAN, Aram, *Les étrangers et le service militaire*, Éditions A. Pedone (Publications de la Revue Générale de Droit International Public), París, 1978. Quien recoge la doctrina de autores como Vattel, Bluntschli, Pillet y Despagnet. Asimismo, Blanquer hace referencia a DOEHRING, Karl, voz “Foreign Legion”, en la *Encyclopedia of Public International Law*, (Rudolf Bernhardt, dir.), vol. 3, North-Holland Publishing Company (Amsterdam-New York-Oxford), 1982, pág. 177 y, del mismo autor, voz “Aliens, military service”, pág. 17.

El principal referente en nuestro país sobre la materia, amén de las Brigadas Internacionales²²⁹⁰, lo constituye la Legión española. Desde su creación en 1920 estuvieron compuestas por españoles y extranjeros. Como analiza Blanquer, el acceso de no nacionales tanto a esta unidad especial, como a los Ejércitos en general, no se excluyó totalmente hasta 1990, y dado que se efectuó por medio de una norma infralegal -un Real Decreto- resultaba incluso dudosa tal exclusión²²⁹¹.

²²⁹⁰ Consistían en unidades militares compuestas por voluntarios extranjeros (fundamentalmente franceses, alemanes e italianos), encuadradas en el Ejército Republicano durante la Guerra Civil, que, como recuerda Blanquer, ocupaban una posición paralela a la del Tercio de los extranjeros en el otro bando de la conflagración fratricida. Por Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, se les concedió la nacionalidad española a los combatientes de las mismas. Su regulación, extremadamente sucinta e imprecisa, se recogía en el Estatuto aprobado por Circular de 23 de septiembre de 1937. (Ver, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 135).

²²⁹¹ La Legión española conforme al artículo 27 de la Real Orden Circular de 4 de septiembre de 1920 se nutría de extranjeros y españoles de 18 a 40 años. La Orden de 11 de septiembre de 1970 dispone que “la Legión es una Fuerza Especial, cuya tropa se nutrirá exclusivamente de personal voluntario, tanto nacional como extranjero, de edades comprendidas entre los 18 y los 35 años.” La Ley de 7 de julio de 1968, reguladora del Servicio Militar, prevenía en su artículo 2 que “en tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en las Fuerzas Armadas Españolas, salvo en las Unidades Especiales que estén autorizadas para ello”.

Como detalla Blanquer, el proyecto de Real Decreto por el que se aprobó el Reglamento de la Ley del Servicio Militar de 8 de junio de 1984 preveía el cese de nuevas incorporaciones de extranjeros en Fuerzas Especiales, estableciendo el régimen transitorio de los ya incorporados. En su dictamen de 28 de noviembre de 1985 el Consejo de Estado consideró que la exclusión de los extranjeros de los Ejércitos no podía establecerse en una norma de carácter reglamentario, puesto que ni la Ley del Servicio Militar de 8 de junio de 1984, ni la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (sobre derechos y deberes de los extranjeros en España), preveían tal posibilidad. De este modo, la disposición transitoria séptima del Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley del Servicio Militar, mantuvo abierta la posibilidad de que los extranjeros se siguieran incorporando en tiempo de paz a las Fuerzas Especiales. La aún vigente Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre (reguladora del Servicio Militar), no señala nada sobre este respecto. La Ley 17/1989, de 19 de julio (la que regulaba el régimen del personal profesional militar), exigía ser español para acceder a la enseñanza militar (art. 44. 2), esto es, para ser militar de carrera, pero no para ser militar de empleo. Sin embargo, el Reglamento General de Ingreso en los centros docentes militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo (Real Decreto 562/1990, de 4 de mayo) establece en su artículo 14 que sólo pueden ser militares de empleo quienes tengan la nacionalidad española.

Por todo ello, concluía Blanquer que aunque las leyes vigentes no excluyen la incorporación voluntaria de los extranjeros, éstos quedaron excluidos por la vía reglamentaria que, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, era de dudosa constitucionalidad. Ver, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 135-137.

b) *La situación actual respecto del acceso de militares a las Fuerzas Armadas españolas*

En la actualidad, fuera ya de toda duda, con la reciente Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las FAS, los extranjeros quedan excluidos por completo de formar parte de los Ejércitos, ya se trate de militares profesionales de carrera, oficiales de complemento o de tropa y marinería²²⁹². También de forma expresa sólo los españoles pueden ser reservistas voluntarios o forzosos²²⁹³, que como se vio en tanto se activen o se disponga la movilización por el Gobierno y entren a formar parte de las FAS, son militares. Al tratarse de una norma de rango legal ya no cabe duda alguna de tal exclusión.

Esta situación legal no ha quedado variada por la muy reciente -y polémica- Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En esta norma, en su artículo 10. 2º se dispone que: “Los extranjeros podrán acceder como *personal laboral* al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto, podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones públicas.” En consecuencia, se ha reconocido legalmente el acceso a las Administraciones públicas a los extranjeros, pero sólo como

²²⁹² Así se desprende de diversos preceptos, en general, el artículo 2. 1: “Son militares profesionales los españoles vinculados a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales que adquieren la condición de militar de carrera, de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería.”. También en general, el artículo 62. 1 reconoce el derecho de acceso a la enseñanza militar “a los españoles”. Esta enseñanza general no se limita únicamente a la formación de los militares de carrera, sino a todos los militares profesionales. De modo concreto, para los militares de carrera se establece el requisito de la nacionalidad española en el artículo 63. 2º de esta ley, para los oficiales de complemento el artículo 67. 1º remite a este precepto, de modo semejante a como se opera la remisión en el artículo 68 por cuanto a la tropa y marinería profesional. Asimismo, cabe recordar que la pérdida de la nacionalidad española es una de las causas de la pérdida de la condición de militar (art. 146. 1º b).

²²⁹³ En general así se dispone en el artículo 163. 1 b) y c) que se reiteran de forma específica en los artículos 170. 1º y 4º (reservistas voluntarios) y 178. 1º (obligatorios).

personal laboral. Esta naturaleza jurídica es bien diferente a la de los militares profesionales en tanto que están sujetos a una “relación de servicios de carácter permanente o temporal”²²⁹⁴ no regulada por el Derecho laboral, sino por el Derecho público militar, por lo cual, incluso los oficiales de complemento o la tropa y marinería profesional no pueden categorizarse como personal laboral²²⁹⁵. En consecuencia, tampoco la ley de extranjería permite el acceso a los empleos militares para los extranjeros.

En el marco del Derecho comunitario, en la actualidad, la libre circulación de los trabajadores no sólo queda a expensas de “limitaciones justificadas por razones de seguridad” (artículo 39. 3º - antiguo artículo 48. 3º- del Tratado de la Unión) sino que “no es aplicable a los empleos en la administración pública”, como lo es la

²²⁹⁴ Así se define la relación en el artículo 2 de la Ley 17/1999 de régimen de personal de las FAS:

“[...]1. Son militares profesionales los españoles vinculados a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales que adquieren la condición de militar de carrera, de militar de complemento o de militar profesional de tropa y marinería.

2. Son militares de carrera los Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que, con una relación de servicios de carácter permanente, forman los cuadros de mando de las Fuerzas Armadas.

3. Son militares de complemento los Oficiales que, con una relación de servicios de carácter temporal, completan las plantillas de cuadros de mando de las Fuerzas Armadas.

4. Son militares profesionales de tropa y marinería los que, con una relación de servicios de carácter temporal, constituyen los efectivos de dicha categoría del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. Esta relación de servicios de carácter temporal únicamente se podrá transformar en permanente de la forma que se especifica en el Capítulo III del Título VI de esta Ley.”

²²⁹⁵ Sobre la categorización de la relación de los servidores de armas profesionales, ver, ya antes de la Constitución el estudio de CARRIÓN MOYANO, Eduardo, “El militar como funcionario público”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 18, julio-diciembre de 1964, págs. 37-55. Este autor, en la pág. 42 considera que son militares “cuantas personas se integran como medios personales de la Administración y en forma primaria al fin de la defensa nacional, integrando cuadros o formaciones constituidos *directamente* para la satisfacción de tal fin”. Más recientemente, aunque operando referencias normativas a la ya derogada Ley 17/1989, del Régimen del Personal Militar Profesional, NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, cit. págs. 152-157. Este autor señala la asimilación del militar profesional al concepto de funcionario empleado usualmente por la Administración civil, en tanto que se recogen las notas de regulación por el Derecho público de una relación de servicios profesionales y retribuidos que une al personal militar con la Administración. Sobre el concepto de funcionario en general, se sigue a BOQUERA OLIVER, José M^a, *Derecho Administrativo*, (8^a ed)., cit. págs. 284-288, quien en la pág. 289 considera, también, funcionarios a los militares profesionales.

militar. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha entendido que los empleos excluidos son aquellos “que suponen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado”²²⁹⁶. De acuerdo a esta doctrina, el artículo 1. 3º de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, establece que “En todo caso, los puestos de trabajo de los sectores a los que hace referencia el apartado 1º de este artículo, que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, quedan reservados a los funcionarios de nacionalidad española, correspondiendo a cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, la determinación concreta de dichos puestos.” En consecuencia, el Derecho comunitario actual no impone ningún derecho de acceso de nacionales de la Unión a la función militar. Cuestión distinta, claro está, es que el legislador sí que puede reconocer este derecho.

Como a continuación se señalará, resulta del todo posible que se opere una reforma legal en el sentido de admitir en el seno de los Ejércitos españoles a extranjeros (comunitarios o no comunitarios), algo que en virtud de la referido proceso de profesionalización no hay que descartar para el futuro. Es por ello que sea menester señalar las posibilidades constitucionales al respecto de la entrada de extranjeros a formar parte de las FAS españolas.

²²⁹⁶ Así en sentencia *Bleis* de 27 de noviembre de 1991 (FJ 6ª). En el mismo sentido la Comunicación de la Comisión sobre la libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros, (*DOCE*, DE 18 de marzo de 1988, c 72, págs. 2-4), se menciona a las FAS entre las actividades que pueden incluirse en la excepción del artículo 39. 4º (entonces 48. 4º TUE).

c) *El marco constitucional general respecto del acceso de extranjeros a la función militar*

El artículo 13. 2º CE dispone que “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23”, esto es, los no nacionales están excluidos de la titularidad del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, que no sean titulares de este derecho fundamental, no implica que legalmente no se les pueda permitir el acceso a la función pública, en nuestro caso, la función pública militar. Y es que cabe apuntar que, en virtud de la jurisprudencia constitucional, la exclusión a los extranjeros de este derecho lo es en razón del artículo 13. 2º CE, y no por la referencia a “los ciudadanos” que se contiene en el artículo 23. 2º CE²²⁹⁷. Siguiendo esta misma doctrina del máximo intérprete de la Constitución, es bien posible que por una ley o tratado internacional se extienda el acceso a la función militar a los extranjeros, ahora bien, en este caso no se trataría de un derecho fundamental como lo es el contenido en el artículo 23. 2º CE, sino de un “derecho subjetivo relativo” muy modulable por el legislador en los términos que se verá²²⁹⁸.

²²⁹⁷ Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en la Declaración de 1 de julio de 1992 para la que fue requerida por el Gobierno, en virtud del artículo 95 CE, para advertir la posible contravención con la Constitución del Tratado de Maastrich, a resultados de la cual se dio, finalmente la única reforma constitucional habida hasta la fecha. Pues bien, en el FJ 3º de esta declaración, el Tribunal afirmó que:

“el art. 23. 2 no contiene, por tanto, ninguna norma que excluya a los extranjeros del acceso a cargos y funciones públicas. En efecto, no es el art. 23 el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales. En nuestra Constitución dicha norma, atinente a este requisito de la capacidad, no es el art. 23, sino el art. 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título I de la CE en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Esta extensión se ve exceptuada por la cláusula del art. 13. 2 que excluye de ella determinados derechos reconocidos en el art. 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles. Pero esa exclusión no deriva, por tanto, de las previsiones del art. 23, que por sí mismo no prohíbe que los derechos así reconocidos puedan extenderse, por Ley o Tratado, a los ciudadanos de la Unión Europea”

²²⁹⁸ Esta nomenclatura es la empleada por PAREJO ALFONSO, Luciano, en la conferencia pronunciada en la Universidad Carlos III en el Curso de extranjería de 1992, así citado por MASSÓ GARROTE, Marcos F. , *Los derechos políticos de los extranjeros...* cit. pág. 59,

Es ahora cuando deviene imprescindible no sólo observar el alcance de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 13 CE, sino el resto de su contenido y su interpretación constitucional. A favor de una adecuada comprensión de este precepto en relación al objeto de atención parece aconsejable remitirse a la categorización de los derechos fundamentales efectuada por parte de la doctrina²²⁹⁹.

Así, se ha distinguido, de un lado, la categoría de los derechos de la personalidad, derechos fundamentales propiamente dichos, íntimamente conectados con la dignidad de la persona (derechos de la personalidad: derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, etc.)²³⁰⁰. En el reconocimiento de éstos, se da “una completa igualdad entre españoles y extranjeros”²³⁰¹. Es de este modo como se entiende que en el artículo 13. 1º CE sólo se haga referencia a las “libertades públicas” y no a los “derechos”; no se trata de un descuido

nota a pie nº 79 y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Universidad de Las Palmas, Civitas, Madrid, 1997, pág. 180, nota a pie nº 36.

²²⁹⁹ Se siguen aquí las consideraciones efectuadas por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), cit. La autora viene a considerar una triple clasificación de los derechos y libertades, (derechos de la personalidad, que son los propiamente fundamentales, libertades públicas y derechos políticos). Esta triple categorización se proyecta en su régimen jurídico (ver, ob. cit. 241-294) y tiene especial virtualidad para el presente marco de extranjería (ver, ob. cit. 163-164 y 252-258).

²³⁰⁰ Ver, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, cit. pág. 163.

²³⁰¹ Así se señala en la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (F. J 3º). Se trata - prosigue esta sentencia- de “derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10. 1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc. , corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos con relación a los españoles. “ En este sentido, sentencia 99/1985 (FJ 2º), de 30 de septiembre, 115/1987, de 7 de julio (FJ 1º Y 3º), sentencia 242/1994, de 20 de 20 de julio (FJ 4º), 130/1995, de 30 de septiembre (FJ 2º).

Esta consideración choca, sin embargo, con la que se efectúa, entre otros, en el auto 130/1985, de 27 de febrero, FJ 2º: “pero no debe olvidarse que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son todos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal “. Como subraya SÁNCHEZ FERRIZ, no parece lógico admitir que derechos como a la vida, la integridad o al honor queden condicionados a su configuración legal.

del constituyente²³⁰²: la no alusión a los “derechos fundamentales” implica el presupuesto constitucional que en nada afecta la condición de ser o no nacional respecto de los derechos de la personalidad.

A diferencia de estos derechos directamente vinculados con la dignidad de la persona, cabe distinguir a las “libertades públicas” (expresamente mencionadas en el artículo 13. 1º CE), categoría jurídica diferenciada de los derechos de la personalidad, al guardar algunas notas de identidad²³⁰³. Las libertades públicas (libertad de expresión, asociación, reunión, etc.) por su singular carga de politicidad se situarían a caballo de los derechos fundamentales y la tercera y la última categoría de derechos: los derechos políticos. En el marco de estos derechos políticos se sitúa el acceso a las funciones y oficios públicos, que expresamente está reservado a los españoles en razón del artículo 13. 2º CE, tal y como se ha visto²³⁰⁴.

Los efectos jurídicos de esta triple categorización son del todo relevantes. Respecto de derechos como la vida, integridad física, honor, intimidad, etc. no es posible operar distinción alguna respecto

²³⁰² Al respecto, véase lo afirmado por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, pág. 255. Esta autora señala como la única referencia a las “libertades públicas” aparece desde el borrador constitucional, por lo que no fue un olvido del constituyente. Asimismo recuerda como la LO 7/1985, vino a salvar el *olvido* del constituyente; en el artículo 4. 1º de esta ley se hace expresa alusión a los *derechos* y libertades del Título primero. Sin perjuicio de ello, señala Sánchez Ferriz, esta ley vino a regular lo que el constituyente dejó en sus manos: el ejercicio de las libertades públicas del extranjero.

²³⁰³ Libertades públicas en el sentido especialmente atribuido por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, cit.. Respecto de sus caracteres diferenciales, ver especialmente las págs. 213-236. Puede verse, también, su trabajo “Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptibles de ser confundidos con los restantes derechos constitucionales”, en *Revista de Derecho Político*, nº 30, 1989, págs. 57-73. No obstante, el Tribunal no ha admitido expresamente esta acepción del artículo 13. 1º CE, aunque sí implícitamente, como a continuación se expone.

²³⁰⁴ El propio Tribunal Constitucional en alguna medida parece asumir esta triple categorización. Así, cabe señalar la afirmación contenida en la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (F. J 4º):

“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13. 2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su *ejercicio*.”

de los extranjeros y españoles, por tanto, una hipotética permisión del acceso y permanencia a la función militar para extranjeros no podría implicar limitación alguna de estos derechos que no se diera exactamente igual respecto de los nacionales.

No sucede lo mismo respecto de las libertades públicas, puesto que por su politización “no son derechos ilimitados en función del riesgo que su ejercicio puede comportar en el caso de los extranjeros”²³⁰⁵. En consecuencia, sobre las mismas, el legislador sí que puede establecer condicionamientos adicionales cuando se trata de su ejercicio por extranjeros, pero respetando, en todo caso las prescripciones y mandatos constitucionales, “una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.”²³⁰⁶ De este

²³⁰⁵ Ver, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, cit. pág. 164. Es menester subrayar que las libertades públicas, a diferencia de los derechos propiamente fundamentales, son derechos que precisan de su ejercicio por parte del titular. De ahí que, en particular en el caso de las libertades, cabe discernir entre la titularidad del derecho y su ejercicio por parte del no nacional. La limitaciones a las que singularmente se vea sometido el extranjero lo serán respecto del ejercicio de las libertades de las que, sin duda, son titulares.

En este sentido se comparten las afirmaciones del Letrado del Estado recogidas en la sentencia 117/1987. Afirmaba (antecedente nº 10) que:

“En un Estado democrático de Derecho, cabe imponer a este derecho fundamental [en referencia al derecho de reunión] recortes de desigual amplitud según la nacionalidad de los titulares. La diferencia conceptual que se advierte entre seguridad pública y seguridad nacional, y la indisoluble vinculación de esta última con la seguridad interna y externa de un Estado, *posibilitan introducir la ciudadanía como elemento de definición del contenido y ejercicio del derecho de reunión, que, en su configuración legal, no puede ignorar la condición personal de sus titulares. Las normas convencionales de carácter internacional confirman esta conformación subjetiva de la libertad de reunión [...] que pueden desembocar en una desigualdad de trato en su ejercicio de los extranjeros con los españoles.*”

²³⁰⁶ Como se afirma en el FJ 3º de la sentencia 115/1987, de 7 de julio:

“la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero *para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales*, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros [...] una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.”

Un resumen conciso de estas determinaciones se aprecia en la sentencia 242/1994, de 20 de julio, (FJ 2º):

modo, una vez más situados en el terreno de las hipótesis, su ejercicio las libertades públicas, si bien ya están muy limitadas para el militar nacional, podría someterse a restricciones aún más severas, siempre, claro está, con respeto del contenido esencial y los “mandatos constitucionales”²³⁰⁷. Y es que si, en general “La participación política (en sentido amplio) de los extranjeros ha sido considerada como disfuncional por un potencial riesgo de la seguridad e intereses nacionales así como de orden público”²³⁰⁸ más puede serlo en el caso de que se tratase de militares extranjeros.

“el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo,... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10. 1 CE , constituye fundamento del orden político español “(sentencia 99/1985, fundamento jurídico 2.). Y, adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España (sentencias 115/1987, fundamento jurídico 3.; 107/1984, fundamento jurídico 3.; ó 99/1985, fundamento jurídico 2.), pues una cosa es “autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales “ (en el mismo sentido, sentencia 112/1991, fundamento jurídico 2.)”

²³⁰⁷ Las mismas vendrían avaladas, además, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en su artículo 16 dispone que “Ninguna de las disposiciones de los artículos 10 [libertad de expresión], 11 [libertad de reunión y de asociación] y 14 [prohibición de discriminación] podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

Sobre el tema, en particular, destaca el reciente trabajo ya mencionado de FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José C. , “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “, en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, págs. 103-141, donde se sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En dicho estudio se puede apreciar como, por influencia del restrictivo artículo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las libertades públicas, y por ende la de sindicación, por su carga de politicidad no han sido objeto de atención. Los asuntos han versado básicamente sobre los derechos más ligados a la dignidad e integridad del extranjero, derechos de la personalidad, así como garantías procesales en relación con los procesos penales y de expulsión, del mismo modo, la atención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la han reparado cuestiones relacionadas con las prestaciones sociales de los Estados. De estos autores, ver también, “Los derechos de los extranjeros en el ámbito del Consejo de Europa: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano “, en *Migraciones*, nº 2, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1997. Asimismo, puede acudir a JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, en particular, págs. 309-317, en relación con la situación de permanencia del no nacional.

²³⁰⁸ Ver, RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan, *Los derechos políticos de los extranjeros*, cit. pág. 79.

Mayor enjundia tiene el reconocimiento del principio de igualdad respecto del extranjero²³⁰⁹. Pese a que se trata de un derecho reconocido a los “españoles” en el artículo 14 CE, siguiendo la doctrina constitucional esta referencia no es óbice para que los extranjeros también sean titulares del mismo, puesto que no está excluido expresamente en el artículo 13 CE. En consecuencia, como ha reconocido el Tribunal Constitucional²³¹⁰, su reconocimiento queda condicionado a lo dispuesto por los tratados y las leyes que, en todo caso no pueden eludir los “mandatos constitucionales”, al igual que sucede con las libertades públicas. En consecuencia, la alegación del principio de igualdad sí será relevante, en especial, cuando se trate de alguna diferenciación legal que afecte a las aludidas cláusulas específicas de no discriminación, que, como es sabido, precisan de una justificación objetiva y razonable más exigente.

Y en este marco, que se tratase de un extranjero comunitario o de un tercer estado sería del todo relevante por imposición del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha señalado que si un Estado miembro no hace ejercicio de la exclusión a que le habilita el artículo 39. 3º del Tratado de la Unión, como sería el caso de que se admitiese el acceso a las FAS a extranjeros comunitarios, éstos deben ser tratados en régimen de igualdad con los nacionales que

²³⁰⁹ Sobre la atención del estatuto de extranjería desde la perspectiva de la igualdad, véase, en particular, MASSÓ GARROTE, Marcos F. , *Los derechos políticos de los extranjeros...* cit. , págs. 59-65. Asimismo, APRELL LASAGABASTER, María C. , “Principio de igualdad y condición del extranjero, posición del Tribunal Constitucional “, en AA. VV *El principio de igualdad en la Constitución Española*, (vol. I), Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991, págs. 437-456; POLO SÁNCHEZ, María C. *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES, Madrid, 1994, págs. 100-114; RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan, *Los derechos políticos de los extranjeros*, cit. págs. 201-204 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María R. *Igualdad y discriminación*, cit. , págs. 168-169.

²³¹⁰ La sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en su FJ 4º reconoció genéricamente el principio de igualdad formal a los extranjeros. Esta línea jurisprudencial evolucionó considerablemente en sentencias número 94 y 116 de 1993, de 22 y 29 de marzo respectivamente. El artículo 2 del Reglamento 155/1996, de 2 de febrero, de ejecución de la LOE, dispuso, finalmente, el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley entre españoles y extranjeros en función de lo dispuesto por ésta y los tratados internacionales. Por último, el principio de no discriminación ha sido regulado en el artículo 21 de la nueva Ley orgánica 4/2000 de extranjería.

accedan a esa función no reservada²³¹¹. Así pues, para el hipotético caso de militares de países comunitarios y no españoles, éstos habrían de ser tratados en identidad de condiciones, a diferencia de los extranjeros de terceros Estados.

d) Los condicionamientos constitucionales respecto de una reforma legal que permitiese el acceso del extranjero a los Ejércitos

Llevadas a cabo estas consideraciones es momento de concretar los condicionamientos constitucionales que tendría el legislador si decidiese permitir el acceso a las FAS a ciudadanos extranjeros. Si reconociese este derecho se trataría, como se ha dicho, de un derecho cuyo contenido se configura legalmente y no viene impuesto por la Constitución. Así, para el caso que nos ocupa, *bien podría el legislador admitir la entrada de extranjeros sólo para la tropa y marinería profesionales.*

Las dudas aparecen, no obstante, respecto de la posibilidad de que para el acceso a estos empleos se estableciesen una serie de condicionamientos sólo para los extranjeros. Imaginemos una posibilidad en modo alguno descartable: que se fijase en la convocatoria que sólo podrían acceder los extranjeros no comunitarios que cumpliesen los requisitos en tanto en cuanto las plazas no se completasen con los españoles (y nacionales comunitarios). Pues bien, cabe recordar que si se tratase del derecho fundamental reconocido en el artículo 23. 2º CE y no de un derecho de configuración legal, la aplicación de este tipo de condicionamientos no tendría cabida en la ley de leyes en virtud del principio de igualdad. Sin embargo, como se ha visto, el alcance constitucional del principio de igualdad respecto de los extranjeros -no comunitarios- no implica en modo alguno un tratamiento idéntico con los españoles, sino que, básicamente, se reduce a la interdicción de discriminaciones relativas a las cláusulas prohibitivas. Como consecuencia, en razón del artículo 14 CE, no sería

²³¹¹ Así en la sentencia *Soigu*, de 12 de febrero de 1974, reiterada en la sentencia *Comisión v. Italia*, de 16 de junio de 1987.

admisibles que sólo se permitiese el acceso a los empleos de tropa o marinería profesional a los nacionales de determinado país, de una determinada raza o género. Sin embargo, *a mi juicio, sería constitucionalmente admisible que se postergara a los no nacionales para ocupar las plazas de tropa una vez lo hicieran los españoles.*

Una vez más, no obstante, hay que operar una nueva matización. Se ha subrayado que podría considerarse *constitucional* una diferenciación del tipo reseñado. Ahora bien, dado el actual estado legal de la regulación de extranjería, sería preciso que la ley que instrumentase el acceso de extranjeros a las FAS, estableciera todo este tipo de matizaciones con el fin de salvar las exigencias que comporta la actual ley de extranjería²³¹². No en vano, en la misma se ha desarrollado con mucha amplitud el alcance del principio de no discriminación para los ciudadanos extranjeros en términos que bien podrían obstaculizar el establecimiento de diferenciaciones para su acceso a la tropa y marinería. Y pese a que esta ley no contempla el

2312 Artículo 21:

“1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) *Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

b) *Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.*

c) *Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. [...]*

Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, siempre que se refieran a requisitos no esenciales para el desarrollo de la actividad laboral.”

acceso de los extranjeros a la función militar, su desarrollo legal del principio de no discriminación para no nacionales dificultaría condicionamientos del acceso a la tropa y marinería profesional en el sentido de los aquí expuestos.

Cabe señalar, por último, que el estatuto del militar extranjero que accediese a la tropa y marinería profesional, al margen de lo afirmado respecto de sus derechos fundamentales y libertades públicas, podrían contener diferenciaciones no sólo relativas a los derechos fundamentales, sino al estatuto funcional. Por ejemplo, podrían disponerse medidas extraordinarias como el traslado, suspensión o exclusión del servicio en razón del estado de las relaciones internacionales con el país del que fuera procedente el militar extranjero, todo ello sobre la base de una mayor discrecionalidad de la Administración justificada en aras de la defensa nacional. De otra parte, en razón de las normas internacionales, en el caso de conflicto en el que estuviese vinculado el país de procedencia del militar extranjero, ya directamente, ya como aliado, no podría forzarse al extranjero a participar en acciones contra su país²³¹³

²³¹³ Así se dispone en el artículo 23 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (IV Convención de La Haya de 1907, por el que un Estado beligerante no puede forzar a los nacionales de la parte adversa a tomar parte en las acciones de guerra dirigidas contra su país. Con relación al tema, la Ley del Servicio Militar de 17 de julio de 1953, de Noruega, en su artículo 3 dispone que estarán exentos de la posibilidad de quedar sujetos al servicio militar quienes sean nacionales del Estado con el que Noruega está en guerra.

CAPÍTULO IV. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES RESPECTO DE LA DISCIPLINA MILITAR Y LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LAS FUERZAS ARMADAS

Entre las causas básicas del distanciamiento civil-militar se pusieron de relieve las intensas particularidades de la organización militar. De un lado, un elemento definitorio mismo de un Ejército es la disciplina militar. Se trata del principio organizativo esencial de los Ejércitos que por su misma intensidad trasciende a la esfera interna del individuo, supone a su vez uno de los elementos que, necesariamente, separa al militar del resto de la sociedad. De otro lado, como se hizo referencia, la Administración militar se conforma como *todopoderosa* para el individuo. Según se vio, ello era así en razón de la concepción del servicio (mayor o menor disponibilidad del militar), de los sistemas de remuneración empleados que impulsaban o no el corporativismo militar, así como el sistema de rotación y ascensos que supone a la postre una movilidad que desarraiga al militar.

Todos estos aspectos suponen también elementos definitorios de un modelo de Ejércitos. Y ello es así en tanto en cuanto se trata de parámetros que pueden variar y concebirse de un modo u otro según el sistema que se trate. Una vez más, nuestra Constitución no queda de ninguna manera ajena a todas estas cuestiones relativas a la disciplina y organización interna de las FAS y, con mayor o menor intensidad, conforma también el modelo de Ejércitos en España, tal y como a continuación se aprecia.

I. Un elemento esencial de las Fuerzas Armadas: la disciplina militar

“Un Ejército que ha perdido la disciplina no puede salvarse. Ya no es un militar, ya no es un Ejército.” En la obediencia “[...] está la esencia de la Milicia, y la eficacia de las Fuerzas Armadas”²³¹⁴.

El principio de autoridad, no es exclusivo de la organización militar, se da tanto en otros órganos públicos como privados²³¹⁵. Tanto las relaciones administrativas civiles, como las laborales²³¹⁶ o en las

²³¹⁴ Se citan aquí dos discursos del Monarca en la Pascua Militar distanciados en el tiempo, el primero, de 1979, momento en el que la coyuntura política exigía el apaciguamiento de las FAS y su sumisión tanto interna como institucional. La cita completa -interesante por cuanto recoge no pocos argumentos esgrimidos-, es la siguiente: “la fe en el mando es una de las bases de la disciplina, indispensable en la vida militar. Es preciso que cada uno obedezca, sin dudarlo, las órdenes de un superior, porque debe tener siempre fe al pensar que el que manda ostenta las condiciones necesarias para hacerlo y que, cuanto más arriba se está en la escala de la milicia, más amplio es el panorama que se contempla y más fundado el conocimiento de los hechos o de las circunstancias que motivan la orden. [...] En uno y otro casos el inferior debe obedecer, puesto que no tiene los elementos de juicio que posee el jefe supremo. Y si éste se equivoca, tengamos presente que los peligros de la indisciplina son mayores que los del error. Un error se puede corregir. Un militar, un Ejército que ha perdido la disciplina, no puede salvarse. Ya no es un militar, ya no es un Ejército. Por ello, la disciplina, coordinada con la fe, ha de ser ciega y consciente a la vez, y debe obedecerse con el convencimiento de que precisamente en esa obediencia, aunque encierre sacrificios y suscite dudas, está la esencia de la Milicia y la eficacia de las Fuerzas Armadas.”

En el discurso de 1990, ya pasada la transición y remitido el clima de levantamiento, ante algunas discrepancias producidas por la modernización militar, el Rey volvía a hablar de la disciplina: “Todas las profesiones tienen características que no pueden ser cambiadas ni suprimidas, porque ello produciría una fundamental alteración de la esencia misma de esta actividad. Y ese es el caso de la disciplina en el Ejército.” Los textos de los discursos han sido extraídos de GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado”, cit. concretamente págs. 176-177, en la nota a pie 58, el discurso de 1979. El de 1990, es citado por AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. pág. 353-354.

²³¹⁵ Véase PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Modelos de función pública...”, cit.

²³¹⁶ Respecto de la modulación de los derechos en el ámbito laboral, ver, RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, lección pronunciada en su investidura como Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Ferrara, publicado en *Revista de Relaciones Laborales* números 1-2, 1996, páginas 12-21. Si bien la naturaleza y fines de la relación laboral y la militar son distintos no se puede negar cierto paralelismo en cuanto que los derechos fundamentales pueden venir limitados por la estructura organizativa directiva que se dan en ambos órdenes. Si bien reconoce que el ejercicio de los derechos fundamentales se modaliza en virtud del contrato de trabajo, afirma que tal modulación se da en los poderes del empresario, iniciándose un proceso que en cierta medida altera las vías clásicas ofrecidas por la teoría del contrato de trabajo. El poder disciplinario es uno de los órdenes en los que afecta decisivamente el contenido negativo y,

educativas²³¹⁷, se configuran con base al principio de autoridad, si bien, lejos quedan todos estos ámbitos de la organización militar donde el principio de eficacia y con él la jerarquía y disciplina adquieren una intensidad significación del todo particular.

especialmente, el carácter objetivo de los derechos fundamentales. Con cierto paralelismo con la organización militar, en la que es la eficacia la que informa principalmente la organización, PIÑERO afirma que la racionalidad económica deja de ser el único factor de legitimación de las decisiones empresariales en favor de la dignidad y los derechos -no sólo los *sociales*-. Como se puede apreciar, lo ahora mencionado no es más que la consecuencia de la progresiva implantación y evolución del sentido normativo de la Constitución y de la concepción objetiva de los derechos fundamentales, esta evolución sin duda alcanza a la organización militar.

²³¹⁷ La autoridad es un elemento intrínseco al proceso educativo, al margen de la propia estructura pedagógica, hay que afirmar que el Estado siempre ha mostrado un interés por realizar un efectivo control sobre la enseñanza y los jóvenes en la enseñanza y los jóvenes en formación, haciendo realidad así el ideal platónico de que la educación de la juventud había de ser encomendada al propio Estado. De este modo, la escuela ha sido tradicionalmente un lugar para educar ciudadanos obedientes y disciplinados. La influencia del Estado sobre el proceso educativo ha variado a lo largo de la Historia (al respecto resulta especialmente interesante el trabajo de MUÑOZ, J. A, *La educación política como función de gobierno en el Estado*, Eunsa, Pamplona, 1982).

En relación propia con el sistema político del Estado, la disciplina educativa ha sido exigida con mayor intensidad en los sistemas no plurales. Es por ello por lo que la educación franquista fue clara en afirmar que la educación había de ser orientada a la consideración trascendente del hombre y a la consecución de un espíritu nacional fuerte mediante una *disciplina rigurosa* (artículo 11 de la ley de 26 de febrero de 1953, de ordenación de la Enseñanza Media y artículos 1 y 6 de la ley de 17 de julio de 1945 sobre enseñanza primaria). Como nos recuerda López Benítez, esta disciplina rigurosa se alcanzaba incluso trasladando el orden público al ámbito académico (ver, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. págs. 569 y ss). En la actualidad, el artículo 27. 2º CE impone que el objeto de la educación sea el libre desarrollo de la personalidad, los derechos humanos y el principio democrático. Esta referencia no excluye el mantenimiento del principio de autoridad en el ámbito educativo, sin embargo al redefinir el objeto, se reestructuran los medios y procedimientos de enseñanza. (Ver, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos...* cit. págs. 77 y ss). Todo ello supone también una modulación del régimen de derechos y libertades que concurren en el ámbito educativo. (Al respecto, en especial, los diversos estudios contenidos en la reciente obra en AA. VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, (Lorenzo Cotino Hueso, coord.) Generalitat Valenciana, Valencia, 2000.

A) LA CONTINUA REDEFINICIÓN DE LA OBEDIENCIA Y LA
DISCIPLINA POR LAS EXIGENCIAS DE LA EFICACIA

a) *Génesis y evolución de la disciplina militar hasta el siglo XX: un
concepto prácticamente inalterado*

A lo largo del presente estudio ha habido ocasión de atender con cierta concreción la decisiva importancia de la aparición y consolidación de la disciplina militar como elemento determinante de la misma existencia de una organización política. En este sentido, seguir en especial a Max Weber ha resultado fundamental para advertir la centralidad de la disciplina en Grecia, en Roma y su reaparición al final de la Edad Media, dando lugar a la génesis del Estado moderno hasta la fecha²³¹⁸. En este sentido, no es menester ahora volver sobre aquellos aspectos desde aquella perspectiva. Sin embargo, sí que corresponde ahora observar, aun someramente, cuál ha sido la evolución histórica del propio significado del concepto de disciplina, puesto que como con acierto se ha señalado “Aunque el vocablo es antiguo, el concepto de disciplina ha evolucionado al compás de los avances de la civilización.”²³¹⁹ Es por ello que definirla no es sencillo, por lo que se configura como un conjunto de reglas que evolucionan y se adaptan tanto a las exigencias militares, como necesariamente a las del contexto jurídico, social y político de cada momento histórico.

La disciplina es obediencia a quien se considera superior en una organización, pero sobre todo, disciplina es organización en la que se da la obediencia. No es cualquier obediencia sino una obediencia en el marco de una organización racionalizada. Poco de disciplina militar había en las hordas prerromanas que se constituían alrededor de un jefe valeroso y carismático, aquellos grupos guerreros consagrados al

²³¹⁸ Cabe remitirse a diversos apartados contenidos en el capítulo intitulado “Fuerza militar, legitimaciones del poder y Derecho hasta el Estado liberal”.

²³¹⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales de las Fuerzas Armadas en las Reales Ordenanzas de S. M. D. Juan Carlos I*, Imprenta Litomaype, La Laguna, 1980, en concreto, pág. 174.

jefe por la *devotio*, a quien obedecían ciegamente²³²⁰. Casi lo mismo puede decirse de los guerreros bárbaros que hicieron que la disciplina romana estuviese ausente en Europa durante prácticamente un milenio²³²¹. Y es que la disciplina viene vinculada inicialmente a la infantería y contingentes humanos más amplios que, por ello, precisaban una organización racional también fundamentada en la obediencia y la jerarquía. De ahí que las primeras formas de disciplina militar se diesen en los hoplitas griegos y, más tarde en las fuerzas romanas, que hicieron valer su superioridad militar durante largo tiempo. Por encima del valor y el guerrero heroico estaba la estrategia y el orden²³²². Y ya desde esos primeros tiempos de organización y obediencia se percibió que los principios que se aplicaban para la organización militar constituían principios también válidos para la Administración que la misma existencia de los Ejércitos había generado al consolidar la organización política. La jerarquía que había tenido su origen en los Ejércitos iba a ser aplicada y modulada para la burocracia civil romana²³²³.

El redescubrimiento de la organización militar sobre la base de la disciplina por los piqueros suizos hizo finalmente de ésta el baluarte de las fuerzas armadas hasta el presente. Los Ejércitos españoles fueron, como se vio, los primeros que fueron conscientes de la

²³²⁰ Sobre el particular, entre otros, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, "La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España", cit. pág. 14, quien remite a GARCÍA GALLO, *Manual de Historia de derecho español*, Madrid, 1964.

²³²¹ En especial, ver lo afirmado en el epígrafe "Una solución militar eficiente: el feudalismo. La desaparición de la disciplina y de una organización política fuerte".

²³²² En concreto ver "La organización político - militar en la Grecia antigua" y "La hegemonía de Roma gracias a la disciplina y el servicio militar".

²³²³ Como recuerda Guaita, el triunfo de Octavio Augusto supuso la yuxtaposición a las antiguas magistraturas de un nuevo cuadro de hombres, los del "partido" del Emperador, que pueden ser designados con la denominación aproximativa de "militares" y que, con misiones inicialmente de índole fiscal, fue el germen de la frondosa burocracia que se impuso plenamente en el Bajo Imperio. Tanto es así que a partir de Constantino (siglo IV) los romanos le daban el nombre de *militia literata* a la burocracia. Se aprecia de este modo un fenómeno que en cierto modo habría de repetirse en el Estado moderno: la gestación del aparato burocrático civil a partir de la organización militar y emulando sus principios organizativos de la jerarquía y la disciplina. Ver, GUAITA MARTORELL, Aurelio, "La Administración militar", cit. pág. 110.

magnitud del redescubrimiento de la disciplina por los piqueros suizos y, en un contexto político adecuado para ello, *aprovecharon* las bondades de la infantería y la disciplina; avamces que luego, por su superioridad sobre las organizaciones militares basadas en la caballería, se extendió por toda Europa. La ética caballeresca ya no era funcional, la guerra se hizo un arte y, en especial, una ciencia (maravall 17). Así Maquiavelo afirmó que “No cabe duda de que los hombres valerosos, pero desordenados, son más débiles en conjuntos que los tímidos disciplinados, porque la disciplina aleja el temor y el desorden inutiliza la valentía”²³²⁴.

La obediencia seguía siendo la base de una fuerza armada, pero se trataba de una obediencia diseñada, producto de la mecanización de la conducta por la “instrucción”, entonces llamada “alardes”²³²⁵. La disciplina va más allá de la mera sujeción a un superior, sino que implica una internización por el individuo de una plena disposición a ser obediente. Aquella obediencia, como se vio, resultaba también producto de la misma jerarquía social: las bases del Ejército eran las bases –o más bien los residuos– de la sociedad estamental que obedecían naturalmente al superior social, en palabras de Blanco Valdés, el súbdito militar estaba “universalmente subordinado”²³²⁶. Hasta el siglo XIX, primó una disciplina muy severa, férrea, que no admitía la desobediencia en caso alguno. La disciplina ciega que caracteriza a los Ejércitos hasta la introducción de los postulados liberales se exigía mediante el temor al castigo. Los castigos disciplinarios eran muy duros, no sólo incluían la muerte, sino que no eran ajenas las torturas y mutilaciones como consecuencias del

²³²⁴ Ver, MAQUIAVELO, Nicolás, *El arte de la guerra...* cit. pág. 151: “No basta para organizar un buen Ejército tener hombres endurecidos en las fatigas y haberlos hecho vigorosos, ágiles y diestros; se necesita que aprendan a estar en filas, a obedecer las señales, los toques y las voces de los jefes, estando a pie firme, retirándose, avanzando, combatiendo y caminando, porque sin esta disciplina cuidadosamente observada y practicada, nunca habrá buen Ejército. No cabe duda de que los hombres valerosos, pero desordenados, son más débiles en conjuntos que los tímidos disciplinados, porque la disciplina aleja el temor y el desorden inutiliza la valentía.”

²³²⁵ MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, cit. pág. 25.

²³²⁶ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* cit. pág. 42.

correctivo disciplinario. “Las penas acostumbraban a ser muy crueles, predominando las de muerte, había casos de responsabilidad colectiva; por ejemplo, ante una grave insubordinación general, se procedía a diezmar a la tropa sin más averiguaciones.”²³²⁷ Así pues, la disciplina *oriental* o basada en el temor al castigo era preponderante, el Conde de Saint Germain afirmaría que “En el actual estado de las cosas, los Ejércitos sólo pueden estar compuestos por el fango de las naciones y por todo lo que es inútil a la sociedad. Corresponde luego a la disciplina militar depurar esa masa corrompida, modelarla y hacerla útil.”²³²⁸ No obstante, en estas épocas cuanto menos se tenía en cuenta la necesidad de una disciplina *occidental*, que precisaba del convencimiento interno²³²⁹.

De otro lado, al igual que sucedió en Roma, con la reaparición de los Ejércitos mismos acabaría generándose un aparato administrativo que emularía los principios y recursos de origen castrense (jerarquía, centralización, desconcentración, demanialidad, expropiación y requisa, etc.). Los cuerpos de funcionarios civiles no serían sino una copia de los cuerpos militares²³³⁰ y la misma Administración civil no adquirió su verdadera relevancia más que por el paulatino hurto de

²³²⁷ Ver, RODRÍQUEZ DEVESA, J. M, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (vol. II) cit. , pág. 1285. En CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional...* cit. , pág. 37, se citan algunos de los castigos corporales que se incluían en las ordenanzas de Carlos III, de 1768, en el Título X del Tratado VIII sobre “Crímenes militares y penas que a ellos corresponden”, se encuentran allí penas como la mordaza, atravesamiento de lengua con hierro candente, corte de la mano, etc.

²³²⁸ Así citado en TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, pág. 337.

²³²⁹ Véase CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional...* cit. pág. 110, nota a pie nº 21, en donde se cita la apuesta por el convencimiento interno como complementario de la disciplina basada en el temor, apuesta realizada ya en el siglo XVI por el ya citado Marqués de Londoño y el Marqués de Santa Cruz de Marcenado, que afirmaba que “débil fundamento es el temor, pues los que por el temor están sujetos, cuando llega una ocasión que les proporciona la esperanza de la impunidad se sublevaron contra los jefes”.

²³³⁰ Al respecto cabe remitir a lo afirmado en el epígrafe “De los Ejércitos del Rey con funciones exteriores a la administración del Estado, el militarismo del Antiguo Régimen” con una detallada descripción del origen castrense de los elementos basilares del Derecho administrativo. Ver al respecto las remisiones que ahí se operaron a la más autorizada doctrina: Giannini, Baena de Alcázar, Tusell o Parada y, en concreto, la descripción de Muñoz Alonso de los elementos que adaptaría para sí la Administración civil a partir del Derecho militar.

competencias a la Administración militar y los Ejércitos. De nuevo, la estructura piramidal sobre la base del principio jerárquico iba a ser el criterio configurador de la Administración civil, lo cual ha perdurado hasta el presente. Sin embargo, los criterios organizativos que para las FAS obedecían a la naturaleza de la función armada habrían de ir modulándose para los fines y medios propios de la Administración civil, distintos de las FAS.

Pero aún es más, no sólo la Administración civil emularía la disciplina militar, sino también, en este período, comenzaría a aplicarse en los sectores económicos multiplicando el rendimiento de los mismos. Al igual que sucedería con la Administración civil, los principios de organización militar se situarían en la génesis de la organización empresarial capitalista, si bien, obviamente, se fueron adecuando a las peculiares necesidades de cada contexto²³³¹. Así pues, como diría Weber “la disciplina militar es el hontanar de la disciplina en general” “y ha sido el modelo ideal tanto para las antiguas plantaciones romanas como las empresas industriales modernas”²³³².

Con la revolución liberal, en principio, las bases de los Ejércitos dejaban de estar constituidas por los marginados sociales, ahora se trataba de ciudadanos nacionales que por ello tenían reconocidos una dignidad y derechos; en consecuencia, se exigía una redefinición de la anterior crueldad de los correctivos disciplinarios, una mitigación de la crueldad disciplinaria que, no obstante, no variaba prácticamente la concepción de la disciplina militar²³³³. Las bases de los Ejércitos

²³³¹ Sobre la evolución de los modelos de función pública civil y militar y la influencia del modelo corporativo castrense en la empresa privada -con especial referencia a Japón-, véase PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Modelos de función pública y función pública militar”, cit.

²³³² WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit. pág. 88.

²³³³ En este sentido, López Henarez afirma que “Cada institución jurídica tiene el color de su época [...] La Revolución francesa, que transformó los elementos sustanciales del Estado, no modificó de forma relevante la legislación disciplinaria, sino para aumentar los tipos delictivos contra el honor nacional, y al aparecer los Ejércitos de contingente obligatorio comenzó a identificar la disciplina con un determinado estado aceptable de la cohesión moral y entusiasmo de las tropas, suficiente para su eficacia operativa.” Ver, LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “Problemas jurídico políticos del poder militar... cit. , pág. 46.

exigían una mínima consideración como personas, aunque, quienes conformaron en la práctica estas bases de las FAS siguieron siendo las bases de la sociedad, aquéllos que no conseguían eximirse de la prestación del deber en razón de sus bajos ingresos económicos. Por ello, los correctivos disciplinarios no se humanizarían realmente hasta el siglo veinte.

Sin embargo, con el régimen liberal la disciplina habría de sufrir una nueva evolución en razón de la adecuación de las FAS a un nuevo contexto. La disciplina hasta entonces había supuesto un principio organizativo de la Institución militar y poco iba a variar *para dentro* de la organización militar, pero *se le iba a añadir la obediencia a las autoridades políticas* a las que, en la teoría, los militares quedaban subordinados. Además, quebaría la obediencia ciega, puesto que ahora el militar no sólo había de obedecer a sus mandos sino también a la ley y la Constitución; en caso de divergencia entre las órdenes del superior y los mandatos de la ley había que estar con esta última. Las implicaciones políticas de esta evolución eran muchas aunque en España no se hicieron notar en ningún momento: la disciplina seguiría siendo lo que hasta entonces había sido, sujeción al mando, y si a la cabeza de la cúpula militar estaba el Rey, sujeción a éste.

Los cambios verdaderamente revolucionarios de la concepción de la disciplina no vendrían de la mano de la evolución política, o sólo de forma indirecta. En el siglo XX comenzaría un proceso en el que se modulaba el corazón mismo de la disciplina, como a continuación se aprecia.

b) La redefinición de la disciplina militar en el siglo XX en orden a una mayor eficacia y funcionalidad. La necesidad de evitar cierto confusionismo

La disciplina como principio organizativo exigido por la eficacia de la fuerza militar sólo varía *sustancialmente en razón de las necesidades de la defensa, y sólo de forma secundaria se impregna de los principios*

políticos de cada contexto histórico. No hay que dejarse llevar por lecturas irreales que confunden lo que es una evolución por mor de las necesidades de la defensa con las variaciones que vienen impuestas por las exigencias políticas que, como se ha dicho, son –por suerte o por desgracia– secundarias. La disciplina en el presente siglo ha variado mucho, pero esencialmente por la evolución del contexto en el que los Ejércitos deben constituir un eficaz instrumento para los fines por los que existen.

La disciplina de antaño ha perdido en buena medida su sentido, mas sólo de forma indirecta en virtud de la democracia. Básicamente, los cambios registrados en la disciplina del siglo XX van en consonancia con la profunda evolución de los medios y procedimientos de combate y de la calidad humana de los hombres, muy diferentes a los de épocas pasadas²³³⁴. Esta evolución, aún inacabada, a favor de la funcionalidad y eficacia militar, exige que la disciplina se haga más flexible –que no supone un relajamiento–. Las técnicas modernas de la guerra exigen una moral y coordinación que no se pueden garantizar con la tradicional disciplina autoritaria. Experiencias militares no distanciadas en el tiempo han puesto de manifiesto el aumento de la eficacia en el combate a raíz de una flexibilización disciplinaria²³³⁵. Al mismo tiempo, los Ejércitos acumulan cada día más funciones burocráticas y administrativas, alejadas de aquéllas netamente bélicas; estas funciones administrativas requieren modernos sistemas de relaciones internas, con formas de control más indirectas, como las de otros tipos de burocracias.

²³³⁴ Sobre los cambios en las relaciones disciplinarias modernas, ver concretamente JANOWITZ, Morris, “Las pautas cambiantes de la autoridad organizativa: la Institución militar”, en AA. VV, *La Institución militar...* cit. , págs. 81- 100. dedicado concretamente a este aspecto. En España se atienden estos cambios en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. págs. 103 y ss, también MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...* , cit. págs. 174 y ss.

²³³⁵ En JANOWITZ, Morris, “Las pautas cambiantes... cit. , en la pág. 92 se cita el caso de Corea como paradigmático, en dicho conflicto las actuaciones iniciales no resultaron exitosas, se dio paso a un modelo flexible que favoreciese la iniciativa y los resultados se apreciaron rápidamente.

Así, tanto en el ámbito estrictamente administrativo como en el propio del combate, “los sistemas de autoridad se han vuelto menos arbitrarios, menos directos e, incluso, menos autoritarios para mantener su eficacia organizativa²³³⁶. El proceso de tecnificación militar, que se ha dado en llamar *civilización*²³³⁷, ha supuesto el aumento del tamaño de organización, ha automatizado la guerra, reformando amplios sectores de la institución preparados para el combate. Cada día más, se requiere una mayor libertad individual en el combate. Se trata, pues, de la antítesis del automatismo que implicaba la disciplina militar en su origen.

De lo anterior no se infiere una crisis de autoridad en el Ejército, sino que se produce una cierta descentralización del mando. Antes al contrario, el principio de disciplina sigue plenamente vigente, pero en el sentido de una disciplina más funcional o de cooperación, de una disciplina basada en el convencimiento. Por estos motivos, la transmisión de las órdenes tiene que ser mucho más directa, y como la capacidad discrecional de quien la cumple es amplia, la iniciativa individual es hoy una de las virtudes más valoradas en el militar²³³⁸.

Esta evolución ha sido definida por Janowitz como el cambio de una disciplina basada en la *dominación* a una disciplina que supone *manipulación*²³³⁹. El paso de la dominación a la manipulación supone

²³³⁶ JANOWITZ, Morris, “Las pautas cambiantes... cit. , pág. 82

²³³⁷ El término *civilización* fue acuñado por Janowitz en *The Professional Soldier: a Social and Political Portrait*, (2ª ed.), Free Press, Nueva York, 1971, en las págs. XI y ss., este autor refería la palabra “civilization” en España se ha entendido mejor el vocablo nuevo “civilización”, así se refleja en BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 48 nota a pie 32. Con este término se quiere hacer referencia a todo el proceso de evolución tecnológica en su proyección al estamento militar. Proceso que supone la interpenetración y convergencia de la organización civil y militar. Se refiere con él la tendencia hacia modelos *ocupacionales*, con las consecuencias que de ello se derivan. Ya cit.

²³³⁸ Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. pág. 103 citando a MARSHALL, S. L. A. *Men Against Fire*, William Morrow and Co. , New York 1947, pág. 22.

²³³⁹ Así, MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...* , cit. pág. 89 define la *dominación* como “el influir en el comportamiento de un individuo dando una instrucción explícita sobre el comportamiento deseado sin referencia a los objetivos que se persiguen. La dominación supone más amenazas y sanciones negativas que incentivos positivos. Tiende a producir una sumisión mecánica. Entendemos por *manipulación* el influir en el

asumir la necesidad de una autoridad frente al subordinado que no venga sólo por su rango jerárquico. Para ello, esta “nueva disciplina” exige explicar el porqué de sus razones siempre que pueda, “basar su autoridad en su misma presencia y en su conocimiento técnico”²³⁴⁰. La corrección y coerción disciplinaria queda, pues, como *última ratio*.

Nuestras Reales Ordenanzas han recogido expresamente esta exigencia de la disciplina moderna. En el artículo 87 de las mismas, sobre el ejercicio del mando, se dispone que “el que ejerce el mando tratará de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Razonará en lo posible sus órdenes para facilitar su comprensión y aceptación. Con ello [...] evitará que el subordinado obedezca únicamente por temor al castigo.”

Pero hay que advertir, una vez más, que esta evolución no ha sido motivada por exigencias constitucionales de las democracias occidentales. Esta actualización de la disciplina militar bien vale para el Ejército de la República Popular China o las FAS de Irak en la medida en la que se hayan actualizado y adaptado al contexto tecnológico. Sin embargo, por ejemplo en España, autores como Pumarola en 1928 vinculaban estas nuevas tendencias con las exigencias de la democracia y elaboraban retóricas sentencias de una estética formidable pero que no podían ir mucho más allá²³⁴¹. La

comportamiento de un individuo mediante técnicas indirectas de persuasión grupal y a través del énfasis en los objetivos del grupo.” (La cursiva es mía).

De forma paralela, MARTÍN JIMÉNEZ remite a FROMM, Erich, (*Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*), por cuanto distingue entre una autoridad racional de una irracional, la primera en la que uno desea identificarse con la autoridad, se adhiere a los intereses de la autoridad como propios, en la irracional, existe el resentimiento contra la autoridad, no se tienen los intereses como propios.

²³⁴⁰ Ver, JANOWITZ, Morris, “Las pautas cambiantes... cit. pág. 97. En este sentido, el artículo 77 de las Reales Ordenanzas sobre el ejercicio del mando dispone que “su acción más eficaz se logra por el prestigio, la exaltación de las fuerzas morales y la manifiesta preocupación por sus subordinados; siendo el que manda o del que obedece, ha de ser ejemplo de virtudes militares.”

²³⁴¹ El autor, con razón afirmaba que “las necesidades del Ejército de ahora no admiten la disciplina despótica de antes” (pág. 32), “se necesita libertad de acción para desenvolverse dentro de ciertos límites”, “la libertad de elección de los medios es propia de todos los escalones de la jerarquía” (pág. 33). Sin embargo las conexiones con la democracia se dan muy forzosamente: “Es indudable que no podría ejercerse esta iniciativa en la elección de los medios que el modo actual de combatir requiere, si no estuviera educado el que obedece en un

convergencia de la democracia y la Constitución con las FAS ha de buscarse en fundamentos mucho más sólidos como los que aquí pretenden darse, pero no por una evolución de las artes de la guerra. Claro está, la tentación es grande cuando los expertos emplean expresiones que parecen similares a los contenidos constitucionales: “libertad para el soldado”, “descentralización”, o “disciplina basada en el convencimiento”.

Por el contrario, no se trata de ninguna libertad para el soldado en sentido jurídico-político -reconocimiento de sus derechos y libertades- sino de una mayor discrecionalidad para acometer actividades técnicas. La descentralización de la que se habla lejos está de una descentralización territorial, incluso de una desconcentración administrativa. Ciertamente es que la aplicación de correctivos sancionatorios o penales es la *última ratio* en un sistema constitucional, pero si ello se predica no es tanto por esta exigencia jurídica, sino porque se advierte que el elemento humano militar rinde más y mejor bajo el convencimiento de las órdenes que debe cumplir y no por la presión de la continua coacción disciplinaria.

Esta última apreciación conduce a poner de manifiesto que también la democracia influye -de modo indirecto- en esta redefinición de la disciplina y obediencia militar. Dejando ahora de un lado consideraciones jurídicas, sino en el plano sociológico, qué duda cabe que el elemento humano sobre el que debe ejercerse el mando en una democracia nada tiene que ver con aquellos soldados que obedecían por naturaleza a una cúpula nobiliaria de mandos, que no

ambiente de libertad democrática. Ni tampoco podría ejercer la adecuada y oportuna autoridad un jefe, que educado en ideas atrasadas, pretendiera estar en todas partes, preverlo todo y ejecutarlo todo en sus más mínimos detalles, haciendo uso de una autoridad despótica, traducida en órdenes imperativas que habrían de dar lugar necesariamente a una adaptación imperfecta de las tropas a las circunstancias de lugar y de tiempo, falta de adaptación que acarrearía como consecuencia probable un derroche de vidas humanas y quizás la huida o la derrota de las diezmadas tropas.” (págs. 33-34) “Como puede verse, por lo que acabamos de decir, para que el Ejército desarrolle su misión con las mayores probabilidades de éxito, es de absoluta necesidad que el ciudadano que forme en sus filas esté educado en la democracia, que hace reinar la armonía de esfuerzos, y en la posible libertad” y por ello, “precisamente la forma democrática de gobierno, es la más favorable para el desarrollo de la fuerza militar, que la guerra exige.” (pág. 34). Todas las referencias en PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit.

sólo eran sus superiores militares, sino sus superiores sociales. El sentimiento igualitario propio de las sociedades democráticas no deteriora la disciplina, sino que exige que ésta no se fundamente en la mera imposición; la autoridad debe legitimarse en la finalidad última del Ejército conectada con la democracia misma o, cuanto menos, en la razón y el convencimiento, no en la coacción²³⁴². En sociedades occidentales quienes deben obediencia no consideran superior al mando como persona, sino que la legitimación del mando, a la par de conferida por la ley, proviene de su capacitación técnica. Mandar a *personas* eficazmente exige partir de esta premisa, que son personas. Y cuanto menos en el contexto de las sociedades occidentales está demostrado por los científicos de las políticas de personal y la Ciencia administrativa que se responde mucho mejor a condicionamientos positivos que negativos –como pueda ser la coacción-²³⁴³. En ello sí que nos diferenciamos de las técnicas de rendimiento que pueden servir para los mencionados Ejércitos de la República Popular China o de Irak, y en este sentido, esta redefinición de la disciplina hacia el convencimiento y la manipulación es producto indirecto de la democracia.

Cabe, por último, operar una nueva matización por cuanto a la quiebra de la obediencia ciega. Que la disciplina también comprenda la subordinación militar a las autoridades civiles con legitimación democrática se deriva de una adecuación de la Institución castrense al marco político constitucional. En este sentido más que de la eficacia de las FAS en el ejercicio de sus acciones militares se trata de la garantía de la democraticidad del sistema. Ahora bien, que la disciplina militar

²³⁴² Aun con brevedad, esta idea también la recoge MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...* cit. pág. 185.

²³⁴³ Así, ver, REEVE, Johnmarshall, *Motivación y emoción*, (traducido por Ana María Lastra Raven), Mc Graw Hill, 1996, en concreto, págs. 99-129, “Motivación intrínseca y extrínseca”, quien en su conclusión –pág. 129- afirma que “Aun cuando es efectivo, el castigo produce una serie de efectos no intencionados además de una serie de efectos secundarios desagradables. Debido a los problemas asociados al uso del castigo se recomiendan varias alternativas”. Ver también, KAST, Freemont E. y ROSENZWEIG, James E. *Administración en las organizaciones. Enfoque de sistemas y de contingencias* (4ª ed. 2ª en español, traducido por Marco A. Malfavón), Mc Graw Hill, 1988, págs. 290 y ss y 536 y ss.

incluya la obediencia a los poderes democráticos también es una derivación imprescindible para la eficacia de la defensa. Y ello es así porque se trata de la defensa militar del Estado constitucional y no de cualquier otro sistema político. La persistencia de la obediencia ciega podría poner en peligro al Estado constitucional si se obedecieran órdenes contrarias a este sistema político, de ahí que la misma quiebra de la disciplina resulte legitimada en aras a la eficaz defensa del sistema democrático, finalidad esencial de las FAS.

Toda esta serie de matices son imprescindibles en tanto en cuanto no suelen ser advertidos sino más bien confundidos. A resultas de ello se da una indefinición en las argumentaciones jurídicas que mezclan diversos bienes jurídicos a proteger: disciplina, jerarquía, eficacia, neutralidad política, subordinación militar se funden y confunden de modo que los efectos de todos estos bienes dignos de protección pasan a constituir uno sólo que se traduce en una *cantinel*a normativa y jurisprudencial que lo puede todo: “la especial configuración que las FAS precisan para llevar a cabo los altos fines que la Constitución le encomienda.” Frente a los derechos fundamentales y algunos principios constitucionales, la balanza queda siempre del lado de estos argumentos fundidos en uno solo. Lo mismo cabe señalar de quienes intenten inclinar la balanza en sentido contrario y para ello recurran a esta redefinición de la disciplina militar intentando ver en ella una corriente democrática en la organización armada. Resulta preciso acometer con rigor todo tipo de ponderación y discernir la procedencia de los bienes jurídicos en juego. De este modo las soluciones para cada caso concreto podrán equilibrarse maximizando toda esta serie de bienes que precisan protección: la disciplina militar con el determinado alcance que deba tener para la eficaz defensa del Estado constitucional y los elementos básicos del sistema democrático.

c) *La responsabilidad de la evolución de la disciplina y las reticencias a su desarrollo*

La jerarquía y la disciplina se particularizan mucho en el ámbito militar y por esta misma especialidad, como explica Martín Jiménez se configuran “como un depósito más que como un conjunto de reglas, inscritas en el alma colectiva, Así en las Ordenanzas de Carlos III no se encuentra una definición de disciplina en los artículos expresos dedicados”²³⁴⁴. Sin embargo, como se ha visto, la disciplina se configura como un conjunto de pautas que evolucionan y se adaptan tanto a las exigencias militares, como necesariamente a las del contexto jurídico, social y político de cada momento histórico. Si bien este conjunto de reglas puede estar positivado, la existencia real y efectiva de la disciplina militar se hace depender en gran medida de la comprensión que de ella misma exista en la organización militar. Es por ello que, en alguna medida se pueda aceptar que la disciplina -como los demás valores militares- están inscritos en el *alma colectiva* que se constituye por los componentes de la Administración militar, figurando en éstos como un depósito. En este sentido, el artículo 207 de las Reales Ordenanzas afirma que “los militares de carrera [...] garantizan la continuidad de los valores de la Institución”. Una vez más las Reales Ordenanzas precisan una interpretación conforme de la Constitución para no suscitar indeseables consecuencias. Obviamente, esta continuidad no supone inmovilismo, pues de ser así, nos encontraríamos aún con la disciplina que permitía los castigos corporales o que marchaba con independencia a la supremacía civil y, sobre todo, se mantendría una disciplina no funcional, contraria a la máxima eficacia de la defensa militar del Estado constitucional.

Así, esta garantía de la disciplina y los valores castrenses exigida a los militares supone la garantía de que los valores de la Institución militar se adapten continuamente a las exigencias del contexto histórico, a la realidad de cada Ejército, de la técnica, de la sociología, del contexto jurídico y político. Eludir la necesidad de una disciplina

²³⁴⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...*, cit. pág. 178.

en constante adaptación al medio donde debe hacerse eficaz, es evitar la misma función encomendada a los Ejércitos. Negar la adaptación a las exigencias jurídicas y políticas del Estado supone reconocer su existencia al margen del mismo y de la sociedad a la que las FAS sirven.

Son los propios componentes de la Administración militar en los que reside mayormente la interpretación de las reglas disciplinarias y la comprensión de las mismas. Como es lógico, el medio natural donde se desenvuelve la disciplina militar es en el seno de este sector de la Administración, son los propios militares los que a diario están sometidos a la disciplina, los que ejercen el mando, los que, desde una perspectiva negativa, corrigen las conductas que van contra la misma o perciben las consecuencias de tales correcciones²³⁴⁵.

No obstante, no es la propia Institución militar la que monopoliza lo referente a la disciplina militar. Por contra, son los órganos constitucionales con poder normativo los que, en virtud de sus competencias, positivizan la disciplina militar en sus múltiples proyecciones. Son los tribunales los que tienen el poder de revisar e interpretar esta regulación normativa de la disciplina militar de conformidad a las leyes y a la Constitución, así como revisar, en su caso, la aplicación de tal normativa por la organización militar.

Es cierto que el marco natural de continua actualización de la disciplina militar son las propias FAS. Sin embargo, existen principalmente dos motivos por los cuales la actuación de los poderes públicos resulta clave para la efectiva adaptación de la disciplina a

²³⁴⁵ Para que una Autoridad o Mando pueda imponer una sanción disciplinaria habrán de concurrir los siguientes requisitos: 1. Que tenga potestad disciplinaria; 2. que el infractor le esté directamente subordinado y 3. Que la sanción se halle prevista dentro de sus facultades (artículos 26 y ss. del Régimen disciplinario militar). Cuando se trate de correcciones que no constituyen sanción disciplinaria (artículo 26), *todo militar tiene el deber de corregir* las infracciones que observe *en los inferiores*, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el Ejército, Arma o Cuerpo a que pertenezcan. Si se trata de una falta que por su naturaleza y circunstancias exige una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación podrá ordenar la reclusión del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de 48 horas en espera de la posterior decisión de la Autoridad o Mando con potestad disciplinaria a quien dará cuenta de la disposición adoptada de modo inmediato. (artículo 26).

todas las exigencias. De un lado, la estaticidad natural los Ejércitos tradicionales (institucionales)²³⁴⁶, factor que, en muchas ocasiones, puede suponer un freno a las mencionadas adaptaciones. En segundo lugar, la nada desdeñable posibilidad de que la Administración militar no realice tal actualización o la realice sin tener en cuenta todos los intereses en juego, como lo es la virtualidad de todos los valores, principios y derechos constitucionales.

Y es que, al igual que cualquier ente corporativo, la militar puede tener en cuenta primordialmente los intereses que más directamente pueden afectar a la propia organización y a los fines de la misma, descuidando por tanto los fines e intereses más amplios de toda la sociedad. En el caso de la Administración militar esta posibilidad se agrava en tanto en cuanto se trata de un ente especialmente corporativo. Son los poderes públicos los que pueden con mayor facilidad percibir estos fines e intereses más amplios, pues son los que para ello se encuentran singularmente legitimados. De este modo, tanto el legislador, como el Gobierno y el Poder Judicial en el ámbito de sus funciones son los verdaderos garantes de la continuidad de la disciplina y los valores militares que se entiendan necesarios y, a la vez, acordes con la sociedad y el sistema político de cada momento. Y esta responsabilidad es más importante de lo que en un principio pudiera parecer, puesto que no son pocas las resistencias que se han dado en la Institución militar para adaptarse a las nuevas exigencias de la disciplina moderna.

²³⁴⁶ Hay quien -con cierto exceso- mantiene que "al Ejército le cuesta cambiar. No cabe duda que, el Ejército es una colectividad cuyos parámetros de conducta resultan inalterables con el paso del tiempo", ver, GIMÉNEZ RIUTORD, Domingo, *España: Ejército y Cambio*, ob. cit. pág. 11.

Resulta un carácter fundamental de los Ejércitos institucionales su impermeabilidad a la influencia exterior. Como afirman Bañón y Olmeda respecto del Ejército, "Se trata de una organización aislada, reproductora de los valores y conocimientos heredados de una organización tradicional o primitiva en una palabra." "El concepto de institución [...] implica la idea de una cierta resistencia al cambio, a la influencia exógena". Cfr. BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "El estudio de las Fuerzas Armadas", en AA.VV, *La institución militar...* cit., citas de la pág. 21 y pág. 60, respectivamente.

Y es que la entrada efectiva de esta “disciplina moderna” no parece concluida, pese que se conciba como un principio organizativo más funcional y operativa –amén de ser más próxima a los postulados constitucionales-. Tanto en España como en otros Ejércitos, el carácter conservador de los mismos ha ofrecido resistencias a cualquier tipo de cambio, cuanto menos en los sectores más institucionales. Pese a que la modernización tecnológica castrense ha llegado a rutinizarse, es decir, ya no se discuten los avances técnicos, sí que existen barreras para incorporar las propias exigencias que estos mismos avances conllevan.”Su interés por el cambio tecnológico no va acompañado necesariamente de un interés por el cambio organizativo”²³⁴⁷.

De un lado, se malinterpretan estas nuevas pautas organizativas, se confunden como una agresión a la propia esencia de las FAS, de otro lado, no siempre se percibe que estas nuevas técnicas *manipuladoras* son la base de la verdadera operatividad, cuesta cambiar. En ocasiones, la incorporación de estos postulados en virtud de las tensiones que acarrear es contraproducente. En España, este mismo carácter conservador militar que, como se atendió, resulta específicamente agudizado, ha frenado la total incorporación de estos *nuevos aires* disciplinarios.

B) LA EFICACIA, JERARQUÍA Y DISCIPLINA MILITAR Y SU FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

a) *El elemento estructural definitorio de la organización militar: la eficacia de las Fuerzas Armadas. La fundamentación constitucional de la especialidad de los principios de organización militar*

La eficacia es un principio básico en la configuración de todo órgano del Estado y, especialmente de la Administración²³⁴⁸. Así lo

²³⁴⁷ Véase, JANOWITZ, Morris, “Las pautas cambiantes... cit. pág. 90 y ss. Cita de la pág. 91.

²³⁴⁸ Sobre el principio de la eficacia de la Administración, se atienden los estudios de ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, cit. págs. 157-171; PAREJO ALFONSO, Luciano, “Eficacia, principio de la actuación de

preceptúa la Constitución en referencia a la Administración pública - civil y militar- en su artículo 103. 1º. Eficacia puede significar idoneidad para conseguir el resultado pretendido, o éxito en la actuación o poder adecuado para conseguir el fin. Se ha conceptualizado la eficacia como el consecución del resultado que corresponde a los objetivos o normas preestablecidas por la organización o el sistema²³⁴⁹. Esta acepción es la que interesa al Derecho desde el punto de vista dinámico, puesto que la adecuación entre el fin y los medios significa la atribución de un poder jurídico adecuado. La legitimación de la estructura administrativa globalmente considerada viene dada por su eficacia, vinculada por definición a los fines que debe acometer.

Parejo considera la referencia a la eficacia en el artículo 103 CE como “principio jurídico que, sin perjuicio de su indeterminación, postula una específica actitud de la Administración para obrar en cumplimiento de sus fines y una exigencia asimismo específica, de la realización efectiva de éstos, es decir, de producción de resultados efectivos.”²³⁵⁰ Y como recuerda Álvarez Rico, el principio constitucional de eficacia como principio de organización representa el núcleo central de todos los enumerados en el artículo 103, la eficacia es la síntesis de los demás principios de la Administración, como dice

la Administración”, en su libro, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP-BOE, Madrid, 1995, págs. 89-154 y, desde una perspectiva más general, BLANQUER CRIADO, David, *Introducción al Derecho administrativo*, cit. págs. 277-319 (“La legitimidad práctica o la eficacia del Derecho administrativo”).

²³⁴⁹ Así lo recuerda ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, cit. págs. 159-160.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, (21ª ed.), Espasa-Calpe, 1992, eficacia es la “virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”, y como señala Parejo, “de suerte que logra hacer efectivo un intento o propósito” PAREJO ALFONSO, Luciano, “Eficacia, principio de la actuación de la Administración”, pág. 91. Intenta perfilar este autor los conceptos de eficiencia y eficacia, y es al primero al que le atribuye el significado que aquí se pretende subrayar: “idoneidad de la actividad dirigida a tal fin”, siendo eficacia la “producción real y efectiva de un efecto”. Sin perjuicio de ello, el autor reconoce que “en todo caso, entre ambas nociones existe una muy estrecha relación”.

²³⁵⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano, “Eficacia, principio de la actuación de la Administración”, pág. 105, con relación al concepto como principio constitucional, ver, en especial, págs. 99-102, y su desarrollo más concreto, págs. 103 y ss.

este autor “resume, ordena y sirve de crisol a los demás”²³⁵¹. De ahí que estos principios de descentralización, desconcentración y coordinación alcanzarán su virtualidad precisamente en función del principio de eficacia, pues es lo que les dota su razón de ser. Es por ello que sin perjuicio de la posible desconcentración en la Administración militar y la siempre necesaria coordinación, cuando se trata de la eficacia de las FAS de forma ineludible hay que acudir a la idea de jerarquía y con ella la disciplina, elementos nucleares de la organización militar.

Según se vio, el Derecho militar viene básicamente inspirado en el principio de necesidad, la necesidad de defender eficazmente el Estado constitucional. El artículo 3 de la LODNOM dispone que “La defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una *efectiva* seguridad nacional.” En tanto en cuanto es la Institución militar el principal instrumento de la defensa militar –componente fundamental de la defensa nacional-, la eficacia se erige en objeto básico que inspira y modula a las FAS y su Derecho regulador²³⁵². Pues bien, los medios de alcanzar la máxima eficacia en las diversas parcelas de la Administración son bien diferentes puesto que así lo son los fines y los instrumentos con los cuales llevarlos a cabo. En el caso de las FAS, se trata de unos específicos fines reconocidos esencialmente en el artículo octavo de la Constitución que para ser realizados requieren el empleo de unos singulares medios como lo es el material bélico.

A diferencia de las FAS, la Administración civil, e incluso la policial, no requieren para ser eficaces lo que sí puede ser imprescindible para los Ejércitos. En especial, el empleo de las armas conduce al seguimiento de unos principios organizativos en el Ejército que no son ni necesarios ni posiblemente idóneos en otros sectores de

²³⁵¹ ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, cit. pág. 169, ver págs. 169-171.

²³⁵² Baste remitir a lo afirmado en el epígrafe “La necesidad de eficacia en la defensa militar del Estado y sus derivaciones”.

la Administración para ser eficaces a los fines para los que existen. No obstante, como se vio, el empleo de las armas para satisfacer la seguridad pública (art. 104 CE) también puede aconsejar el seguimiento de un principio organizativo propio de las FAS, como la disciplina militar en los cuerpos policiales. Así se comprende la posibilidad que ofrecen los artículos 28 y 29 CE.

En los Ejércitos hay una agravada necesidad de coordinar una multiplicidad de medios personales y materiales para que actúen en armonía y unidad²³⁵³. Asimismo es preciso lograr que éstos sean dirigidos del modo más eficaz y, por lo tanto, por quien esté más cualificado para ello. Igualmente, en los Ejércitos es preciso conseguir que sean cumplidas órdenes que pueden llevar, en ocasiones, al peor de los perjuicios para quien las recibe -la muerte-. Como Gardon señala es preciso garantizar la ejecución de la voluntad del jefe por medio de la jerarquía y la disciplina militar; con estos principios de organización se faculta la imprescindible cohesión y mantenimiento del buen orden en el Ejército, como también afirma Bolsy. Además, como recuerda Landi, no sólo se trata de la posibilidad de dar órdenes, sino en especial, de poder velar por el exacto cumplimiento de lo mandado²³⁵⁴. Para Rojas Caro con la disciplina militar se pretende “mantener a punto la máquina militar para hacerla eficaz y operativa”²³⁵⁵. Todo ello fundamenta -en principio- la especialidad de la jerarquía y disciplina militar así como otras particularidades castrenses.

Ahora bien, la fundamentación jurídica última reside, como se ha dicho en el principio general de eficacia de la defensa militar del Estado, como el Tribunal Constitucional ha señalado, entre otras, en el auto 375/1983, de 30 de julio, en su FJ 2º:

²³⁵³ Ver, ANDRESKI, *Military Organization And Society*, Routledge & Kegan Paul LTD, London, 1968, pág. 67.

²³⁵⁴ Todas estas referencias se incluyen en LÓPEZ HENAREZ, Vicente, “Problemas jurídico políticos del poder militar... cit. págs. 47-48.

²³⁵⁵ Así en ROJAS CARO, “El maltrato de obra a un interior en el Código de Justicia Militar”, *Revista General de Derecho*, núms. 493-494, pág. 3224.

“No puede caber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8. 1 de la CE , representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su ordenamiento constitucional. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual -como claramente se deriva de lo dispuesto en los arts. 1, 10 y 11 especialmente, así como en el 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203 de las RR. OO-.”²³⁵⁶

Aún es más, la eficacia de las FAS, que se busca por medios distintos, cuenta a su vez con una distinta valía constitucional que la eficacia del resto de la Administración. Para el sistema constitucional no es igual de importante que la defensa militar sea eficaz a que lo sea el servicio de correos o un policía poniendo multas. Uno y otros deben ser eficaces para sus fines respectivos, pero si para la celeridad de la tramitación de las cartas hubiera que limitar severamente los derechos de los funcionarios de correos, los del policía o los del ciudadano mismo, más vale que las cartas tarden unos días más en llegar y que queden sin sancionar conductas que bien podrían merecerlo. En cambio, si para contar con una defensa militar eficaz es preciso limitar -aun severamente- los derechos fundamentales de los servidores de

²³⁵⁶ Desde la sentencia del Tribunal Constitucional, la 23/1981, de 15 de junio, el alto Tribunal ha venido reconociendo “El valor primordial que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen en la Institución militar”, bastando, en ocasiones únicamente la remisión al artículo 8. 1º para justificar su calidad de bien reconocido constitucionalmente. Expresiones de la misma naturaleza -para fundamentar las limitaciones de derechos fundamentales- se aprecian en diversas resoluciones, como los autos 121/1984 y 446/1984, o las sentencias 44/1983, 97/1985, 107/1986, entre otras muchas.

armas –e incluso los de los ciudadanos- el interés que hay en juego bien puede justificar estas severas limitaciones. Baste por el momento adelantar que la centralidad que tiene para el sistema constitucional que la defensa militar sea eficaz no es la misma que la importancia que adquiere la eficacia de otras administraciones públicas.

b) Un primer acercamiento a la disciplina y las diversas facetas de este concepto

Resulta preciso establecer unas precisiones respecto del concepto de disciplina. De una parte, sus facetas institucional y suprainstitucional, de otra parte, en el marco de la disciplina institucional, hay que reparar en sus vertientes objetiva –principio de organización jerárquica y disciplinaria- y subjetiva –norma de conducta interna del individuo-.

b. 1. Facetas suprainstitucional e intrainstitucional

En un primer momento parece sencillo distinguir dos facetas en las que se manifiesta la disciplina, una que puede calificarse *suprainstitucional*, y otra interna o *intrainstitucional* o simplemente *institucional*.

Con la primera se hace referencia a la sumisión del colectivo militar y de todos y cada uno de sus componentes a los poderes del Estado, esto es, la subordinación militar que ha sido objeto ya de estudio. Esta subordinación se concibe también como expresión de la disciplina, algo que, como se ha señalado, supuso una aportación del Estado liberal para superar la lealtad al monarca que era jefe de los Ejércitos. Al margen de la sumisión –como todo ciudadano- a la Constitución y a las normas generales (artículo 168 de las Reales Ordenanzas²³⁵⁷) esta sujeción a la ley de leyes y las autoridades democráticas se amplía e intensifica respecto de los servidores de

²³⁵⁷ Artículo 168: “El militar está obligado a respetar la Constitución y a cumplir ejemplarmente los deberes generales de todo ciudadano.”

armas. En este sentido, las Reales Ordenanzas imponen “conocer y cumplir exactamente las obligaciones que se derivan de la Constitución” (artículo 26 Reales Ordenanzas²³⁵⁸). Sin perjuicio de la deficiente expresión técnica de este precepto²³⁵⁹, por tales obligaciones constitucionales cabe entender un especial deber de respeto a lo que allí se contiene y, concretamente la sujeción a las instituciones civiles que son las que ostentan la dirección de las FAS. En consecuencia, el acatamiento de la supremacía civil, así como de las normas que son expresión del poder civil pasan indefectiblemente a formar parte de la virtud y profesionalidad que se exigen al militar²³⁶⁰. Esta vertiente no encuentra su única justificación en la eficacia, sino en los argumentos más amplios de la democraticidad del Estado mismo, cuestión que ya se ha tenido ocasión de exponer. La subordinación pasa, pues, a formar parte del ámbito de la disciplina militar, en el sentido *suprainstitucional*: la disciplina “tiene su expresión colectiva en el

²³⁵⁸ Artículo 26: “Todo militar deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución. De igual forma deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en las Ordenanzas, tanto las particulares del empleo o de la función que ejerza como las de carácter general comunes a todas las Fuerzas Armadas.”

²³⁵⁹ El conocimiento exacto exigido de las obligaciones contenidas en la Constitución resulta ciertamente paradójico desde el punto de vista jurídico:

En primer lugar, tal exactitud sobre una norma de la naturaleza de la Constitución sólo parece exigible a las más altas instancias y autoridades a las que profesionalmente afecta la materia constitucional; en todo caso, como sabemos, la ley de leyes no es un objeto de conocimiento exacto e invariable. Por ello, lo que debe ser exigido es un conocimiento *adecuado* de los contenidos constitucionales que directamente les resulten propios de la función que realizan (así, en los planes de instrucción y enseñanza militar la Constitución debe ser exigida como objeto de conocimiento, siempre teniendo en cuenta el grado de formación accesible por el individuo, en relación con la posición y función que éste ocupe en la Administración militar). Lo que resulta central subrayar es que para concretar la sujeción constitucional exigida, la Constitución debe ser percibida en relación con la interpretación constitucional que realicen los órganos constitucionales legitimados para ello, y especialmente, por el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, tanto en este precepto como en el artículo 168, se alude específicamente a las *obligaciones* contenidas en la Constitución así como a los *deberes* generales de todo ciudadano. Obviamente, no se reduce esta sujeción a los expresos deberes enunciados en los artículos 30 y ss. de la ley de leyes, sino que se trata de interpretar tales menciones como la garantía de la supremacía civil en concreto y, en general, se trata de advertir el necesario respeto a la Constitución que viene exigido por el artículo 9. 1º CE. Así, GARCÍA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma...* cit. pág. 64, identifica directamente el artículo 34 de las Reales Ordenanzas con el artículo 9. 1º CE.

²³⁶⁰ Así, HUNTINGTON, Samuel P. “La mentalidad militar... cit. pág. 201.

acatamiento a la Constitución a la que la Institución Militar está subordinada” (art. 11 Reales Ordenanzas); por ello, como se atendió en su momento²³⁶¹ “cuando las órdenes entrañen la ejecución de los actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas” (art. 34 Reales Ordenanzas).

b. 2. La disciplina institucional y sus vertientes objetiva y subjetiva

En el marco de atención presente interesa detenerse en la otra faceta de la disciplina: la disciplina institucional, la relativa a la propia organización militar tanto como principio de organización (vertiente objetiva) cuanto pauta de conducta interna del individuo (vertiente subjetiva). Nada mejor que reproducir el texto de una sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989 para acercarse inicialmente al concepto de disciplina militar:

“... pese a la multivocidad del término, en sentido lato o extenso la palabra disciplina hace referencia a la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto, consistiendo, por tanto, y en lo que a las Fuerzas Armadas respecta, en el conjunto de reglas y preceptos a que el militar debe acomodar su conducta; por lo que dentro de este amplio concepto *cabe distinguir dos sentidos o matices, uno objetivo y otro subjetivo; el primero consiste en la ordenada y escueta observancia de hecho, dentro de las Fuerzas Armadas, de todas aquellas normas, sistemas de obrar y reglamentación de servicios que presiden y aseguran el adecuado funcionamiento de dichas Fuerzas Armadas en orden a la más eficaz consecución de sus fines. Ahora bien, esa absoluta y arraigada forma de obrar no se produce en un día, es efecto de las costumbres y de la educación moral de los Ejércitos, resultado de una*

²³⁶¹ Véase el epígrafe “El militar sí que debe deliberar: la obediencia reflexiva sólo tiene sentido a favor del régimen constitucional”.

acción lenta e incesante, educacional. De aquí nace el segundo aspecto de la disciplina, el subjetivo. *En este segundo sentido, disciplina es una fuerza moral (mos, moris = costumbre). En resumen que siendo en todo caso la disciplina acatamiento y observancia fiel del orden establecido y de los preceptos que lo reglamentan, no es sólo eso, ni tan siquiera subordinación a la autoridad legítima, ni el puntual cumplimiento de las obligaciones: es el ánimo, costumbre o, mejor dicho aún, fuerza moral que por educación se adquiere y por arraigado convencimiento se robustece y que comprende una obediencia pronta, una adhesión a la Autoridad y mando legítimos, ahínco que lleva al escrupuloso cumplimiento de los deberes y al espíritu de aceptación y satisfecha conformidad con que se ejecutan los actos y servicios anejos al servicio de la carrera de las armas. Si en todo Organismo social es deseable y precisa la disciplina, en las instituciones armadas constituye el cimiento esencial, hasta el punto de que se ha dicho que un cuerpo armado sin disciplina no es un Ejército, es una horda”.*

Se distingue, pues, dos vertientes del concepto, objetiva y subjetiva. De este primer acercamiento al significado de la disciplina militar se constata sin duda la especialidad de la disciplina militar que implica esta vertiente subjetiva en la que se repara más tarde. Y tal y como ahora se explica, la especialidad de la disciplina no se da sólo por la existencia de esta vertiente subjetiva, sino en el principio organizativo mismo.

c) La vertiente objetiva de la disciplina: la especialidad de la jerarquía y disciplina militar desde esta perspectiva

Tanto en la Administración civil como en los sectores privados se importaron las técnicas organizativas que nacieron para los Ejércitos, si bien se fueron adaptando a las finalidades propias tan distintas de la función militar. El principio de jerarquía nació en el seno de la organización militar y se trasladó a la Administración civil.

A buen seguro cuando nuestros constituyentes proclamaron los principios del artículo 103 CE para la Administración del Estado no tenían en mente a las FAS. Sin embargo, tal y como aquí se ha sostenido, nuestra ley de leyes ha constitucionalizado a las FAS en el seno de la Administración, por lo que los principios proclamados para aquélla sobre la base de la eficacia también lo son para las FAS²³⁶². Y claro está, en absoluto puede producirse problema alguno en tanto en cuanto el origen histórico de buena parte de estos principios surgió de los Ejércitos mismos. Que la desconcentración no alcance relevancia en la Administración militar no es problema ninguno²³⁶³, que la descentralización sea casi un imposible para alcanzar la eficaz defensa militar, tampoco²³⁶⁴.

La eficacia de las FAS descansa básicamente, como reza el artículo 10 de las Reales Ordenanzas en la jerarquía, la disciplina y la unidad²³⁶⁵, principios inextricablemente unidos. La interrelación de estos principios organizativos es evidente desde cualquiera de los tres puntos de vista que se enfoque²³⁶⁶: por medio de la disciplina se alcanza una institución jerárquica que, al establecer sus relaciones de este modo, funciona unitariamente. La jerarquía es, pues, la expresión de la disciplina; la unidad, desde el punto de vista organizativo, es el

²³⁶² Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El perfil diferencial...", cit. pág. 104. En la parte dedicada a la configuración constitucional española se atiende como la Constitución establece un marco por el cual los principios de la Administración Pública establecidos en los artículos 103 y ss. pueden perfectamente adquirir una distinta especificación en el ámbito de la Administración civil y en la militar.

²³⁶³ Si bien, este principio por ejemplo ha adquirido virtualidad con la creación de las Delegaciones de Defensa por medio del Real Decreto 2206/93, de 17 de diciembre, con el fin de homogeneizar todas las actividades administrativas y la estructuras periféricas del Ministerio.

²³⁶⁴ Al respecto, hay que remitirse a lo afirmado en el apartado "La posibilidad de descentralización territorial de la competencia exclusiva del Estado sobre defensa y Fuerzas Armadas".

²³⁶⁵ Artículo 10: "Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción."

²³⁶⁶ En este sentido, LIDER, Julián, *Military Theory (Concept, Structure problems)*, Gowser Publishing Company Limited, Aldershot, England, 1983, pág. 47, citado en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El perfil diferencial...", pág. 105.

resultado de la efectividad de la organización jerárquica disciplinada. Y es en la Administración militar donde estos principios organizativos se llevan hasta las últimas consecuencias, ahí se extrema la obediencia debida, se acentúa el sistema jerárquico de relaciones dentro de la institución y se persigue la máxima unidad de la misma.

En general se señala que la jerarquía como principio de organización supone la existencia de una estructura orgánica piramidal en la que se van ordenando los distintos empleos y órganos; dentro de este esquema organizativo el concepto de jerarquía se funcionaliza pasando a significar la correlación entre los términos de autoridad y obediencia. Así el valor de las órdenes que emanan de cada autoridad es distinto en función del lugar que ocupe en la escala jerárquica. Como consecuencia, la jerarquía representa el nacimiento de un haz de derechos en el superior jerárquico, entre los cuales figura la posibilidad de control y el poder general de organización. Con este sistema, aparte de otros efectos jurídico políticos²³⁶⁷, se permite mantener una unidad de acción y coherencia con vista a la consecución de determinados fines, en nuestro caso, las finalidades en las que se concreta la defensa militar.

Como señalan Bañón y Olmeda, “hay pocas organizaciones complejas con una capacidad de control sobre la acción individual de sus miembros comparable, en ámbito y en profundidad, a la ejercida por la organización militar”²³⁶⁸. Y ello se consigue, básicamente a través de la disciplina. Jurídicamente, como Martín Jiménez brevemente afirma “la disciplina tiene por objeto la regulación racional de las relaciones entre mandos y subordinados en orden al

²³⁶⁷ Como recuerda ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, cit. pág. 112, la jerarquía no es, como pudiera parecer a simple vista, un principio aséptico meramente organizativos, sino que está “cargado de connotaciones políticas, ideológicas y sociológicas. De entre éstas baste recordar que el principio de jerarquía es el que permite al Parlamento residenciar la responsabilidad del Ejecutivo. Los ministros –o consejeros autonómicos, etc. - responden de la acción desarrollada en sus departamentos precisamente porque todos los agentes que trabajan en ellos están estrictamente jerarquizados.”

²³⁶⁸ BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. , pág. 13.

cumplimiento solidario de un mismo fin”²³⁶⁹. Así, esta regulación racional por medio de la disciplina se traduce en “la sumisión a las reglas y a la voluntad del jefe legal.”²³⁷⁰ Se ha afirmado que la disciplina en sentido jurídico amplio es el “conjunto de deberes especiales que impone al militar su permanencia en el Ejército”, y en sentido técnico jurídico estricto, como el “conjunto de deberes que dimanen del vínculo de subordinación jerárquica que les une”²³⁷¹. La vertiente objetiva de la disciplina implica el sometimiento a unas normas o reglas establecidas y a los dictados de un superior, algo que, en principio, no es particular del estamento militar sino que podría predicarse como general efecto de la jerarquía administrativa.

Con Bachelet hay que advertir, no obstante, cómo se particulariza el principio de jerarquía cuando se trata del ámbito castrense, en razón de la disciplina militar y la obediencia al superior en empleo²³⁷². Y es que, además de la intensidad de la sujeción y obediencia que más tarde se aborda, la nota específica de la jerarquía militar respecto de la jerarquía en otros ámbitos es que la subordinación no lo es tanto por el cargo que se ocupe (Jefe de Gran Unidad, de Centro, de Agrupamiento Táctico, Batallón, de Compañía, de Sección, Pelotón, etc.) sino que la fuerte subordinación deriva de la personalización que se da en razón del rango que se ostenta. Esta personalización se deriva del amplio abanico de acciones que pueden derivarse de las órdenes militares, ante tal variedad surge la necesidad de atender al origen de la orden y no sólo a la ejecución de la misma²³⁷³.

²³⁶⁹ Así, en MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...*, cit. pág. 180.

²³⁷⁰ Definición de la disciplina por MARMONT, citada por GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina...” en la pág. 111.

²³⁷¹ Estas definiciones son recogidas de RODRÍQUEZ DEVESA, J. M. “La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho Militar Español”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 7, enero-junio 1959, págs. 73 a 106.

²³⁷² BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e ordinamento giurídico statale*, cit. , en concreto, págs. 230-237, en España, también sigue a este autor, FERNANDO PABLO, Marcos M. , “Ejército, policía y libertad sindical”, págs. 415-416.

²³⁷³ MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...*, cit. pág. 182 distingue la disciplina militar de la civil. Subraya que si para Weber, la disciplina consiste sustancialmente en la ejecución de una orden recibida, de forma racional, metódica, precisa y susceptible de

De este modo, la supremacía jerárquica se da por el rango de la persona en combinación con los puestos que ocupa²³⁷⁴. El militar debe obedecer al superior, pues el superior es el responsable de las órdenes²³⁷⁵, la jerarquía castrense más que de órganos y puestos es una jerarquía de personas. Sin perjuicio de ello, sobre todo en actividades directamente imbricadas en la seguridad (centinela o policía militar) la exigencia de obediencia al superior se altera²³⁷⁶. Ahora bien, sin perjuicio de la obediencia al superior, ésta debe combinarse con la competencia y la licitud de la orden²³⁷⁷. Quien manda fuera de su competencia²³⁷⁸ o en contra del ordenamiento concurre en una

uniformidad, “en la milicia no basta. Las acciones originadas por las órdenes son tan variadas, es tan amplia su gama, que abarca desde la ejecución de un servicio rutinario hasta el sacrificio de la vida. Por eso la disciplina militar no puede polarizarse sobre la ejecución, sino que ha de atender con la misma intensidad al origen de la orden.”

²³⁷⁴ Así se expresa, por ejemplo, para el caso del Ejército de Tierra, sus Reales Ordenanzas particulares (aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre), artículo 11: “El Ejército constituye una institución jerarquizada. Los militares que ocupan los diversos niveles de la jerarquía están investidos de autoridad en razón de su empleo, destino o servicio. La ejercen principalmente mediante el mando, asumiendo plenamente la consiguiente responsabilidad.”

²³⁷⁵ En este sentido, el artículo 50 de la Reales Ordenanzas dispone para los soldados que: “Desde su incorporación a filas obedecerá y respetará a todo oficial y suboficial de cualquiera de los Ejércitos; a los cabos de su propia unidad, buque o dependencia, y a todo aquel que le estuviera mandando, sea en guardia, destacamento u otra función del servicio.”

²³⁷⁶ Cuando no se obedecen las órdenes impartidas por un inferior en rango pero en funciones de seguridad o centinela se puede incurrir en tipos sancionatorios o penales. Así, constituye falta leve “la leve desobediencia a órdenes de la Policía Militar en su función de agentes de la autoridad” (art. 7. 13º) y falta grave: “Incumplir las obligaciones del centinela o de otro servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad, en tiempo de paz, siempre que no se causare grave daño para el servicio.” (art. 8. 6º).

Por su mayor gravedad, afectación al servicio y la seguridad, constituyen delitos por desobediencia o resistencia contra centinela, fuerza armada o policía militar las descritas en los artículos 85 y 86 de Código Penal Militar.

²³⁷⁷ Así, en el artículo 13 de estas Reales Ordenanzas particulares del Ejército de Tierra se dispone que:

“El militar que ejerza mando lo hará de acuerdo con cuanto señalan la Constitución, el ordenamiento jurídico del Estado, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y las del Ejército. Tendrá las atribuciones fijadas para cada empleo, destino o servicio en la doctrina, los reglamentos tácticos y técnicos que sean de aplicación y las disposiciones vigentes en materia de disciplina y administración.”

²³⁷⁸ Pocas son las disposiciones de las Reales Ordenanzas generales sobre el ámbito de competencia. Únicamente cabe mencionar el artículo 116 respecto del apoyo del mando que en sus “misiones de vigilancia o enlace, las llevará acabo sin inmiscuirse de ningún modo en el mando de las unidades” así como el artículo 158 respecto del militar en el trabajo técnico que

responsabilidad que le puede acarrear importantes consecuencias de tipo sancionatorio o penal²³⁷⁹.

Otra particularidad de la jerarquía y la disciplina castrense respecto de la jerarquía administrativa civil, también efecto de lo anterior es la señalada por Roa: en cada escalón sólo existe un jefe superior que asume toda la responsabilidad y retiene la plenitud de control. La función de los jefes inferiores no es una función especial

“En el desempeño de esta función se respetarán las áreas de responsabilidad de los subordinados, así como las de actuación de otras técnicas que concurren al mismo fin, comprendiendo que las intromisiones son gravemente perjudiciales para la labor encomendada.”

Todo el marco de concretas atribuciones se determina en normas inferiores y, en especial, en los concretos instrumentos de seguridad y régimen interior de las unidades: planes de seguridad, los libros de normas de régimen interior, libros de organización de cada unidad o base e incluso la orden diaria que concreta dinámicamente el desarrollo de tal actividad.

²³⁷⁹ Así, puede concurrir en una mera falta leve o en un grave delito. Se considera falta leve en general “Invadir sin razón justificada las competencias atribuidas reglamentariamente a los subordinados y la tolerancia ante tales conductas.” (art. 7. 18º Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, sobre régimen disciplinario). Constituyen faltas graves “Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio” (artículo 8. 13º) y “Ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenas al servicio.” (8. 16º).

Por su mayor gravedad, afectación al servicio y la seguridad, constituye delito de abuso de autoridad:

artículo 103: “El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.”

Y, en concreto, son también punibles las extralimitaciones en el ejercicio del mando:

artículo 138: “El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.”

Artículo 139: “El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciera uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.”

Artículo 140: “El militar que, para fines ajenos al servicio, sacare fuerza o unidad de establecimiento militar o la utilizare cuando se hallare fuera del mismo será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.”

Artículo 141: “El militar que, en una pendencia o para fines exclusivamente personales, llamare en su ayuda a centinela, unidad o fuerza armada será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.”

Así como los delitos de usurpación y prolongación de atribuciones:

artículo 143: “El militar que indebida y maliciosamente asumiere o retuviere un mando o destino será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.”

propia, sino delegada, el jefe es único responsable del último resultado de todas las funciones. De este modo, la estructura lineal fomenta el rigor del mando y de la obediencia, posee gran estabilidad y eficacia ejecutiva, determina con nitidez la autoridad y la responsabilidad. Sin embargo, siguiendo a este autor, sus principales inconvenientes son la rigidez excesiva por falta de autonomía de los subordinados, y de jefes inferiores²³⁸⁰. Así pues, ya en esta vertiente objetiva se delata la particularidad de la disciplina militar respecto de la jerarquía administrativa civil. No obstante, a continuación se aprecia la verdadera particularidad de la disciplina, su vertiente subjetiva.

d) La intensidad de la disciplina en el ámbito militar alcanza a la esfera interna del individuo. La existencia de un sentido subjetivo de la disciplina y su gran relevancia jurídica

Para Weber la disciplina en general –disciplina racional- implica “la realización consecuentemente racionalizada, es decir, metódicamente ejercitada, precisa e incondicionalmente opuesta a toda crítica, de una orden recibida, así como la íntima actitud exclusivamente encaminada a tal realización”²³⁸¹. Este último factor -la íntima actitud de obediencia- se acentúa en las FAS, como señala Martín Jiménez aun para el caso de que la orden sea aparentemente irracional. La intensidad de la disciplina militar se extiende a la esfera interna del individuo que tiene el deber de obedecer; no vale la mera ejecución de lo impuesto, sino que se exige el pleno convencimiento, la total convicción en la necesidad de la obediencia²³⁸². De este modo, en las FAS la actitud psíquica del sujeto individual y colectivo es crucial, algo que no sucede en otros ámbitos de la Administración no sujetos a

²³⁸⁰ Este pernicioso efecto se viene contrarrestando durante este siglo por medio de estructuras mixtas de línea y apoyo que aconsejan, informan y controlan, aunque sin aptitud para decidir. Ver, ORAA RODRÍGUEZ, Luis, “Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, págs. 39-70, en concreto, págs. 52-53.

²³⁸¹ WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit. pág. 71.

²³⁸² Véase, por ejemplo MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...*, cit. pág. 182.

la disciplina militar. Si no se da este convencimiento interno, la ejecución mecánica de la orden está “espiritualmente muerta”²³⁸³. En consecuencia, la misma idea de la disciplina ha de ser interiorizada. La jerarquía y la disciplina, de mero principio organizativo trasciende a considerarse un valor sobre el que descansan todos los demás valores militares²³⁸⁴. De entre las definiciones que se han vertido sobre la disciplina, es célebre la efectuada por el general Franco; en ella se hace especial hincapié en la exigencia del convencimiento interno de su necesidad, se afirmaba que la disciplina “reviste su verdadero valor cuando el pensamiento aconseja lo contrario de lo que se nos manda, cuando el corazón pugna por levantarse en íntima rebeldía, o cuando la arbitrariedad y el error van unidos a la acción del mando.”²³⁸⁵. También en Derecho comparado, el componente interno y subjetivo de la disciplina es sacado siempre a relucir²³⁸⁶.

²³⁸³ *Ibidem*, pág. 184.

²³⁸⁴ Así, HUNTINGTON, Samuel P. *La mentalidad militar...* cit. pág.. 202.

²³⁸⁵ Corresponden estas palabras al discurso de despedida de Franco en la Academia Militar de Zaragoza, citada por AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia...* cit. pág. 182, recogida de CAPARRÓS, Francisco, *La UMD: militares rebeldes*, Barcelona, Argos Vergara, 1983.

²³⁸⁶ En Portugal se destaca este doble aspecto jurídico y moral al definirla preceptuando que “consiste en el exacto cumplimiento de las leyes y reglamentos militares, y de las determinaciones que de unas y otros derivan; se deriva esencialmente de un estado de espíritu basado en el civismo y el patriotismo, que conduce voluntariamente al cumplimiento individual o en grupo, de la misión que compete a las FAS” (Así en el art. 1 del Reglamento de Disciplina Militar aprobado por el Decreto Ley nº 142/77).

En el anterior reglamento disciplinario francés se subrayaba también esta vertiente interna de la disciplina, como “la regla que guía a cada uno en el cumplimiento de un deber difícil, y el medio insustituible para fortalecer los caracteres, acostumar los espíritus a la abnegación y preparar a los hombres para la acción en tiempo de guerra así como para el tiempo de paz”.

En Alemania se singulariza este carácter interior y personal de la disciplina, debido a las connotaciones educativas, históricas y sociológicas alemanas. Toda la formación del “ciudadano de uniforme” alemán va dirigida a la autodisciplina, a la asunción de responsabilidades por sí, a la obediencia consciente y de iniciativa personal. El texto básico es el Reglamento ZDV 10/1 de 1 de agosto de 1972. Sobre la peculiaridad de la disciplina en Alemania, GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina...” cit. , págs. 115 ss.

En Estados Unidos prima una concepción severa de la disciplina con reminiscencias de la antigua obediencia ciega; asimismo, la vertiente interna de la misma se pone jurídicamente también de manifiesto. Así, en la Reglamentación AR 600-20 se lee que la disciplina es “una especie de instrucción individual y colectiva que crea una disposición mental de la que se deriva una correcta conducta para la ciega obediencia a las leyes militares en cualquier circunstancia fundada en el respeto y lealtad a la autoridad constituida[...] se manifiesta

Esta dimensión interna antedicha tiene indudable trascendencia jurídica. Como considera Rojas Caro, en el Derecho disciplinario, predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado²³⁸⁷. Entre las normas inglesas interesa destacar el *Army Act* de 1955 que, en su artículo 69 nota 5/a, conceptúa la disciplina como “el deber de todos los grados de mantener la buena reputación del servicio. Por tanto, toda acción o negligencia que represente una falta a este deber por parte de un individuo, puede causar perjuicio a la disciplina militar”. Resulta interesante esta apreciación de la disciplina por cuanto a la hora de corregirla, se está, en alguna medida, por encima de la importancia del hecho infractor que motiva la represión jurídica, en el mismo sentido señalado por Rojas Caro. El objetivo, especialmente del Derecho disciplinario no es tanto el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, sino, la salvaguarda del valor y la importancia de la disciplina para la eficacia de los Ejércitos.

Esta última consideración merece la pena ser destacada. Puesto que, en no pocas ocasiones, las conductas a reprender trascienden de la valoración de la importancia de los hechos concretos. La multiplicidad de formas con las que se puede atentar contra la disciplina, explica en parte el carácter abierto de no pocos tipos sancionadores. Los tipos que definen las conductas a sancionar disciplinariamente en muchas ocasiones socavan la seguridad jurídica y, por tanto, el principio de legalidad, ocasionando, por tanto, muchos problemas de constitucionalidad. Para la concreción jurídica de los

también por el rápido y escrupuloso cumplimiento en la letra y en el espíritu de las órdenes recibidas de los superiores jerárquicos.”

²³⁸⁷ En este sentido ROJAS CARO, José, *Derecho disciplinario..*, cit., págs. 46 y 47, se citan ahí las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1948, reiterada en la de 3 de octubre de 1984. Por ejemplo, el hecho de desobedecer una orden, aparentemente nimia, como la de corregir una posición estética en una formación de orden cerrado, no revestiría a priori demasiada importancia. Sin embargo, esta desobediencia, teniendo en cuenta que se produce ante la presencia de toda una formación y el mando que la realizase, puede suponer un grave atentado a la disciplina. La corrección consecuente trascendería de la importancia que tuviese la mentada posición estética.

tipos abiertos se debe acudir sistemáticamente al código de conducta militar de las Reales Ordenanzas. Esta remisión presenta dos problemas, en primer lugar que tal norma no es penal -ni orgánica- y aún es más, lejos de concretar la acción típica, la diluye y dificulta y abre un marco propicio al decisionismo de quien tiene en su mano la aplicación del régimen disciplinario. Poco más adelante se observa el grado de admisibilidad de este fenómeno a juicio de nuestro Tribunal Constitucional.

e) La disciplina en sentido negativo: la corrección disciplinaria y la especial función educativa o medicinal de las sanciones disciplinarias

Afirmaba Jellinek que “Sin la existencia de un poder disciplinario, por ligero que sea, no puede ninguna asociación ni ninguna reunión ordenada, ejercer su actividad so pena de sufrir por ello menoscabo”²³⁸⁸. Es momento ahora de poner de manifiesto la concepción reprobatoria o correctora de la disciplina que es, a la postre, la que mayormente atrae la atención jurídica, en tanto en cuanto supone la efectiva limitación de derechos fundamentales, en especial relación con la libertad personal (art. 17 CE).

La disciplina es el eje en el que descansa el código ético militar, pues es uno de los valores centrales del mismo, y por medio de ella se exigen estos comportamientos del individuo. La singularidad castrense conlleva la explícita formalización y descripción de las conductas relativas a los deberes del militar, con indudable mayor grado y minuciosidad que en otras organizaciones. Como señala López Ramón, “Resulta difícil encontrar sector de la Administración con regulación tan minuciosa.”²³⁸⁹ A la vez, la vida militar se caracteriza por el mayor rigor e intensidad con que es sentido y

²³⁸⁸ Ver, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, cit., págs. 278-279.

²³⁸⁹ Ver, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. Pág. 348.

exigido el cumplimiento de tales deberes²³⁹⁰. Especialmente en las Reales Ordenanzas -la *norma moral* militar²³⁹¹- se detalla cómo debe ser el comportamiento del militar y las leyes penales y disciplinarias son las que, ante las conductas contrarias a tal código deontológico, concretan qué comportamientos resultan reprobables. La disciplina es la que exige la conducta y, en su sentido represivo, la que corrige las que no se lleven a cabo como debieran. La disciplina, al ser un interés superior, es protegida por el ordenamiento y se corrige y sanciona tanto en las normas propiamente disciplinarias como en las penales.

Respeto de las normas penales, el Tribunal Supremo afirma que “los delitos contra la disciplina atienden a la cohesión y al mantenimiento del buen orden en los Ejércitos, necesario para dotarles de la eficacia precisa a la satisfacción de sus objetivos. La disciplina viene así entendida como una ordenada y estricta observancia del sistema normativo disciplinario, en el que hay que considerar incluidos los tipos delictivos constitutivos de los llamados delitos contra la disciplina, del Código Penal Militar”²³⁹². De este modo, la disciplina “es el bien jurídico protegido por la mayor parte de los delitos y la mayoría de las faltas”²³⁹³. Sin perjuicio de la atracción de las normas penales por la grave afectación de la disciplina, en este ámbito correctivo hay que tener en cuenta especialmente el régimen disciplinario militar.

El empleo de la corrección disciplinaria en las FAS adquiere un matiz del todo diferente respecto del resto de la Administración del

²³⁹⁰ Así, MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina...” cit. pág. 141.

²³⁹¹ Así la caracteriza el mismo artículo 1 esta misma norma preceptuando que “Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar.”. Del mismo modo se expresa 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 (LODNOM), en su artículo 26. 1º se preceptúa que “Las obligaciones, normas de conducta, deberes y derecho específicos de los miembros de las FAS así como el régimen de vida y disciplina de las unidades, se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la Institución militar.”

²³⁹² Sentencia de 22 de marzo de 1989 de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, fundamento jurídico nº 3.

²³⁹³ ÁLVAREZ ROLDÁN, Luis y FORTÚN ESQUIFINO, Ricardo, *La ley disciplinaria militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 47.

Estado²³⁹⁴. En los Ejércitos la corrección disciplinaria incluye la idea de “corrección pedagógica”, un carácter “medicinal” o “educacional” que el alemán Mayer apuntase²³⁹⁵. Cualquier contravención al mando, aún mínima, puede adquirir mucha importancia puesto que de la misma, como dice el alemán, “pueden inferirse conclusiones acerca de la existencia de sentimientos que no están de acuerdo con aquella exigencia fundamental [la fidelidad y devoción especiales al mando]”²³⁹⁶.

Ahora bien, esta particular naturaleza y finalidad del Derecho sancionatorio no obsta para que quede limitado y supeditado a las exigencias constitucionales que, como se ha adelantado, son muy relevantes en esta materia. La disciplina ha cambiado, fundamentalmente por las nuevas necesidades, pero también por la virtualidad de los principios constitucionales. Como consecuencia, la corrección disciplinaria ha de quedar como *última ratio*, como expresión del consagrado principio de intervención penal mínima que se traduce inevitablemente al ámbito de la potestad sancionatoria del Estado, por el cual el objetivo real de la potestad disciplinaria es no tener que sancionar²³⁹⁷. Así pues, esta disciplina “moderna” no es sólo

²³⁹⁴ Sobre el Derecho disciplinario en general (sin particulares alusiones al ámbito castrense), entre otros, NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993; TRAYTER JIMÉNEZ, José M. *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992 y más recientemente, SUAY RINCÓN, José, “La renovación del Derecho Administrativo sancionador: Evolución y actualidad”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 69, enero-junio 1997, págs. 13-38.

²³⁹⁵ “La relación del servicio del Derecho público implica necesariamente una fidelidad y una devoción especiales [...] Cualquier contravención no representa, pues, un desorden que se ha de reprimir, sino que este hecho aislado tiene una importancia mucho mayor porque de él pueden inferirse conclusiones acerca de la existencia de sentimientos que no están de acuerdo con aquella exigencia fundamental. No le conviene, pues, al poder público tener tales servidores. Por lo tanto, reacciona contra la persona en falta mediante penas. Esas penas son *poenae* medicinales en el sentido del Derecho canónico. Tienen toda su razón de ser en el fin que persiguen: el mejoramiento del servicio” (cita de MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit. vol. II, pág. 194, citado por LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. pág. 72.

²³⁹⁶ *Idem*.

²³⁹⁷ Así, entre otros, PÉREZ PARENTE, J. A. , “El principio de intervención penal mínima”, en *Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar*, Madrid, Ministerio de

obligada por la mayor efectividad, sino que viene a conformarse como una exigencia constitucional.

Se debe conseguir ser obedecido por medio de la razón, pero, sin duda, cuando falla el convencimiento y la obediencia y la disciplina se menoscaban, la corrección disciplinaria se impone y su propio empleo tiene un alcance formativo para el militar que lo padece. Como señala Martín Jiménez, “La severidad y la ejemplaridad de los castigos de antaño, imprescindibles para conservar e imponer la disciplina, ha perdido vigencia en nuestros días. Pero la atenuación del castigo y, en su caso, de la necesaria ejemplaridad, no debe ser motivo de la abolición radical de los mismos, porque conduciría inevitablemente a la relajación progresiva de la disciplina militar, paso previo para la inoperancia total de los Ejércitos.”²³⁹⁸

Una vez atendida la significación y alcance tan particulares de la disciplina militar es momento ya de observarla desde la perspectiva constitucional y advertir de modo genérico las exigencias que la ley de leyes comporta.

II. Concepción y exigencias de la ley de leyes de la disciplina militar

A) LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISCIPLINA MILITAR COMO PUNTO DE PARTIDA

La disciplina y la jerarquía militar quedan constitucionalmente reconocidas, así como la eficacia de las FAS o la seguridad del Estado (artículos 8, 28, 29, 103, 105 CE) por lo que se configuran como bienes o principios constitucionales. Pero no hay que olvidar que la Constitución también modula el entendimiento de la disciplina y a la vez, ésta ha de armonizarse con el resto de los contenidos de la ley de leyes. Según se ha dicho, las particularidades que comporta la

Defensa, 1990, págs. 59-67; NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit. , pág. 29; MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976.

²³⁹⁸ Ver, MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...*, cit. pág. 188.

específica organización se fundamentan genéricamente en la necesaria máxima eficacia de la defensa militar del Estado constitucional instrumentada a través de las FAS. En este sentido, la disciplina y la jerarquía se configuran como los medios más importantes de alcanzar tal eficacia de la organización. Resulta indispensable subrayar, una vez más, el carácter instrumental tanto de las FAS cuanto de la disciplina militar, que si tiene alguna razón de ser no es sino legitimada por la Constitución. Y es que, la disciplina no se fundamenta por sí misma porque sea esencial a los Ejércitos.

Es menester abandonar cierta mística de la disciplina y simplemente ver que ella es imprescindible porque los Ejércitos eficaces son esenciales para defender el Estado constitucional. La disciplina no es más que un medio para alcanzar la meta propuesta, bajo este punto de partida debe ser concebida²³⁹⁹. Y es necesario subrayar este aspecto porque siglos de historia y corporativismo, conjuntamente con aquél fenómeno de la sacralización de la defensa y los ritos militares empujan –comprensiblemente si se quiere, pero de forma errónea- a olvidar que los militares sirven a unos fines de la comunidad y la disciplina no es más –ni menos- que un medio para que lo hagan de forma adecuada. En este sentido es como cabe aprehender afirmaciones tan acertadas como retóricas como las que realizase Humboldt: “la disciplina militar sólo merece respeto cuando va hermanada con el sentimiento supremo de la libertad. Separadas ambas cosas -y la separación es favorecida con harta frecuencia por los guerreros armados en tiempos de paz- ésta degenera fácilmente en la esclavitud, y el valor en salvajismo y desenfreno”²⁴⁰⁰.

Por ello, la disciplina no es algo sagrado, imperecedero e inmutable que deba mantenerse a ultranza y a toda costa; antes al contrario, la concepción de la disciplina militar debe actualizarse según lo demanda la operatividad de los Ejércitos modernos. Y esto es

²³⁹⁹ En este sentido, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 354.

²⁴⁰⁰ HUMBOLDT, Wilhem Von, *Los límites de la acción del estado*, (estudio preliminar, traducción y notas a cargo de Joaquín Abellán, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 57. Citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 354.

una exigencia constitucional, puesto que resulta del todo inadmisibles el mantenimiento de una disciplina militar que en el contexto actual no se fuese operativa. Así, toda reticencia a su actualización va en contra de la ley de leyes y mina la eficacia de las FAS. Del mismo modo, si se parte que la legitimación de la disciplina militar se encuentra radicada en la Constitución misma, es como se comprende que quiebre su virtualidad cuando las órdenes sean contrarias al sistema constitucional, puesto que pierden toda legitimación y todo este sistema idóneo cae como un *castillo de naipes*, según se dijo.

Dos cuestiones principales son ahora objeto de atención. De un lado, la quiebra del deber de obediencia de las órdenes contrarias a la Constitución pero sin connotaciones políticas. Esta parcela concreta no se abordó en su momento puesto que no queda directamente imbricada con la supremacía civil. De otro lado, y con mayor significación, se analiza también el alcance de la disciplina militar en su vertiente negativa o correctora puesto que la ley de leyes impone no pocas exigencias respecto del Derecho disciplinario militar. Todas estas cuestiones son las que acaban perfilando la concepción constitucional de la disciplina militar que ahora se examina.

B) LA QUIEBRA DE LA OBEDIENCIA ANTE UNA RESTRICCIÓN INJUSTIFICADA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Todo el elemento arquitectural de la organización militar parece decaer cuando quiebra la obediencia al mando; no obstante, la desobediencia es legítima en algunos casos excepcionales generalmente definidos por órdenes manifiestamente ilícitas porque sean “contrarias a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”²⁴⁰¹. Las mayores dudas aparecen

²⁴⁰¹ Artículo 34 Reales Ordenanzas: “Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”

cuando las órdenes son antijurídicas pero no son contrarias a estas leyes o usos de la guerra ni implican un delito. ¿Puede el militar desobedecer una orden que restrinja injustificadamente sus derechos fundamentales aunque ello no constituya delito?

a) *Un supuesto relevante para el caso que ahora ocupa: la conflictiva sentencia del Tribunal Central Militar de 12 de marzo de 1997*

Para atender la cuestión procede acudir a dos resoluciones jurisdiccionales sobre los mismos hechos, una del Tribunal Constitucional y la otra, de especial significación ahora, del Tribunal Central Militar²⁴⁰². Desde el punto de vista que ahora interesa, cabe describir los hechos que motivaron estas resoluciones. En noviembre de 1993 un sargento –como otros compañeros– recibió la orden de formar parte de la compañía de honores que debía llevar a cabo la parada militar en honor de la Virgen de los Desamparados (“*Capitana Generala y Generalísima de los Ejércitos*”). Una vez concluido un ensayo general de tal parada, el día previo a su celebración, puso de manifiesto reglamentariamente su inconveniencia de asistir a tales actos en razón de conciencia. Al día siguiente –el día del acto– solicitó reglamentariamente ser relevado de la asistencia o autorizado para salir de la formación cuando el acto a llevar a cabo adquiriese cualquier tipo de contenido religioso. La primera reacción de los mandos fue señalar el carácter voluntario de la asistencia al acto, lo cual produjo el adverso efecto que veinticuatro de los convocados comunicaron razones de conciencia para eludir su asistencia al acto.

Artículo 84: “Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito.”

En general hay que remitirse al apartado “La desobediencia militar sólo se justifica en aras del sostenimiento del régimen constitucional democrático, como una manifestación particular del *ius resistendi* de todo ciudadano”. No obstante, ahí ya se adelantaba, la cuestión concreta que ahora se atiende, bien diversa a lo que allí se analizaba.

²⁴⁰² Se trata de la interesante sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre y la si cabe aún más interesante sentencia del Tribunal Central Militar 20/1997, de 12 de marzo (ponente José Luis Rodríguez Villasante Prieto, quien tuvo la amabilidad de facilitarme dicha resolución.

Ante tal desarrollo de los hechos el mando ordenó que se cumpliera el servicio tal y como se había ordenado al principio. Ya en situación de comenzar los actos, cuatro sargentos solicitaron permiso para abandonar la formación, que fue denegado. Al anunciarse la entrada de la imagen de la mencionada Virgen, uno de los sargentos solicitó permiso para abandonar la formación, sin obtener respuesta, saludó y abandonó la formación permaneciendo fuera de la misma hasta que se reintegró más tarde en la misma para dirigirse con ella a otra sede donde continuarían los actos. En este período intermedio le fueron requeridas explicaciones por el mando y el sargento volvió a solicitar la no asistencia a los actos que iban a reanudarse, lo cual fue denegado, si bien, en esta ocasión se mantuvo en todo momento fuera de la formación. Lo mismo sucedió al día siguiente en tanto que persistían los actos religiosos. Por todo lo cual, el citado sargento fue objeto de una sanción disciplinaria de sesenta días de arresto por falta grave consistente en “falta de subordinación cuando no constituya delito” (artículo 9. 16º de la ley de régimen disciplinario de 1985)²⁴⁰³.

Pese a las consideraciones contrarias de las resoluciones judiciales previas, el Tribunal Constitucional en la sentencia 177/1996 señaló que “la autoridad militar debió atender a la solicitud del recurrente de ser relevado del servicio y que, al no hacerlo así, vulneró la vertiente negativa de su derecho fundamental a la libertad religiosa, esa vulneración no se realizó, a juicio de los órganos judiciales, mediante una conducta merecedora de sanción penal” (FJ 11º)²⁴⁰⁴. Así pues,

²⁴⁰³ Tal actuación le supuso primero una sanción por falta leve a treinta días de arresto domiciliario (art. 8. 33 de la Ley de Disciplina de las Fuerzas Armadas de 1985) así como se incoó expediente por falta grave (“llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar, susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas” y otra de noventa días de arresto, como autor de una falta grave consistente en “la falta de subordinación, cuando no constituya delito”) solicitándose dos meses de arresto. Además se incoó un procedimiento penal militar por presunto delito de desobediencia, que fue sobreseido finalmente.

²⁴⁰⁴ No se atiende en este estudio de forma concreta cada uno de los derechos fundamentales del militar más allá de lo que corresponde con el esquema y configuración del mismo. Ello es así en tanto tal análisis supondría redundar en el magnífico estudio de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. quien aborda la conflictiva materia de la libertad religiosa en las págs. 383-390.

reconoció la ilicitud de las órdenes que el sargento había incumplido. No obstante, dado que no entraba en su objeto del proceso, el Tribunal Constitucional no declaró la nulidad de las sanciones disciplinarias de las que fue objeto el sargento.

Esta nulidad de las sanciones disciplinarias –que no fue objeto del amparo constitucional– fue acometida en la sentencia del Tribunal Central Militar de 12 de marzo de 1997. Frente a las tesis del recurrente se alegaba por el abogado el Estado que la ley sólo excusa la obediencia cuando se trata de órdenes constitutivas de delito o manifiestamente contrarias a las leyes y usos de la guerra y que en todos los demás casos se impone la represión sancionatoria de la desobediencia. En este sentido se seguía lo ya afirmado en sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 1992, “es inexcusable el deber de cumplir las órdenes, aún en el caso de que estas no fueran legítimas, salvo el supuesto de evidente ilicitud.”

En la referida sentencia del Tribunal Central²⁴⁰⁵ se recuerda que la orden o mandato emanado del superior en principio goza de una presunción de juridicidad y es vinculante siempre que cuente con los requisitos formales de competencia y forma establecida²⁴⁰⁶. Sin embargo, esta presunción se hace depender del cumplimiento del “presupuesto material [que] es que la orden no lesione manifiestamente el ordenamiento jurídico, vulnere la Constitución o imponga un comportamiento lesivo para la dignidad humana. En todos estos últimos casos cede la presunción de la legitimidad de la orden y su carácter vinculante para el inferior.” Así pues, en estas situaciones, se trata de órdenes con legitimidad sólo formal, no material y sólo el incumplimiento de órdenes legítimas puede suscitar la reprobación disciplinaria o penal.

²⁴⁰⁵ Todos los entrecomillados y argumentos se contienen en el amplio FJ 6º de esta sentencia.

²⁴⁰⁶ En este sentido, el artículo 19 del Código Penal Militar dispone que: “A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.”

El Tribunal señala no obstante, la necesidad de que no se quiebre la obediencia aún en caso de órdenes que supongan mandatos antijurídicos, pero sólo en “los casos poco relevantes”, donde el legislador valora más la disciplina que el deber de respetar el ordenamiento jurídico. En este sentido distingue los casos prefijados en el artículo 34 de las Reales Ordenanzas “en tales supuestos excepcionales se impon[e] *el deber de desobedecer* tales mandatos y otra muy distinta sostener que el resto de los mandatos antijurídicos son obligatorios y, por tanto, no pueden ser desobedecidos sin incurrir en delito de desobediencia o falta disciplinaria de insubordinación”.

De este modo, se presenta una indefinición de cuáles son las órdenes antijurídicas que sí deben cumplirse porque son “casos poco relevantes” en los que es preciso no poner en peligro la disciplina militar y la eficacia de las FAS. Pues bien, el criterio que se desprende en esta sentencia es meridianamente claro:

“no constituyen mandatos antijurídicos obligatorios aquellos que integran una vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, aún cuando no se trate de órdenes manifiestamente delictivas, ni contrarias a las Leyes y usos de la guerra”

En consecuencia, se resolvió la nulidad de aquellas sanciones disciplinarias a las que quedó sujeto el sargento.

b) Un intento de encauzar constitucionalmente una difícil cuestión

Desde aquí se entiende que esta resolución fue del todo *justa*, si bien parece desaconsejable extraer de ella una pauta el futuro. Como se ha señalado en algunos apartados de este estudio, ya por la neutralidad exigida al militar como, en especial, por la disciplina militar misma, en el mundo de los cuarteles resultan afectados severamente todos los derechos fundamentales, *la normalidad en la*

relación jurídico-militar es la restricción de derechos. Como consecuencia, es muy posible que cualquier orden que comporte un mandato antijurídico lo sea porque implica una restricción injustificada de un derecho o libertad. Y son muchas las ocasiones en las que en el ámbito militar se está al *filo* de la admisibilidad constitucional, cuanto menos en zonas de indefinición que sólo los operadores jurídicos y en última instancia el Tribunal Constitucional pueden resolver.

Es por ello que si pudieran ser desobedecidas las órdenes que el sujeto entendiese que vulneran sus derechos fundamentales podía ponerse en serio peligro toda la estructura organizativa jurídico militar, y con ella se iría al traste toda la eficacia de las FAS, necesaria para defender militarmente el Estado constitucional. No hay que olvidar que la eficacia de las FAS es un bien constitucional de no poca relevancia, pese a que, ni mucho menos, lo pueda todo frente a los derechos y libertades.

En la sentencia del Tribunal Central Militar analizada se señala que cuando la orden sea antijurídica y vulnere un derecho fundamental no debe ser obedecida. Sin embargo, a mi juicio, para legitimar una desobediencia cuanto menos es preciso que la injusta restricción de un derecho fundamental sea *manifiesta y notoria*. Y en modo alguno se trataba de una vulneración manifiesta. Baste decir que hasta el Tribunal Constitucional las instancias previas no consideraron que la obligación de asistir al acto religioso vulnerara la libertad religiosa del militar. Sin duda estaban en un error, pero el dato mismo delata que no se trataba de algo manifiesto y notorio.

A mi juicio sólo bajo los presupuestos muy concretos que se dieron en aquella situación puede admitirse la desobediencia: sólo estaba en juego un acto honorífico que nada tiene que ver con una actividad vinculada a la defensa militar, como tampoco lo tenía la orden de asistir al acto religioso; se trataba de relaciones disciplinarias en tiempo de paz y no había inmediatez entre las órdenes y el cumplimiento. Sólo bajo estas premisas puede entenderse que la obediencia en aquél caso tan concreto no adquiriría un peso específico

como para limitar un derecho fundamental. Si bien toda desobediencia pone en peligro la disciplina militar, en aquel supuesto el peligro era casi intrascendente para la defensa militar de España y la lesión del derecho fundamental, pese a no constituir un delito, había de considerarse prevalente. De ahí que una orden antijurídica que restringía derechos fundamentales del militar pudo ser desobedecida.

De aquella resolución en modo alguno puede derivarse una regla general como la que se dedujo, inspirada sin duda en una ferviente convicción en los derechos fundamentales, fundamentos del Estado democrático.

Respecto de la posible desobediencia de órdenes que no impliquen delito valgan las siguientes pautas que se aquí se consideran:

- la desobediencia en tiempos de guerra debe entenderse limitada a las restricciones de derechos fundamentales que comportasen un delito o contravención de los usos y leyes de la guerra por parte del mando.

- si no hay una inmediatez, hay que intentar por todos los medios salir de la duda de la constitucionalidad de la restricción del derecho fundamental que se trate y sólo desobedecerla si no cabe la más mínima duda de su inconstitucionalidad.

- la vulneración del derecho fundamental que pueda justificar la desobediencia debe ser notoria y manifiesta para el juicio del militar, según criterios objetivamente deducibles sobre la base de su formación profesional y cultural²⁴⁰⁷.

²⁴⁰⁷ Se trata, pues, de la aplicación de estándares jurídicos propios del Derecho penal como los relativos al error de tipo y error de prohibición (artículo 14 del Código Penal general). Así, por ejemplo, en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997 se señalaba que la formación profesional y cultural del acusado excluye totalmente que incurriera en error por ignorancia sobre aspectos elementales de su profesión. También, en la sentencia de 4 de junio de este mismo año se recordaba que no cabía error de prohibición cuando la ilicitud era notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. Asimismo se señalaba que si el sujeto tiene sólo conciencia de probable ilícita, no puede invocar eficazmente el error de prohibición. La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 13 de enero de 1998 consideraba que la conciencia de la probabilidad de actuar antijurídicamente excluye el error de prohibición. Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de abril de 1998 declaraba que

Como el lector advertirá, se afirma que salvo casos muy excepcionales deviene preciso obedecer aunque el mandato sea antijurídico. No en vano si se tratase de una grave e injustificada restricción de un derecho o libertad el hecho sería constitutivo de delito y el valor prevalente de los derechos fundamentales sobre principios y bienes constitucionales como la disciplina quedaría garantizado. La especial naturaleza de la disciplina militar resulta ciertamente frágil y se resquebrajaría si ante la menor duda pudiesen cuestionarse las órdenes del superior. Y en materia de derechos y libertades en los cuarteles las dudas son casi persistentes aun para los más avezados juristas.

C) LA NECESARIA ARMONIZACIÓN DE LA DISCIPLINA MILITAR CON OTROS BIENES, PRINCIPIOS Y REGLAS CONSTITUCIONALES

La concepción constitucional de la disciplina militar se perfila tanto por su fundamentación como por sus límites en un Estado democrático. Es preciso armonizar la disciplina, sin la cual no hay eficaz defensa militar, con los derechos fundamentales, sin los cuales no hay Constitución. En este sentido es interesante reproducir un extracto de un voto particular a la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1994 en el que se aprecia la necesidad de excluir un concepto de disciplina militar que se creyera de valor superior respecto de los derechos fundamentales. Esto es, se afirma la necesidad de dejar atrás tradicionales concepciones de la

al igual que es preciso probar la comisión de un delito, resulta indispensable probar la creencia de la licitud de la acción delictiva.

De tales criterios aplicados a nuestro ámbito de análisis, puede deducirse la importancia de las circunstancias educativas de quien desobedezca la orden con relación al conocimiento de si lo mandado vulnera sus derechos fundamentales, en este sentido, la categoría profesional y la titulación del militar son indicadores centrales. La naturaleza misma de la vulneración excluye el deber de obediencia, si bien esta notoriedad sólo parece darse en supuestos en los que se trate de delitos, no de actos antijurídicos. La mera duda de la inconstitucionalidad de la orden en modo alguno puede justificar la desobediencia. Todo tipo de circunstancias concurrentes en el caso habrán de probarse en un supuesto hipotético de desobediencia.

misma que no pueden ser admitidas en el Estado social democrático de Derecho que configura nuestra Constitución:

“... no podemos compartir la tesis de que, en el ámbito castrense, existan valores de superior jerarquía que, por el interés general puesto en juego, merezcan mayor protección que los derechos fundamentales, como parece deducirse de determinados razonamientos contenidos en el segundo fundamento jurídico de la sentencia. Ni mediante el reconocimiento y la efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas -que constituyen el núcleo esencial de nuestro ordenamiento jurídico- se protegen sólo intereses particulares, sino también los más generales y esenciales intereses de la comunidad, ni cabe decir, en consecuencia, que existan valores de superior jerarquía en el ámbito castrense -ni en otro ámbito alguno- que merezcan mayor protección que aquellos derechos y libertades. La importancia de la disciplina para los Ejércitos puede justificar que los militares estén sometidos a ciertas limitaciones, de una parte, deben ser proporcionales a las finalidades que con ellas se pretende conseguir y, de otra, deben respetar, de acuerdo con el artículo 53. 1º CE, el contenido esencial de los derechos excepcionalmente restringidos [...] No creemos, pues, que [...] quedare en entredicho la propia esencia de la disciplina militar”. Quedaría superado *solamente un cierto concepto* de la disciplina militar”²⁴⁰⁸.

Como señala Blanco Ande “en los países de nuestro entorno cultural, en que los principios democráticos son el soporte de las instituciones y de las normas jurídicas, también se pretende que los Ejércitos se inspiren en una disciplina que, aunque severa, respete la dignidad de la persona, y que el entero ordenamiento militar esté inspirado en el espíritu democrático que está en la base del

²⁴⁰⁸ Voto particular formulado por los magistrados Jiménez Villarejo (entonces Presidente de la Sala) y Sánchez del Río Sierra.

ordenamiento estatal.”²⁴⁰⁹ El magistrado del Tribunal Constitucional Rodríguez Piñero no dudaba en señalar en un voto particular que “la disciplina militar [...] ha de respetar en todo caso los derechos constitucionales de la persona”²⁴¹⁰.

Ni más ni menos que se trata de los dos pies en los que se mueve el Derecho militar²⁴¹¹. Duverger afirma que “es difícil aplicar a su organización [militar] todas las normas rectoras de una comunidad organizada democráticamente pero ello no quita, sin embargo, el que muchos de los principios inspiradores de estas normas puedan y deban presidir la vida y la actividad castrense, siempre que no mermen la capacidad operativa de los Ejércitos, que constituye su razón de ser”²⁴¹²

Es preciso optimizar y maximizar tanto la eficacia de las FAS y su máxima expresión que es la disciplina con el resto de los contenidos de la ley de leyes. Estos contenidos constitucionales, en ocasiones, ostentan jurídica y axiológicamente una primacía genérica frente a aquellos (así, por ejemplo los valores superiores del artículo 1. 1º o la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, como reconoce el artículo 10. 1º). De ahí que el punto de partida imprescindible no es otro que el de operar todos los esfuerzos para afectar en la mínima medida posible los derechos y libertades de los servidores de armas. Dado que la natural relación entre la disciplina y los derechos es la colisión, en los casos en los que exista realmente un conflicto deberá acudir a las ya mentadas técnicas de ponderación que rigen para los supuestos de colisión, en particular a

²⁴⁰⁹ Ver, BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional...*, cit. pág. 39. En sentido semejante SERRANO ALBERCA, José Manuel, “La protección de las libertades públicas del militar”, en *Revista de Administración Pública*, nº 103, enero-abril de 1984, págs. 47-87, en concreto, pág. 50: “la disciplina militar por muy severa que sea, garantice el respeto a la dignidad de la persona y de que el ordenamiento militar esté inspirado en ese espíritu democrático que invade todo el ordenamiento estatal”

²⁴¹⁰ Voto particular a la sentencia 161/1987, de 27 de octubre.

²⁴¹¹ Al respecto ver el epígrafe intitulado “Los “dos pies” en los que se mueve el Derecho militar”.

²⁴¹² Así DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas...* cit., en la pág. 13

los criterios: necesidad, congruencia, proporcionalidad. Básicamente se trata -como en otros momentos se ha afirmado- de desterrar aquellas fórmulas -casi cláusulas de estilo- que parecen poderlo todo frente a los derechos fundamentales. Por el contrario, hay que esforzarse en justificar con profundidad y concreción por qué en cada caso determinado un derecho o libertad queda limitado en aras de la eficacia de la institución armada.

Los mayores problemas se producen respecto de la regulación y aplicación del régimen disciplinario. Sin perjuicio de remitirse a diversas obras que abordan el tema con exhaustividad sobre la concepción constitucional del Derecho disciplinario militar resulta preciso efectuar algunas consideraciones.

D) LA MODULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISCIPLINA MILITAR EN SU VERTIENTE NEGATIVA: LAS EXIGENCIAS RESPECTO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CASTRENSE

a) La disciplina es el bien jurídico esencialmente protegido por el Derecho disciplinario

El Derecho disciplinario militar no tiene como única finalidad velar por la disciplina militar, si bien, en el marco castrense ésta finalidad es básica para el Derecho disciplinario. Dada la naturaleza de la jerarquía y la disciplina militar que impregnan todas y cada una de las relaciones en el ámbito castrense, directa o indirectamente la disciplina militar queda de algún modo afectada cuando se contraviene cualquier deber militar o se produce cualquier irregularidad en el servicio²⁴¹³.

El centro nuclear de la protección del Derecho disciplinario es la disciplina ya se trate de la disciplina para dentro de la institución

²⁴¹³ En este sentido cabe reiterar lo dispuesto en el *Army Act* de 1955, en su artículo 69 nota 5/a, conceptúa la disciplina como “el deber de todos los grados de mantener la buena reputación del servicio. Por tanto, toda acción o negligencia que represente una falta a este deber por parte de un individuo, puede causar perjuicio a la disciplina militar”.

(institucional)²⁴¹⁴, ya se trate de la disciplina como subordinación a la Constitución y a los poderes democráticos (suprainstitucional)²⁴¹⁵. Sin

²⁴¹⁴ Entre las conductas tipificadas como faltas leves o graves se advierten algunas con una conexión directa con la disciplina y la jerarquía militar. Así, entre las faltas leves (artículo 7):

“8. Las manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio y las murmuraciones contra el mismo, las órdenes del mando o de otros militares, así como tolerar dichas conductas en las fuerzas o personal subordinados.

12. La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas o réplicas desatentas a los mismos.

13. La irrespetuosidad o la leve desobediencia a órdenes de la Policía Militar en su función de agentes de la autoridad.

14. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados.

18. Invadir sin razón justificada las competencias atribuidas reglamentariamente a los subordinados y la tolerancia ante tales conductas.

19. Contraer deudas injustificadas con subordinados.”

Constituye falta leve: “29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra [...] 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.” Estas mismas acciones constituyen falta grave cuando son manifestaciones públicas o dejan de ser levemente irrespetuosas (art. 8. 32º).

34. Las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar.”

Y entre las faltas graves:

“1. Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio.

13. Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio.

14. Prevalerse del empleo para coartar o impedir a cualquier militar que se encuentre de servicio el cumplimiento de las órdenes relativas al mismo.

18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo.

20. La falta de subordinación, cuando no constituya delito.

25. Promover o participar en discusiones que susciten antagonismo entre los distintos Ejércitos y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, o de naturaleza militar.”

Por último, entre las sanciones extraordinarias, artículo 17. 2º: “Realizar actos gravemente contrarios a la disciplina [...] que no constituyan delito.”

²⁴¹⁵ Con relación a esta vertiente suprainstitucional de la disciplina, está tipificada como falta leve la conducta consistente en:

“29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, [...] cuando no constituyan infracción más grave o delito.”

perjuicio de ello, con el Derecho disciplinario se protegen variados bienes jurídicos con mayor o menor conexión con este principio esencial de la Institución militar. Así, entre las conductas sancionables se observa la protección más genérica de la eficacia de las FAS²⁴¹⁶ (a veces inescindible de la disciplina misma), la protección de la uniformidad²⁴¹⁷, de la cobardía²⁴¹⁸ o de la dignidad militar²⁴¹⁹. También

Estas mismas acciones constituyen falta grave cuando son manifestaciones públicas o dejan de ser levemente irrespetuosas (art. 8. 32º).

Resulta susceptible de sanción extraordinaria “Manifestar, mediante expresiones o actos con trascendencia pública, una actitud gravemente contraria a la Constitución o a Su Majestad El Rey.” (artículo 17. 4º).

²⁴¹⁶ Así, se tipifica como faltas leves (artículo 7):

“1. La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal.

2. La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior.

9. La falta de puntualidad en los actos de servicio y las ausencias injustificadas de los mismos si no constituyeran infracción más grave.

20. La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan”

Y como faltas graves (artículo 8):

“2. Incumplir los deberes militares propios del destino o puesto que se desempeñe cuando no constituya infracción más grave o delito.

3. Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal.

4. Incurrir en negligencia en la preparación, instrucción y adiestramiento de las fuerzas o personal subordinado.

19. Promover o tomar parte en alteraciones del buen orden en el curso de actividades militares o en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves o establecimientos militares, cuando causen perjuicio al servicio.

22. Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.

25. Promover o participar en discusiones que susciten antagonismo entre los distintos Ejércitos y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, o de naturaleza militar.”

²⁴¹⁷ Constituye falta leve: “6. El descuido en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad.”

²⁴¹⁸ Constituye falta grave:

“3. Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal.

29. Dejar de prestar servicio, amparándose en una supuesta enfermedad o prolongando injustificadamente la baja para el mismo, cuando no constituya infracción más grave o delito.”

²⁴¹⁹ Así, entre las faltas leves:

“26. Acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición militar, comportarse de forma escandalosa y realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas.

30. El trato incorrecto con la población civil en el desempeño de funciones militares.

se tipifican diversas conductas que lo que erosionan es el bien jurídico de la seguridad militar²⁴²⁰. Asimismo, en diversas sanciones se protegen los bienes y equipos militares²⁴²¹ o de modo más genérico se pretende la preservación del orden²⁴²².

Entre las conductas sancionables por falta grave:

“22. Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.

24. Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar.”

Como conducta que puede constituir una sanción extraordinaria, en el artículo 17. 1º se regula “2. Realizar actos gravemente contrarios a la [...] dignidad militar, que no constituyan delito.”

²⁴²⁰ Entre las faltas leves, en este sentido cabe destacar (artículo 7):

“3. La inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre seguridad militar en materia de obligada reserva.

4. La inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones de un servicio de armas o guardia de seguridad.

5. El descuido en la conservación del armamento, material y equipo.”

Y entre las que el artículo 8 tipifica como graves:

“5. La inobservancia grave de las normas reglamentarias relativas al armamento, material y equipo, así como su mal uso.

6. Incumplir las obligaciones del centinela o de otro servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad, en tiempo de paz, siempre que no se causare grave daño para el servicio.

7. Abandonar, en tiempo de paz, un servicio o guardia distintos de los incluidos en el apartado anterior o colocarse en estado de no poder cumplirlos.

8. Consumir bebidas alcohólicas en acto de servicio de armas o portándolas, y consentir o tolerar tal conducta, cuando no constituya infracción más grave o delito.

10. Incumplir las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar.

11. Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito.

12. Ocasionar o no impedir actos que supongan riesgo para la seguridad de una Fuerza o Unidad militar.”

²⁴²¹ En este sentido, constituye falta leve en virtud del artículo 7: “5. El descuido en la conservación del armamento, material y equipo” “, y falta grave:

“5. La inobservancia grave de las normas reglamentarias relativas al armamento, material y equipo, así como su mal uso

15. Utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a un tercero, todo ello cuando no constituya delito.

27. Deteriorar material o efectos de carácter oficial, de escasa entidad; adquirir o poseer dicho material o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a terceros.

28. La sustracción de escasa cuantía y los daños leves en las cosas realizados en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves o establecimientos militares, o en acto de servicio, cuando no constituya infracción más grave o delito.”

²⁴²² En este sentido, entre las faltas leves del artículo 7 cabe señalar:

“10. La ausencia injustificada del destino por un plazo inferior a veinticuatro horas de los militares profesionales y a cinco días de los militares de reemplazo. El plazo se computará de momento a momento, siendo el inicial aquel en que el militar debía estar presente en el destino.

11. La ausencia injustificada de los alumnos del centro docente militar de formación, y otros centros de formación, por un plazo inferior a cinco días. El plazo se computará de momento a momento, siendo el inicial aquel en que el alumno debía estar presente en el centro

21. Promover o tomar parte en alteraciones del buen orden que, sin afectar al interés del servicio, se realicen en el curso de actividades militares, o en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves o establecimientos militares.

22. Las riñas o altercados entre compañeros.

23. Embriagarse vistiendo uniforme o públicamente cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, o en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves o establecimientos militares, y en campamentos y zonas de ejercicios, cuando no constituya infracción más grave.

24. Consumir bebidas alcohólicas durante el servicio o con ocasión del mismo, y consentir o tolerar tal conducta, cuando no constituya infracción más grave o delito.

25. El juego dentro de los recintos militares, siempre que no constituya un mero pasatiempo o recreo.

33. Auxiliar o encubrir al autor de una falta grave disciplinaria.”

Entre las conductas tipificadas como faltas graves, en aras de la preservación genérica del orden, cabe señalar:

“8. Consumir bebidas alcohólicas en acto de servicio de armas o portándolas, y consentir o tolerar tal conducta, cuando no constituya infracción más grave o delito.

9. La introducción, tenencia y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves, establecimientos o cualesquiera lugares militares, y en campamentos y zonas de ejercicios, o consentir o tolerar tales conductas, y, asimismo, el consumo de las citadas sustancias fuera de dichos buques, aeronaves y lugares militares, cuando se realice vistiendo uniforme o públicamente cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, siempre que estas conductas no constituyan infracción más grave o delito.

21. Los actos con tendencia a ofender de obra a la Policía Militar en su función de agentes de la autoridad.

26. Ocultar o alterar ante autoridades o superiores el verdadero nombre, circunstancia o destino o hacer uso de documento que no corresponda al interesado.

27. La ausencia injustificada del destino en un plazo de veinticuatro horas a tres días de los militares profesionales y de cinco a quince días de los militares de reemplazo. El plazo se computará de momento a momento, siendo el inicial aquel en que el militar debía estar presente en el destino.

28. La ausencia injustificada de los alumnos del centro docente militar de formación y otros centros de formación, sin autorización, en el plazo de cinco a quince días. El plazo se computará de momento a momento, siendo el inicial aquél en que el alumno debía estar presente en el centro.

30. Destruir, abandonar, deteriorar o sustraer caudales, material o efectos de carácter oficial cuando por su cuantía no constituya delito, adquirir o poseer dicho material o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a terceros.

Otro de los bienes jurídicos protegidos por medio del derecho disciplinario es la neutralidad militar²⁴²³ y, como no podía ser de otra forma, los derechos y libertades de los miembros de las FAS también son guarnecidos por el Derecho disciplinario²⁴²⁴.

36. Quebrantar una sanción o medida preventiva disciplinaria o facilitar su incumplimiento.”

²⁴²³ Así, constituye falta leve:

“31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia.

32. Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Los militares de reemplazo deberán cumplir su obligación de respetar el principio de neutralidad política en los términos señalados por la Ley, sin perjuicio de que, fuera de los recintos, acuartelamientos, buques, bases, aeronaves y demás establecimientos militares, sin vestir uniforme, y durante el tiempo en que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los mismos, puedan realizar las actividades, políticas o sindicales, que deriven de su adscripción de una u otra índole, y siempre que las mismas no se lleven a cabo en relación, directa o indirecta, con sus compañeros o sus superiores, ni incidan, directa o indirectamente, en actos relacionados con el servicio, ni con las Fuerzas Armadas, su organización, estructura y misiones. (cuando no se trata de colaboración, sino que se da una afiliación a tales organizaciones políticas o sindicales se incurre en falta grave del artículo 8. 34).

33. Participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito.” (esta última conducta bien puede afectar a la neutralidad militar, bien a la disciplina, seguridad del Estado, etc.).

²⁴²⁴ Así, constituye falta leve:

“15. La inexactitud o descuido en la tramitación reglamentaria de las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados.

16. Corregir a un subordinado de forma desconsiderada.

17. Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas.”

Entre las faltas graves:

“13. Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio.

17. Impedir, dificultar o limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito, así como interceptar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados.”

23. Realizar actos que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave o delito.

35. No resolver en los plazos legales los recursos interpuestos ante sanciones impuestas por la comisión de faltas leves.”

Resulta también susceptible de provocar una sanción extraordinaria la conducta tipificada en el artículo 17. 7º:

“7. Realizar cualquier actuación que afecte a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, prevaliéndose de la condición de superior que se ostente, de la mayor antigüedad en el servicio, en las Fuerzas Armadas o en la unidad o destino, de

b) El sometimiento a los contenidos constitucionales modula la concepción de la disciplina misma

En tanto en cuanto la corrección disciplinaria supone una faceta fundamental de la concepción y realidad de la disciplina misma, es preciso tener en cuenta que el Derecho disciplinario queda muy modulado por la ley de leyes pues ésta lo somete a las diversas garantías y principios. Así tempranamente el Tribunal Constitucional afirmó que el régimen disciplinario militar ha de incorporar el sistema de valores constitucionales definidos básicamente por el respeto de los derechos y libertades²⁴²⁵ y la labor del máximo intérprete de la ley de leyes en materia disciplinaria castrense ha sido bien relevante²⁴²⁶,

superioridad física o de cualquier otra circunstancia análoga, cuando tal actuación no constituya delito.”

²⁴²⁵ Sentencia 21/1981, de 15 de junio, FJ 10º:

“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. Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión.

²⁴²⁶ La labor del Tribunal Constitucional respecto del Derecho disciplinario militar no ha sido abundante. En esta primera sentencia advirtió que la diferenciación entre el Derecho disciplinario y el penal no podía en modo alguno suponer una sustracción a las garantías del procedimiento (FJ 9º). Poco más tarde, en la sentencia 22/1982, de 12 de mayo, en especial en su FJ 2º se reiteraba que la distinción entre Derecho penal y disciplinario “no era decisiva” pues “cualquiera que sea la naturaleza que se quiera dar al procedimiento en virtud del cual la sanción disciplinaria se imponga, no resulta menos claro que el eventual sujeto pasivo de la sanción de privación de libertad tiene el derecho a interponer los oportunos recursos y en ellos el derecho de defensa, el de ser presumido inocente y el de utilizar todos los medios de prueba pertinentes y en general todas las garantías que reconoce el art. 24 de la Constitución.” En la misma línea la sentencia 44/1983, de 24 de mayo, en su FJ 1º volvió a reiterar la necesidad de extender las garantías del artículo 24 al derecho disciplinario, sin perjuicio que el artículo 24 esté orientado hacia el proceso penal y las reservas al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establecidas por el Estado español no cabía la indefensión en el marco disciplinario militar.

Más tarde, en el auto 389/1988, de 24 de marzo, en su FJ 2º se señalaba que el pase a la condición de disponible forzoso no era una sanción”, lo mismo que consideraba respecto de la

configurando la concepción constitucional de esta vertiente negativa de la disciplina militar.

En este sentido se ha afirmado que “La *ascendencia constitucional* ha sido fundamental en el ámbito disciplinario militar, desde su separación del orden penal hasta haber sentado los principios sobre los que habría de sentarse este nuevo ordenamiento sancionador.”²⁴²⁷ Así, en un primer momento la Ley orgánica 4/1985 de Régimen disciplinario de las FAS y la ahora vigente Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, sobre régimen disciplinario de las FAS, han supuesto importantes avances en la constitucionalización del Derecho disciplinario militar, sin perjuicio de algunos aspectos aún discutibles. En el Derecho disciplinario rigen en general las garantías que se dan en el ámbito penal, y con mayor motivo en el Derecho disciplinario militar en tanto en cuanto las sanciones provocan restricciones o privaciones de la libertad individual de los miembros de las FAS, lo cual exige una mayor aproximación a las garantías consagradas en el ámbito penal²⁴²⁸.

baja de quien está en período de prueba (auto 1247/1988, de 21 de noviembre FJ 2º). Posteriormente, en el auto 249/1992, de 25 de agosto se consideró que el hecho que el instructor de un procedimiento disciplinario fuera un funcionario inserto en el esquema necesariamente jerárquico no constituía un obstáculo para la garantía de la objetividad del procedimiento”.

En la sentencia 92/1995, de 11 de junio el Tribunal recordó la imperiosa exigencia de predeterminación normativa para el Derecho disciplinario militar, al igual que en la sentencia 270/1994, de 17 de octubre, y reconoció el derecho del recurrente a no ser sancionado dos veces por los mismos motivos y en razón de la protección del mismo interés jurídico en tanto en cuanto había sido expulsado del Ejército por medio de una sanción extraordinaria teniéndose en cuenta sanciones que habían sido ya canceladas por prescripción (FJ 8º).

También resulta bien relevante la sentencia 151/1997, de 29 de octubre con relación a la necesaria seguridad jurídica y predeterminación normativa de las conductas susceptibles de provocar la expulsión del Ejército. Aunque se trataba de un Tribunal de Honor militar, los argumentos esgrimidos en aquella sentencia bien valen para el ámbito disciplinario castrense (FFJJ 3º y 4º) en el que ubicaba la cuestión en Tribunal Constitucional, se atiende de forma concreta esta sentencia sobre el tema, *infra*.

²⁴²⁷ Así en la recapitulación del estudio DOMÍNGUEZ BERRUETA, Miguel y otros, “Reflexiones en torno al régimen disciplinario militar”, en *Constitución, policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 266-299, en concreto, pág. 297.

²⁴²⁸ En general, respecto del Derecho disciplinario militar y la proyección de las garantías constitucionales se han seguido BALADO, Manuel y CALONGE, Antonio, “La aplicación de los principios constitucionales al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...* cit. págs. 2435- 2478; ÁLVAREZ

Para el ámbito disciplinario militar quedan genéricamente reconocidas las garantías del principio de legalidad. Estas garantías se concretan tanto respecto de quién queda sujeto a las sanciones disciplinarias²⁴²⁹, quiénes pueden imponerlas²⁴³⁰, cuáles son tales sanciones²⁴³¹, cómo debe procederse para la aplicación de las mismas²⁴³² y, en especial, cuáles son las conductas típicas que se consideran sancionables²⁴³³.

Este último principio de tipicidad derivado del más genérico de legalidad se erige en un principio del todo central en el ámbito disciplinario militar, en tanto en cuanto excluye las remisiones en blanco o las normas tipificadoras incompletas así como el empleo de cláusulas generales y expresiones genéricas a la hora de regular la conducta sancionable. Resulta precisamente esta cuestión la más cuestionable desde los parámetros de la constitucionalidad²⁴³⁴. No

ROLDÁN, Luis y FORTÚN ESQUIFINO, Ricardo, *La ley disciplinaria militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986; ROJAS CARO, José, *Derecho disciplinario..*, cit.; MILLÁN GARIDO, Antonio, *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992; MONTULL LAVILLA, Eduardo, "La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas", cit.; NEVADO MORENO, Pablo, *La Función Pública militar*, cit. págs. 77-86 y 347-465, DOMÍNGUEZ BERRUETA, Miguel y otros, "Reflexiones en torno al régimen disciplinario militar", cit.

Ahora bien, resulta imprescindible remitir, una vez más, al excelente análisis sobre el particular de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. que dedica al Derecho disciplinario militar desde la perspectiva que aquí interesa buena parte del capítulo XI de su obra, en concreto las págs. 626-714..

En menor medida se atiende aquí al Derecho penal militar, que si bien protege la disciplina, se centra en el ataque a bienes jurídicos más concretos que el régimen disciplinario. La doctrina es muy abundante, entre los consultados se encuentran: RODRÍQUEZ DEVESA, J. M, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, (vol. 2), cit. apartado "Potencial Militar", págs. 1281 - 1309, MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Notas al Código Penal Militar y legislación complementaria*, Tecnos, Madrid, 1992, también véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F. , *Curso de Derecho Penal Militar Español*, (Tomos I y II), Bosch, Barcelona, 1990.

²⁴²⁹ Artículo 3 de la mencionada ley.

²⁴³⁰ Artículos 5 y 26 a 43.

²⁴³¹ Artículos 9 a 16 y artículo 18.

²⁴³² Artículos 44 a 66.

²⁴³³ Artículos 7, 8 y 17.

²⁴³⁴ Dado que en cualquier acción del militar en la marcha cotidiana de la vida militar puede menoscabarse la disciplina militar resulta extraordinariamente difícil tipificar con precisión las conductas sancionables así como perfilar el alcance de su gravedad de modo que sean consideradas desde una falta leve, a grave, sanción extraordinaria e incluso delito. En consecuencia se producen innumerables déficits de legalidad que no obstante, no siempre

obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido admisible la flexibilización del principio de legalidad en el ámbito sancionatorio militar para poderse acercar a las exigencias de la realidad militar. Ello no empece para que se dé una fundamental responsabilidad de los órganos que aplican el Derecho sancionador de aplicar las normas sancionadoras mediante una interpretación siempre acorde a los valores y derechos fundamentales del Estado democrático y con una

implican la vulneración inconstitucional de este principio. De un lado por cuanto resulta preciso acudir a normas no sancionatorias o penales para advertir de forma concreta si se produce una conducta sancionable. Así por ejemplo de modo general a toda las Reales Ordenanzas que establecen de modo genérico cómo debe ser la conducta del militar, las Reales Ordenanzas particulares de cada Ejército que fijan deberes concretos, también, por ejemplo, las normas que concretan cómo deben realizarse los ejercicios de orden cerrado, o los desfiles y actos militares, las normas de uniformidad y un largo etcétera.

Asimismo se producen no pocos problemas por cuanto la delimitación entre las normas disciplinarias y penales militares es un asunto ciertamente complejo y polémico, baste mencionar que existen comportamientos que aparentemente caben en el tipo de falta leve, de falta grave e incluso pueden ser incluidas dentro de un tipo penal. El criterio de distinción de la aplicación de uno u otro régimen correctivo es el de la gravedad de la actuación, trascendencia y resultado del hecho. Sería interminable exponer los casos en los que se da esta línea borrosa entre las faltas y los delitos militares. Baste, por ejemplo, consultar la Orden de 27 de mayo de 1986, que aporta las instrucciones para la aplicación del ya derogado Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, régimen dispuesto por la Ley Orgánica 12 / 1985, de 27 de noviembre. En esta Orden se aprecia la difusa línea que aveces separa la falta militar del delito, apelándose en los más de los casos a la mera gravedad y advirtiendo la tendencia a castigar como falta lo que podría considerarse delito.

Otro problema bien complejo que se da en las normas tipificadoras de las conductas sancionables es el de la indeterminación y vaguedad de las expresiones empleadas. Como mejor ejemplo paradigmático, que no único, de la indeterminación de los tipos disciplinarios se encuentra el apartado 34 del artículo 7º del Régimen Disciplinario Militar vigente (similar a la de la anterior ley), el cual tiene la función de recoger aquellas conductas que se pretendan sancionar y que no se acojan al resto de los apartados. Funciona a modo de *cajón de sastre*. Su tenor es el siguiente: (Serán faltas leves) “ 34. Las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar.”. La puesta en duda de la sujeción al principio de legalidad se encuentra, entre otros en GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina...” cit. , págs. 139 y ss. Respecto de los principios de legalidad y tipicidad en derecho disciplinario, véase ROJAS CARO, José, *Derecho disciplinario..* , cit. pág. 65 y ss, en especial las págs. 73 y 74 en el apartado referido a “Los peligros que acechan al principio de tipicidad”.

Quien suscribe, en su corta experiencia militar es conocedor que los mandos del Ejército rehusan del empleo de este precepto así como de otros que pudieran considerarse atentatorios a la predeterminación normativa por temor que, de llegarse a iniciar el procedimiento por falta grave, en razón de la acumulación de faltas leves (art. 8. 37º) fueran rehusados por los cuerpos jurídico-militares.

Desde una perspectiva tan crítica como rigurosa, sobre el tema, también, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 642-661.

suficiente fundamentación. En todo caso, dado que la motivación requerida en la aplicación de sanciones no es equiparable a la de las resoluciones judiciales, resulta preciso que en los mismos hechos se descubra que no se esconde consideración alguna contraria a los valores constitucionales. En especial esta posición se ha sostenido recientemente en la sentencia 151/1997 en la que se contiene una profusa argumentación sobre el particular, aplicable al Derecho disciplinario castrense²⁴³⁵.

²⁴³⁵ Como se ha señalado respecto de la actividad del Tribunal Constitucional respecto del régimen disciplinario militar la cuestión de la predeterminación normativa fue atendida en las sentencias 270/1994, de 17 de octubre y 92/1995, de 11 de junio. Sin embargo, resulta preciso acudir directamente a la extensa atención sobre el particular –siembre dentro del ámbito militar – llevada a cabo en la importante sentencia 151/1997, de 29 de octubre (capitán adúltero expulsado por un Tribunal de Honor). Buena parte de los argumentos del Tribunal merecen reproducirse:

“han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el “máximo esfuerzo posible” (sentencia 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, [...] *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.*

[...] *el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25. 1 CE 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* (sentencias 69/1989, fundamento jurídico 1.; 219/1989, fundamento jurídico 5.; 116/1993, fundamento jurídico 3.; 305/1993, fundamento jurídico 5.; 26/1994, fundamento jurídico 4.; 306/1994, fundamento jurídico 3.; 184/1995, fundamento jurídico 3.). *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, [...] 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.*

[respecto de conceptos como la dignidad militar en los tipos sancionadores, ya afirmada en la sentencia 270/1994, recuerda que] 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. Éste 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 art. 25 CE 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.*" (FJ 3º).

" En cuanto a [...] 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 CE.

En rigor, como hemos expuesto en la reciente sentencia 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" (sentencia 34/1986, fundamento jurídico 5.).

[...] 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, sentencia 111/1993), *el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad* (ya en la sentencia 62/1982; recientemente, sentencia 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* (sentencias 89/1983, 75/1984, 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. [...] y este criterio no es otro que la] razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (sentencias 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

También en el principio de legalidad se incluye la garantía del *principio non bis in idem*, esto es, no es posible ser objeto de una nueva sanción disciplinaria por los mismos motivos por los que fue castigado penal o sancionado disciplinariamente con anterioridad, siempre que se trate de proteger así los mismos bienes jurídicos por los que sancionó en la primera ocasión²⁴³⁶.

Del mismo modo que las garantías relativas al principio de legalidad, en el Derecho disciplinario militar resultan aplicables las garantías procedimentales reconocidas básicamente en el artículo 24

criterios lógicos, técnicos o de experiencia". De este modo, dicho en negativo, las afirmaciones anteriores, *no sólo vulneran el principio de legalidad 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.*

[...] los aspectos esenciales de la interpretación de la norma sancionadora realizada por el órgano administrativo o por el órgano judicial deben expresarse ex art. 24. 1 CE 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 art. 25. 1 CE en cuanto constitutivo de una extensión in mala 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 art. 25. 1 CE : supuestos en los que la motivación no "permite conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión" (sentencia 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 art. 25. 1 CE y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva."

²⁴³⁶ Artículo 4: "La iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido. El tiempo transcurrido desde el inicio de un procedimiento penal hasta la comunicación a la autoridad disciplinaria de su resolución firme no se computará para la prescripción de la infracción disciplinaria."

CE: garantía de la aplicación de un procedimiento, presunción de inocencia, derecho a ser informado de la acusación, derecho a que se practiquen las pruebas pertinentes, derecho al recurso, etc.

Hay quien no han dudado en expresar un gran temor por la entrada de las garantías constitucionales en la aplicación del Derecho disciplinario, puesto que arruinan su ejercicio. En este sentido Parada Vázquez afirma que en el ámbito de la Administración civil la disciplina administrativa “se muere” porque los superiores rehusan adentrarse en un procedimiento que enrarece el ambiente de trabajo y en la mayor parte de las veces las sanciones quedan anuladas por la justicia más tarde. Ello le lleva a preguntarse: “¿qué quedaría de la disciplina militar si para sancionar una falta leve hubiese que instruir un expediente disciplinario y suspender la ejecución de las sanciones hasta que un tribunal se pronunciase sobre su procedencia varios años después?”²⁴³⁷

Sin embargo, para tranquilidad del insigne profesor, hay que recordar una vez más, que la especialidad militar fundamentada en la eficaz defensa del Estado constitucional permite que no sea el mismo el alcance de las garantías constitucionales que pueda adquirir para el

²⁴³⁷ PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 16-17, cita de la pág. 17

“Ciertamente, es un problema grave cohonestar disciplina militar con garantías jurídicas, cada cual es libre para enfatizar en mayor medida uno u otro interés, ambos jurídicamente relevantes. Mi opinión, que vengo expresando las sucesivas ediciones de un manual (*Derecho Administrativo organización y empleo público*, Madrid, Marcial Pons), [...] es que los enormes progresos de las garantías previas y posteriores a la potestad disciplinaria han arruinado su ejercicio, pues los superiores jerárquicos responsables del buen funcionamiento del servicio y titulares de la potestad disciplinaria no parecen dispuestos a arrostrar las dificultades de instruir complejos procedimientos, así como los costes psicológicos y las eventuales responsabilidades jurídicas que conlleva sancionar a un inferior. Pero no sólo una opinión, es un hecho: nunca la indolencia y el incumplimiento funcional fue mayor y menor el número de los expedientes disciplinarios, y menos aún de sanciones que se imponen y que sobreviven a los recursos judiciales. Ni siquiera es éste un fenómeno español, si no de todos aquellos países que han levantado barricadas de procedimientos y recursos judiciales contra aquellos funcionarios dispuestos a ejercer su responsabilidad de sancionar a un inferior parece un castigo.”

ámbito de la Administración civil, lo cual provoca, por ejemplo, que no se den en la actualidad los peligros por él mencionados²⁴³⁸.

La proyección de las garantías constitucionales no tiene por qué darse en identidad con el Derecho sancionador civil y siempre que se fundamente constitucionalmente con una adecuada concreción –no recurriendo a aquéllas fórmulas empleadas usualmente por la jurisprudencia- basta con la preservación del contenido esencial de los derechos fundamentales del militar incurso en un procedimiento sancionador. Tanto el legislador como los operadores jurídicos deben afrontar adecuadamente su labor en esta materia, impulsando una armonización de la disciplina militar y la eficacia de las FAS con los principios y derechos constitucionales. El camino recorrido es mucho aunque siempre es posible mejorar la situación presente y existen magníficos estudios que marcan los cauces por los cuales debe avanzarse²⁴³⁹.

²⁴³⁸ En este sentido hay que estar en lo dispuesto en los artículos 67, 70 y 81 de la ley de régimen disciplinario militar. El régimen general es el de la ejecución inmediata de las sanciones el mismo día en que se notifique al infractor la resolución (art. 67), si bien cuando “no se cause perjuicio a la disciplina” es posible la suspensión de la sanción si media causa justa para ello (art. 70) y para el caso de sanciones por falta grave y extraordinarias hasta que se resuelvan los recursos, siempre que no se cause tal perjuicio a la disciplina. Esta regulación –semejante a la de la ley disciplinaria de 1985- ha sido muy criticada por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. , págs. 671-674, puesto que tal y como analiza con rigor es muy diversa a lo que sucede en otros ámbitos de la Administración, no obstante, a juicio de quien suscribe este régimen se encuentra justificado constitucionalmente y de lo contrario la eficacia de la defensa militar del Estado constitucional quedaría completamente en entredicho.

²⁴³⁹ Se hace referencia al mencionado estudio de David Blanquer sobre el particular. El rigor jurídico constitucional de su análisis merece ser desatacado, sin menosprecio de los demás estudios. Desde aquí no se comparten las consecuencias concretas de su crítica perspectiva en todos sus términos, sin perjuicio que su construcción jurídica sea inapelable en extremo alguno. Sin embargo, los márgenes de la interpretación constitucional permiten una mayor consideración del bien constitucional de la disciplina militar de modo que mitigue en alcance de las garantías constitucionales sin que sea preciso que el Derecho disciplinario hubiera de conformarse de forma idéntica al de la Administración civil. En todo caso, es precisamente este estudio la guía útil por la que avanzar en el terreno de la armonización de los derechos fundamentales con la disciplina militar.

Cabe señalar en último extremo, que precisamente no se acomete en este estudio un análisis profundo de la materia porque no podría más que reproducir buena parte de lo afirmado por este autor, lo mismo que sucede cuando se aborde el estatuto de derechos fundamentales del militar. Desde aquí se ha pretendido reforzar o matizar algunas de aquéllas consideraciones de aquel autor, subrayando aspectos que por no tratarse de su ámbito de estudio, sí lo son en el presente, como los relativos al siguiente epígrafe..

Lo que no cabe duda es que la ley de leyes impone una concepción de la disciplina bien alejada de épocas posteriores, y que desde los parámetros sociológicos dudosamente podría calificarse de “institucional”, sino más bien de “ocupacional”, en tanto en cuanto no se trata de un bien sagrado de los Ejércitos a preservar por encima de todo, sino de una exigencia funcional para la defensa militar del Estado constitucional que se puede y debe compatibilizar con el resto de los contenidos de la norma suprema.

III. La concepción de la disponibilidad del militar y la extensión del Derecho militar fuera del servicio bajo las exigencias constitucionales

Uno de los elementos básicos en el marco de la organización castrense es, como se vio, la concepción del servicio. Se trata de la idea de militar durante las veinticuatro horas del día, la plena disponibilidad y la afectación al servicio de todas las cuestiones propias de la vida del militar. Así, lo tradicional ha sido considerar la plena y absoluta disponibilidad del militar y su consideración permanente como tal, lo cual conlleva un sometimiento a un particular y específico estatuto más allá del estricto cumplimiento de los actos de servicio. Y lo que es más, se ha dado en muchas ocasiones una voluntad totalizadora de dirigir y controlar la vida del militar hasta en los aspectos más personales. Resulta de interés presente exponer la percepción del servicio castrense en el ordenamiento actual y la extensión del Derecho militar más allá de los actos de servicio. Como a continuación se aprecia, la materia es tan decisiva como compleja y la ley de leyes impone una serie de exigencias nada desdeñables.

A) EL MODELO DE PLENA DISPONIBILIDAD Y EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES A LA LUZ DE LA LEY DE LEYES

En las Reales Ordenanzas se dispone en su artículo 221 que “El militar de carrera en situación de actividad estará en disponibilidad

permanente para el servicio. El ejercicio de cualquier otro cargo o profesión estará limitado por el régimen de incompatibilidades fijado en las disposiciones vigentes.” La reciente ley 17/1999 de régimen del personal militar reitera para todo militar esta disponibilidad permanente y la necesaria adaptación del horario a las necesidades operativas y de funcionamiento. Sobre esta base, los derechos relativos a los permisos, vacaciones, etc. si bien están reconocidos, quedan supeditados a los intereses del servicio (artículo 154)²⁴⁴⁰. Del mismo modo, se reconoce la aplicación del régimen general de incompatibilidades de los funcionarios públicos, aunque se afirma su posible modulación conforme a la estructura y funciones específicas de las FAS (art. 153)²⁴⁴¹. Hay que recordar que el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades resulta una conducta sancionada como falta grave por la Ley de régimen disciplinario militar²⁴⁴². La

²⁴⁴⁰ Artículo 154: “1. Los militares profesionales estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Su régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas de las unidades y a las de funcionamiento de los centros y organismos.

2. Los militares profesionales tienen derecho a disfrutar los permisos y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de las Administraciones públicas, con las adaptaciones a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por el Ministro de Defensa. Las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos y licencias. Cuando las circunstancias lo exijan, el jefe de la unidad, centro u organismo correspondiente podrá ordenar la incorporación al destino.”

Artículo 218: “El militar tiene derecho a permisos periódicos, así como a los extraordinarios que por razones personales o familiares establezcan las disposiciones reglamentarias. En la determinación de la fecha de partida y duración se tendrán en cuenta las necesidades del servicio. Cuando las circunstancias lo exijan, el mando podrá ordenar la incorporación al destino.”

Artículo 219: “Todo militar de carrera tiene derecho a solicitar licencia por asuntos propios y a disfrutar licencia por enfermo cuando lo precise.”

²⁴⁴¹ Artículo 153: “Los militares profesionales están sometidos al régimen general sobre incompatibilidades establecido para el personal al servicio de las Administraciones públicas y adaptado reglamentariamente a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas.” La cuestión queda regulada, de forma genérica para la Administración pública –civil y militar– en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que en su disposición adicional quinta encomendaba al Gobierno a propuesta del Ministro de Defensa su adaptación a la estructura y funciones específicas de las FAS, aunque respetando el carácter básico de los preceptos contenidos en la ley. Esta tarea se acometió –con retraso– por medio del Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, sobre incompatibilidades del personal militar.

²⁴⁴² Artículo 8: “Son faltas graves: [...] 31º: El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades.”

idea de disponibilidad permanente se contiene también para los militares de reemplazo en la Ley reguladora del servicio militar de 1991²⁴⁴³.

Es así como se expresa normativamente la concepción del servicio por la que ha optado nuestro legislador. Desde el punto de vista constitucional cabe señalar que esta opción por la plena disponibilidad en modo alguno puede reputarse inconstitucional, cuanto menos en general. Ello es así porque puede vincularse con la preferencia por una concepción de la profesión militar congruente para alcanzar una mayor eficacia de las FAS. En el caso del régimen de incompatibilidades pueden entrar en juego otros factores no contrarios a la Constitución que pueden justificar un tratamiento diferente del militar respecto de otros funcionarios públicos, como pueda serlo favorecer la integración social de los miembros de los Ejércitos, como más tarde se aprecia. Ahora bien, es menester operar algunas advertencias que se suscitan sobre el tema.

En primer lugar, las particularidades del régimen de permisos y licencias que puedan darse en la organización militar deben responder a las necesidades del servicio, esto es, justificarse en razón de la eficacia de las FAS en tanto que diversas circunstancias –como las necesidades operativas de la unidad en un momento concreto- pueden condicionar tales permisos y licencias. Lo que no resulta admisible es hacer un uso desviado de tales permisos y licencias como pudiera ser

²⁴⁴³ Artículo 25: “1. Los militares de reemplazo estarán en disponibilidad permanente para el servicio. El horario habitual de sus actividades estará basado en una distribución racional de los tiempos de trabajo y descanso y adaptado a las necesidades del servicio en las Fuerzas Armadas.

2. El Ministro de Defensa determinará los criterios generales a los que deben ajustarse el régimen general de horarios y de guardias y servicios, las normas de permanencia en las unidades y la regulación de permisos de carácter ordinario y extraordinario.

3. Sin perjuicio de su permanente disponibilidad, los militares de reemplazo que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los acuartelamientos, buques y bases para realizar guardias, servicios, prácticas de instrucción o adiestramiento o por estar sujetos a medidas disciplinarias, podrán ser autorizados a ausentarse de ellos desde la finalización del horario de actividad hasta la hora de comienzo de las actividades del día siguiente.

4. Los soldados y marineros, cuando no estén de servicio, no estarán obligados a vestir de uniforme fuera de los acuartelamientos, buques y bases ni al entrar o al salir de los mismos.”

que por medio de las mismas se estableciesen sanciones encubiertas al margen de un procedimiento disciplinario. En la actual ley de régimen disciplinario no se contempla -como en la anterior- la sanción consistente en la privación de permisos discrecionales hasta un mes (art. 10 de la ley de 1985). Sí era admisible esta sanción desde la perspectiva constitucional, siempre que se llevara a cabo siguiendo el procedimiento establecido. Lo que no es admisible es calificar como necesidades del servicio lo que no sería más que una sanción encubierta por la vía de hecho²⁴⁴⁴.

En segundo lugar, por cuanto al régimen de incompatibilidades del militar²⁴⁴⁵ desde la perspectiva constitucional hay que señalar que el régimen distinto respecto del resto de los funcionarios públicos supone un trato diferente que en su caso pudiera suscitar la atención desde el principio de igualdad, tal y como aquí se sostiene. Y ello no provoca una extrema dificultad, sino que obliga a nuestros poderes públicos a poner en práctica que en el Estado democrático el poder se sostiene sobre las buenas razones, no contrarias a los contenidos constitucionales. Así, la fundamentación para sostener un régimen de incompatibilidades del militar que guarde diferencias con el de otros funcionarios debe nutrirse de argumentos tocantes a la propia función que desempeñan las FAS o, como se ha señalado, factores no contrarios a la Constitución como pudiera serlo la búsqueda de la integración social del profesional militar si se le permite en mayor o menor medida desarrollar trabajos al margen de su profesión. Las opciones de los poderes públicos son muchas, pero no ilimitadas.

²⁴⁴⁴ Tales argumentos se reiterarán respecto de la provisión de destinos del militar. Desde la perspectiva que ahora se atiende, en concreto, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 627-628.

²⁴⁴⁵ Como se ha señalado, la materia esta regulada de forma genérica por medio de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en particular para las FAS por medio del Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, sobre incompatibilidades del personal militar.

Como es obvio, la perspectiva del presente estudio excluye atender este régimen más allá del punto de vista constitucional. Sobre la materia desde la perspectiva propiamente administrativa, por todos, NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. págs. 335-347.

Lo que quedaría excluido desde la perspectiva de la ley de leyes sería que las verdaderas motivaciones de un régimen de incompatibilidades diferenciado residieran en valores contrarios a la Constitución. Así, de reconocerse una mayor posibilidad de trabajar para el militar, no podría admitirse que se considerase que los militares son personas que requieren mayores ingresos que otros funcionarios porque deben sostener a sus familias con una dignidad superior a la de otras personas²⁴⁴⁶. Tampoco sería admisible un régimen de incompatibilidades distinto del resto de funcionarios fundamentado en que algunos trabajos resultan incompatibles con la alta dignidad de la función armada, en tanto que los militares fueran más dignos que los servidores civiles. Cuestión distinta es que en razón de la particularidad de la función militar, quienes deban llevarla a cabo hayan de gozar de una respetabilidad social distinta que otras personas para que no se deteriore la confianza social en las FAS y, de otra parte, no se minen las relaciones en el seno de los Ejércitos. El planteamiento, pues, es distinto al anterior, no se trata de una persona más digna que otra, sino exigencias a favor de la defensa militar. La cuestión no es tan extraña como pudiera pensarse, cabe imaginar, por ejemplo que resulte preciso la limitación del ejercicio de la prostitución por un militar de forma pública, un supuesto nada irreal²⁴⁴⁷. No se trata, pues, de legitimar un honor militar de rancia procedencia, sobre el que versará el estudio más adelante.

²⁴⁴⁶ Así se desprende -indirectamente- de lo afirmado en la sentencia 54/1983, de 21 de junio, FJ 4º: "la conveniencia de que el militar goce de independencia económica que le permita mantener dignamente su status ha de ser reconocida también a los funcionarios civiles y a todos los ciudadanos."

²⁴⁴⁷ Se hace referencia a la muy reciente sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo relativa a la expulsión de una agente del Cuerpo militarizado de la Guardia Civil que ejercía la prostitución en un local público. Dicha resolución confirmaba la sanción muy grave por "observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Institución". El Tribunal, cabe significarlo, subrayó que la disposición del propio cuerpo de forma remunerada por la agente "no tendría trascendencia disciplinaria si no fuera porque, como se aprecia en nuestro caso, esa actividad particular se exteriorizó con la venta pública de su cuerpo, en un establecimiento dedicado a la prostitución", de ahí que la privacidad de la vida sexual de la agente quedaba desestimada para la Sala. Esta sentencia no ha podido ser contrastada más que por la información periodística: "El Tribunal Supremo ratifica la expulsión de una guardia

En tercer lugar, cabe señalar que la plena disponibilidad del militar, implica un límite justificado de la libertad de residencia y circulación reconocido en el artículo 19 CE²⁴⁴⁸. No en vano, para el caso que sea preciso requerir al militar es necesario que este sea localizable y pueda acudir en un término razonable a su unidad –incluso cuando se encuentre de permiso-. Así se comprenden las exigencias prescritas en el artículo 175 de las Reales Ordenanzas²⁴⁴⁹ El mismo Tribunal Constitucional –aun indirectamente- ha admitido este tipo de razonables restricciones a los derechos reconocidos en el artículo 19 CE²⁴⁵⁰.

civil porque se prostituía”, en *La Vanguardia*, 2 de diciembre de 1999, noticia a cargo de Fernando García.

²⁴⁴⁸ Artículo 19: “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.”

²⁴⁴⁹ Artículo 175: “El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino. Por circunstancias atendibles podrá autorizársela a fijarlo en otro distinto, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones. Dentro del territorio nacional podrá separarse de la localidad de su destino con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella.

Para salir al extranjero, además de observar las mismas prescripciones que el resto de los ciudadanos, deberá disponer de autorización de sus superiores. En todos los casos tendrá la obligación de comunicar en su destino el lugar de su domicilio habitual o eventual, con objeto de que pueda ser localizado si las necesidades del servicio lo exigen.”

Este régimen, en todo caso, no es muy diferente del establecido para los funcionarios civiles en virtud del artículo 77. 1º de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

²⁴⁵⁰ Se trata del auto 191/1991, de 17 de junio, en el que un médico militar aducía la vulneración del artículo 19 CE, entre otros, por obligarle a ser militar limitando su derecho a elegir domicilio. Aunque el Tribunal no atiende prácticamente esta alegación, su fundamentación no es del todo adecuada, pues señala que “El desempeño de su actividad como Médico de la Armada en el destino asignado por la superioridad es propio del estatuto funcional del recurrente, *libremente asumido* por él al acceder a la profesión militar.” (FJ 4º). Esto es, la justificación de la limitación del derecho de residencia en la voluntad, cuando por el contrario, estas limitaciones no residen en la voluntad del sujeto, sino en las objetivas necesidades de la defensa. Sobre el tema de la voluntad se volverá, no obstante, baste señalar que no parece suponer problema alguno para el Tribunal Constitucional la limitación del artículo 19 CE para los funcionarios, en este caso, militares.

B) UNA CUESTIÓN DE MAYOR ENJUNDIA: LA ATRACCIÓN HACIA
EL ORDENAMIENTO CASTRENSE DE LAS ACTIVIDADES AL
MARGEN DEL SERVICIO

Un elemento que se deduce decisivo para conformar una Administración verdaderamente todopoderosa para el sujeto militar es la posibilidad de que la vida al margen del servicio pueda ser atraída hacia el marco del ordenamiento castrense. Se trata, pues, de la posibilidad de aplicar restricciones a los derechos y libertades del militar más allá de su actividad como tal. Como a continuación se expone, el ordenamiento castrense atrae para sí no pocas conductas que se desarrollen al margen de los estrictos actos de servicio alcanzando incluso los ámbitos más íntimos de la vida privada. Y ello en sí no es en modo alguno inconstitucional, si bien la ley de leyes impone que esta atracción se vincule a la eficacia de la defensa militar, o a otros bienes constitucionales como pueda ser la necesaria neutralidad política constitucionalmente exigible al servidor de armas.

De modo general, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste”²⁴⁵¹. Asimismo, constitucionalmente es preciso que las consecuencias de esta atracción hacia el ordenamiento militar de la vida del militar más allá de su actuación como tal en tanto comporten una limitación de sus derechos y libertades o un trato diferenciado del militar sean siempre proporcionadas.

La cuestión, cabe advertir no es exclusiva del ámbito militar; en otro lugar he tenido la ocasión de analizar este fenómeno en el ámbito educativo, por cuanto a los alumnos y profesores²⁴⁵². En este sentido

²⁴⁵¹ Sentencia 234/1991, de 10 de diciembre (FJ 2º).

²⁴⁵² Cita los dos trabajos, el primero respecto de los docentes, con singular atención de la extensión del régimen disciplinario a los docentes para su vida privada, en especial durante el régimen de Franco. En el segundo se atiende la cuestión con mayor profundidad para el

baste recordar la posibilidad de que el régimen disciplinario del alumno sea aplicable respecto de conductas perpetradas fuera del recinto escolar, si bien en este caso se exige que las correcciones deben estar “motivadas o directamente relacionadas con la vida escolar y afecten a sus compañeros o a otros miembros de la comunidad educativa”²⁴⁵³. Como se dirá, éste es el criterio básico que debe imperar para que el Derecho disciplinario militar se extienda fuera de los actos de servicio y las conductas fuera de los recintos militares. Respecto del docente en un colegio privado, el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar “que las actividades o la conducta *lícita* de los profesores al margen de su función docente en un centro docente dotado de ideario propio pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una violación de su obligación de respetar tal ideario o, dicho de otro modo, como una actuación en exceso del ámbito de libertad de enseñanza que la Ley les otorga”²⁴⁵⁴.

Pues bien, volviendo al ámbito castrense, en primer lugar parece aconsejable detenerse aun someramente en una particular restricción de un derecho fundamental como lo es el derecho al matrimonio de los servidores de armas.

caso de los alumnos, no sólo por cuanto a la aplicación del régimen disciplinario para conductas fuera del centro escolar y las actividades académicas, sino también, se atiende la posibilidad de exigir a los alumnos conductas fuera de lo escolar, como imponerles asistir a una manifestación. Este último aspecto no ha sido visto con buenos ojos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del Asunto Valsamis c/ Grecia, de 18 de diciembre de 1996, repetido en Efstratiou vs. Grecia, del mismo día.

²⁴⁵³ Así, por ejemplo, el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan los Derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia, para la enseñanza no universitaria, en su artículo 46.

²⁴⁵⁴ FJ 11º de la sentencia 5/1981, de 13 de febrero. Esta posición del Tribunal fue adecuadamente confrontada por el voto particular emitido por el Magistrado Diez Picazo, que, en lógica, afirmó que la vida privada del docente no tenía por qué entrar en el ámbito de la confrontación de intereses en juego. Únicamente la vida privada entraría en la medida que el docente la introdujera en el ejercicio de su función, un criterio semejante será también en que haya de imponerse en el ámbito militar.

a) *Las limitaciones del derecho fundamental al matrimonio, un ejemplo del totalitarismo de la Administración militar del pasado inadmisibles en el presente*

En el pasado, para contraer matrimonio el militar, éste quedaba sometido a una serie de limitaciones que recaían en ocasiones sobre la tropa y, en especial, sobre los oficiales y los alumnos de Academia. Era preciso obtener una licencia o permiso previo para el enlace, la cual se obtenía a partir de unos informes elaborados por la Guardia Civil relativos al cumplimiento por los contrayentes de una serie de requisitos²⁴⁵⁵. Al margen de requisitos económicos, cabe señalar la moralidad y catolicidad de la novia, que no podía ser extranjera. Algunos autores, como Castro Lucini justificaban estas limitaciones por “la propia esencia de la institución armada, que imprime carácter en sus miembros. Se recuerda la necesidad de que éstos se hallen siempre y en todo caso dispuestos material y moralmente para arrostrar las vicisitudes y riesgos propios de la guerra y de su carrera; la conveniencia de que puedan presentarse ante la sociedad con el decoro que corresponde al puesto que en ella ocupan, etc.” Además este autor señalaba que eran admisibles estas limitaciones para “los

²⁴⁵⁵ La limitación del matrimonio por militares ha sido tradicional, un medio de control totalitario sobre los miembros de las FAS. Se daba desde bien antiguo a salvo del paréntesis del Decreto 21 mayo 1873 (*Gaceta de Madrid* de 22 de mayo) que suprimió la licencia.. Para los oficiales, el Real Decreto de 27 de diciembre de 1901 exigió tener más de veintiún años y acreditar una renta similar a la de capitán. También se limitaba a la tropa y a los alumnos de las academias. Para la tropa cesó esta limitación por el artículo 4 de la ley de 8 de agosto de 1940 y los artículos 32 y 402 del Reglamento de 6 de abril de 1942, manteniéndose la prohibición absoluta para los miembros de academia.

Según la Ley de 23 de junio de 1941 la novia debía ser española de origen, hispanoamericana, filipina o nacionalizada en España, católica y no divorciada y, como se ha señalado de la normativa anterior, el novio debía estar en posesión del empleo de Capitán o acreditar con recursos similares a los haberes de capitán. La Ley de 13 de noviembre de 1957 y la Orden de 27 de octubre de 1958, flexibilizó estos requisitos con la posible dispensa de la nacionalidad de la contrayente y ampliando las nacionalidades portuguesa o brasileña.

Sobre el tema, cuanto menos para atender su iter histórico cabe remitirse al trabajo de CASTRO LUCINI, Francisco, “El matrimonio de los militares”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 10, julio-diciembre de 1960, págs. 113- 133.

militares que voluntariamente han aceptado formar parte del Ejército²⁴⁵⁶.

Una vez más advertirá el lector lo extremadamente peligroso que resulta justificar las particularidades del Ejército con la mera alusión de la naturaleza de la Institución militar y recursos de tipo semejante. El dato del pasado revela un verdadero carácter totalitario de la Institución militar sobre el miembro de las FAS en modo alguno admisible en el modelo constitucional de los Ejércitos. Afortunadamente, en un sistema constitucional no caben la mayoría de aquellos argumentos y las Reales Ordenanzas suprimieron la licencia previa para contraer matrimonio. Hoy únicamente se exige una razonable comunicación al jefe que queda justificada por tratarse de una información pertinente para tener en cuenta la modulación de la plena disponibilidad del militar en el futuro por razones familiares. Sin embargo, aún se prevé la limitación del matrimonio por “circunstancias extraordinarias”²⁴⁵⁷.

No cabe duda que las cargas familiares, en modo alguno vinculadas al matrimonio, pueden afectar a las necesidades de la defensa, baste remitir a la posición sostenida respecto de la maternidad militar. Sin embargo, esta afectación a las necesidades de la defensa no tiene salvo casos muy extraordinarios entidad alguna para limitar el derecho fundamental a contraer matrimonio²⁴⁵⁸. A mi

²⁴⁵⁶ *Ibidem* págs. 122-123.

²⁴⁵⁷ El artículo 183 de las Reales Ordenanzas dispone que: “El militar podrá contraer matrimonio y fundar una familia, sin que el ejercicio de este derecho requiera autorización especial, ni pueda ser limitado, salvo en circunstancias extraordinarias previstas en las leyes. Será preceptivo, no obstante, dar conocimiento a su jefe de haberlo efectuado.”

Orden Ministerial de 30 de junio de 1979, sólo mantenía la exigencia de comunicación a quien ejerciera el mando de la Unidad, Buque, Academia o Centro militar en el que estuviera destinado el contrayente.

²⁴⁵⁸ Artículo 32. 1: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.” Pese a no tratarse de un derecho fundamental especialmente protegido con la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo (artículos 81 CE y 53. 2º CE) el derecho al matrimonio es un derecho fundamental. La reserva de ley orgánica no rige para él, en virtud del entendimiento del Tribunal Constitucional de la reserva del artículo 81 CE, por lo cual queda fuera de debate el problema de la inconstitucionalidad formal de las Reales Ordenanzas por no ser una ley orgánica a la hora de desarrollar los derechos fundamentales de los militares.

juicio, resulta admisible esta reserva de “circunstancias extraordinarias” que pudiesen exigir, en aras de la eficaz defensa militar del Estado, la limitación del derecho fundamental a contraer matrimonio²⁴⁵⁹. Ahora bien, habrían de ser absolutamente extraordinarias, como por ejemplo para supuestos de guerra, militares del mayor rango y contrayentes de un país enemigo. En modo alguno estas circunstancias extraordinarias podrían referirse a los alumnos de una academia militar como se dio el caso, una vez vigente la ley de leyes²⁴⁶⁰.

Una vez atendido este caso particular es momento de atender la cuestión fundamental, la afectación del Derecho disciplinario o penal militar respecto de las conductas llevadas a cabo al margen del servicio.

b) Los actos de servicio y el lugar de la conducta del militar

Interesa en especial conectar la concepción del servicio con el alcance del derecho punitivo y sancionatorio fijado en las normas castrenses. No pocas de las conductas sancionables pueden ser cometidas fuera de los estrictos actos de servicio. El Código Penal Militar, en su artículo 15 señala que “A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente les corresponde.” Respecto

²⁴⁵⁹ Artículo 32. 1: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.” Pese a no tratarse de un derecho fundamental especialmente protegido con la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo (artículos 81 CE y 53. 2º CE) el derecho al matrimonio es un derecho fundamental. La reserva de ley orgánica no rige para él, en virtud del entendimiento del Tribunal Constitucional de la reserva del artículo 81 CE, por lo cual queda fuera de debate el problema de la inconstitucionalidad formal de las Reales Ordenanzas por no ser una ley orgánica a la hora de desarrollar los derechos fundamentales de los militares.

²⁴⁶⁰ En la Instrucción de 4 de octubre de 1979 se declaró como caso incluido en dichas “circunstancias extraordinarias” a los alumnos de Academias y Escuelas militares a los que había de aplicarse la Ley de 1957, por lo que si contraía matrimonio era inmediatamente dado de baja. Esta instrucción, amén de no ser vigente, debe considerarse completamente inconstitucional tanto por el fondo como por la forma.

de los actos de servicio, la vigencia del ordenamiento militar no suscita ningún género de dudas. De otra parte, cabe recordar que se tipifica como falta grave “Ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenas al servicio” (8. 16º de la ley de régimen disciplinario) lo cual sirve como criterio de algún modo definitorio de la escisión entre lo que constituye el servicio y lo que no.

Sin embargo, una cuestión más difusa consiste en la atracción hacia el Derecho militar de las conductas en virtud del lugar en el que se producen. Son susceptibles de ser atraídas por el ordenamiento militar numerosas actividades ajenas a los actos del servicio y en este sentido la circunstancia espacial es un criterio del todo relevante. Así, que la conducta se produzca en un establecimiento militar atrae para el ámbito castrense la práctica totalidad de las acciones que allí sucedan. Como a continuación se concreta, ello sólo se justifica cuando las conductas se producen en recintos militares aunque no se trate de actos de servicio en tanto en cuanto los bienes jurídicos que deben protegerse por medio de las normas penales y disciplinarias castrenses queden afectados y esta afectación se produce en la práctica mayoría de las ocasiones. Se trata, pues, que se vincule la circunstancia espacial del establecimiento militar con los bienes jurídicos conectados con las necesidades de la defensa militar y la eficacia de las FAS: la disciplina militar, la seguridad, el orden, la dignidad o el honor militar –en tanto conectados razonadamente con las necesidades de la defensa-, etc. O bien, que esta conexión se produzca respecto de otro bien jurídico como la neutralidad militar, de modo que toda actividad política o sindical en el marco de los recintos militares queda atraída por el Derecho militar.

Más tarde serán concretadas estas aseveraciones. Resulta aconsejable determinar cómo se articulan y perciben jurídicamente las actividades del militar desde esta circunstancia espacial, respecto de la que cabe advertir toda una gama de variables:

- actos de servicio, que bien pueden acometerse dentro o fuera de los recintos militares y en uno u otro casos deben quedar en el marco del Derecho militar

- conductas fuera del servicio llevadas a cabo en recintos militares, como por ejemplo en la cantina o en los lugares de esparcimiento o de pernocta en un acuartelamiento

- actividades fuera de los establecimientos militares pero en el marco de las viviendas militares, en el entendido que no se trate ya directamente de establecimientos militares. Pongamos por caso las relaciones de vecindad de miembros de las FAS y sus familias que desarrollan su vida diaria en gran cercanía espacial.

- conductas que se llevan a cabo en espacios públicos distintos de los anteriores

- y, por último, las acciones que tienen lugar en lugares privados. Entre éstos es relevante, por ejemplo, que se trate de un lugar comercial o un domicilio particular.

Se suscitan, sin duda, de cuestiones muy conflictivas y no sencillas de orientar jurídicamente, si bien, el marco constitucional impone diversas exigencias al respecto.

En principio cabe partir de la premisa que sólo en el caso de los actos de servicio y de las conductas en recintos militares la atracción por el Derecho militar es el punto del que partir, si bien caben excepciones. Por el contrario, cuando se trate de conductas llevadas a cabo en otros espacios habrá que atender otros factores y, obviamente al contenido mismo de la conducta en cuestión y su afectación a los bienes jurídicos que el ordenamiento militar protege.

La atención de la significación jurídica del establecimiento militar no ha pasado en modo alguno inadvertida para la doctrina y la jurisprudencia. Como recuerda López Benítez²⁴⁶¹, el alemán Mayer atendió de forma exhaustiva la centralidad que adquiere el “establecimiento público” a la hora de sujetar a las personas a un

²⁴⁶¹ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. págs. 74 y ss.

régimen particular. Mayer definió el establecimiento público como “el conjunto de medios, materiales o personales, que en manos de un portador de la Administración pública están destinados a servir de manera permanente a un interés público determinado”²⁴⁶². En nuestro caso no cabe duda del interés público que se trata, el de la defensa militar. Pues bien, para Mayer la propiedad del Estado de estos establecimientos parece justificar en primer término unas muy completas posibilidades de conformación por el Estado de las relaciones que deben darse en su seno. Por tanto, la propiedad es el título –aparente- que justifica la sujeción a un estatuto particular que limita la libertad a todo aquél que se sitúe en dicho establecimiento. Tal sujeción especial no parte de un acto jurídico, sino del simple hecho material de la entrada efectiva en el círculo del establecimiento que determina una “toma de posesión” (*Ausnahmezustände*) por el Estado de la persona. Se produce una “cosificación” “el individuo se somete al derecho, que pertenece a la empresa, de ser dueña en su casa”²⁴⁶³. Para el alemán, en términos extremos, integrarse en la “gran máquina” de la empresa administrativa convierte a la persona en “objeto”²⁴⁶⁴. Ahora bien, Mayer insiste en que es el fin de la Administración concreta (*Zweck*) el parámetro continuo de referencia que sólo legitima las minoraciones estrictamente necesarias de quienes se encuentran en el establecimiento para que se culmine este fin²⁴⁶⁵.

²⁴⁶² MAYER, Otto, *Deutsche Verwaltungsrecht*, cit. vol. II. Pág. 28, citado por LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. pág. 74.

²⁴⁶³ *Ibidem* vol. IV pág. 208, cit. en pág. 78.

²⁴⁶⁴ “el poder que regula el orden interno del establecimiento público, se apodera no solamente de aquel que se propone aprovechar de las ventajas de él, sino también de toda persona que en esta ocasión, se presente para hacer una visita a un enfermo, etcétera” (*Ibidem* IV pág. 210, cit. pág. 78) “Es necesario que esa persona haga concordar su conducta con la marcha reglada de la empresa y ello, no en virtud de una obligación contractual que se habría impuesto, sino porque la actividad vital de la empresa que lo ordena es jurídicamente superior. Es preciso que adapte su conducta personal a ella; con el empleo de la fuerza de los agentes de la empresa están siempre dispuestos a suprimir todo movimiento arbitrario” (*Ibidem* IV pág. 208 cit. pág. 79).

²⁴⁶⁵ “En virtud de esa relación de sujeción no puede imponerse a los individuos comprendidos en aquélla más que las cargas y restricciones que tienen por fin adaptarlos y someterlos al interés de la buena marcha de la empresa, tanto en cuanto a sus personas como en cuanto a sus bienes, y en tanto hayan entrado en ella” (*Ibidem* IV pág. 210, cit. pág. 79).

Pues bien, en otro lugar he tenido la ocasión de señalar mi percepción de la técnica jurídica de la “relación de especial sujeción” de la cual fue artífice el alemán Mayer, una técnica tradicionalmente aplicada a los militares que pierde su sentido y su significación completa en un Estado constitucional²⁴⁶⁶. Con la misma se legitimaba algo que insistentemente se ha afirmado que repulsa quien suscribe: evitar la carga de buenas razones para limitar un derecho fundamental. Ahora bien, ello no empece para que haya que acoger buena parte de los argumentos del alemán respecto de la significación del establecimiento. Fuera de justificaciones basadas en la propiedad del Estado de los medios militares, tal y como aquí se ha sostenido desde un inicio y también señalase Mayer, son las finalidades de las FAS y todos los bienes jurídicos dignos de protección conectados con estas finalidades el elemento básico, el punto de partida de las limitaciones de los derechos tanto de los militares como de los civiles, así como el principio de neutralidad política con el alcance constitucionalmente admisible del mismo. Y lo cierto es que tales bienes jurídicos quedan afectados razonablemente en la inmensa mayoría de las ocasiones en las que una conducta se produce en un establecimiento militar.

En consecuencia, toda conducta en un establecimiento castrense en principio puede afectar a estos bienes jurídicos, que implica una *vis atractiva* del ordenamiento militar sobre ellas. Sin embargo, el dato del espacio físico no es determinante puesto que tiene que quedar conectado con tales bienes jurídicos que garantiza el Derecho militar. En este sentido cabe recordar que el Tribunal Constitucional excluyó del ámbito estrictamente castrense de la jurisdicción militar las

²⁴⁶⁶ COTINO HUESO, Lorenzo, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época) nº 55, 2000 (I), págs. 355-388. Al respecto de la categoría de las relaciones de especial sujeción, resultan básicos los estudios de GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción...* cit.; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994 y LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

torturas de presuntos terroristas cometidas por la Guardia Civil en dependencias de este cuerpo. No importa ahora que el benemérito cuerpo no forme parte de las FAS, ni que la cuestión fuese relativa al ámbito jurisdiccional; lo relevante es que el Tribunal señalase que se trataba de actuaciones no vinculadas con el artículo octavo de la Constitución, sino de la seguridad pública del artículo 104 CE, por lo que se trataba de bienes jurídicos que nada tenían que ver con los relativos al Derecho militar. De este modo, se pone de manifiesto que no todo lo que se produzca en un establecimiento militar queda por necesidad atraído por el ordenamiento castrense, sino que caben excepciones²⁴⁶⁷.

La jurisprudencia constitucional también ha prestado concreta atención a la relevancia del “establecimiento militar”, en la sentencia 101/1991, de 13 de mayo²⁴⁶⁸. Por lo que ahora interesa²⁴⁶⁹ el Alto

²⁴⁶⁷ Sentencia 75/1982, de 13 de diciembre: “La cuestión se trata que se cometieron en lugar militar Es, en consecuencia, evidente su finalidad de limitar la jurisdicción militar al “ámbito estrictamente castrense” a que se refiere el art. 117. 5 de la Constitución y de acuerdo con éste sólo puede interpretarse en el sentido de que *ratione loci* la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan “contra cualquier persona”, sea militar o paisano. La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puedan afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas, y ha de entenderse siempre, con arreglo al citado art. 117. 5 de la Constitución que queda restringida a los casos en que existan esos motivos [...] “en cuanto al servicio, no es tampoco perceptible, por cuanto precisamente el que realizaban los miembros de la Guardia Civil presuntamente responsables del delito objeto de la causa criminal era un servicio de policía, es decir, un servicio que con arreglo a la legislación vigente supone de ordinario la pérdida del fuero militar.” (FJ 4º).

²⁴⁶⁸ El Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo de la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que remitía a la determinación reglamentaria “lo que haya de entenderse por establecimientos militares”, puesto que en virtud del apartado primero de dicha disposición se prohibía la actividad sindical en los mismos. No se discutía la prohibición del párrafo primero, sino que tal remisión vulneraba la reserva de ley orgánica del art. 81. 1 de la CE en relación con los arts. 53. 1 y 28 de la misma. No obstante no lo consideró así el Tribunal Constitucional. De un lado reconoció que para excluir del ejercicio de la actividad sindical un ámbito local como lo es un establecimiento militar sí se precisa ley orgánica. No obstante, de otro lado considera que pese a la pobre remisión de la ley al reglamento, no debe considerarse inconstitucional si se atiende el concepto “establecimiento militar” de forma sistemática y finalista con el resto de las leyes vigentes; pues, si así se hace, el normador reglamentario no tendría una inconstitucional libertad para determinar el alcance que la ley orgánica le habilita.

Tribunal advirtió la importancia que adquiere concretar cuáles son estos “establecimientos” si de ello depende el alcance de la protección de los derechos fundamentales²⁴⁷⁰. Aún es más, señaló que la expresión de “establecimiento militar”, adolece de cierta indeterminación y que en tanto en cuanto sea punto de referencia de la limitación de un derecho fundamental hay que estar por la finalidad buscada que legitima tal limitación²⁴⁷¹. Es decir, el Tribunal

²⁴⁶⁹ Cabe recordar que se abstraen ahora los argumentos más allá del concreto debate ahí suscitado, la quiebra de la reserva de ley orgánica.

²⁴⁷⁰ “la restricción del derecho de libertad sindical que contiene la Disposición adicional tercera de la LOLS tiene un alcance meramente locativo o geográfico que no impide el ejercicio del derecho a la actividad sindical que los trabajadores o sus sindicatos decidan realizar, en lugares distintos al interior de los establecimientos militares, y, por ello, la prohibición para realizar en estos locales tal clase de actividad no es elemento necesario cuya ausencia afecte a la libertad sindical, [...] A pesar de todo ello, esa argumentación tendría que ceder ante la consideración de que la especial protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre la que se incluye la reserva de Ley orgánica, comprende tanto el conjunto de facultades de actuación que son necesarias para que el derecho o libertad sean reconocibles como tales en la medida en que, de la posibilidad de su ejercicio, dependa ineludiblemente su real, concreta y efectiva protección, es decir, el conjunto de facultades que integran el llamado contenido esencial o núcleo irreductible del derecho, como todas aquellas otras facultades que la Ley, más allá de ese contenido esencial, conceda a los titulares del derecho o libertad, las cuales, de esa forma, quedan incorporadas al derecho o libertad con el beneficio de la protección especial que éstos merecen [...] Por ello, la materia sobre la cual recae la remisión normativa objeto del recurso, afecta directamente a la libertad sindical y, por consiguiente, su regulación est reservada a Ley Orgánica, de conformidad con lo prevenido en el art. 81. 1 de la Constitución.” (FJ 2º).

²⁴⁷¹ “no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias”. De acuerdo con ello, no cabe duda de que el párrafo segundo de la Disposición adicional tercera de la LOLS no es inconstitucional por el solo hecho de que permita al Reglamento ocuparse de materia reservada a Ley orgánica. [...]el Defensor del Pueblo [...] considera que la expresión “establecimientos militares”, cuya concreción se delega al reglamento, adolece de una excesiva indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la previsión del art. 81. 1 de la Constitución, tema éste que abordamos a continuación. [FJ 3º ...] una definición desorbitada del concepto, cuya determinación se deja al reglamento, pudiera también vulnerar materialmente los derechos de igualdad y libertad sindical garantizados por los arts. 14 y 28. 1 de la misma Constitución.

Sin embargo, no podemos compartir la tesis del Defensor del Pueblo, puesto que ésta solamente puede fundarse en una rígida interpretación literal a la que no es dable concederle prevalencia sobre la interpretación finalista y sistemática que merece el precepto legal recurrido. A tal efecto, si se pone éste en conexión con otras normas del ordenamiento positivo que se refieren a la misma materia, *resulta fácil establecer que la finalidad que persigue la LOLS al prohibir la actividad sindical en el interior de los “establecimientos militares” es la preservación de la*

Constitucional reconoce que el espacio es el punto de partida, pero no es determinante, sino que queda íntimamente conectado con el bien jurídico protegido. En consecuencia, se parte de la premisa que atribuir consecuencias determinantes sobre la circunstancia del “establecimiento militar” sin conexión con los bienes jurídicos dignos de protección sería inconstitucional.

Esta resolución no es sino una ratificación de lo que aquí se sostiene. Lo importante es atender las finalidades que provocan una limitación de un derecho; que se trate de conductas cometidas en un recinto militar implica una presunción en algunos casos *iure et de iure* en otros con prueba en contrario que indefectiblemente debe ser conectada a la afectación efectiva del bien jurídico protegido. Puesto que los bienes jurídicos protegidos por las normas penales y sancionadoras militares son bien diversos, deviene adecuado discernir la extensión del Derecho militar en razón de tales bienes jurídicos protegidos, puesto que la soluciones se hacen depender en última instancia de los mismos.

c) El punto de partida, no se pueden sancionar formas de vida, sino actos concretos

Se trata sin duda de un principio esencial del ordenamiento constitucional frente a los sistemas punitivos y sancionadores propios de Estados totalitarios y autoritarios. Y deviene relevante recordarlo

neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas, [...] Por tanto, no puede abrigarse duda alguna de que la finalidad de la limitación impuesta por la Disposición adicional tercera de la LOLS se asienta en el citado principio de neutralidad, que a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la Institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas (sentencias 97/1985, 107/1986, 161/1987 y 77/1988). [...] el concepto legal de “establecimiento militar” no es un concepto que pueda ser desarrollado por la potestad reglamentaria de forma ilimitada, sino que se trata de un concepto que, en el conjunto del ordenamiento jurídico en que se produce la habilitación, encuentra bases delimitadoras del alcance y objeto de la delegación, que constituyen un estándar discernible en atención al cual el concepto se configura como suficientemente predeterminado y permite que la remisión al reglamento tenga por objeto un desarrollo complementario de tipo técnico que, por su carácter organizativo, justifica la llamada de la Ley al Reglamento para precisar el concepto de que se trata y, por ello, que esa remisión sea adecuada a la previsión de reserva legal del art. 81. 1 de la Constitución, según la doctrina citada.” (FJ 4º).

en este momento en palabras del Tribunal Constitucional con relación al ámbito militar, concretamente en la sentencia 270/1994, de 17 de octubre. Por cuanto a la aplicación de una sanción extraordinaria de separación del servicio, la sentencia de casación arguyó que el motivo de la misma había sido el “comportamiento” observado por el sancionado a lo largo de un dilatado período de tiempo, en tanto en cuanto denotaba una actitud gravemente contraria a la disciplina, servicio o dignidad militar que, como tal, era incardinable en el tipo de la falta grave contenida en el art. 59. 3 de la Ley de régimen disciplinario militar de 1985.

En contra de un planteamiento de este tipo, el máximo intérprete hubo de recordar la total inconstitucionalidad de tal argumentación. Así advirtió que el principio de legalidad excluye la sanción de conductas definidas con expresiones como “forma de vida”, “actividades que desarrollen”, “conducta que observen”, “relaciones que mantengan” u “otras causas análogas”²⁴⁷². Bien merece reproducir un pasaje de lo afirmado por el Tribunal:

“ A la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniera fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta “tipología de autor”. Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos

²⁴⁷² El Tribunal Constitucional afirma que “como declaramos en nuestra sentencia 116/1993, fundamento jurídico 3. , del derecho a la legalidad de la sanción administrativa consagrado en el art. 25. 1 CE no sólo se deriva la exigencia de reserva de Ley en este ámbito sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, lo que, en principio, se opondría a toda definición de dichas conductas en términos que, por su amplitud o vaguedad, dejen a las mismas en la m s absoluta indefinición, tales como “forma de vida”, “actividades que desarrollen”, “conducta que observen”, “relaciones que mantengan” u “otras causas análogas” (FJ 6º).

conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro. Para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido.” (FJ 6º).

Esta premisa inicial es la que necesariamente ha de regir para todo el tema que ahora nos ocupa.

d) La extensión del Derecho militar fuera de los actos de servicio en razón de la protección de la disciplina militar

Dada la trascendencia de la disciplina militar, anteriormente constatada, hay que señalar en primer término que la extensión del Derecho disciplinario o penal castrense más allá de los estrictos actos de servicio se produce en buena medida en aras de la protección de este bien constitucional indispensable para la eficacia de las FAS. Y el bien jurídico de la disciplina militar puede ser lesionado en los actos de servicio sino, también fuera de él y en tanto que así lo sea y la conducta merezca la reprobación disciplinaria –o penal- el Derecho militar habrá de extenderse a todos los ámbitos.

En esta dirección cabe señalar que las Reales Ordenanzas disponen que el mando militar con sus subordinados no habrá de “permitirse familiaridades en el servicio o fuera de él, que puedan afectar a su autoridad o prestigio” (art. 35)²⁴⁷³. En este sentido hay que señalar que son diversas las manifestaciones externas de la disciplina,

²⁴⁷³ Artículo 35: “Todo militar será respetuoso y leal con sus jefes; profesará un noble compañerismo, sólo supeditado al bien del servicio, y mantendrá con sus subordinados un contacto personal que le permita conocer y atender sus inquietudes y necesidades, tratándoles con corrección, *sin permitirse familiaridades en el servicio o fuera de él, que puedan afectar a su autoridad o prestigio.*”

como pueda serlo el saludo militar²⁴⁷⁴. Se trata de un elemento generalizado en todos los Ejércitos que, si bien constituye una formalidad, es un admisible instrumento psicológico que refuerza eficazmente el sentimiento de disciplina del Ejército a la par de otros intereses beneficiosos para la eficacia de la institución²⁴⁷⁵. De ahí que su omisión o el incumplimiento de su forma pueda constituir una falta disciplinaria leve²⁴⁷⁶. Por cuanto al tema que ahora concierne el artículo 275 de las particulares Ordenanzas del Ejército de Tierra dispone la exigibilidad del saludo aun fuera del servicio pues de lo contrario puede quedar afectada la disciplina y las relaciones militares²⁴⁷⁷, claro está, para este supuesto se dispone que el saludo se debe adaptar a las circunstancias particulares de cada momento²⁴⁷⁸.

²⁴⁷⁴ Además del saludo militar, la uniformidad es otra de las manifestaciones de la disciplina, así como el empleo de los tratamientos que corresponden reglamentariamente o la presentación también reglamentaria ante los mandos. En este sentido se siguen las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, Título XIII, artículos 279 y ss.

La forma del saludo militar está regulada en la Orden Ministerial 31/1987, de 12 de junio, modificada parcialmente por la Orden Ministerial 9/1989, de 10 de febrero, publicada en el Boletín Oficial de Defensa nº 35.

Las Reales Ordenanzas generales de los Ejércitos disponen que el militar “Pondrá gran cuidado en observar y exigir los signos externos de subordinación y policía, muestras de su formación militar y de respeto a los demás. Se esforzará en destacar por la corrección y energía en el saludo y por vestir el uniforme con orgullo y propiedad.” (artículo 40) y que “Tendrá presente que el saludo militar constituye la expresión sincera del respeto mutuo, disciplina y unión espiritual entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas.” (artículo 41).

En las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra el saludo queda regulado en los artículos 282-290.

²⁴⁷⁵ Así, por ejemplo, el saludo no sólo refuerza la disciplina, sino también la fidelidad a la Nación, como sucede con el saludo a la bandera o la unidad de las FAS, etc.

²⁴⁷⁶ Artículo 7. 2º de la ley de régimen disciplinario, constituye falta leve “La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan.”

²⁴⁷⁷ Artículo 275: “Cualquiera que sea su empleo, el militar observará las reglas de disciplina, incluso cuando no se encuentre de servicio, pues aun en caso su conducta puede afectar a la dignidad de su condición y a la vida armónica y ordenada de las Unidades.”

²⁴⁷⁸ Artículo 281: “El militar tratará con respeto y atención a sus superiores y subordinados y distinguirá a sus Mandos directos, *hasta en los actos fuera del servicio*, adaptándose en este caso a las circunstancias particulares del momento.”

Esta adaptación es natural también en acto de servicio, en este sentido el artículo 285 dispone que “En los lugares de trabajo en común o de encuentro frecuente, el militar saludará la primera vez que coincida con cada uno de sus superiores y cuando posteriormente se dirija a ellos, bien sea por propia iniciativa o por haber sido llamado por éstos” y en el artículo 286 se señala que “Si por la actividad que esté desarrollando no puede efectuar el saludo

Es bien posible que a quien desconoce la vida militar sorprenda la importancia que puede tener esta formalidad hasta el punto que pueda ser exigida fuera de los actos de servicio y más allá de los recintos militares. Sin embargo, se trata de una opción de las autoridades democráticas legitimada sobre la base de la experiencia. Dado que esta práctica está consagrada, la negación de un saludo militar puede llegar a significar una importante muestra de indisciplina. De ahí que tanto en los recintos militares, incluyendo las cantinas²⁴⁷⁹, por ejemplo, como en otros lugares distantes de aquéllos este bien jurídico protegido puede quedar en ocasiones lesionado. El hecho que los militares convivan con proximidad no sólo en cuarteles, sino en viviendas militares lleva a la situación que el saludo pueda ser exigido hasta en facetas propias de la vida privada, como pueda ser en la escalera de una finca²⁴⁸⁰. La proporcionalidad es el criterio básico que debe guiar la admisibilidad de una sanción por una omisión o inexactitud del saludo, como cualquier otra limitación de un derecho. Pero si nadie duda que un insulto o una agresión a un superior en esa misma escalera habría de ser reprimido²⁴⁸¹, bajo circunstancias particulares²⁴⁸² también resultará admisible una sanción por omisión de un saludo.

reglamentario, adoptará la postura más correcta que le sea posible y empleará la fórmula verbal de saludo”.

²⁴⁷⁹ La sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1990 versa sobre un enfrentamiento acaecido en el bar de una casa-cuartel de la Guardia Civil entre un *número* y su sargento, precisamente porque aquél omitió el saludo. Sin embargo no prosperó la sanción disciplinaria por la prescripción de la falta.

²⁴⁸⁰ Al respecto LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. págs. 544-545 quien pone este ejemplo.

²⁴⁸¹ Un insulto o agresión a un superior constituiría uno de los delitos tipificados en los artículos 86 y ss. del Código Penal Militar

²⁴⁸² Lo que se afirma por tanto, no es que en todos los casos fuese admisible una sanción de este tipo, sino en los casos en los que queda afectada la disciplina por cuanto se diese una voluntad en esta dirección por quien omitiese el saludo. Especialmente relevante sería la omisión voluntaria de un saludo no a un miembro cualquiera del Ejército, sino, por ejemplo, a los mandos de la unidad en la que se sirve. Para López Benítez la exigencia del saludo en situaciones como un cruce en la escalera de la finca militar lleva al absurdo, y ciertamente lo sería en muchas ocasiones, en las que la proporcionalidad habría de excluir la imposición de la sanción. Pero el hecho es que dado que se trata de una práctica efectivamente

Como se ha expuesto, la disciplina no lo es sólo respecto de los mandos y para dentro de la Institución militar, sino también respecto de las normas y las autoridades democráticas a las que el Ejército y sus componentes está subordinado así como a la misma Constitución. Tal y como se señaló en su lugar, el tratamiento de esta disciplina suprainstitucional debe ser diverso que el que merece la neutralidad política que más tarde se aborda. En este caso, una expresión o conducta que *efectivamente* constituyan una desobediencia o menosprecio de tales autoridades o normas²⁴⁸³ no sólo afecta a la eficacia de la institución por cuanto pudiese contribuir a una disensión en el seno de los Ejércitos, sino que se afecta a la propia democraticidad del sistema que impone una posición subordinada de las FAS y sus miembros. Y no cabe duda que la afectación de estos bienes jurídicos no sólo puede producirse en acto de servicio, sino fuera del servicio. En este sentido, la publicidad de tales actos de indisciplina supone un factor del todo relevante para apreciar la intensidad de la afectación a la disciplina militar y por tanto la entidad de la sanción o pena que deba corresponder sobre la base del principio de proporcionalidad²⁴⁸⁴. Asimismo, al igual que se señalaba respecto de la omisión del saludo, las circunstancias del caso son las que determinan que el lugar de la comisión de la acción indisciplinada

consagrada, la voluntaria omisión de un saludo efectivamente afectaría a la organización militar.

²⁴⁸³ Con relación a esta vertiente suprainstitucional de la disciplina, está tipificada como falta leve la conducta consistente en:

“29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, [...] cuando no constituyan infracción más grave o delito.”

Estas mismas acciones constituyen falta grave cuando son manifestaciones públicas o dejan de ser levemente irrespetuosas (art. 8. 32º).

Resulta susceptible de sanción extraordinaria “Manifestar, mediante expresiones o actos con trascendencia pública, una actitud gravemente contraria a la Constitución o a Su Majestad El Rey.” (artículo 17. 4º).

²⁴⁸⁴ Al respecto, cabe señalar, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1991 con relación a las manifestaciones hechas en una rueda de prensa por un miembro de la Guardia Civil -vestido de uniforme-.

incidan en los efectos represivos de la misma, como pueda ser el caso de una expresión en el ámbito privado de una conversación con un compañero o una arenga en una formación en acto de servicio.

Ahora bien, más que por el lugar o por el medio con los que se lleve a cabo una desobediencia o irrespetuosidad, los problemas se suscitan por lo que deba considerarse un efectivo menosprecio de las autoridades del Estado que afecte a la subordinación de los Ejércitos o a la disensión en las FAS. Y pese a que la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo²⁴⁸⁵ ha

²⁴⁸⁵ En la sentencia 9/1982, de 10 de marzo, TC a propósito del delito de injurias el Alto Tribunal, de forma acertada afirmó la necesidad de precisar de forma concreta qué expresiones o conductas concretas son las constitutivas de tal irrespetuosidad, siguiendo el principio antedicho que en un Estado constitucional no se reprenden formas de vida, sino actos concretos (FJ 1º):

“Hubieran debido individualizarse las expresiones presuntamente injuriosas, pues aunque siempre habría sido necesario interpretarlas dentro del contexto que supone la carta en su totalidad, sólo determinadas expresiones, y no todo un escrito (que llevando el razonamiento *ad absurdum*, podría ser un voluminoso libro) pueden reputarse injuriosas.” Parece cuestionable, no obstante su afirmación contenida en el FJ 2º: “Obviamente este Tribunal nunca podría entrar a analizar si el escrito del señor Graiño es o no contrario al respeto” de los Ejércitos. Sin embargo, este error lo repararía en sucesivas resoluciones en las que sí se adentraba en valorar el contenido de las expresiones empleadas.

Así sucedió en la sentencia 371/1993, de 13 de diciembre relativa a una falta leve por criticar al Gobierno y a las Cortes. En la misma el máximo intérprete estableció una doctrina importante respecto de la disciplina del militar para con las autoridades democráticas. En este sentido afirmó que los límites de la libertad de expresión del militar eran “límites específicos, más estrictos, en razón a la función que desempeñan” “ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada Cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete al buen funcionamiento del servicio” (FJ 3º). Para el militar en concreto afirmaba que “el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la Institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas” (FJ 4º).

En este sentido consideró que “La protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores [disciplina intrainstitucional], como en cuanto

sido excesivamente rigurosa²⁴⁸⁶ -con algunas excepciones²⁴⁸⁷- quien suscribe en modo alguno participa de un pensamiento que implica

acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado.” (FJ 5º).

Sin embargo, a la hora de aplicar esta afortunada doctrina y analizar la ponderación de los intereses en juego, entendió que “al calificarse de “regalo” la concesión y mejora de pensiones a los militares y funcionarios de la II República y concluir, en tal sentido, que “resulta poco ético regalar dinero a los amigos y regatear unas retribuciones a quienes las ganan sobradamente”, se imputa al Gobierno y a las Cortes Generales un comportamiento consistente en disponer arbitrariamente del dinero público en favor de los amigos y que tales expresiones suponen una leve falta de respeto a dichas instituciones.” (FJ 8º) ““regalar dinero a los amigos”, calificando tal comportamiento de “poco ético”, supone sin duda [...] una conculcación del respeto debido a aquellos órganos del Estado que representan constitucional y legalmente los superiores jerárquicos del recurrente en amparo. Tales expresiones (“sin duda desafortunadas” como admite el Ministerio Fiscal) resultan formalmente irrespetuosas, en el m s estricto sentido de la palabra, hacia esos órganos, y por tanto, y dados los límites legítimamente establecidos a la libertad de expresión de los militares, se colocan fuera del ámbito de la libre expresión protegida por el art. 20. 1 a) de la Constitución. En consecuencia, la sanción disciplinaria impuesta al recurrente no debe estimarse atentatoria al derecho de libertad de expresión reconocido en el citado precepto constitucional.”

A mi juicio, sin embargo, tales expresiones –en cuyo fondo no coincido- habían de haberse admitido puesto que no erosionaban la subordinación de quienes las vertía al Gobierno o a las Cortes, sino que simplemente se trataba de una crítica.

²⁴⁸⁶ Si el Tribunal Constitucional ha sido severo, mucho más lo ha sido el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1991 con relación a las manifestaciones hechas en una rueda de prensa por un miembro de la Guardia Civil –vestido de uniforme-, en el FJ 8º de la misma se afirma que “la actitud y manifestaciones del recurrente ante los medios de comunicación social, están reñidas con la prudencia y mesura con que debe expresarse un militar, pecan de deslealtad hacia sus superiores, adjetiva con términos como “arbitrariedad” o “desviación de poder” las decisiones del Mando, fomenta la sindicación prohibida, y propugna la modificación estatutaria del Cuerpo, legalmente establecida, por la vía inadecuada de la protesta generalizada y del descrédito de la Institución.” Completamente desafortunada fue la sentencia de 29 de marzo de 1993, que fue la que admitió la sanción por las expresiones “fraude de ley” y “*contra legem*” en un recurso administrativo, que luego rectificó afortunadamente el Tribunal Constitucional como en nota *infra* se advierte.) También rigurosa en exceso fue la sentencia de 24 de noviembre de 1992 en razón de una carta dirigida a la autoridad militar por una serie de vecinos de una colonia militar, en la que el sancionado la cursaba como secretario de una asociación de vecinos. En dicha carta afirmaba la pasividad de la autoridad militar, o el anuncio de acciones con pancartas y cortes de carreteras y se proclamaba la abundancia de personal deshonesto entre los colaboradores del mando. Mayor acierto tuvo la sentencia de 7 de marzo de 1994, al admitir la reprobación de los calificativos de “pelota” y “mierda” a un compañero. O la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1993 relativa a un artículo periodístico en el que se proferían expresiones como que los cargos ministeriales estaban ocupados por quienes “no entienden ni palote”, haciendo que “el prestigio de los que mandan está por los suelos”.

²⁴⁸⁷ Como no podía ser de otra forma, menos riguroso fue el Tribunal Constitucional en la sentencia 288/1994, de 27 de octubre. Un miembro del Cuerpo Jurídico militar que aspiraba a un puesto de Asesor Jurídico General de la Defensa recurrió la concesión de éste a quien

que no compartir toda y cada una de las medidas del Parlamento, Gobierno, Administración o Tribunales de Justicia supone un menoscabo a la posición subordinada del Ejército y por ende de sus componentes y al respeto que éstos deben tener con aquellas instituciones y con el ordenamiento jurídico. Asimismo, desde el punto de vista de la provocación de disensiones en el Ejército que obviamente afecta a la eficacia de las FAS y por tanto deben evitarse, quien suscribe entiende que la mayoría de las expresiones que se han estimado como irrespetuosas para las autoridades del Estado no suscitarían más antagonismo en un Ejército democrático y en tiempo de paz que las que suscitase una discusión futbolística o la postulación a favor o en contra de la valía de un afamado torero. Por todo ello, cabe esperar una evolución de la jurisprudencia de modo que se vele efectivamente por la disciplina de los Ejércitos y sus componentes y el debido respeto a las autoridades democráticas, pero no amordace al colectivo castrense hasta el punto de llegar a situaciones tanto o más absurdas que las descritas respecto del saludo militar.

La actual regulación a mi juicio es la acertada, donde reside la responsabilidad de llevar a cabo esta evolución es en los operadores jurídicos que aplican las normas sancionadoras o penales en virtud del marco discrecional que las normas confieren para interpretar cuándo se produce una leve irrespetuosidad o actitud de menosprecio en cada caso concreto. Como se verá, no sucede lo mismo respecto de la protección de la neutralidad política.

pasaba a la situación de reserva, pues consideraba que se debía otorgar a miembros en activo, como él. Señalaba que se había cometido una “injusta, arbitraria e ilegal operación en fraude de ley”. Por dichas expresiones le fue impuesta una sanción de treinta días de arresto en domicilio como autor de una falta leve de emitir expresiones contrarias al Gobierno (art. 8. 28 Ley Régimen Disciplinario Militar). El Tribunal Constitucional consideró que tal sanción supuso una vulneración de su libertad de expresión en conexión con el art. 24. 1º CE. El Alto Tribunal consideró que cuando se trata de manifestaciones en el ámbito del ejercicio de la defensa, que estaban directa y congruentemente relacionadas con la que ejercía el recurrente, los límites a la libertad deben interpretarse con mayor severidad. Las alegaciones de arbitrariedad o fraude por un acto de la Administración no pueden entenderse como atentatorias contra el Gobierno, sino términos jurídicos con los que se apreciaba –con o sin razón- la actuación administrativa que era objeto del recurso.

e) La extensión de las exigencias militares en razón de diversos bienes jurídicos conectados con la eficacia de las FAS. Especial referencia a la dignidad y el honor militar

Más distante de la directa protección jurídica de la disciplina, también resulta posible que el Derecho penal y disciplinario castrenses se extiendan a conductas al margen de los actos del servicio en garantía de bienes jurídicos como la seguridad militar, los requisitos que deba reunir un militar para llevar a cabo idóneamente su particular profesión o los siempre conflictivos conceptos de “dignidad” u “honor” militar.

e. 1. Expansión del Derecho penal y disciplinario en razón de la seguridad militar y la idoneidad profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas

Pocas dudas pueden suscitarse por cuanto a la extensión del Derecho penal o disciplinario castrense respecto de conductas que afecten a la seguridad militar, como pueda ser la revelación de información reservada o la indiscreción sobre los asuntos del servicio, conductas que pueden llevarse a cabo fuera de los actos de servicio con independencia del medio y lugar, sin perjuicio que estas circunstancias modulen la responsabilidad penal²⁴⁸⁸ o disciplinaria²⁴⁸⁹ del militar. Tanto las limitaciones que comporta la aplicación de estas

²⁴⁸⁸ Así diversas conductas están tipificadas en el Código Penal Militar: artículos 53 a 56 (relativos a la Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional, artículos 115-116 (en el marco de los delitos contra los deberes del servicio y en concreto de deslealtad).

²⁴⁸⁹ Entre las faltas leves, en este sentido cabe destacar la “La inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre seguridad militar en materia de obligada reserva” (artículo 7. 3º de la ley de régimen disciplinario) y, como falta grave, “Incumplir las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar”; “Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito.” (artículo 8 apartados 11º y 12º).

penas y sanciones, como las limitaciones de la libertad de expresión e información se producen dentro o fuera de los actos de servicio²⁴⁹⁰.

Asimismo cabe destacar las conductas relativas al consumo del alcohol y drogas más allá de los actos de servicio²⁴⁹¹, las cuales pueden acarrear una falta leve²⁴⁹², grave²⁴⁹³ o una sanción extraordinaria²⁴⁹⁴. Sin duda, a resultas del impacto social del *caso Miravete*²⁴⁹⁵, la reciente

²⁴⁹⁰ En este sentido, las Reales Ordenanzas disponen lo siguiente:

Artículo 178: “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.”

Artículo 192: “La tenencia y utilización de cámaras fotográficas, grabadoras o aparatos análogos en recintos, buques, aeronaves o actividades militares podrán ser limitadas por razones de disciplina o seguridad. En todo caso requerirán autorización previa, que no se concederá para aparatos emisores. Para publicar o ceder fotografías o grabaciones realizadas en las circunstancias señaladas, será imprescindible el correspondiente permiso.”

²⁴⁹¹ Al respecto de la embriaguez o drogadicción en acto de servicio hay que remitirse al artículo 148 del Código Penal Militar, el embarco de drogas en buque o aeronave militar está tipificado en el artículo 177.

²⁴⁹² Así, se tipifica como falta leve la acción de “embriagarse [...] públicamente cuando afecte a la imagen de la Institución Militar” (art. 7. 23º).

²⁴⁹³ El consumo de drogas constituye una falta grave “fuera de dichos buques, aeronaves y lugares militares, cuando se realice vistiendo uniforme o públicamente cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, siempre que estas conductas no constituyan infracción más grave o delito.” (art. 8. 9º).

²⁴⁹⁴ Como sanción extraordinaria –que puede comportar hasta la separación del servicio, se ha contemplado el hecho de “Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad. Se entenderá que existe habitualidad cuando se tuviere constancia de tres o más episodios de embriaguez o consumo de las sustancias referidas en un período no superior a dos años.” (art. 17. 3º).

²⁴⁹⁵ Como es conocido –y probado judicialmente–, en la madrugada del día 19 de abril de 1997 el sargento Miravete mató al cabo Samuel Ferrer en la cantina del destacamento de Candanchú (Huesca). El asunto causó, justificadamente, un gran impacto social. El 23 de abril, cuatro días después, el Ministro de Defensa destituyó al Coronel director de la Escuela militar de alta montaña de Jaca y señaló que no asumía el carácter accidental del disparo realizado por el sargento Miravete (ver, *El País*, de 24 de abril de 1997). El impacto social se agravó en cuanto se supo que no era la primera vez que este sujeto realizaba una acción similar.

En efecto por sentencia del Consejo de Guerra de Jaca (Huesca) de 4 de julio de 1985 se condenó al recurrente como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte de un sargento, *únicamente* a la pena de un año de prisión y las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y con el efecto especial de suspensión de empleo, además de al pago de una indemnización de m s de 4. 000. 000 de pesetas. En aquella ocasión se consideró probado que el inculpado manipuló, con ánimo de bromear, una pistola que portaba, produciéndose inadvertidamente un disparo que alcanzó al Sargento don José Luis González Manzano, causándole la muerte.

legislación ha agravado las repercusiones sancionatorias relativas a los casos de consumo de alcohol²⁴⁹⁶. En este sentido, no cabe duda que, dejando al margen la erosión de la imagen y prestigio del estamento armado, el consumo del alcohol y drogas tóxicas repercute directamente en la eficacia de las FAS, puesto que sus miembros deben conservar unas aptitudes diferentes a la de otros funcionarios públicos por la misma naturaleza de su profesión y el contacto con las armas. Todo ello justifica esta extensión del Derecho militar sancionatorio más allá de los actos de servicio.

Semejantes consideraciones deben realizarse por cuanto a la posibilidad de que resulte objeto de sanción extraordinaria el militar

Cabe recordar que el sargento Miravete recurrió tal sentencia llegando incluso al Tribunal Constitucional, quien desestimó el amparo solicitado por error en la apreciación de la prueba (auto 234/1987, de 25 de febrero).

Meses después de los sucesos, en el anteproyecto de la nueva ley de régimen disciplinario se incluía la expulsión extraordinaria tras tres o más episodios de embriaguez o consumo de drogas en el plazo de dos años. (Ver, GONZÁLEZ, Miguel "Embriagarse tres veces en dos años será causa de expulsión de las Fuerza Armadas", en *El País*, de 24 de agosto de 1997.

El 19 de noviembre de 1998 el sargento Miravete fue condenado a 15 años y al pago de 25 millones de pesetas, a la par de la pena de pérdida de empleo como autor de un delito de maltrato a inferior con resultado de muerte por el Tribunal Militar Territorial Tercero, aplicándosele la atenuante de embriaguez y trastorno de personalidad. Asimismo el Tribunal le consideró culpable del delito de extralimitación en el ejercicio del mando, si bien lo subsumió en el delito más grave. Resulta también interesante advertir que, pese a que se trataba de la cantina del recinto se consideró cometido el delito en acto de servicio, por lo cual se reconoció la responsabilidad subsidiaria del Estado.

En diciembre de 1998 se daba el borrador de reforma del Código Penal Militar, según el cual desaparecía el delito de maltrato de obra a inferior con resultado de muerte -por el que fue condenado el sargento Miravete-manteniéndose en cambio los delitos de maltrato de obra a inferior, penado con hasta cinco años de prisión, e imprudencia grave con resultado de muerte, castigado con las penas previstas en el Código Penal común -hasta cuatro años de cárcel- pero incrementadas en un quinto. De otro lado quedaba aprobada la ley disciplinaria con la nueva regulación sobre la materia.

El 5 de octubre de 1999 el Tribunal Supremo confirmó la condena inicialmente establecida. (Ver, LÁZARO, J. M. , "El Supremo confirma la condena de 15 años al sargento Miravete por matar a un cabo", de 6 de octubre de 1999).

²⁴⁹⁶ En estudios realizados en 1997 se ha señalado que un 25% de los mandos militares se declara abstemio, y sólo en 1. 3% parecen darse casos de alcoholismo. Como de ese estudio se desprende, lo preocupante del tema resulta la tradicional tolerancia del consumo de alcohol en los cuarteles, reconocida por el 53. 2% de los militares encuestados. Se trata de una encuesta sobre 3778 militares, (65. 7% suboficiales, 33. 8% oficiales y 0. 6% generales) realizada en mayo de 1997. Ver, GONZÁLEZ, Miguel, "El 24% de los mandos se declara abstemio y el 1, 3 roza el alcoholismo", en *El País* de 20 de diciembre de 1998.

condenado en aplicación de leyes penales *civiles*. Esto es, en virtud de actividades punibles que, en principio, nada afectan al servicio, el militar puede perder tal condición. Se trata de condenas por delito cometido con dolo que lleven aparejada la pena de prisión o cuando la condena fuera superior a un año si hubiese sido cometido por imprudencia. (art. 17. 6º de la ley de régimen disciplinario²⁴⁹⁷). De este modo, actividades cometidas al margen del ámbito castrense pueden conllevar importantes repercusiones para el militar.

La cuestión suscita problemas desde la perspectiva del principio de legalidad, por cuanto al concreto principio de *non bis in idem*, en tanto supone sancionar dos veces –sanción penal general y sanción disciplinaria militar- un mismo hecho. Sin embargo, con una sanción extraordinaria por este motivo, tal y como el Tribunal Constitucional ha reconocido, se protegen bienes jurídicos diferentes que la condena penal civil no tenía en cuenta, de ahí que sea admisible la doble imposición²⁴⁹⁸. Y este bien diferente es a su vez el que justifica que conductas al margen del servicio sean objeto del Derecho disciplinario. Se trata de la quiebra de la confianza que puso la sociedad en quien asume una función del Estado, la defensa militar, profesión que exige unas aptitudes de idoneidad personal incompatible con la demostrada al llevar a cabo conductas reprobables socialmente, como lo son aquéllas por las que fue condenado el militar al margen del ordenamiento militar²⁴⁹⁹.

²⁴⁹⁷ Artículo 17. 6º: [es susceptible de sanción extraordinaria] “Haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la pena de prisión o cuando la condena fuera superior a un año de prisión, si hubiese sido cometido por imprudencia. No se incoará el expediente gubernativo cuando proceda la pérdida de la condición de militar como consecuencia de la imposición de pena de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público.” Hay que estar a lo dispuesto, en sentido paralelo, en el artículo 146 de la Ley de régimen del personal militar profesional de 1999.

²⁴⁹⁸ Sobre el tema ver sentencias del Tribunal Constitucional de 2/1981, de 30 de enero (FJ 4º), la sentencia 50/1983, de 14 de junio (FJ 4º), el auto 781/1985, de 13 de noviembre (FJ 3º) y, en especial, la sentencia 234/1991, de 10 de diciembre (FJ 2º).

²⁴⁹⁹ En este sentido, en la citada sentencia 234/1991, de 10 de diciembre (FJ 2º) se afirma:

e. 2. Una materia singularmente polémica, la expansión del Derecho militar para la protección de la dignidad, honor o prestigio de los Ejércitos

El término de “dignidad militar”, al igual que el del “honor militar” devienen concreto marco de atención más adelante al tratarse los valores militares, a la vez de ya haber sido puntualmente atendidos cuando se trató la cuestión de la homosexualidad de los Ejércitos o el ejercicio de la prostitución por un militar. No obstante, concierne ahora atender estos conceptos en tanto que impliquen una expansión del Derecho penal o disciplinario militar respecto de conductas fuera del servicio. Y es que estos bienes jurídicos pueden ser lesionados tanto en acto de servicio²⁵⁰⁰, como, en especial, fuera de

“Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección. [...] la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste [...] La tarea propia de la policía gubernativa es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, es cosa que no ofrece duda alguna, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio *ne bis in idem*.”

²⁵⁰⁰ Un ejemplo de la afectación a la dignidad militar en actos de servicio nos lo sirve las acción tipificada en el artículo 163 del Código Penal Militar en su segundo párrafo:

“El militar que, en campaña, y para apropiárselos, despojare de dinero, alhajas u otros efectos personales que sus compañeros de armas muertos en el campo de batalla llevaran sobre sí, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. Se impondrá la misma pena al militar que mutilare un cadáver caído en acción de guerra o lo ultrajare”

él y, en ocasiones, como consecuencia de conductas tan privadas como las relativas a la vida sexual del sujeto²⁵⁰¹.

Toda una amplia gama variable de conductas fuera del servicio pueden menoscabar el prestigio de la Institución militar en mayor o menor medida y, por ello, suscitar una falta leve²⁵⁰², grave²⁵⁰³, una

²⁵⁰¹ En este sentido cabe recordar que las Reales Ordenanzas reconocen estos derechos y garantías en los siguientes artículos:

Artículo 171: “La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer objeto a los demás, ni sufrir él mismo maltrato de palabra u obra, ni cualquier otra vejación o limitación indebida de sus derechos.”

Artículo 174: “La intimidad personal y familiar de los militares, así como su domicilio y correspondencia, son inviolables. No se pueden intervenir ni interferir sus papeles, comunicaciones o documentos particulares. Cualquier tipo de registro, investigación o intervención deberá ser ordenado por la autoridad judicial o militar con atribuciones para ello.”

Con menor incidencia para el tema que ahora ocupa, hay que señalar, también, lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley del Servicio Militar de 1991:

“1. El militar de reemplazo tiene derecho a la intimidad personal. Cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una falta disciplinaria militar o lo exija la protección de la salud pública o de la seguridad nacional, el jefe de la unidad autorizará expresamente el registro correspondiente, que se realizará ante testigos que refrenden el resultado y, si ello fuese posible, en presencia del interesado.

2. Las revistas e inspecciones, salvo lo previsto en el apartado anterior, deberán respetar la intimidad de las pertenencias del afectado y del mobiliario asignado para uso personal.

3. El militar de reemplazo tendrá derecho al secreto de sus comunicaciones.”

Sobre los derechos y garantías del artículo 18 CE y el militar, no es mucha la doctrina existente que siga el tema con una mínima profundidad. Así, una visión superficial se da en MIRALLES, Jaime, “El derecho del militar a la intimidad”, en AA. VV, *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 745-748. Mayor y mejor atención han prestado sobre la materia LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. , págs. 343-344 y, en especial, págs. 542-548. Asimismo, aunque no se publicase en el libro, en la tesis doctoral de David Blanquer se centra la atención respecto de la intimidad personal en la taquilla y el secreto de las comunicaciones del soldado, págs. 425-435.

²⁵⁰² Así se tipifica como falta leve “Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar” (art. 7. 24º) o “Acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición militar, comportarse de forma escandalosa y realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas.” (art. 7. 26º).

²⁵⁰³ Se considera falta grave “llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.” (art. 8. 22º).

sanción extraordinaria²⁵⁰⁴ así como la comisión de un delito²⁵⁰⁵. Así, la jurisprudencia –aun previa a la Constitución– ha considerado que afectaban al prestigio, dignidad u honor de las FAS conductas como que el mando de la unidad se quedase con los regalos hechos a la fuerza a su mando²⁵⁰⁶, orinar en la vía pública con uniforme militar²⁵⁰⁷, las prácticas sexuales y la parodia de un juicio en los calabozos²⁵⁰⁸, el tráfico de influencias haciendo uso de la condición de militar quien llevaba a cabo su servicio en un colegio de huérfanos²⁵⁰⁹, producir

²⁵⁰⁴ El artículo 17. 2º recoge como conducta susceptible de ser sancionada extraordinariamente “Realizar actos gravemente contrarios a la [...] dignidad militar, que no constituyan delito.”

²⁵⁰⁵ El prestigio de la Institución militar queda garantizado en el Código Penal Militar. De un lado por cuanto refiere a las injurias al Ejército o la ofensa o el ultraje a las insignias o emblemas militares:

Artículo 89: “[...] El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años.”

Artículo 90: “El militar que de palabra, por escrito, o por cualquier medio de publicidad injuriare a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años.”

También por obra puede ser lesionada la dignidad, el prestigio o el honor militar y motivar la comisión de un delito, así, en los artículos 162 y 164 del Código Penal Militar:

Artículo 162: “El Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.”

Artículo 164: “El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.”

²⁵⁰⁶ Se trata de un supuesto previo a la Constitución, el relativo a la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 17 de mayo de 1955, citado por LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. pág. 541, nota a pie nº 223. Este mismo autor recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 que no estimó que fuese contrario al honor que el comandante general de Melilla destinase al uso exclusivo de su esposa un vehículo oficial con conductor militar “dada la nimiedad de los hechos”.

²⁵⁰⁷ Se trata de una resolución judicial previa a la Constitución de 1978, del Consejo Supremo de Justicia Militar de 30 de enero de 1974, que consideró que afectaban al honor militar comportamientos como “efectuar micciones, vestido de uniforme, en la vía pública.”

²⁵⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 1986, en cuyo relato se narra como un grupo de soldados, arrestados en los calabozos forzaron a punta de navaja a otro soldado para que les masturbara. Cuando acudieron otros soldados que también estaban en los calabozos se produjo una pelea y, a continuación una parodia de juicio, por el que se “condenaba” al que había sido forzado inicialmente a que les practicase la felación a todos ellos, más tarde le obligaron a hacer “instrucción” con una escoba a la par de diversas vejaciones. El Tribunal exculpó a este afectado del deshonor, en tanto lo consideró movido por una fuerza irresistible.

²⁵⁰⁹ Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1989, relativa a la sanción disciplinaria extraordinaria de separación de servicio impuesta a un alférez de navío de la escala especial, destinado en un colegio dependiente de la Institución

altergados en alto estado de embriaguez²⁵¹⁰, colaborar en una trama de contrabando²⁵¹¹, el endeudamiento por la práctica del juego²⁵¹² o la repetida asunción de deudas²⁵¹³.

El Tribunal Constitucional no dudó en afirmar desde un inicio que la dignidad u honor militar y el prestigio o reputación de la Institución militar, pese a no confundirse con el derecho al honor del artículo 18 CE merecen la protección penal o disciplinaria²⁵¹⁴.

Benéfica para Huérfanos de la Armada que, según la sentencia, “se ofreció a dos paisanos para ejercer la influencia que decía tener, en una convocatoria de plazas laborales de personal civil que había de ingresar en el Arsenal Militar de dicha ciudad [Ferrol], pidiéndole a ambos conjuntamente veinticinco mil pesetas que aquéllos le entregaron con el compromiso de satisfacer hasta doscientas cincuenta mil si efectivamente les adjudicaban las plazas en cuestión”. El Tribunal Supremo consideró que tal conducta “es contraria al honor militar porque pone de manifiesto, en un profesional de la milicia, tanto una desmedida orientación al lucro, como una deplorable falta de escrúpulos en la elección de los medios para su consecución, lo que implica un nivel moral muy inferior, no solo al que es exigible del hombre de honor, sino al que es propio del ciudadano mínimamente respetuoso con las normas más elementales de convivencia social”.

²⁵¹⁰ Se trata de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1990, aunque en ella no se dilucidaba directamente la cuestión de la afección al honor militar. Varios guardias civiles fueron descubiertos en un asunto de contrabando de café en su vigilancia fronteriza con Portugal, al margen de ser condenados civilmente por cohecho, algunos fueron sancionados a nueve meses por la comisión de un delito contra el honor militar entonces regulado por el artículo 355 del Código de Justicia Militar. Ante el Tribunal Supremo se alegaba la vulneración del principio de presunción de inocencia.

²⁵¹¹ Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990, también relativa a un guardia civil que fue sancionado por falta grave en aplicación de la legislación castrense. Al igual que en el supuesto anterior, no se dilucidaba ante el Tribunal Supremo aquello relativo al honor, sino la vulneración de la presunción de inocencia.

²⁵¹² Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990 relativa a un guardia civil moroso de deudas destinadas o derivadas del juego. En la resolución se afirmaba que “no cabe olvidar que al así comportarse el expedientado se quebrantan valores como el honor o el respeto al propio Cuerpo [...] que exige a sus miembros el actuar con integridad y dignidad, y las conductas o comportamientos observados en el expedientado le alejan por completo de ese actuar con dignidad e integridad que, como “plus” de moralidad cabe exigir a quien pertenece a tan prestigioso Cuerpo como lo es la Guardia Civil”.

²⁵¹³ Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1991, relativa a un guardia civil al que se le aplicó expediente gubernativo. Se afirmaba que “La conducta mala habitual e incorregible se sanciona porque, aunque se mantenga en el plano de lo puramente social, es decir, en la actividad privada con trascendencia en el medio en el que se mueve el sujeto, daña al buen concepto que la sociedad debe tener de los pertenecientes a los Ejércitos”, y en especial con la Guardia Civil “por su constante trato con la sociedad”.

²⁵¹⁴ Así, inicialmente en la sentencia 51/1989, de 22 de febrero FJ 2º, relativa a las injurias al Ejército –en este caso operadas por un civil por medio de la prensa. Sobre la

Asimismo subrayó que la afectación a este bien jurídico requiere “la realización de actos externos e individualizables” y, especialmente, ha considerado que fórmulas abiertas como “observar conductas gravemente contraria a la dignidad militar”, como la que suscita una sanción extraordinaria (art. 17. 1º de la Ley disciplinaria actual) no contraría el principio de legalidad, como se vio, siempre que en su aplicación se motive adecuadamente y, en especial, se tengan presentes todos los valores, principios y derechos constitucionales²⁵¹⁵.

Sin duda, la cuestión que suscita la mayor atención constitucional se deriva del hecho de la posible fiscalización de conductas llevadas a cabo en el más estricto ámbito de la intimidad y, en particular, las relativas a la vida sexual del miembro de las FAS. Y sobre la materia hay que tener en cuenta la importante doctrina operada por la sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, que por la centralidad de sus contenidos bien merece la pena reproducir algunos de ellos en el texto presente. En la misma se afirma que “no cabe negar de entrada la posibilidad de que [...] 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” (FJ 5º) y en tanto se trata de un derecho de la personalidad como el reconocido en el artículo 18 CE considera que todos los límites al mismo “deben ser

misma se volverá más adelante y, en concreto, respecto de la categorización -y protección jurídica- del honor militar versa el apartado intitulado “El honor, la dignidad y el prestigio de las Fuerzas Armadas al margen de la de sus miembros, la difícil categorización de estos bienes jurídicos”.

²⁵¹⁵ Así, inicialmente en el FJ 6º de la sentencia 270/1994, de 17 de octubre:

“No habría más que concluir que, cuando el art. 59. 3 de la LORDFA 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 art. 25. 1 CE , *ya que, pese a su aparente inconcreción, los conceptos acabados de mencionar resultan perfectamente determinables.*” Respecto del principio de legalidad, en tanto que se trataba precisamente del concepto de honor militar véase lo señalado al respecto de la sentencia 151/1997 cuando se abordaba el principio de legalidad en el ámbito disciplinario.

establecidos, interpretados y aplicados de forma restrictiva y [...] 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” (FJ 5º).

En esta dirección, se señala esta vocación restrictiva a la hora de aplicar “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” (FJ 5º). De máxima relevancia es la necesaria vinculación que exige el Alto Tribunal de este concepto con las finalidades de las FAS:

“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 CE) 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.”(FJ 6º).

En consecuencia, el Alto Tribunal subraya que a la hora de entrometerse en la privacidad de la persona, concretamente para

fiscalizar una conducta sexual de un militar resulta imprescindible argumentar con detalle por qué quedan afectados estos bienes jurídicos conectados con las finalidades de las FAS y que en modo alguno bastaría señalar sin más que la conducta es “deshonrosa” para la institución –en aquel caso se trataba del adulterio consentido-. Por el contrario, “debe explicitarse con sumo cuidado [...] 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” (FJ 6º). Y lo que es más, esta tarea debe efectuarse “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” (FJ 6º).

Pues bien, esta acertada doctrina del Tribunal Constitucional no excluye, como se ha visto, la expansión del Derecho disciplinario militar, si bien la somete a importantes limitaciones para adecuarla a la ley de leyes. Bajo estos parámetros hay que atender la pluralidad de escenarios en los cuales pueden llevarse a cabo este tipo de conductas: en las instalaciones de los establecimientos militares donde se operan por lo general los actos de servicio, en los recintos militares pero en espacios no propios del desarrollo de tales actos de servicio, como puedan serlo las cantinas, los lugares de pernocta, las viviendas situadas *ad hoc* en los cuarteles, las viviendas militares al margen de los establecimientos militares, los lugares públicos, los locales privados de uso público y, por último, los domicilios particulares no situados ni en recintos militares ni en el marco de viviendas castrenses.

Como se ha señalado respecto del concepto de “establecimiento”, éste *per se* no determina por completo aplicación del Derecho disciplinario, sino que lo relevante es el grado de afectación a los bienes jurídicos en juego indefectiblemente conectados de un modo u

otro con la eficacia de las FAS. De ahí que pueda considerarse admisible establecer una presunción *iure et de iure* como la que se opera en el artículo 7. 24º de la ley de régimen disciplinario respecto de las conductas sexuales en los establecimientos militares, en tanto en cuanto queda condicionada a la efectiva afectación a bienes como la dignidad honor o prestigio militar constitucionalmente entendidos²⁵¹⁶.

En el caso de las viviendas en recintos militares, como recuerda López Benítez, podrían darse supuestos conflictivos por cuanto se diesen convivencias de hecho o ligues esporádicos²⁵¹⁷. A mi juicio, bajo los acertados parámetros asentados por la jurisprudencia constitucional sólo comportamientos extraordinarios podrían llevar a considerar una afectación de la dignidad, honor militar o prestigio de las FAS así al afectar la buena marcha del servicio. Se trataría especialmente de la trascendencia pública -civil- de las conductas sexuales llevadas a cabo en tales lugares, que deteriorarían la imagen pública de la institución, así como el escándalo²⁵¹⁸ -alteración de la pacífica convivencia propia a cualquier comunidad vecinal civil o militar- que suscitase tales actividades, puesto que tales molestias bien podrían minar la armonía precisa entre quienes deben ejercer los actos de servicio en las unidades a las que están adosadas tales viviendas. Ahora bien, los perjuicios sociales respecto del tipo de prácticas sexuales o de la existencia de uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, en modo alguno podrían suponer elementos a tomar en consideración en una hipotética sanción²⁵¹⁹.

²⁵¹⁶ “Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar” (art. 7. 24º).

²⁵¹⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales...* cit. pág. 546.

²⁵¹⁸ Cabe recordar que constituye falta leve “comportarse de forma escandalosa o realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las FAS” (art. 7. 26º).

²⁵¹⁹ En este sentido cabe recordar lo afirmado respecto de la homosexualidad y la nueva situación de las parejas de hecho en los Ejércitos, en virtud del artículo 6 de la Ley de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS, Ley 26/1999 de 9 de Julio.

Sobre la misma base de la proporcionalidad, una más difícil expansión del Derecho disciplinario podría darse en el caso de conductas sexuales en viviendas no situadas en recintos militares. Y es que en estas comunidades las distorsiones de las relaciones disciplinarias en principio serían menos probables por cuanto los militares que conviven con menor probabilidad coinciden en las mismas unidades donde prestan sus servicios, de modo que la afectación a las relaciones funcionales, aunque posible, deviene improbable²⁵²⁰.

El prestigio de la Institución militar no cabe duda que puede quedar afectado por la presencia de militares uniformados en lugares donde se ejerce la prostitución, por ejemplo, al igual que llevar a cabo conductas sexuales en lugares públicos ostentando la condición de militar²⁵²¹. Asimismo, si el que ejerce la prostitución es un militar y lo hace en un local de acceso al público también parece razonable la aplicación del régimen disciplinario²⁵²². Cuestión diferente se deriva del hecho que tal ejercicio de la prostitución se llevase a cabo en el domicilio, sin perjuicio que la trascendencia pública probada de tal

²⁵²⁰ Hay que señalar uno de los criterios someramente expresados por el Tribunal Constitucional en la sentencia 151/1997 a la hora de atender la afectación a la disciplina o la buena marcha del servicio: “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 jerarquía 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.” (FJ 6º). Esto es, uno de los criterios relevantes consiste en la existencia de una “relación de jerarquía funcional”, que como se ha dicho es muy probable que exista en las viviendas situadas *ad hoc* en los recintos militares, pero no en el resto de las viviendas militares, donde conviven aleatoriamente con independencia de donde desarrollen sus funciones.

²⁵²¹ “Acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición militar, comportarse de forma escandalosa y realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas.” (art. 7. 26º).

²⁵²² Hay que recordar de nuevo que en la referida sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo relativa a la expulsión de una agente del Cuerpo militarizado de la Guardia Civil que ejercía la prostitución en un local público el Tribunal, subrayó que la disposición del propio cuerpo de forma remunerada por la agente “no tendría trascendencia disciplinaria si no fuera porque, como se aprecia en nuestro caso, esa actividad particular se exteriorizó con la venta pública de su cuerpo, en un establecimiento dedicado a la prostitución”, de ahí que la privacidad de la vida sexual de la agente quedaba desestimada para la Sala.

conducta justificase, de nuevo la posible afectación a los bienes jurídicos en juego.

Así pues, respecto de estos ámbitos, no rige una moralidad particular del Ejército que no pueda ser lesionada, sino que se trata de evitar una indeseable afectación al buen régimen de los Ejércitos que menoscabase su eficacia, siempre sin excederse de forma desproporcionada en la restricción de los derechos fundamentales que comporta la extensión del Derecho militar sobre estas parcelas. No hay vocación totalizadora, sino una admisible armonización de la eficacia de las FAS con los derechos de sus integrantes.

f) La especial atención de las circunstancias del ejercicio de las libertades públicas del militar para extender el Derecho militar en razón de la neutralidad militar

Como se vio, con la alusión a la neutralidad del militar se persigue que las FAS queden al margen de intereses particulares del Gobierno para poder servir eficaz y objetivamente a las misiones constitucionalmente encomendadas, tanto si con ello se favorece la política del Gobierno como si no. Asimismo, la neutralidad militar es una garantía de la democraticidad del sistema, con el objeto que las FAS, en tanto que portadoras de las armas del Estado, no coaccionen de algún modo ni la voluntad social ni, en particular, la acción de los poderes legítimos. Es decir, se pretende que la Institución militar, depositaria de la fuerza del Estado, no emplee *la autoridad o el prestigio asociado a su poder coactivo* en la lucha política. No se trata que el militar no tenga sus convicciones políticas, ni que no tenga mayor o menor simpatía por las distintas ideologías y opciones partidistas o sindicales y que en este sentido ejerza sus libertades públicas como ciudadano, lo que se precisa es que no las ejerza como militar. Asimismo, lo que debe evitarse necesariamente es la efectiva *apreciación* que la actividad de naturaleza política del miembro de las FAS se considere representativa de la Administración militar.

La neutralidad está conectada con la posición subordinada que corresponde a las FAS en un Estado democrático, pues es un medio objetivo de evitar el peso del poder militar y su participación política legitimada por las armas y no por la razón. Sin embargo, es conveniente distinguir este bien jurídico de la disciplina militar pues ello es relevante a la hora de apreciar las repercusiones penales o disciplinarias que puede conllevar una actividad política del miembro de las FAS.

Por ejemplo, si un militar o varios alabasen la acción del Gobierno, de las Cortes o de los Tribunales y para ello se reuniesen con otros militares ostentando tal condición, e incluso exhibiendo sus armas o manifestasen esta posición con escritos colectivos en los medios de comunicación, en sí ello no supondría una afectación de la disciplina suprainstitucional, esto es, la subordinación a los poderes democráticos. Sin embargo, tampoco cabría ninguna duda que se estaría vulnerando la neutralidad política de las FAS poniendo seriamente en peligro, a la vez, la objetividad con la que los militares deben servir a los fines constitucionales de los Ejércitos. Igualmente, en la hipótesis que un militar insultase a un miembro del Gobierno sin que ello tuviese trascendencia pública, sin duda se estaría afectando no sólo al honor de esta persona, sino también a la disciplina que exige el respeto de las autoridades democráticas. Sin embargo, salvo circunstancias particulares del caso, no necesariamente quedaría afectado el bien jurídico de la neutralidad militar. Por poner otro ejemplo que ayuda a discernir lo que supone estrictamente atentar a la disciplina militar de la neutralidad política: si se juntan cien oficiales en tanto militares y deciden criticar la posición de los medios periodísticos por considerarla contraria a los Ejércitos si bien supone un acto indisciplinado por contravenir las normas, lo que se afecta es el bien jurídico que garantiza que la vida política de un Estado democrático no quede coaccionada por el poder de las armas²⁵²³.

²⁵²³ Obviamente se hace referencia al “Manifiesto de los Cien”, difundido el 8 de diciembre de 1981 por la Agencia Efe, que suscitó una interesante resolución del Tribunal Constitucional que más tarde se atiende.

La garantía de la neutralidad política del militar, constitucionalmente admisible como elemento restrictivo de las libertades públicas, puede quedar en afectada en toda una diversidad de conductas que en la mayoría de los supuestos estarían al margen del servicio. Es por ello que las restricciones normativas de las libertades públicas del militar²⁵²⁴ vayan más allá de las actividades propias al servicio y que, en consecuencia, el Derecho penal y disciplinario militar se extiendan, una vez más, a la vida del militar

²⁵²⁴ Así, en las Reales Ordenanzas se observan distintas restricciones de tales libertades públicas, ya en aras de la disciplina, ya en particular, con motivo de la neutralidad política:

Artículo 180: “Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo.”

Artículo 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 aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas.

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.”

Asimismo, respecto del militar de reemplazo, en la Ley reguladora del servicio militar de 1991 se dispone que:

Artículo 43: “El militar de reemplazo deberá respetar el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas y se abstendrá de realizar actividades políticas o sindicales.”

Artículo 49: “1. El militar de reemplazo, en el ejercicio del derecho de reunión, no podrá asistir de uniforme a manifestaciones públicas, ni a reuniones públicas que no tuvieren carácter familiar, social o cultural.

2. Las reuniones en cuarteles, buques, bases y establecimientos militares deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que tendrá en cuenta los límites impuestos por la salvaguarda de la disciplina.”

Artículo 50: “El ejercicio del derecho de asociación por el militar de reemplazo tiene sus límites en la salvaguarda de la disciplina y en el principio de neutralidad política en las Fuerzas Armadas. En ningún caso se podrá ejercer el derecho de sindicación dentro de los Ejércitos. Tampoco podrán ejercitar el derecho de huelga ni acciones colectivas de carácter reivindicativo.”

fuera de los cuarteles²⁵²⁵. Y resulta indispensable delimitar en la mayor medida posible cuándo este bien jurídico queda lesionado. Tal y como se sostuvo a la hora de atender la neutralidad política, se manifiesta imprescindible tener en cuenta no sólo el valor primicial que tienen las libertades públicas en el Estado constitucional sino también el peligro que supone aislar social y políticamente al militar para que se identifique con el sistema político que deben defender en última instancia. Si el militar no puede ejercer sus libertades como ciudadano, puede quedar tentado de ejercerlas como militar, que es precisamente lo que se trata de evitar con la neutralidad política. El Derecho militar y sus restricciones no deben regir en todo lugar, en todo momento y bajo toda circunstancia, sino sólo cuando queden afectados los bienes

²⁵²⁵ Así, constituye falta leve:

“31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia.

32. Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Los militares de reemplazo deberán cumplir su obligación de respetar el principio de neutralidad política en los términos señalados por la Ley, sin perjuicio de que, fuera de los recintos, acuartelamientos, buques, bases, aeronaves y demás establecimientos militares, sin vestir uniforme, y durante el tiempo en que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los mismos, puedan realizar las actividades, políticas o sindicales, que deriven de su adscripción de una u otra índole, y siempre que las mismas no se lleven a cabo en relación, directa o indirecta, con sus compañeros o sus superiores, ni incidan, directa o indirectamente, en actos relacionados con el servicio, ni con las Fuerzas Armadas, su organización, estructura y misiones. (cuando no se trata de colaboración, sino que se da una afiliación a tales organizaciones políticas o sindicales se incurre en falta grave del artículo 8. 34).

33. Participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito.” (esta última conducta bien puede afectar a la neutralidad militar, bien a la disciplina, seguridad del Estado, etc.).

En el marco penal, las conductas contrarias a la neutralidad política quedan inmersas en los delitos de rebelión y sedición. Así, por ejemplo el artículo 92 del Código Penal Militar dispone que “Se considerarán también reos de sedición militar los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad. [...] Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio serán castigadas con la pena de tres meses y un día a un año de prisión; sin embargo podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuera mínima.” Y el artículo 94 también castiga “La conspiración y proposición para cometer el delito de sedición militar”

jurídicos dignos de protección y en una medida admisible constitucionalmente²⁵²⁶.

De un lado, claro está, hay que analizar el mensaje transmitido con el ejercicio de las libertades públicas, que a diferencia de cuando se trata de velar por la disciplina, no es menester que sea irrespetuoso ni implicar una desobediencia a los poderes políticos. Simplemente se trata que el mensaje expresado, el objeto de una reunión, las finalidades de una asociación, etc. tengan carácter político y/o reivindicativo. Si este mensaje se vincula con una posición partidista o sindical, con mayor facilidad afectará, en su caso, a la neutralidad política.

Sin embargo más allá del contenido del mensaje, lo que interesa en especial son las circunstancias externas de su manifestación, que son el centro nuclear para que se afecte o no a la neutralidad política que constitucionalmente hay que garantizar, en su caso aplicando el Derecho penal o disciplinario militar. De ahí que sea preciso servirse de una serie de circunstancias objetivas constatables y fácilmente aprehensibles por medios jurídicos que pueden y deben ser tenidas en cuenta a la hora de regularse las limitaciones de tal ejercicio de las libertades públicas por el militar, así como en la evaluación concreta para cada caso determinado siempre bajo las exigencias de todo límite

²⁵²⁶ Sin embargo, para el Tribunal Supremo no es posible discernir el militar como tal y como ciudadano. En este sentido la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1992 considera que “No cabe, pues, escindir la personalidad de quien posee la condición de militar, so pretexto de actuar en esfera distinta de la castrense, pues además de las limitaciones dispuestas al ejercicio de sus derechos como ciudadano, que también lo es, y que provienen precisamente de su pertenencia a los Ejércitos, subsiste su integración en las Fuerzas Armadas y la sujeción a su Estatuto que es lo que determina su única personalidad no desdibujada o borrada por el hecho de que se le reconozcan sus derechos como ciudadano y se le permitan actividades ajenas a la castrense, con las limitaciones previstas en la Constitución y las Leyes.” (FJ 2º):

En igual sentido, la sentencia de 16 de junio de 1993 afirma que “se es militar en todo momento [...] sin que sea admisible su argumentación de no tener carácter castrense lo que se haga o diga fuera del destacamento en que se halle destinado o sin responder al cumplimiento de una orden, pues no hay dos reglas o pautas de conducta, según las circunstancias, sino una sola, la ajustada a las Reales Ordenanzas, que rigen en todo momento mientras se es militar” (FJ 2º).

a un derecho fundamental: necesidad, congruencia y proporcionalidad de la limitación concreta de cada derecho.

Las conductas que pueden afectar la neutralidad militar pueden realizarse en el amplio panorama de espacios físicos posibles: recintos militares, lugares públicos o privados, medios de comunicación de mayor o menor alcance, publicaciones de carácter técnico, etc. Una vez más, resulta admisible la presunción *iure et de iure* que todo ejercicio de una libertad pública con contenidos ideológicos en recintos militares potencialmente puede menoscabar la neutralidad militar²⁵²⁷ (a la vez de causar perjuicio a la eficacia militar, en tanto que sean susceptibles de crear desunión y afectar a la disciplina o a los valores que son básicos para el óptimo funcionamiento de la Institución militar). Asimismo, el carácter o no sancionable o punible quedará indefectiblemente conectado a los bienes jurídicos a proteger. Así, una reunión en recinto militar con fines lícitos en modo alguno afecta a la neutralidad política, si bien, para operar un control de la misma resulta razonable su sujeción a autorización (art. 180 Reales

²⁵²⁷ Así cabe recordar lo dispuesto en el artículo 180 las Reales Ordenanzas respecto del derecho de reunión “En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe.” Esta limitación se reitera respecto de quienes prestan el servicio militar en el artículo 49. 2º de su ley reguladora. En la misma dirección, el artículo 182 de las Reales Ordenanzas prescribe la imposición de no tolerar las actividades “que se refieran a grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares”.

En general, para cualquier actividad política o sindical, sólo a los militares de reemplazo se les permite “fuera de los recintos, acuartelamientos, buques, bases, aeronaves y demás establecimientos militares” (art. 7. 31º de la ley de régimen disciplinario y su correspondiente falta grave).

La jurisprudencia constitucional asume con soltura esta limitación de reuniones de carácter político en establecimientos militares en la ya referida sentencia 101/1991, de 13 de mayo, en cuyo FJ 4º afirma que: “resulta fácil establecer que la finalidad que persigue la LOLS al prohibir la actividad sindical en el interior de los “establecimientos militares” es la preservación de la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas, y así se deduce inmediatamente de las normas que regulan materias conexas dentro de la ordenación jurídica de las mismas, como son el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, que expresamente prohíbe, en su art. 1, “actividades políticas o sindicales dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas”, y la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, aprobatoria de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, cuyo art. 182 obliga al militar a mantener su neutralidad, no sólo absteniéndose de participar en actividades políticas o sindicales, sino también “no tolerando aquellas que se refieran a grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares””.

Ordenanzas). Fuera de los recintos militares tanto en lugares públicos como privados, este bien a garantizar puede ser igualmente afectado.

Sin embargo, el carácter público del espacio físico donde se ejerza la libertad pública es determinante a la hora de apreciar esta afección, puesto que la percepción social será mayor si se trata de una reunión en espacios públicos o la difusión de mensajes políticos a través de los medios de comunicación. En este sentido, qué duda cabe que el marco de transmisión de pensamientos e ideas no es en modo alguno indiferente. No es lo mismo que en un medio técnico un militar considere que la finalidad de las FAS es la unidad de la Patria por encima de la Constitución y de los valores democráticos²⁵²⁸ a que lo haga en un medio de alcance general²⁵²⁹. No es lo mismo que un militar hable de política en una reunión con amigos en su casa a que lo haga en un artículo doctrinal, una rueda de prensa²⁵³⁰, una carta al director²⁵³¹, un artículo periodístico²⁵³² o en un manifiesto público²⁵³³.

²⁵²⁸ Al respecto, véase lo afirmado con respecto al estudio de PELLÓN, Ricardo, “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”, cit. , en el apartado dedicado a la subordinación militar y la neutralidad política, en concreto, en el epígrafe intitulado “La necesidad de advertir una peligrosa manipulación”.

²⁵²⁹ Así, en la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990, relativa a la sanción impuesta al Coronel Martínez Inglés por sus declaraciones en medios periodísticos sobre la inidoneidad del servicio militar obligatorio se afirmaba que “con sus manifestaciones, el Coronel se inclinó públicamente a través de un medio no técnico, sino de divulgación general, por una de las opciones políticas que eran objeto de polémica pública” (FJ 3º). El razonamiento es adecuado, sin perjuicio que sancionar por unas declaraciones de este tipo a mi juicio fuera del todo desproporcionado en tanto que ni se identificaba con las FAS ni ponía en peligro bien constitucional alguno.

²⁵³⁰ Se trata de otra posibilidad de alcanzar trascendencia social las declaraciones ideológicas y políticas de un miembro de las FAS, aunque se trataba de un supuesto no de neutralidad política, sino que afectaba a la disciplina, hay que remitirse a la ya citada sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1991 con relación a las manifestaciones hechas en una rueda de prensa por un miembro de la Guardia Civil -vestido de uniforme.

²⁵³¹ Una carta al “Diario 16” fue la que suscitó las actuaciones por delito de injurias contra el Coronel Graiño. El Tribunal Constitucional, como se vio, criticó que en la acusación no se concretasen qué expresiones eran injuriosas (sentencia 9/1982, de 10 de marzo).

Igualmente, una carta al Director en el Diario “Ya” fue la que suscitó la reprensión disciplinaria a un Teniente Coronel de Infantería, aunque en este caso, ya atendido, se trataba de proteger la disciplina militar.

²⁵³² Un artículo periodístico fue lo que suscitó el inicio de actuaciones por delito de injurias del Capitán Pitarch, referidas en el auto 303/1984, de 23 de mayo. Aunque también se

Sin perjuicio de la importancia del factor espacial, respecto de la neutralidad militar hay una serie de circunstancias que adquieren una determinante centralidad a la hora de apreciar desde el punto de vista de la ley de leyes la admisibilidad de la restricción de sus libertades públicas, como las que a continuación se aprecian.

Así, uno de los elementos más importantes es la posibilidad de identificar al militar como tal y no como simple ciudadano. En este sentido, el empleo de signos distintivos de la condición de militar, en especial el uniforme, es un dato objetivo de radical importancia. A los ojos de la comunidad el portar el uniforme no sólo provoca la identificación social de que el ejercicio de la libertad pública se ejerce como militar, no como ciudadano, sino que revela objetivamente esta voluntad por quienes se expresan, reúnen, asocian, colaboran con un partido o sindicato, etc. Así parece lógico que se establezca también la presunción *iure et de iure* de que toda actividad ideológica de orientación política verificada públicamente con uniforme u otros distintivos militares es susceptible de ser fiscalizable disciplinaria o penalmente²⁵³⁴ y, obviamente, si a ello se une el portar armas la voluntad coaccionadora y amenazante queda fuera de toda duda.

trataba del bien jurídico de la disciplina, un artículo periodístico fue el medio para proferir expresiones como que los cargos ministeriales estaban ocupados por quienes “no entienden ni palote”, haciendo que “el prestigio de los que mandan está por los suelos”, así en la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1993.

²⁵³³ Se trata, sin duda, del caso más emblemático que llegó al Tribunal Constitucional y resolvió por el importante auto 375/1983, de 30 de julio. El Manifiesto de los Cien, difundido el 8 de diciembre de 1981 por la Agencia Efe. Tal resolución fue el punto de partida de las limitaciones de la libertad de expresión de los miembros de las FAS, y en el se sitúa el inicio de la confusión de la disciplina con la neutralidad política. El manifiesto se dirigió “a la opinión pública en general y a los representantes de los medios de comunicación social en particular”, “aunque reflejo de un sentir general, las hacemos a título personal y en virtud de lo expresado en el art. 178 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas”.

²⁵³⁴ Artículo 49: “1. El militar de reemplazo, en el ejercicio del derecho de reunión, no podrá asistir de uniforme a manifestaciones públicas, ni a reuniones públicas que no tuvieren carácter familiar, social o cultural.

32. Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Los militares de reemplazo deberán cumplir su obligación de respetar el principio de neutralidad política en los términos señalados por la Ley, sin perjuicio de que, fuera de los recintos, acuartelamientos, buques, bases, aeronaves y demás establecimientos militares, sin vestir uniforme, y durante el tiempo en que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los mismos, puedan realizar las

Del mismo modo, diversas circunstancias objetivas devienen decisivas para apreciar esta identificación del militar como tal, como pueda serlo la manifestación de tal condición²⁵³⁵ o el hecho de ejercer las libertades públicas de forma colectiva con otros militares²⁵³⁶. En todos estos casos la neutralidad política podrá quedar afectada y, por tanto, en tanto sea necesario, congruente y proporcional, deviene preciso limitar el ejercicio de las libertades públicas del militar y, en su caso, imponer sanciones o penas por su ejercicio inconstitucional.

Por último, la circunstancia, también objetiva, del rango del militar que ejerza una libertad pública tiene relevancia. Que se trate de un oficial general, de un suboficial o de un soldado no puede pasar inadvertido para vincular la manifestación ideológica de carácter político a la misma institución²⁵³⁷.

Lo que no parece admisible constitucionalmente es que según la legislación actual relativa al militar profesional²⁵³⁸, sin detenerse ni en el contenido de la actividad y, en especial, sin observar todas estas circunstancias, un ciudadano militar no pueda asesorar a un partido político sobre cuestiones propias a su conocimiento, o simplemente estar afiliado a él, efectuar declaraciones políticas en un medio de

actividades, políticas o sindicales, que deriven de su adscripción de una u otra índole, y siempre que las mismas no se lleven a cabo en relación, directa o indirecta, con sus compañeros o sus superiores, ni incidan, directa o indirectamente, en actos relacionados con el servicio, ni con las Fuerzas Armadas, su organización, estructura y misiones. (cuando no se trata de colaboración, sino que se da una afiliación a tales organizaciones políticas o sindicales se incurre en falta grave del artículo 8. 34º).

²⁵³⁵ En la sentencia 371/1993, de 13 de diciembre (carta al director contrario a los militares republicanos), el Tribunal Constitucional recuerda en el FJ 1º que “ En la mencionada carta [...] su autor firmaba en la condición que ostenta de miembro de las Fuerzas Armadas”.

²⁵³⁶ Este claro supuesto es el que se dio en el caso Manifiesto de los Cien (auto 375/1983, de 30 de julio). Dicho manifiesto se dirigió “a la opinión pública en general y a los representantes de los medios de comunicación social en particular”, y en él se afirmaba que “*aunque reflejo de un sentir general, las hacemos a título personal* y en virtud de lo expresado en el art. 178 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas”.

²⁵³⁷ Así, en la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990 (caso Martínez Inglés) se señalaba que las declaraciones fueron “emitidas por un profesional de alta graduación de las Fuerzas Armada”.

²⁵³⁸ Cabe recordar que la regulación de los límites en el ejercicio de las libertades públicas respecto del militar de reemplazo es bien diverso y, a mi juicio, mucho más cercano a la legislación que habría de regir en general para todos los militares.

comunicación, participar en una manifestación y toda una serie de conductas que son las que, precisamente, vinculan al militar con el sistema constitucional, no como militar sino como ciudadano.

Las posibilidades de fiscalizar objetivamente todas estas conductas y constatar si ponen en peligro la neutralidad política es bien sencilla. Resulta inadmisiblemente constitucionalmente que todas estas actividades queden excluidas *ab initio* puesto que en la mayor parte de los casos ello constituye una vulneración del contenido esencial de las libertades públicas reconocidas al militar y, por lo general, una limitación completamente innecesaria e incongruente para el fin perseguido. No en vano, perjudica la posibilidad de que los militares se entreguen adecuadamente en la defensa del Estado constitucional en tanto que no se identifican con él, a la par de fortalecer el corporativismo ideológico distanciado de los valores, principios y derechos constitucionales. Asimismo, en la mayoría de las circunstancias concretas en las que podía reprenderse disciplinariamente estas conductas, se daría una desproporcionada limitación de las libertades públicas del militar. Es por ello que resulta indispensable que se registre una evolución por los operadores jurídicos que apliquen y revisen en cada caso concreto las sanciones disciplinarias, pero aún es más, tal evolución debe partir del legislador que debería operar una reforma del actual ordenamiento sobre el particular.

IV. Exigencias constitucionales respecto de la remuneración del militar y su movilidad geográfica

A la hora de atender la separación del militar del resto de la sociedad, se señaló la importancia de cuestiones como la opción por un tipo u otro de sistema remuneratorio para con el funcionario militar así como respecto del sistema de rotación y ascensos que supone a la postre una movilidad que desarraiga al militar. La incidencia constitucional sobre estos aspectos es diversa y proviene

básicamente del principio de igualdad formal. En virtud de este principio deben erradicarse las posibles discriminaciones, aunque, como se vio, no toda diferenciación de trato del funcionario militar respecto del resto de los servidores de la Administración es discriminatoria. En estos aspectos, precisamente, la ley de leyes otorga un amplio margen para los poderes públicos. Sin perjuicio de ello, como a continuación se sigue, pese a que la ley de leyes no se proyecte con intensidad, la evolución normativa y práctica de esta materia desde el inicio del sistema democrático ha supuesto importantes avances tendentes a una deseable convergencia civil-militar.

A) LA REMUNERACIÓN DE MILITAR DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY DE LEYES

La política de retribuciones al militar²⁵³⁹ es un instrumento de gran alcance para definir el tipo de Ejércitos que se quiere, más o menos convergente con el resto de la sociedad. Tras el deterioro de los salarios de los miembros de las FAS en los últimos períodos del franquismo, desde el avenimiento de la Constitución la evolución ha sido bien importante la evolución registrada hacia tal convergencia²⁵⁴⁰.

²⁵³⁹ Sobre las remuneraciones al militar, véase BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael, "La racionalidad de las políticas de remuneraciones y el diseño de la organización militar española", en *Revista Internacional de Sociología*, vol. 43, fascículo 2, Madrid, abril-junio de 1985, pág. 268-286; MARTÍN DÍEZ-QUEJADA, Andrés, "El régimen retributivo militar", en AA. VV, *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, cit.; CASADO BURBANO, Pablo, "La carrera militar", en *Documentación Administrativa*, nº 210-211, mayo-septiembre de 1987, págs. 342-362, concretamente las págs. 352 a 356; más recientemente, GIL BARBERÁ, Ángel, en "Régimen retributivo de las Fuerzas Armadas", en *La función militar...* cit. págs. 385-410 y NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, cit. págs. 311-334.

²⁵⁴⁰ El sueldo del personal militar se había deteriorado sostenidamente durante el franquismo -rasgo evidente del formato de Ejército institucional de aquel período-. Con la transición, en 1977, el Real Decreto 22/1977 pretendió homologar las estructuras salariales de funcionarios civiles y militares, pero las diferencias entre ambos sistemas persistieron en la práctica y volvieron a desfasarse los sueldos del personal militar. El gobierno socialista elevó la retribución militar e hizo más efectiva la equiparación con la civil por medio de la Ley 20/1984. El Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, Reglamento General de retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, equiparó a efectos de retribuciones el personal de las FAS con los funcionarios. Esta normativa fue modificada por el Real Decreto 2/1994, de 14 de enero y, en algún aspecto, más recientemente, por el Real Decreto 1844/1996, de 26 de julio.

Las Reales Ordenanzas ya hacían alusión a una homologación con el resto de funcionarios públicos²⁵⁴¹ y un paso muy importante se dio por medio de la Ley 20/1984 sobre Régimen Retributivo del Personal Militar y Asimilado cuyos cambios se consagrarían en la Ley 17/1989 de Régimen del Personal Militar Profesional²⁵⁴². Tales cambios llevaron hacia la homogeneización²⁵⁴³ de salarios en correspondencia de titulaciones requeridas para el acceso a la función militar²⁵⁴⁴.

²⁵⁴¹ Artículo 220: “El militar de carrera tendrá derecho a una retribución justa, equitativa y acorde con la preparación, la responsabilidad y la entrega absoluta que su quehacer profesional exige. Será fijada en analogía con los criterios que rigen en la Administración Civil del Estado y teniendo en cuenta las peculiaridades de la carrera militar.”

²⁵⁴² Como recuerda Nevado, en virtud de la misma los incrementos experimentados en las retribuciones oscilaron entre un mínimo de un 15. 5% para el empleo de Sargento y un 33. 2% para el empleo de Teniente General. Asimismo cabe destacar con este autor la incidencia que tuvo el hecho que se reconociese la negociación sindical para los funcionarios civiles y no para los militares, que supuso aumentos para aquéllos en el período 1995-1997, fundamentados en el incremento del coste de la vida que, paradójicamente no se extendieron a los funcionarios militares. Ver, NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. págs. 313-314.

²⁵⁴³ Este proceso de “pseudotaylorización” del sistema retributivo del militar ha sido criticado por PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Modelos de función pública y función pública militar”, cit. págs. 58-60, quien señala que “no tiene la menor justificación ante la mayor responsabilidad y riesgo de la función militar” y califica el sistema de “distorsionante, casi esperpéntico, y sobre todo contradictorio con el espíritu de la milicia que está, insistimos, en las antípodas de un taylorismo deformado, como es el caso.” (ob. cit. pág. 60). Una vez más, esta visión de Parada Vázquez no se comparte por quien suscribe.

²⁵⁴⁴ En la reciente Ley 17/1999 de Régimen del Militar Profesional sobre las retribuciones se dispone lo siguiente:

Artículo 152: “1. El sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas y el régimen de indemnizaciones por razón del servicio serán los de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, adaptados a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados.

El Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, y a iniciativa del Ministerio de Defensa, procederá a efectuar las citadas adaptaciones cuando sean necesarias, teniendo en cuenta que por medio de las retribuciones complementarias se atenderán los problemas específicos derivados del ejercicio de la profesión militar, especialmente la responsabilidad, la disponibilidad permanente, la preparación técnica y las singularidades de determinados cometidos.

2. A los solos efectos retributivos y de fijación de los haberes reguladores para la determinación de los derechos pasivos del personal militar, se aplicarán las siguientes equivalencias entre los empleos militares y los grupos de clasificación de los funcionarios al servicio de las Administraciones públicas:

General de Ejército, Almirante General o General del Aire a Teniente: grupo A.

Alférez y Suboficial Mayor a Sargento: grupo B.

Cabo Mayor a Soldado con relación de servicios de carácter permanente: grupo C.

Cabo Primero a Soldado con relación de servicios de carácter temporal: grupo D.

Tal evolución fue más o menos pareja a la operada en materia de “salarios en especie”, esto es, las “prestaciones sociales” –en sentido genérico-²⁵⁴⁵ y, particularmente, las de vivienda relativas a los miembros de los Ejércitos. Como se dijo, si al militar se le paga poco y se le dan contraprestaciones por medio de economatos, viviendas, colegios, lugares de recreo, etc. el corporativismo se intensifica: el militar vive, come, compra, se divierte con militares y sus hijos estudian juntos. En este sentido, la evolución política²⁵⁴⁶, fue por los derroteros de remitir tales prestaciones sociales como las relativas a la vivienda, que iban mucho más allá de las lógicas exigencias en razón de la movilidad geográfica de los miembros. Los antiguos privilegios del paternalismo institucionalista se han ido mitigado tornándose en admisibles adaptaciones a las exigencias que impone la peculiar vida militar. Ello, obviamente suscitó problemas sociales para quienes

3. Reglamentariamente se determinarán las retribuciones complementarias de los diferentes empleos, así como las que correspondan a las distintas situaciones administrativas.”

²⁵⁴⁵ Sobre el tema, con carácter genérico hay que seguir lo dispuesto en los artículos 194-196 de las reales ordenanzas y toda la legislación de desarrollo. Más recientemente, la Ley 17/1999 regula la protección social, el régimen de sanidad y de desempleo en las FAS en los artículos 155-158.

²⁵⁴⁶ Sobre la “política social” en las FAS españolas, puede verse el ya anticuado estudio de MARTÍNEZ-VARA, Eduardo, “Proyección del carácter social del Estado en el ámbito de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...* cit. , págs. 2729-2744. En él se hacía referencia a las normas y líneas básicas. En este trabajo, el autor incardina la política social realizada respecto de las FAS como una manifestación del componente social del Estado propugnado en el artículo 1 de la Constitución, sin detenerse en mayores consideraciones sobre lo que representa este sistema remuneratorio y sus repercusiones sociales. Sobre cultura y educación se citan en dicho trabajo, la existencia de convenios frecuentes para facilitar los estudios a los militares profesionales, como la participación cultural y educativa de quienes prestan el servicio militar. Del mismo modo existen convenios para facilitar las plazas escolares para los hijos de militares.

El régimen de vivienda militar se regía básicamente antiguas normas de marcado carácter paternalista (ley 84/1963, de 8 de julio, la ley 12/1960, de 12 de mayo y la 110/1966, de 28 de diciembre, para los Ejércitos de Tierra, la Marina y Aire, respectivamente). La situación varió de forma sustancial por medio del Real Decreto 1751/1990 de 20 de diciembre, por el que se creaba el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y suprimía los patronatos de casas militares de los Ejércitos, dicha norma estableció un régimen de facilidades para los profesionales militares, acorde a las exigencias propias de la profesión militar (destinos, movilidad, situación de las unidades, etc). Esta norma fue más tarde modificada por el Real Decreto 219/1997, de 14 de febrero. La ley de 1999 ha sido ya desarrollada en algún aspecto concreto por la Orden del Ministerio de Defensa 242/1990, de 21 de octubre.

resultaba difícil desprenderse de unas medidas a las que habían adaptado su vida²⁵⁴⁷. Sobre el tema ha sido recientemente aprobada la Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los Miembros de las Fuerzas Armadas²⁵⁴⁸.

Pues bien, si toda esta evolución ha sido muy positiva para la convergencia civil-militar, hay que señalar que la ley de leyes en estos aspectos pocas exigencias jurídicas comporta sobre la base del principio de igualdad. No en vano, a salvo de mitigar privilegios injustificables o defectuosas disposiciones normativas, son muchos los argumentos no contrarios a la Constitución que podrían expresar las autoridades civiles para justificar un sistema remuneratorio para el militar diferente del de otros funcionarios²⁵⁴⁹. Sin duda, detrás de unas

²⁵⁴⁷ El cambio de normativa que supuso el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, por el que se creaba el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y su normativa de implicaban una gran diferencia respecto de las antiguas normas de marcado carácter paternalista. Esta evolución normativa suscitó polémica para los afectados, las cuales también se libraron en foros jurídicos como el caso de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1990, y la de 30 de junio de 1994, relativa a la "Asociación de Usuarios de Casas militares", así como las resoluciones del Tribunal Constitucional con relación al polémico régimen transitorio que operaba la normativa. (auto 276/1992, de 15 de septiembre y auto 319/1994, de 21 de noviembre).

²⁵⁴⁸ Las anteriores disposiciones han quedado derogadas por la nueva Ley (Disposición derogatoria única B) que ha pretendido adecuarse a la nueva realidad de un sistema profesional de Ejércitos y al proceso de venta de los inmuebles militares. Así, ésta ha sido una de las soluciones emprendida, el acceso a la propiedad de dichos inmuebles por los mismos miembros de las FAS, y de otro lado, el sistema de compensación económica para satisfacer los gastos de la movilidad geográfica que es propia a la Administración militar.

²⁵⁴⁹ Como se dijo, la comparación entre diversos cuerpos de funcionarios es rechazada por el Tribunal Constitucional. Baste citar como ejemplo, relativo a las diferencias salariales entre los Subtenientes de las FAS y la Guardia Civil en la sentencia 236/1994, de 20 de julio, FJ 4º:

"la apreciación de una identidad retributiva entre algunos de los empleos en los que se estructuran jerárquicamente la Guardia Civil y las Fuerzas Armadas no permite deducir tampoco, frente a la alegación del Ministerio Fiscal, un criterio legal igualatorio que imponga el reconocimiento de un idéntico régimen retributivo general entre ambos Cuerpos o categorías funcionariales, configurados como estructuras específicas y diferenciadas con características propias, toda vez que no se encuentran legalmente equiparados en nuestro ordenamiento unos y otros funcionarios."

Cuando se ha abordado el principio de igualdad, quien suscribe se posiciona en contra de la no posibilidad de comparar a todos los efectos cuerpos funcionariales civiles, policiales o militares, sin perjuicio de una amplia discrecionalidad para el Legislador o el Ejecutivo, siempre en aras de purgar en lo posible diferenciaciones de trato que residen en motivos distantes de los valores y principios constitucionales.

decisiones políticas u otras podrían haber motivos inadmisibles constitucionalmente, como la voluntad explícita de distanciar a los miembros de las FAS del resto de la sociedad. Sin embargo, el hecho que la profesión militar sea tan particular, sometida a no pocas cargas, a desplazamientos familiares y, sobre todo, a poner en riesgo la vida misma, por ejemplo, justificaría toda divergencia *al alza* respecto de los salarios con otros cuerpos funcionariales²⁵⁵⁰. Sobre tema, el Tribunal Constitucional de forma indirecta sólo ha tenido ocasión de afirmar que “la conveniencia de que el militar goce de independencia económica que le permita mantener dignamente su status ha de ser reconocida también a los funcionarios civiles y a todos los ciudadanos.”²⁵⁵¹

B) LA MOVILIDAD DEL MILITAR POR CAMBIOS DE DESTINO

Como se afirma en la exposición de motivos de la Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los Miembros de las Fuerzas Armadas (aptdo. II): “uno de los aspectos singulares de la condición de militar [...] es la obligatoria movilidad geográfica derivada de la disponibilidad por razones profesionales. En efecto, la movilidad a lo largo de la trayectoria profesional del militar es una característica o exigencia relevante que contribuye eficazmente a su capacitación y a la operatividad de los Ejércitos [...] con objeto de asegurar que las unidades militares puedan disponer en todo tiempo de los profesionales adecuados y que éstos puedan desarrollar trayectorias enriquecedoras del propio perfil profesional para responder a las demandas de la organización.” La provisión de

²⁵⁵⁰ Sin ser argumentos que necesariamente hubieran de comportar un salario mayor para los militares, sí que podrían justificarlos. Al respecto, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Modelos de función pública y función pública militar”, cit. pág. 59 afirma que “si a los militares se les pagara en función del trabajo que hacen del riesgo que supone ocupar determinados puestos y la gravísima responsabilidad jurídica y moral que asume el mando militar, sus sueldos deberían ser múltiplos de los correspondientes a los funcionarios civiles y de los cargos políticos”.

²⁵⁵¹ Sentencia 54/1983, de 21 de junio, FJ 4º, relativa a la antigua y privilegiada inembargabilidad de haberes del militar.

destinos y el sistema de ascensos militares en tanto que impliquen indirectamente un cambio de destino son piezas clave para la organización militar²⁵⁵².

Esta movilidad geográfica, amén de implicar un desarraigo social del militar distanciándolo del resto de la sociedad, desde el punto de vista constitucional supone un límite del derecho de elección del domicilio (art. 19 CE), no particular de la profesión militar, sino de todos los funcionarios públicos. Sin embargo, hay que decir que no se trata de una limitación de un derecho que haya suscitado prácticamente la atención del Tribunal Constitucional y, sobre todo, éste no ha impuesto ninguna rígida exigencia respecto de su restricción. De un lado, el Alto Tribunal la ha justificado por la voluntariedad del acceso al funcionariado, lo cual no parece bastante acertado²⁵⁵³, y con mayor profusión ha señalado que “el ejercicio de su cometido funcional exige la residencia en el lugar de destino, [...] por la naturaleza, condiciones y alcance de la relación de servicio que efectúan, se les puede imponer restricciones para alcanzar la mayor perfección de la misma en su efectividad, como sucede con la medida

²⁵⁵² En las Reales Ordenanzas se contienen algunas disposiciones sobre la materia (artículos 98, 216 y 217), si bien, la regulación básica se da en el Título IX de la reciente Ley 17/1999 de Régimen del Militar Profesional (artículos 126-137). Como es obvio, aquí no interesa un análisis de esta parcela más que desde el punto de vista constitucional que aquí se afronta.

Sobre el tema se ha seguido –con la regulación anterior– a CASADO BURBANO, Pablo, “La carrera militar”, cit. en concreto, págs. 347-351; GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Algunos aspectos de la clasificación de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las fuerzas armadas”, en AA. VV, *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, cit.; ESCRIBANO TESTAUT, Pedro, “La libre designación en la provisión de destinos del personal militar profesional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 63, enero-junio de 1994, págs. 113-141 y NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, cit. págs. 260-276 (respecto de los ascensos) y 276-282 (provisión de destinos).

²⁵⁵³ Como se señaló con anterioridad, se trata del auto 191/1991, de 17 de junio, en el que un médico militar aducía la vulneración del artículo 19 CE, entre otros, por obligarle a ser militar limitando su derecho a elegir domicilio. Aunque el Tribunal no atiende prácticamente esta alegación, su fundamentación no es del todo adecuada, pues señala que “El desempeño de su actividad como Médico de la Armada en el destino asignado por la superioridad es propio del estatuto funcional del recurrente, libremente asumido por él al acceder a la profesión militar.” (FJ 4º). Esto es, la justificación de la limitación del derecho de residencia en la voluntad, cuando por el contrario, estas limitaciones no residen en la voluntad del sujeto, sino en las objetivas necesidades de la defensa.

de traslado forzoso a otra localidad por necesidades o *hasta por conveniencias del servicio, siempre que esté, apoyado en causas determinadas y justificadas*²⁵⁵⁴.

En consecuencia, poco se exige desde la ley de leyes para limitar este derecho, y como no podía ser menos, en el caso de las necesidades de la defensa las posibilidades de su limitación serán mayores, en tanto que así lo es la *valía* constitucional de la eficacia de las FAS. Ahora bien, ello no excluye la posible inconstitucionalidad por no darse las “causas determinadas y justificadas” de las que habla el máximo intérprete de la Constitución.

La movilidad del militar se produce por la provisión de destinos e, indirectamente por los ascensos. Y en esta materia el Legislador y el Ejecutivo tienen también una amplia discrecionalidad a la hora de diseñar la Administración militar, no obstante, deben guardarse una serie de garantías constitucionales. Desde la perspectiva constitucional, de una parte, hay que volver a afirmar lo que se consideró respecto de los condicionamientos de los permisos y licencias²⁵⁵⁵: un cambio de destino justificado por la falta de eficacia de un militar²⁵⁵⁶ no puede comportar una sanción encubierta²⁵⁵⁷. Si se ha

²⁵⁵⁴ La única resolución que ha abordado con una mínima concreción la materia es el auto 781/1985, de 13 de noviembre, relativo a un inspector de policía (FJ 2º).

²⁵⁵⁵ Véase lo afirmado en el epígrafe intitulado “El modelo de plena disponibilidad y el régimen de incompatibilidades a la luz de la ley de leyes”.

²⁵⁵⁶ Reales Ordenanzas, artículo 98: “Empleará a todo el personal a sus órdenes en los puestos y cometidos reglamentariamente establecidos y del modo más adecuado a las aptitudes de cada uno. De no existir disposición concreta, lo hará como considere más conveniente para el servicio. Podrá proponer el cese en su destino de cualquier subordinado cuando aprecie en él manifiesta falta de eficacia, debiendo hacerlo preventivamente de considerar que su continuación acarrearía grave perjuicio al servicio.”

Ley 17/1999, artículo 133. 3º: “Los jefes de unidad, centro u organismo podrán proponer el cese en el destino de cualquier subordinado por falta de idoneidad en el desempeño de los cometidos propios de su destino, elevando por conducto reglamentario a la autoridad que lo confirió informe razonado de las causas que motivan la propuesta de cese. Éste se producirá, en su caso, de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores.”

Artículo 134: “El Ministro de Defensa podrá destinar, acordar el cese en un destino o denegar su adjudicación cuando las necesidades del servicio lo aconsejen.”

²⁵⁵⁷ La actual Ley de régimen disciplinario recoge en su artículo 15 como sanción por falta grave “La sanción de pérdida de destino supone el cese en el que ocupa el infractor, quien

de producir un cese de destino a resultas de la comisión de una conducta merecedora de falta grave, éste ha de seguir el procedimiento disciplinario oportuno. El cambio de destino en ejercicio de una potestad que legalmente hace referencia a la falta de idoneidad de un militar en su puesto debe responder a esta finalidad. De ahí que tal decisión es susceptible de fiscalizarse administrativa y judicialmente sin olvidar que puede comportar un límite a un derecho fundamental –aun débil-. No obstante, el Tribunal Constitucional no ha parecido ser nada riguroso a este respecto²⁵⁵⁸. Asimismo, en tanto en cuanto un ascenso puede comportar un cambio de destino, las exigencias de o discriminación, mérito y capacidad (art. 23. 2º CE – art. 103. 3º CE) también se proyectan sobre la materia, a la par de otras garantías constitucionales²⁵⁵⁹.

durante dos años no podrá solicitar nuevo destino en la unidad, localidad o demarcación territorial específica de los Ejércitos a la que pertenecía cuando fue sancionado.”

²⁵⁵⁸ Así, por ejemplo, en el auto 389/1988, de 24 de marzo con relación a la Guardia Civil, aplicando normativa militar, el Tribunal señaló que la baja de una plaza no es necesariamente una sanción, por lo cual no se causaba duplicidad de sanciones por un mismo hecho y en protección del mismo bien jurídico. El Guardia Civil fue objeto de una sanción disciplinaria, consistente en un arresto domiciliario de catorce días de duración, además se le aplicó la baja de destino del sancionado por las actitudes de indisciplina e insubordinación de éste, así como por su “una nula capacidad de receptividad y comprensión hacía los problemas de los Mutilados”. Ante lo cual el recurrente consideró que se había dado una duplicidad de sanciones inconstitucional, infracción del principio jurídico *non bis in idem*, protegido por los arts. 24. 2 y 25 de la CE El Tribunal Constitucional, no obstante, entendió que la baja de destino, no fue necesariamente impuesta por causa de la primera sanción, sino que entre el abanico de posibilidades por las que esta medida puede ser adoptada otros hechos pudieron causar la misma. Además consideró que la baja forzosa no tiene carácter sancionador, sino que responde simplemente al ejercicio de una facultad organizativa y, en este caso, se entendió que el recurrente no era idóneo para el puesto y misiones que desempeñaba. Por lo cual, estima, no hubo doble sanción que pudiese vulnerar el principio *non bis in idem*. (en especial, ver, FJ 2º).

Sobre el tema cabe también remitirse a las sentencias del Tribunal Constitucional 85/1995, de 6 de junio y 127/1995, de 25 de julio, relativas a dos funcionarios policiales y la sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1995.

²⁵⁵⁹ Respecto de este tema resulta el Tribunal Constitucional en la sentencia 39/1983, de 16 de mayo, con relación a la impugnación de un miembro de la marina de guerra que aspiraba el ascenso a General, el Tribunal abrió tímidamente las puertas a la fiscalización judicial de decisiones técnicas pertinentes para tal ascenso, aunque no para aquel caso.

En el auto 18/1986, de 15 de enero quien también aspiraba a un ascenso a general alegaba vulneración del artículo 24 CE por no haber tenido acceso a unos informes secretos que se consideraban determinantes para el ascenso al que se aspiraba, lo cual fue desestimado por el Tribunal.

Todo ello configura un escenario jurídico que supone a la postre una mínima proyección constitucional respecto de la movilidad geográfica del militar. Las necesidades de la defensa –en este caso bastante ajenas a sospechosas motivaciones políticas– justifican en muy buena medida este factor que, necesariamente repercute en un desarraigo social del miembro de las FAS.

Mayor atención se suscitó en la sentencia 97/1993, de 22 de marzo, relativa a un cabo primero de la armada que solicitó la adquisición de la condición de militar profesional, para lo cual requería la calificación de apto por una junta de Clasificación, que no obtuvo. El Tribunal Constitucional no estimó el amparo solicitado en tanto que recuerda su doctrina respecto de la discrecionalidad técnica que es propia a las juntas de Calificación y que lo único que puede entrar a conocer la jurisdicción ordinaria, no la constitucional, es si se dio el oportuno soporte fáctico para la valoraciones técnicas de dicha comisión, lo que, en el caso concreto, la jurisdicción ordinaria apreció, a juicio del Tribunal Constitucional (ver FFJJ 2º y 3º).

CAPÍTULO V. VALORES CASTRENSES, EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA MILITAR A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

I. El “espíritu militar” en el modelo constitucional de Fuerzas Armadas

A) LA NECESARIA ATENCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA INSTITUCIÓN MILITAR: LOS VALORES CASTRENSES

Con acierto se ha dicho “para conocer al Ejército, hay que penetrar en su espíritu”²⁵⁶⁰ y, como se verá, para adecuar el Ejército al modelo de FAS que la Constitución impone, habrá que redefinir constitucionalmente este espíritu. Si no se atendiese un elemento tan relevante en la Institución militar, como lo es el conjunto de valores que imperan en su seno y que impregnan todas las relaciones que ahí se dan, se obviaría un factor esencial de los Ejércitos. A la vez este “espíritu militar” es decisivo no sólo puertas para dentro de los cuarteles, sino que en buena medida define la convergencia civil-militar, al tiempo de ser un agente que determina el potencial intervencionismo político de los Ejércitos. Por ello, al jurista, especialmente al jurista constitucional, no puede pasar inadvertida la atención desde el punto de vista jurídico de lo que es tan relevante para conformar el modelo constitucional de FAS.

Desde la perspectiva de la Sociología y los parámetros que definen un formato o tipo de Ejército (institucional-ocupacional-plural) la intensidad de unos valores militares propios bien distanciados de los que imperan en la sociedad es un rasgo de los que definen un modelo institucional. Por el contrario, en un modelo

²⁵⁶⁰ JARNÉS BERGUA, Enrique, *Ejército y Cultura* cit. pág. 143.

ocupacional, si bien siempre se da una carga axiológica en la profesión castrense, la virtualidad de todo este conjunto de valores es mucho menos intensa y, en especial, sólo cobran importancia los valores que se legitiman directamente en razón de ser un instrumento adecuado para maximizar la eficacia de las FAS para llevar a cabo las misiones encomendadas. En punto a los valores militares es donde adquiere mayor relevancia el modelo de Ejércitos plural definido y defendido por Moskos, aquél consistente en la existencia dentro de unas mismas FAS de unidades institucionales y ocupacionales, es decir, unidades donde se cultivan con mucha intensidad unos valores militares institucionales y otras donde sólo tienen una proyección mínima y, prácticamente, no pasan de ser casi una mera formalidad.

Ahora bien, como es tesis a lo largo del presente estudio, no hay que dejarse arrastrar por esta perspectiva sociológica, sino por las exigencias del Derecho y más concretamente de la norma de normas. No en vano, tal y como se sostiene, la Constitución impone su modelo de FAS, cuya descripción concluye con el presente capítulo. Y precisamente respecto del “espíritu militar” la proyección de los contenidos constitucionales es fundamental, tal y como ahora se aprecia. Una vez más, la materia exige ser abordada desde la perspectiva jurídico-constitucional, lejos de analizarse únicamente desde un punto de vista sociológico.

De un lado, como especialmente señala Blondel la tenencia de una escala de valores diferentes a la del resto de la sociedad se configura como un factor vinculado al grado de intervencionismo político de las FAS²⁵⁶¹. Para el caso español Ortega y Gasset subrayó la importancia de este elemento para que las FAS “cayesen sobre la

²⁵⁶¹ BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. , pág. 470 quien afirma lo interesante apreciar “la medida en que los valores de los militares pueden ser contradictorios de los que inspiran a otros sectores de la sociedad: cuando ambos tipos de valores son idénticos o muy parecidos, es poco probable que sobrevengan choques; evidentemente también, cuando la “distancia” entre unos y otros es grande, las probabilidades de una falta de “comprensión” que lleve a un choque son igualmente grandes.”

nación a conquistarla” en el primer tercio del siglo XX²⁵⁶². De ahí que haya que guardar no pocas cautelas a la hora de analizar en qué medida la Constitución excluye que la Institución militar se erija como un mundo separado en el que se cultiven valores profesionales endogámicos que supongan un riesgo para el propio sistema democrático. De otro lado, no hay que olvidar que no se está hablando de meras formalidades que no tengan trascendencia jurídico-práctica alguna, pues toda esta serie de valores castrenses se conforman como exigencias jurídicas -deberes jurídicos del militar-, cuya falta puede ser reprobada disciplinariamente.

A la vez, es menester tener en cuenta que un derecho fundamental básico, la libertad ideológica del servidor de armas, puede quedar afectado por todo este conjunto de valores militares. De ahí que en la medida que toda esta escala de valores se proyecte restrictivamente en el estatuto de derechos y libertades del militar se exige indefectiblemente su aprehensión constitucional.

Además, hay otro aspecto que atrae también la atención jurídico-constitucional sobre toda esta materia: el militar adquiere todo este bagaje axiológico a lo largo de toda su vida castrense, pero especialmente al inicio de la misma en razón de la formación que se recibe en el marco de la enseñanza militar. En este sentido, la Constitución impone exigencias del todo relevantes sobre el objeto de la educación y la forma de llevar a cabo la enseñanza y, como es obvio, también sobre la educación y la enseñanza que imparte el Estado en el mundo de los cuarteles. Así pues, no son pocos los motivos que

²⁵⁶² “En los individuos de nuestro Ejército germinó una funesta suspicacia hacia políticos, intelectuales, obreros (la lista podía seguir y aun elevarse mucho); fermentó en el grupo armado el resentimiento y la antipatía respecto de las demás clases sociales, y su periferia gremial [los *africanistas*] se fue haciendo cada vez más hermética, menos porosa al ambiente de la sociedad circundante. Entonces comienza el Ejército a vivir en ideas, propósitos, sentimientos del fondo de sí mismo, sin recepción y canje de influencias ambientes. Se fue obliterando, cerrando sobre su propio corazón, dentro del cual quedaban en cultivo los gérmenes particularistas [tras los sucesos de Marruecos y bajo estas circunstancias] ¿No era inevitable y consecuencia de este proceso que el Ejército cayese sobre la nación a conquistarla?” ORTEGA Y GASSET, José, *La España invertebrada*, cit. págs. 56-57, ya cit.

impulsan y exigen la atención constitucional de los valores militares, su contenido, su adquisición y su proyección jurídica.

a) *Valores castrenses y espíritu militar, elementos distintivos de las Fuerzas Armadas y la profesión militar*

Uno de los caracteres de la institución militar es su tenencia de una escala de valores propia, el “espíritu militar”²⁵⁶³. Ortega y Gasset señalaba que las FAS “no son fuerza bruta, sino fuerza espiritual”²⁵⁶⁴. Hace siglos Calderón de la Barca consideraba que los Ejércitos eran una “religión de hombres honrados”²⁵⁶⁵, expresión que sigue abanderándose en la actualidad en España. No hay que remontarse a tiempos muy pretéritos para advertir calificaciones de los militares como “mártires de la religión del honor” o “puritanos del honor”²⁵⁶⁶, “continuadores directos de los antiguos caballeros”²⁵⁶⁷. Hace unas décadas Castejón afirmaba que “Es el Ejército no sólo una agrupación de hombres uniformados, no una máquina, no un brazo armado de la Nación; es algo más: es una colectividad con vida propia y, sobre todo, con alma propia.”²⁵⁶⁸.

²⁵⁶³ Así se aprecia en el mismo título de su trabajo FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit.

²⁵⁶⁴ Citado por BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional...*, cit. en la pág. 185; al respecto Blanco afirma que “la milicia posee un sistema propio de relaciones morales que informa su conducta y que viene a constituir, en la línea con el pensamiento orteguiano, una ética propia, una verdadera ética militar, sin la que en realidad sería imposible hablar de un verdadero Ejército.” (Ver, ob. cit. pág. 102).

²⁵⁶⁵ Así se aprecia en el poema de Pedro Calderón de la Barca, *Para vencer a amor, querer vencerlo*, cuyo texto, por ejemplo, puede seguirse en AA. VV, *La defensa de España ante el siglo XXI*, pág. 9.

²⁵⁶⁶ Así, DE VIGNY, Alfredo, *Servidumbre y grandeza militar*, Espasa-Calpe, (trad. de Nicolás GONZÁLEZ-RUIZ), Madrid, 1962, págs. 157 y 54 respectivamente, citados en BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit., pág. 370.

²⁵⁶⁷ Así, en BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional...*, cit. pág. 206 se remite a unas palabras de un ex- ministro de Petain, el almirante Paul Auphan, contrario a las concepciones modernas de la profesionalización militar.

²⁵⁶⁸ Así, CASTEJÓN, Federico, “La disciplina y el valor, y sus opuestos delictivos. (Esbozo de una psicología militar)”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 6, julio-diciembre de 1958, págs. 9-22, en concreto pág. 9.

Quizá, para quien no esté avezado en el mundo militar, puedan sorprender estas afirmaciones, cuando, por el contrario, quienes están vinculados de algún modo con las FAS asumen con naturalidad este entendimiento de la profesión armada y la existencia de un “espíritu militar”. En las siguientes páginas se pretende dar una explicación, tanto para unos como para otros, de los motivos de la existencia de una singularidad de este tipo. En este sentido, se analiza la relevancia jurídico-política que adquieren estos valores castrenses a la par de orientarse el camino de cómo deben concebirse constitucionalmente. De este modo, posiblemente los *civiles* puedan comprender y asumir con mayor facilidad la importancia que tiene este espíritu militar; asimismo los ciudadanos militares pueden descubrir -o redescubrir en su caso- el sentido que tienen todos los valores en los que han sido formados con mayor o menor intensidad y así asumir la dirección por la que deben redefinirse los mismos en un Estado democrático.

Como se verá, la redefinición que aquí se propone no viene motivada únicamente por el deseo de una mayor convergencia civil-militar, ni incluso por las exigencias constitucionales que imponen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios y los derechos constitucionales. Tal redefinición se suscita en muy buena medida por la causa esencial que tiene el espíritu militar y todos los valores que lo componen, que no son sino instrumentos a favor de la máxima eficacia de la institución; es por ello mismo por lo que en el contexto actual deben reorientarse también para seguir siendo tales instrumentos en orden a la eficacia de las FAS, eficacia para desempeñar mejor las misiones constitucionalmente atribuidas, y no otras.

De modo genérico, las Reales Ordenanzas recogen extensamente toda una serie de valores que deben regir la conducta del miembro de las FAS, los cuales parecen desprenderse de cuatro pilares que son la disciplina, el honor, el valor y el patriotismo²⁵⁶⁹, incluidos en el artículo

²⁵⁶⁹ Para una mayor atención de la concreción del espíritu militar, ver JARNÉS BERGUA, Enrique, “Ejército y Cultura... cit. págs. 149 y ss. , MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...* , cit. , pág. 55 y ss. , BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional...* , cit. , págs.

primero de dicha norma. Al tenor de esta norma moral de la Institución militar, la fortaleza espiritual de los Ejércitos es considerada como garantía de seguridad y paz (art. 5); por ello, esta fortaleza espiritual es un pilar donde se asienta la voluntad de asumir la responsabilidad de la defensa (art. 13). Así se les da una primacía en la Institución militar, y se les entiende como enraizados en la *secular* tradición de los Ejércitos y causados por una “profunda exigencia” (art. 15). De todos estos valores y espíritu se considera a los profesionales como depositarios y encargados de inculcarlos para fortalecerlos (arts. 24 y 207). Consecuencia de estos preceptos es que la profesión militar es entendida por esta norma como una carrera de acendrada vocación (art. 25).

Resultaría muy extenso analizar profusamente el articulado donde se concretan los mismos, pues prácticamente constituyen el contenido de todas las Reales Ordenanzas. Ahí se enuncian los valores con carácter general; se concreta la intensidad debida dentro de la jerarquía de la institución; posteriormente se vuelven a proyectar en referencia expresa al ejercicio del mando. Son también positivizados para cada una de las funciones a desarrollar por el militar -combate, funciones técnicas, administrativas, educativas-; asimismo se recogen como deberes del militar y como presupuestos necesarios de las recompensas²⁵⁷⁰. Es así que el patriotismo, el honor, la disciplina, el

50 y ss. y 212 y ss. en donde se hace una exaltación de los mismos quizá impropia de la naturaleza jurídica del trabajo. También describe básicamente estas virtudes militares FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. págs. 115 y ss.

²⁵⁷⁰ Se regula el espíritu y valores militares en los siguientes artículos de las Reales Ordenanzas:

Art. 22 (ejemplaridad), art. 27 (valor, prontitud, exactitud), art. 29 (honor), art. 30 (puntualidad y desvelo a toda hora), art. 31 (enumera buen número, como la abnegación, austeridad, amor al servicio, honrada ambición, constante entrega, etc.), art. 35 (compañerismo), art. 36 (satisfacción del deber cumplido), 48 (orgullo de su propia unidad). En los artículos 49 y ss. se particularizan y concretan de entre los anteriores, los caracteres morales que deben de subrayarse jerárquicamente, en el soldado (art. 49), en el cabo (art. 65), en el suboficial (art. 70), en el oficial (art. 72). De nuevo, a partir del artículo 77 se enuncian los valores militares que debe de presentar el que ocupe un puesto de mando (art. 85 -amor a la responsabilidad-, art. 86 -iniciativa-, art. 101 -espíritu de colaboración-). En el combate se refieren en el art. 122 -valor, acometividad, serenidad, espíritu de lucha-, y en el 126 -honor de las armas-, ejemplaridad y prestigio y espíritu creador en la enseñanza -arts. 145 y 146- En la

valor, el sacrificio, la ejemplaridad, la exactitud, la puntualidad y prontitud, el orgullo, la constante entrega, austeridad, compañerismo, acometividad, serenidad, prestigio, creatividad, iniciativa, abnegación, ceremoniosidad, etc. son expresados y exigidos en la conducta del militar. Asimismo, no hay que olvidar toda una serie de actos ceremoniales llevados a cabo incluso cotidianamente (izado y arriado de bandera) en la Institución militar como el culto a los símbolos nacionales o a los caídos y a la historia²⁵⁷¹.

Hay que advertir que esta particularidad de las FAS no lo es ni mucho menos de nuestro país, sino que este perfil diferencial de la escala de valores del militar, acompañado de rituales y ceremonias está generalizado tanto temporal como espacialmente²⁵⁷². Sin que se trate de algo absoluto e invariable, lo cierto es que ningún Ejército

labor técnica el artículo 152 exige abnegación y espíritu de sacrificio, o de servicio en la función administrativa -art. 160-. Como últimas referencias cabe mencionar el primer deber de todo militar, la constante disposición a entregar la vida por la Patria -art. 186-, así como la relación de valores que se recoge en el artículo 196 de las recompensas militares, a la hora de las recompensas con que se premia la tenencia de estas virtudes. Por último, la referencia realizada en el art. 214, esta vez para el militar de carrera -donde aduce como manifestación del espíritu militar el deseo constante de la promoción personal-

²⁵⁷¹ En este sentido el artículo 16 de las Reales Ordenanzas señala que “Los Ejércitos de España son herederos y depositarios de una gloriosa tradición militar. El homenaje a los héroes que la forjaron es una deber de gratitud y un motivo de estímulo para la continuación de su obra.” El artículo 17 recuerda que “El espíritu que anima a la Institución Militar se refuerza con los símbolos transmitidos por la Historia. Los símbolos fortalecen la voluntad, exaltan los sentimientos e impulsan al sacrificio.” El artículo 21 recuerda que “Las Fuerzas Armadas representando a la Nación y en nombre de los poderes del Estado, serán las encargadas de rendir los honores de ordenanza en los actos o ceremonias oficiales.”

Entre la diversa normativa reguladora de esta materia, baste citar, por ejemplo, para el Ejército de tierra lo dispuesto en el Tratado quinto de las particulares ordenanzas reguladoras, “De los honores y ceremonias” (artículos 415-431). El artículo 416 recuerda que “Las principales ceremonias militares se realizarán con motivo de los actos del juramento y honores a la Bandera de España y su entrega a Unidades; paradas y desfiles; honores a las autoridades; tomas de posesión de mando, entrega de despachos, títulos o diplomas e imposición de condecoraciones; honras fúnebres y homenaje a los que dieron su vida por la Patria; festividades de los Santos Patronos y otras conmemoraciones relevantes de carácter nacional o castrense.”

²⁵⁷² Así, por ejemplo GARCÍA, Prudencio, en “El militar profesional, hoy y mañana”, publicado como apéndice de su obra *Ejército: presente y futuro* 1. Ejército, polemología y paz internacional, Alianza Editorial, Madrid, 1975, en las págs. 225 y 226, afirma que las virtudes militares pueden considerarse “absolutamente clásicas” en integrantes de la configuración militar de cualquier época. Añade a la vez, que son patrimonio del militar profesional ya de oriente, ya de occidente.

escapa a configurarse con un depósito de ideales que inspiran su función militar. Ello es así, como adelante se aprecia, porque al margen de herencias históricas y causas de tipo político, este espíritu militar constituye un *receta* muy práctica para conseguir una mayor eficacia de los Ejércitos. No obstante, el tipo de valores que se exaltan y, sobre todo, la intensidad con la que se manifiestan varían mucho según el momento histórico y el marco geográfico-político.

b) *Funcionalidad y evolución de los valores militares hasta el siglo XX*

La pauta esencial para alcanzar la máxima eficacia de los Ejércitos es, como se ha visto, la disciplina. Tal y como hubo lugar de constatar, su implantación, pareja al predominio de la infantería frente a la caballería, postergó los tradicionales valores del caballero: frente al héroe y al valor individual había de primar el soldado disciplinado y sumiso, componente de una masa uniformada –no sólo estéticamente, claro está– que actuaba de forma colectiva. Y esta situación de primacía de la disciplina ha perdurado hasta la actualidad. De ahí que, a parte de ser un principio organizativo, la disciplina se configure como la piedra angular de los valores castrenses.

Sin embargo, como subrayase con tanto acierto Weber, la disciplina y la uniformidad permiten espacios al carisma o al honor estamental, aunque “en su más íntima naturaleza” sean opuestos²⁵⁷³ puesto que quien actúa heroicamente a fin de conseguir para sí mismo un honor personal puede poner en serio peligro al colectivo²⁵⁷⁴.

No obstante, en toda fuerza militar moderna también se cultivan otras virtudes diversas a la disciplina que de forma completamente calculada complementan a aquélla. En las organizaciones que funcionan sobre la base de la disciplina y en especial los Ejércitos, como dice Weber “se calcula racionalmente todo” y justamente los

²⁵⁷³ WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, cit., pág. 72.

²⁵⁷⁴ *Ibidem.* pág. 72.

factores irracionales y emotivos, “de la misma manera con que se calcula la productividad de los yacimientos minerales y carboníferos”²⁵⁷⁵. Y es que bien orientados estos elementos morales, lo que en principio es un componente tan subjetivo e individualista como el fervor o la valentía se torna en máxima entrega a favor de una finalidad, “fervor por una ‘causa’ común, por un ‘resultado’ racionalmente perseguido y no por una persona como tal”²⁵⁷⁶. De ahí que valor, honor y patriotismo pasen a conformar, con la disciplina, los elementos basilares del llamado “espíritu militar”²⁵⁷⁷.

La síntesis entre cualidades guerreras individuales (honor, valor, etc.) y las exigencias de disciplina y cohesión del colectivo se fue llevando a cabo, paulatinamente, desde el final de la Edad Media. Con el redescubrimiento de la disciplina, los valores nobiliarios en modo alguno fueron excluidos en el nuevo “arte de la guerra”. Las cúpulas militares, ahora al servicio del monarca, seguirían siendo monopolio de la aristocracia y los valores estamentales propios de aquella clase a la vez que la dignificaban se adaptarían funcionalmente a las exigencias de la función militar. Con la revolución política se consagraría definitivamente la “causa común” que motivaría a los servidores de armas: la exaltación de la Nación se perfilaría definitivamente como el mejor impulso hacia las más altas gestas guerreras. El *pro Patria mori* que había surgido en las Cruzadas²⁵⁷⁸ y que tanto interés había despertado en Maquiavelo, finalmente con Fichte y Hegel pasó a ser el supremo deber ético sobre la Tierra²⁵⁷⁹ y, como no podía ser de otra forma, este principio inspiraría toda la concepción de la profesión militar. Dado que el concepto de la Patria es tan maleable, permitía ser utilizado en todos los sentidos: Nación

²⁵⁷⁵ *Ibidem.* pág. 73.

²⁵⁷⁶ *Idem.*

²⁵⁷⁷ El artículo 1 de las Reales Ordenanzas dispone que “Estas Reales Ordenanzas [...] Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor.”

²⁵⁷⁸ TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 178-183, ya cit.

²⁵⁷⁹ FICHTE, J. Gottlieb, *Discursos a la nación alemana*, cit. entre otras, págs. 161-163; HEGEL, Georg. W. F. *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, cit. , entre otras, pág. 286.

como libertad política de los ciudadanos, Nación proletaria como liberación de los oprimidos o simplemente la Nación completamente irracional -y por tanto vacía- como la del fascismo, el nacionalsocialismo y la mayoría de los autoritarismos, de modo que la máxima entrega por la Nación no había de vincularse a elemento racional alguno.

Así, los valores militares se ligaron tanto a las primeras victorias revolucionarias francesas y poco más tarde a las del Imperio²⁵⁸⁰; la emergente clase militar conformada en la segunda mitad del siglo XIX tomó como propios valores de procedencia medieval como el honor y el valor, así como aquéllos que se habían subrayado con la revolución: los valores patrióticos pasarían casi a monopolizarse por la Institución militar, guardiana de las esencias Patrias. De este modo, el colectivo militar se iría distanciando social y políticamente de la burguesía que nutría socialmente las filas de los Ejércitos liberales. En otros contextos, como los de los sistemas socialistas, comunismo y valores militares marcharían paralelos, como sucedió tras la guerra civil en Rusia²⁵⁸¹. El culto al héroe fascista y la exaltación de la Nación también se articuló con precisión en los totalitarismos de esta índole dentro una organización absolutamente disciplinada como la militar. La descolonización llevada a cabo en la mayoría de los casos por las armas, conduciría también a que los Ejércitos de los nuevos Estados sean el referente patriótico por excelencia, de modo que tal patriotismo se emplee institucionalmente como impulso decisivo de toda acción en el seno de los Ejércitos de aquellos países descolonizados²⁵⁸².

La funcionalidad del espíritu militar y los variados componentes que lo conforman es incuestionable. Napoleón afirmaba que “la fuerza moral entra por tres cuartas partes en los asuntos militares: las fuerzas

2580 BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, cit. , pág. 488.

2581 *Idem.*

2582 *Idem.*

físicas tan sólo entran en ellas por un cuarto.”²⁵⁸³. En nuestro país, en el primer tercio de siglo, un autor como Pumarola que defendía la democracia vinculada a los Ejércitos tampoco dudaba en considerar que “los factores morales, a pesar de los perfeccionamientos técnicos, conservan la supremacía sobre cualquiera otra clase de factores, cuando de las modernas luchas se trata.”²⁵⁸⁴. Los factores psicológicos de quienes exponen su vida en el ejercicio de su profesión son decisivos, en este sentido se ha dicho que una batalla perdida es, especialmente, una batalla que se cree perdida²⁵⁸⁵. Respecto del patriotismo, como afirma Blanco Ande “Es un hecho constatado en numerosas guerras, que un soldado no experimentado, pero que ame profundamente a su Patria, se crece en el combate y es capaz de superar a un oponente, más técnico, pero tibio y apático en el campo de batalla.”²⁵⁸⁶

Advierte González Casanova que ficciones como las de la “Patria”, “Cristiandad”, “Nación”, “Estado”, “Revolución Socialista”, “Internacionalismo Proletario”, etc. permiten a los hombres vincularse entre sí más allá del interés egoísta inmediato, constituyendo un mito común por el cual obedecer incluso renunciando a la vida²⁵⁸⁷. “La arenga patriótica del capitán a sus soldados antes de entrar en combate sustituye, por persuasión, la imposible fuerza que sería llevarlos a rastras o encañonados por una pistola.”²⁵⁸⁸ De este modo, lo que no es sino fuerza ciega (sin finalidad), bruta (sin forma) y violenta (sin justificación) se convierte en “fuerza espiritual” que permite diferenciar -teóricamente- una horda o facción armada de un Ejército²⁵⁸⁹. Fernández Segado señala en este sentido que la tenencia de

2583 PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. pág. 178.

2584 *Ibidem* pág. 158.

2585 *Ibidem* pág. 180: “Preguntado un General: ¿Qué es una batalla perdida? Respondió en principio. -No lo sé. Y tras un silencio meditativo: -Es una batalla que se cree perdida.”

2586 Así, BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional...*, cit. pág. 9.

2587 GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio, *Teoría del Estado...* cit. pág. 12.

2588 *Idem*.

2589 *Ibidem* págs. 12-13.

una escala de valores es imprescindible para la institución que posee la fuerza legítima del Estado, pues, “no sería posible concebir un Ejército que careciera de una elevada ética; si tal circunstancia se diera, estaríamos ante una horda o facción armada más que ante un auténtico Ejército.”²⁵⁹⁰

Al igual que la obediencia requerida en las situaciones más extremas no se improvisa, sino que exige de todo un hábito e instrucción, tampoco se logra repentina o aleatoriamente²⁵⁹¹ la superación del miedo, ni la capacidad de sacrificio -no sólo físico, sino también psíquico-, ni el compañerismo o la actuación en equipo y los fuertes lazos de solidaridad entre militares. La tensión hacia el esfuerzo y los sacrificios que puede comportar la actividad militar, así como la preparación para los mismos²⁵⁹² precisa la interiorización de unos valores y una ética que favorezcan las actitudes hacia el logro de las metas propuestas. El espíritu militar cumple también la función de cohesionar a los miembros de las FAS al reafirmar unos valores y una entidad propios frente a otros sectores sociales. De ahí que un corporativismo militar -que no sea pernicioso para la supremacía civil ni distancie injustificadamente al militar del resto de la sociedad- debe ser visto como algo positivo y, en alguna medida, necesario. La misma función instrumental en favor de la eficacia tiene la simbología²⁵⁹³ y

²⁵⁹⁰ Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. , pág. 129.

²⁵⁹¹ MARCHANTE GIL, Armando, “Consideraciones sobre una política militar”, cit. pág. 151: “Hasta ahora se han tratado las cuestiones materiales, pero lo principal es la moral de quienes componen la organización militar. Debe exigirse a los mandos profesionales; pero no es fruto espontáneo sino que deben ser apreciadas y fomentar por quienes tienen la responsabilidad, desde la política y de éste el seno de la sociedad civil, de establecer y concurrir a la defensa de la nación.”

²⁵⁹² Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. , en la pág. 107 afirma que el espíritu de lucha, difícilmente definible, “se asienta en motivos psicológicos que impulsan a un hombre a perseguir el triunfo en el combate sin atender a su seguridad personal”.

²⁵⁹³ No hay más que acudir al mismo tenor del artículo 17: “El espíritu que anima a la Institución Militar se refuerza con los símbolos transmitidos por la Historia. Los símbolos fortalecen la voluntad, exaltan los sentimientos e impulsan al sacrificio.”

ceremoniosidad castrense²⁵⁹⁴ -héroes, bandera, himno-, tan intensamente empleados en el ámbito militar.

Fernández Segado afirma con acierto que la política en favor de una Defensa eficaz no sólo incluye la dotación de armas y técnicas a las FAS, sino que debe prestarse igual asistencia al mantenimiento de lo que se ha denominado “el plano moral de la defensa”²⁵⁹⁵. Ahora bien, si este “plano moral de la defensa” es un factor decisivo, no lo es por los motivos que éste u otros autores parecen implícita o explícitamente sostener, sino en aras a la eficaz defensa militar del Estado constitucional. Y es que parece que se quiera conservar los tradicionales valores del Ejército frente a los *impuros* contactos con los valores sociales por poner en peligro al mismo ser de los Ejércitos, como si los Ejércitos constituyesen un patrimonio cultural e histórico a mantener aunque fuese en contra no sólo de la Constitución sino de la sociedad misma²⁵⁹⁶.

Asimismo, hay quienes parten de la idea que el Ejército es un auténtico depositario de valores morales que no son exclusivos de su institución, sino que emanan del pueblo, de ahí que encomiendan a la Institución militar que, como depositaria, sea la encargada de conservarlos en el tiempo ante las frecuentes crisis del sistema de valores²⁵⁹⁷. Sin embargo, que en los Ejércitos se dé todo un conjunto de valores no es ninguna suerte de reserva moral frente a la pérdida o

²⁵⁹⁴ JANOWITZ, Morris, “Pautas cambiantes... cit. , sobre la ceremoniosidad afirma que ésta expresa la nostalgia del pasado, al no poderse volver a la disciplina autoritaria por la realidad política y táctica. “La ceremoniosidad es funcional si contribuye a un sentimiento de autoestima y al mantenimiento de la eficiencia organizativa. Psicológicamente es un dispositivo para luchar contra el miedo a la muerte.” Pero crea también tensiones y supone esconderse de los problemas no resueltos, el civil no lo entiende. Así en pág. 93.

²⁵⁹⁵ Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. pág. 116.

²⁵⁹⁶ Fernández Segado acusa a la variación del sistema de valores civil -como degeneración- de afectar al puro espíritu militar, de poner en peligro al mismo ser de los Ejércitos. Así advierte que la exaltación materialista es difícil de conjugar con el código moral militar, la misma secularización social contra la espiritualidad que prima en la Institución castrense. Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. pág. 123.

²⁵⁹⁷ Así, MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales...* , cit. págs. 135 y ss. en concreto las págs. 44 y 45, también de esta opinión ROJAS CARO, José, *Derecho disciplinario..* , cit. pág. 47 y, especialmente FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. , pág. 110.

crisis de valores de la sociedad. Quienes parten de estas premisas -es de suponer que más por su amor al mundo militar que por otros motivos-, de forma inconsciente dejan la puerta abierta a un potencial intervencionismo político de las FAS, inadmisibles en una democracia. Como afirma Downes, “unas Fuerzas Armadas que se consideren como el último bastión ético y moral en medio de una sociedad llena de egoísmo y corrupción moral y política, en determinadas circunstancias son unas Fuerzas Armadas golpistas en potencia”²⁵⁹⁸. Los valores militares ni se legitiman como esencia del Ejército que haya que proteger a toda costa, ni, mucho menos, como último bastión de la moralidad en una sociedad que degenera.

De nuevo es menester reiterar lo ya afirmado respecto de la *mística* de la disciplina. Los valores militares -ya se verá cuáles y en qué medida- no tienen otra razón de ser que la que ha sido su causa esencial desde tiempos remotos: como medios útiles de maximizar la eficacia de la organización militar respecto de los fines que se perseguían con los Ejércitos. Ni los Ejércitos, ni la disciplina, ni los valores castrenses se legitiman por sí mismos. Al igual que se dijo de la disciplina, es necesario subrayar estos aspectos porque siglos de historia y perfeccionamiento de las técnicas con las que diseñar el arte de la guerra (que incluyen una formación en unos valores militares) hacen olvidar en ocasiones que hoy día en España la legitimación de la profesión militar no es ni más, ni menos, que la ser un alto servicio prestado al resto a la comunidad política por quienes ejercen la función militar de defender al Estado constitucional. Quien suscribe no duda de la incomodidad que puede producir este tipo de afirmaciones para quienes han sido objeto de cierta sobreprofesionalización y cuentan con un noble sentimiento de amor a las FAS y a los valores que se han predicado como propios de los Ejércitos. Y digo “objeto” porque la asunción del espíritu militar lejos de ser algo espontáneo o natural, es, como señala el padre de la

²⁵⁹⁸ DOWNES, Cathy, “Gran Bretaña”, en AA. VV. , *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit. págs. 203-227, en concreto, pág. 214.

Sociología, Max Weber, producto de un diseño calculado racionalmente “de la misma manera con que se calcula la productividad de los yacimientos minerales y carboníferos”²⁵⁹⁹. La incomodidad, pues, no debiera provocarse por exigir una adecuación de los valores militares a los que rigen en el resto de la sociedad y a los que en la actualidad garantizan con mayor fidelidad el eficaz cumplimiento de las misiones constitucionales de los Ejércitos, como a continuación se sostiene. Por el contrario, de producirse alguna contrariedad, ésta habría de suscitarse respecto de quienes no han dudado en formar al militar con medios que en la mayoría de las ocasiones rebasan el concepto de “adoctrinamiento”²⁶⁰⁰ a fin de “mejorar la producción” del personal militar. Respecto de quienes necesariamente eran conscientes que cultivando con mucha intensidad unos valores castrenses bien diversos a los valores del resto de la sociedad garantizaban la posibilidad de que los Ejércitos se erigieran en salvaguarda de unas esencias y valores patrios ante los cambios sociales llegando, si se estimaba necesario, a intervenir políticamente.

Propugnar una adecuación de los valores que necesariamente deben regir en la Institución militar al contexto social, político y tecnológico en modo alguno puede tildarse de antimilitar, sino todo lo contrario. Difícilmente puede calificarse de antimilitar sostener la necesidad de unas FAS más próximas al sentir de la sociedad, mejor garantía del sistema político basado en el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona y más eficaces. Al igual que respecto de lo que se mantuvo acerca de la disciplina, el espíritu militar no puede mantenerse alejado de la evolución política, jurídica, social y técnica tanto del propio ámbito militar como del conjunto del Estado. Siendo la eficacia la motivación fundamental de su existencia, este conjunto axiológico de los valores militares debe adaptarse al entorno en el que se constituye como pauta de conducta. “Pese a las

²⁵⁹⁹ Ya citado *supra*.

²⁶⁰⁰ Sobre este concepto y sus dificultades constitucionales, hay que remitirse al posterior epígrafe intitulado “La enseñanza militar ‘bordea’ el adoctrinamiento prohibido por la Constitución”.

resistencias al paso de los tiempos, los valores y principios están sometidos a un proceso de cambio constante por mor de mutaciones tecnológicas y aun de la propia organización social”²⁶⁰¹. Pese a la intemporalidad y aespacialidad que algunos pretenden atribuirles, y pese a su propia naturaleza, los valores militares no son algo invariable. Fernández Segado admite que “se ha[ce] necesario, desde luego, una revisión de las formulaciones clásicas [del *ethos* militar] al objeto de readaptar su contenido a las nuevas circunstancias existentes en la realidad.”²⁶⁰². Las exigencias de funcionalidad y contextualización de los valores militares no son una *ofensa* al estamento militar, sino una imposición social, jurídica y tecnológica de los nuevos tiempos.

c) La legitimación de los valores militares en razón de la eficacia de las Fuerzas Armadas a partir de los fines constitucionales atribuidos a las mismas

En un Estado constitucional la exigencia de unos determinados valores que guíen la conducta de los miembros de las FAS se legitima en razón de erigirse en un medio idóneo, adecuado y admisible para maximizar la eficacia de la Institución militar en orden a los fines constitucionales de la misma. De nuevo, el punto básico de partida reside en el principio de eficacia que debe regir para todas las administraciones públicas. Como se dijo este principio constitucional de la eficacia (art. 103 CE) en el marco de la Administración militar y, concretamente, en los Ejércitos produce unos efectos bien distintos a los que se pueden darse en otras parcelas de la Administración. Es por ello por lo que se requiere de la protección de este “espíritu militar” por parte de los poderes del Estado, la necesidad de garantizar este “plano moral de la defensa”. Así se entiende, en principio, la

²⁶⁰¹ Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial...”, cit. pág. 121.

²⁶⁰² *Ibidem* pág. 131.

protección jurídica de tales valores militares por el ordenamiento militar.

A priori es plenamente admisible que al militar se le forme de modo que interiorice una serie de virtudes idóneas para el ejercicio de su función, y por ello, se le marque una ética militar a la que debe de adaptar su comportamiento. Jurídicamente hay que apreciar que, si bien este código deontológico está positivizado en las normas, en realidad lo que se le impone es que en sus manifestaciones externas - estricto ámbito del Derecho²⁶⁰³- no se contravenga esta “norma moral”. Es así como hay que asumir las continuas alusiones al estado que debe ostentar internamente el militar²⁶⁰⁴ de modo que, también en principio, tampoco se vulnera la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE.

Ahora bien, el contenido e intensidad de la exigencia de este “espíritu militar” así como la formación en los valores que lo componen quedan muy condicionados por la ley de leyes, en especial sobre este punto básico de comprensión constitucional de tales valores militares que no es otro que la efectiva funcionalidad de los mismos. Asimismo, las repercusiones jurídicas de su exigencia deben ser plenamente admisibles por la ley de leyes, al igual que la formación del militar tendente a lograr la asunción de los mismos debe guardar las prescripciones constitucionales sobre la educación y la enseñanza.

En principio, pocos problemas constitucionales pueden suscitarse porque en la conducta del militar se exija valentía, sacrificio, exactitud, puntualidad y prontitud, compañerismo, acometividad, serenidad, prestigio, creatividad, iniciativa o abnegación. Estos valores que

²⁶⁰³ En este sentido, como en otro momento ya se señaló -respecto de la neutralidad política del militar-, el Derecho no puede operar imposiciones ideológicas, sino condicionar las manifestaciones externas (las conductas) de modo que se adecuen en mayor o menor medida a unas pautas de pensamiento. Así PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit. pág. 162, ya cit.

²⁶⁰⁴ Por ejemplo, el artículo 6 de esta norma dispone que “En caso de guerra, alentados por la legitimidad de su causa y el apoyo de la comunidad nacional, los Ejércitos lucharán con inquebrantable voluntad de vencer.” A continuación se hace una referencia concreta de cuáles son estas virtudes militares.

forman parte del espíritu militar no suscitan especiales problemas de legitimación en tanto en cuanto se percibe con claridad meridiana su conexión con la mayor eficacia de las FAS. Cuestión distinta es que la posible reprobación de conductas concretas en las que se manifieste la carencia de estos valores puedan dar lugar a sanciones o incluso penas desproporcionadas²⁶⁰⁵. Las mayores dificultades se dan respecto de algunas virtudes exigidas al militar y la interpretación que deba hacerse de ellas, como pueda ser el patriotismo y, sobre todo, el honor del militar. De ahí que merezcan una especial atención en el presente estudio. Antes de ello, no obstante, cabe advertir que, en general, el Tribunal Constitucional ha reconocido la exigencia de determinados valores castrenses y de una especial “buena conducta” para los militares, si bien, su justificación última siempre debe residir en los fines que determinan la conformación de la organización militar de modo que ésta sea de la mayor eficacia para poder responder a los fines que le atribuye la ley de leyes²⁶⁰⁶.

²⁶⁰⁵ Así, en principio, no plantea excesivos problemas que en la Ley de Régimen Disciplinario de 1998 se sancione disciplinariamente como falta leve “la falta de interés en la instrucción o preparación personal” (art. 7. 1º), “inexactitudes” en el cumplimiento de órdenes y normas (art. 7. 2º, 3º y 4º), “descuidos” (art. 7. 5º y 6º), “manifestaciones de tibieza o disgustos en el servicio” (art. 7. 8º), la “falta de puntualidad” (art. 7. 9º), “las riñas o altercados entre compañeros” (art. 7. 22). Entre las faltas graves cabe destacar la sancionabilidad del incumplimiento de un deber militar “por temor a un riesgo personal” (art. 8. 3º); “Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.” (art. 8. 23º); “Promover o participar en discusiones que susciten antagonismo entre los distintos Ejércitos y Cuerpos de las Fuerzas Armadas, o de naturaleza militar (art. 8. 25º); “Dejar de prestar servicio, amparándose en una supuesta enfermedad o prolongando injustificadamente la baja para el mismo, cuando no constituya infracción más grave o delito.” (art. 8. 29º).

Entre los tipos penales, destaca como protección penal de algunos de los valores mencionados, los delitos relacionados con la cobardía recogidos en los artículos 107 a 114 y también el artículo 117. Sobre el tema de la cobardía, aunque referido a la situación normativa ya derogada, puede verse, CASTEJÓN, Federico, “La disciplina y el valor, y sus opuestos delictivos... cit.

²⁶⁰⁶ El Tribunal Constitucional ha reconocido la exigencia de proteger un perfil axiológico diferencial del militar y especialmente en la doctrina más reciente lo ha conectado en mayor medida con el eficaz desempeño de las finalidades constitucionales de las FAS. Así, en el auto 446/1984, de 11 de julio respecto del honor militar y la homosexualidad afirmaba que :

Partiendo de esta legitimación constitucional basada en la eficacia, al igual que se predicó de la disciplina, hay que sostener que el mantenimiento de unos valores castrenses poco operativos en razón de los avances tecnológicos resultaría genéricamente contrario a la Constitución, en tanto que mermarían el bien constitucional de la eficacia de los Ejércitos. Asimismo -y en este sentido se da una especial incidencia del “espíritu militar”, cuanto menos el tradicional-, el mantenimiento de unos valores que desvirtúen la finalidad constitucional de las FAS sería contrario a la ley de leyes. Formar a los miembros de las FAS para predisponerlos hacia otras finalidades que no son las establecidas en la norma fundamental ataca al concepto mismo de eficacia, concepto que, como se vio, supone la idoneidad para conseguir el resultado pretendido. Y es que como se verá, si por medio de la formación en unos valores castrenses se consagra la máxima entrega a favor de un concepto de Patria que nada tiene que ver con su significación constitucional difícilmente se producirá esta

“... los bienes jurídicos protegidos guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que destaca la condición o status de militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una Institución como la Militar, que no acepta los móviles que estima deshonrosos y que inciden en el sistema de disciplina y respeto por que se rige, y que es preciso preservar [...], dada su singular naturaleza, estructura y finalidad.” (FJ 6º).

En la sentencia 114/1987, de 6 de julio, reconoció la posibilidad de exigir jurídicamente una “buena conducta” en el ámbito militar, y lo hacía subrayando la funcionalidad y fines de dicha exigencia:

“... el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, genéricamente descritos como deber de observancia de buena conducta, cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse. Así ocurre sobre todo en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, cuando aquellas exigencias se vinculen directamente a garantizar la específica disciplina, cohesión interna o respetabilidad pública de las instituciones en que se desenvuelven dichas relaciones. Por ello, si no es admisible la apelación a un concepto abstracto de buena conducta, referido al comportamiento general del individuo en sus relaciones sociales o jurídicas, cuya inobservancia genere por sí misma consecuencias jurídicas gravosas para su autor, si puede serlo como noción concreta referida a conductas singulares jurídicamente debidas en razón de interés público protegido por la norma que impone dicho requisito. Pero conviene advertir que incluso en este último supuesto [se impone que] la exigencia normativa de buena conducta guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la misma norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento”.

máxima entrega cuanto de lo que se trata es de la defensa militar del Estado constitucional español, y no cualquier otra idea de España, tal y como se sostuvo y subrayó en el capítulo dedicado a las finalidades constitucionales de los Ejércitos. Del mismo modo que se afectaría a la eficaz defensa militar del Estado constitucional, la proclamación de unos valores castrenses que sólo dispusiesen al militar a su máxima entrega para defender al Estado con independencia de lo que se esconda detrás de esta idea, podría en peligro la democraticidad misma del sistema político español.

Así pues, la Constitución no es en modo alguno ajena al contenido e intensidad de la exigencia de unos valores militares así como sobre su formación a través de la enseñanza militar. En consecuencia, es momento ya de atender desde la perspectiva de la norma fundamental dos valores fundamentales que conforman el “espíritu militar” como lo son el honor y el patriotismo del militar así como la formación del militar en dicho espíritu militar.

B) EL HONOR MILITAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Como se ha explicado, algunos de los valores militares tienen una clara raigambre histórica, producto de una readaptación y compatibilización de elementos aristocráticos a la organización militar²⁶⁰⁷. Las virtudes castrenses reciben así un aire heroico, caballeresco, de exaltación del honor, los militares se conciben, tal y como se expuso al iniciar este capítulo, como “continuadores directos de los antiguos caballeros”, “mártires de la religión del honor” o “puritanos del honor”. Pese al fin de la prueba de sangre a principios del siglo XIX, la nobleza se mantuvo muy presente en la composición social de los cuerpos de oficiales²⁶⁰⁸, lo cual contribuyó a que los rasgos

²⁶⁰⁷ Si bien, todo hay que decir que precisamente muchos de tales caracteres aristocráticos tenían a su vez su primigenia razón de ser en la función armada de los caballeros, de forzosa procedencia aristocrática en razón de lo costoso que era acceder y mantener los materiales armados (armadura-caballo) en tiempos pretéritos.

²⁶⁰⁸ Sobre la importancia de la clase aristocrática en los cuadros de mandos en España a lo largo del siglo XX, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. págs. 255 y ss.

aristocráticos se mantuvieran de forma que muchos valores castrenses, sean en realidad típicos de la aristocracia y tengan el origen en ella. Sin perjuicio de ello, una clase militar cuya oficialidad poco a poco dejó de estar nutrida la nobleza hizo suyos estos valores más tarde. Entre éstos encontramos el culto al héroe, el “viva la muerte”, los duelos, el desprecio por el dinero, por la cultura y el trabajo manual, etc²⁶⁰⁹. Aunque, por encima de aquéllos, el principal valor que se ha transmitido a las FAS por el legado aristocrático, es el del honor militar. Esta circunstancia no es exclusiva en España, sino que se da en otros países incluso en mayor medida; aún es más el honor militar de tipo caballeresco tiene fuerte presencia en países que ni siquiera han tenido experiencias históricas propias de tipo nobiliario como los Estados Unidos, a resultas de las influencias británicas²⁶¹⁰.

El honor militar ha sido recogido en las Reales Ordenanzas²⁶¹¹, y hay que decir que en su elaboración iba a ser colocado en la cúspide de los valores militares por el artículo 1, aunque más tarde se varió el proyecto²⁶¹². El honor militar adquiere particular trascendencia en armas como la Caballería, no en vano de los antiguos caballeros surgieron estos valores²⁶¹³; incluso al margen de las FAS se ha

²⁶⁰⁹ Al respecto de la herencia de valores aristocráticos, ver BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. págs. 249 y ss, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. , págs.. 372 y ss. y como estos autores señalan, ver, MARAVALL, José A. *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Siglo XXI de España editores, 3ª ed. , Madrid, 1989, en particular págs. 37-43 y 201-218.

²⁶¹⁰ En un país sin nobleza, como los Estados Unidos, se tomaron rasgos del viejo Ejército inglés y se trasladaron al código de honor militar de las FAS. Al respecto, por todos, JANOWITZ, Morris, *El soldado profesional*, cit. en concreto sobre el tema, ver el apartado undécimo del libro “La redefinición del honor militar”, págs. 313-329, sobre el código del honor, en especial, págs. 317-324.

²⁶¹¹ En el artículo 1 se hace referencia al honor militar, así como en muchos otros directa o indirectamente (arts. 23, 29, 56, 70, 72, etc.).

²⁶¹² Véase, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. pág. 253.

²⁶¹³ Al respecto ver, MARAVALL, José A. *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, cit. págs. 252 y ss. Sobre el honor de esta histórica arma se planteó un caso ante el Tribunal Constitucional, resuelto en la sentencia 51/1989, de 22 de febrero, relativa a la afectación de dicho honor por un civil (Vicente Rodríguez Lozano) en un artículo periodístico en el que se afirmaba “Creo, señor, que no es hora aún de sustituir el nombre de Caballería, como pretenden el ministro Oliart y algunos generales, porque hay muchos semovientes todavía en esa gloriosa Arma a la que perteneces y también en las demás, capitán, aunque afortunadamente sea una raza a extinguir. Recuerda, capitán, que Caballería no es sólo el

preconizado el honor en cuerpos y fuerzas de seguridad tradicionalmente militarizadas como la Guardia Civil²⁶¹⁴.

El reconocimiento del honor militar conlleva no pocos problemas jurídico-constitucionales. Algunos de ellos ya han sido abordados con anterioridad, con relación a la homosexualidad en los Ejércitos y, más recientemente en este estudio, respecto de la extensión del Derecho militar y sus repercusiones penales y disciplinarias fuera de los actos de servicio del militar. No obstante, es ahora cuando se examina medularmente la cuestión y muchos de los problemas que suscita este “honor militar”, a saber: el contenido tan variable del concepto mismo del honor, no sólo relativo al ámbito castrense; la titularidad del honor militar, ya en tanto derecho fundamental al honor que ostentan todos y cada uno de los componentes de los Ejércitos por el hecho de ser personas, ya referido a una institución jurídico pública como las FAS o sus cuerpos y armas; el alcance restrictivo que debe predicarse de este concepto de honor militar cuando de él pueden derivarse restricciones de los derechos fundamentales de los militares; la necesaria mediación que debe darse entre la eficacia de los Ejércitos y el bien jurídico de la dignidad, prestigio u honor de las FAS. Asimismo, también es preciso

segundo Cuerpo de soldados más antiguo del Ejército Español, sino que llámase también Caballería mayor a la mula o al caballo y menor al borrico, así es que Caballería, propiamente hablando, hay mucha gente todavía, señor. Pero también hay una acepción muy curiosa del término, que no sé si recogen hoy algunos diccionarios: llámase Caballería a la porción que de los despojos tocaba a cada caballero en la guerra y a tí, capitán, te han tocado varios. Pero piensa, señor, que despojo significa, entre otras cosas, lo que se ha perdido por el tiempo, por la muerte o por otros accidentes y aunque te hayan caído en suerte, bien perdidos est n, aunque no se den cuenta de ello.” Como más tarde se sigue, el Tribunal Constitucional concedió el amparo y anuló la condena por injurias al Ejército.

Desde una perspectiva no jurídica y esencialmente crítica, al respecto PITARCH, José Luis, *El honor y el honor militar*, Grijalbo, Barcelona, 1984. De su autor hay que reseñar que era parte indirecta de aquella resolución en tanto en cuanto el artículo periodístico en cuestión se realizó reflexionando sobre la situación de aislamiento en que, a causa de sus convicciones políticas democráticas, se hallaba, al parecer, el Capitán Pitarch como consecuencia del rechazo de que le hacían objeto sus compañeros de la Academia, según consta en la referida sentencia.

²⁶¹⁴ Así, por ejemplo en la *Cartilla de la Guardia Civil*, aprobada por la Real Orden de 20 de diciembre de 1845 se revela la importancia que se dotaba al valor honor:

“1. El honor ha de ser la principal divisa de la Guardia Civil; debe, por consiguiente, conservarlo, sin mancha. Una vez perdido no se recobra jamás”.

reparar en la situación constitucional y legal de los tradicionales órganos que velaban por el honor de los componentes de los Ejércitos, es decir, los Tribunales de Honor.

a) El derecho al honor y el prestigio profesional de la persona militar individualmente considerada

No puede haber ningún género de dudas que todos y cada uno de los componentes de las FAS por el mero hecho de ser personas son titulares del derecho al honor reconocido en el artículo 18 CE. En consecuencia, el militar goza de la específica protección constitucional que brinda este derecho de la personalidad tan íntimamente unido a la dignidad de la persona²⁶¹⁵. En términos genéricos el honor es el aprecio y estima que una persona tiene de sí misma así como recibe de la sociedad en la que vive. Ahora bien, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado en diversas ocasiones, el contenido de tal concepto es muy dinámico y variable, “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”²⁶¹⁶.

Con relevancia para el ámbito que ahora ocupa, el máximo intérprete de la Constitución ha considerado que hoy día la “honestidad y recato de las mujeres” o el “valor o el coraje del varón” ya no forman parte del componente del honor que interesa a la sociedad de nuestros días²⁶¹⁷. De otra parte, de especial interés

²⁶¹⁵ Sobre el derecho al honor, entre otros, ver, BALAGUER CALLEJÓN, María L. , *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La degradación del derecho al honor: honor y libertad de información*, Madrid, 1993 o más recientemente LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996.

²⁶¹⁶ Así, puede apreciarse en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, la citada es la sentencia 185/1989, de 13 de noviembre (FJ 4º); en esta misma línea, ver sentencias más recientes como la 223/1992, de 14 de diciembre, (FJ 3º), 170/1994, de 7 de junio (FJ 3º), 76/1995, de 22 de mayo (FJ 4º), entre otras.

²⁶¹⁷ En este sentido, sentencia 223/1992, de 14 de diciembre, (FJ 3º): “parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre de nuestros días. Si otrora la honestidad y recato de las mujeres (según perdura todavía en una de las acepciones del Diccionario) era un componente importante, al igual que el *valor o coraje del varón*, hoy como ayer son la honradez e integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores.”

respecto de la profesión militar, el Alto Tribunal ha recordado que precisamente la profesión que se desempeña ha ido ganando terreno históricamente en la proyección exterior de la persona y, por ende, en su respetabilidad o estima social. De ahí que afirme que “el prestigio en este ámbito [el profesional], especialmente en su aspecto ético o deontológico [...] ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor.”²⁶¹⁸ Y claro está que si esto se predica de toda profesión también vale para la militar. Sin perjuicio de ello, en todo caso hay que tener en cuenta que “Hay aspectos de la actividad profesional que son ajenos a tal derecho”²⁶¹⁹ y como subrayó en otra ocasión, “no son necesariamente lo mismo, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir, sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal.”²⁶²⁰

²⁶¹⁸ En esta sentencia 223/1992 (FJ 3º) se opera una concreta evolución histórica de la percepción profesional y el honor a resultas de la cual concluye que “el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal. La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio y de la familia, pues de él dependen no ya el empleo o el paro, sino el estancamiento o el ascenso profesional, con las consecuencias económicas que le son inherentes.”

Además recuerda lo dispuesto en el artículo 7. 3º y 7º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal, Familiar y a la Propia Imagen en el sentido que se declaran intromisiones ilegítimas “La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su buen nombre” (aptdo 3º) y “La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesione la dignidad e otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

A resultas de la lectura de estos preceptos el Tribunal recuerda la jurisprudencia constante que se produjo desde la sentencia de 17 de febrero de 1972 del Tribunal supremo, en las que se incluyó el prestigio profesional en el derecho al honor.

²⁶¹⁹ Sentencia 223/1992 (FJ 3º).

²⁶²⁰ Sentencia 40/1992, de 30 de marzo, FJ 3º.

Basta seguir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para percibir que, sin duda, en general los militares tienen en alta estima la dignidad de su profesión, pudiéndose incluso calificar de excesivamente susceptibles en tanto en cuanto consideran vulnerado su derecho al honor por las más variadas causas, como a continuación se expone.

En un auto de 1980 el Tribunal señaló que “el hecho de que un militar fuera retirado en el año 1942 por razones de orden político o de depuración del Ejército, podrá haber determinado frustraciones profesionales, y, más aún, vitales, pero no puede decirse que en modo alguno suponga mancha en el honor de la persona.”²⁶²¹. En otra ocasión, un importante militar condenado por su participación en el golpe de Estado de 1981 (Ibáñez Inglés) no dudó en reclamar la garantía de su derecho al honor porque la sentencia que le condenaba le *rebajase* de forma infamatoria a tener que entregar los despachos, títulos, diplomas y nombramientos para ser objeto de cancelación. El Tribunal hubo de señalar que en algunos casos la protección constitucional del derecho al honor está conectada “con los ‘hombres’ y prerrogativas que la legislación pueda reconocer a la condición de militar o al rango que se posea en las FAS”, pero con toda claridad tal conexión no existía en aquel caso, puesto que se trataba de un acto de trámite de ejecución de la sentencia “sin ninguna relevancia infamatoria” y una medida judicial en sí misma no puede constituir una lesión del derecho al honor²⁶²².

²⁶²¹ Auto 46/1980, de 13 de octubre de 1980, FJ 3º. Un militar de la república que fue condenado tras la guerra, siguiendo más tarde en el Ejército, aunque depurado prontamente en aplicación de la Ley de 12 de julio de 1940. Tras la amnistía solicitó la revisión de su caso para actualizar su pensión, aunque falleció. Su viuda solicitó tales derechos a la vez del reconocimiento del derecho al honor de su difunto marido. El Tribunal no entró en la materia por entender que los efectos no entran en lo enjuiciable, si bien aprovechó la oportunidad para manifestar lo expresado en el texto.

²⁶²² Auto 374/1986, de 23 de abril, FJ 2º:

“a) Aunque pudiera existir eventualmente, en algunos casos, una cierta conexión entre la protección constitucional del derecho al honor -frente a actos infamatorios o difamatorios de la honorabilidad, respetabilidad y buen nombre- y la protección legal de los “hombres” y prerrogativas que la legislación vigente pueda reconocer a la condición de militar o al rango que se posea en las Fuerzas Armadas [...]

También el Tribunal hubo de señalar que no constituía “indignidad” recibir una orden de un militar de menor antigüedad y menos aún “trato degradante” que es lo que aducía el recurrente por quedar a las órdenes del jefe de guardia, un teniente de menor antigüedad, todo ello en razón de la organización del servicio de guardias en un hospital militar²⁶²³. Asimismo, se estimó que no ser calificado para el ascenso a general no afecta al derecho al honor del militar puesto que “en la selección para el cargo no se tiene en cuenta, en forma exclusiva, la dignidad o el honor de los candidatos, sino un conjunto global de cualidades apreciables por un órgano de carácter técnico.”²⁶²⁴ En el mismo sentido, tampoco se entendió que lesionaba el derecho al honor del militar que éste quedase en la situación administrativa de disponibilidad, sin que se le asignase plaza y que finalmente pasase a la situación de reserva; en esta ocasión el Tribunal afirmó que “El juicio de idoneidad profesional, legalmente previsto, no puede producir de por sí una intromisión ilegítima en el derecho al honor.”²⁶²⁵ Como se ha afirmado no toda cuestión que el sujeto militar

b) La lesión del derecho al honor, [...] ha de consistir en una “intromisión ilegítima” y no lo es tal la que “estuviese expresamente autorizada por la Ley”.

c) Es reiterada la doctrina de este Tribunal de que las medidas judiciales, legalmente tomadas, no conllevan en sí mismas, deshonra, descrédito o menosprecio alguno, al ser ajeno a todo animus iniuriandi el cumplimiento del derecho (Auto de 15 de junio de 1983). De igual modo ha sostenido que las consecuencias objetivas de una resolución judicial no pueden constituir una lesión del derecho al honor (Sentencia de 5 de mayo de 1981, y Autos de 14 de mayo de 1984, 3 de julio de 1985, 22 de mayo de 1985 y 30 de octubre de 1985)”.

²⁶²³ Se trata del auto 16/1988, de 13 de enero, el recurrente, un teniente médico que se negó a realizar una guardia fue condenado por delito de desobediencia (102. 1º Código Penal Militar) a tres meses y un día de prisión. Cabe señalar que la “indignidad” aludida no se recurrió sobre la base del artículo 18 CE sino por el artículo 10, lo que fue una de las causas de desestimación por parte del Tribunal. Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que “la vía de amparo constitucional no es el cauce adecuado para dirimir cuestiones que afecten a la organización militar, en concreto a la organización de un servicio de guardia en un Hospital Militar” (FJ 2º).

²⁶²⁴ Auto 18/1986, de 15 de enero, FJ 4º.

²⁶²⁵ Auto 321/1993, de 25 de noviembre (FJ 2º). Un Coronel Auditor fue cesado de Comandancia General y solicitó diversas plazas que no le fueron concedidas hasta que llegó el día de su pase a la reserva. Cabe reseñar que en esta sentencia se afirmó que el derecho a la propia imagen (art. 18. 1º CE).

entienda que daña su prestigio profesional supone una lesión del derecho al honor.

Sin perjuicio de estos matices, lo que sí que queda garantizado constitucionalmente es el honor del militar *individualmente* considerado, lo cual incluye las ofensas *personales* que puedan vertirse de palabra o de hecho contra miembros *concretos* de las FAS y con especial significación en razón de su prestigio como militares. En consecuencia, ante estos atentados al honor de la persona militar éste tiene a su disposición las garantías civiles y penales generales²⁶²⁶. Mayor interés suscita que no sólo se trate de la preservación del honor individual del militar, sino que confluyan bienes jurídicos que pueden lesionarse al atentar contra el prestigio individual de un militar. En efecto, si la ofensa se produce por un civil en tiempo de guerra qué duda cabe que no sólo es preciso proteger el derecho al honor del militar, sino que la lesión puede trascender mucho más allá y afectar a la seguridad del Estado constitucional²⁶²⁷. Pero al margen de las lesiones que pueden darse por un civil, interesa en especial tener en cuenta que cuando se produce un menoscabo de la dignidad o el prestigio de un militar por otro militar, confluyen automáticamente toda una serie de bienes jurídicos merecedores de protección penal o disciplinaria: la disciplina, el compañerismo, la cohesión en las FAS, etc. De este modo, deviene punible o sancionable lo que incluso no habría de serlo de tratarse únicamente de una ofensa al derecho fundamental al honor del miembro de las FAS²⁶²⁸.

²⁶²⁶ La mencionada Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal, Familiar y a la Propia Imagen y las acciones penales pertinentes en razón de la posible comisión de un delito contra el honor (calumnia o injuria) regulados en el Libro II, Título IX, artículos 205-216 del Código Penal General.

²⁶²⁷ En este sentido debe interpretarse el bien penalmente protegido por el artículo 88 del Código Penal Militar dispone que “El que en tiempo de guerra, sin estar comprendido en el artículo anterior, resistiere a Autoridad militar [...] calumniare o injuriare, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años.”

²⁶²⁸ Así, el virtud de la Ley de régimen disciplinario constituye falta leve “Corregir a un subordinado de forma desconsiderada” (art. 7. 16º); “Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas.” (art. 7. 17º); “Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra [los] mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción

b) El honor, la dignidad y el prestigio de las Fuerzas Armadas al margen de la de sus miembros, la difícil categorización de estos bienes jurídicos

La verdadera problemática constitucional no se produce a causa del derecho al honor del militar individualmente considerado, sino en razón del reconocimiento de un “honor”, “dignidad” o “prestigio” de las FAS en su totalidad o de las Unidades, Cuerpos o Armas que la integran. Es a partir de este reconocimiento por lo que el honor se sitúa como parámetro de comportamiento del militar y por él se le exigen unas conductas acordes a la dignidad o al honor militar, cuya transgresión puede provocar sanciones²⁶²⁹ o penas²⁶³⁰. Asimismo,

más grave o delito” (art. 7. 29º), si esta conducta se realiza de forma pública constituye falta grave (art. 8. 32º). Asimismo, se tipifica como falta grave “Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros [...]” (art. 8. 22º).

En el ámbito del Código Penal Militar, son conductas punibles “calumniar”, “injuriar” u “ofender” a autoridad militar (artículos 88, 91 y 101).

²⁶²⁹ Ya se trate o no de actos de servicio, en la Ley de régimen disciplinario se tipifica entre las faltas leves:

“26. Acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición militar, comportarse de forma escandalosa y realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas.

30. El trato incorrecto con la población civil en el desempeño de funciones militares.

Entre las conductas sancionables por falta grave:

“22. Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.

24. Mantener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar.”

Como conducta que puede constituir una sanción extraordinaria, en el artículo 17. 1º se regula “2. Realizar actos gravemente contrarios a la [...] dignidad militar, que no constituyan delito.”

²⁶³⁰ El Código Penal Militar regula en los artículos 162 a 164 los “delitos contra el decoro militar”: agresión a otro militar por generales, oficiales y suboficiales (art. 162); despojo, ultraje o mutilación de muertos, heridos, enfermos o naufragos de fuerzas propias o aliadas (art. 163); empleo público de uniforme, divisas, u otros distintivos militares que no tenga derecho a usar (art. 164).

militares e incluso civiles²⁶³¹ pueden ofender tal honor o dignidad de la Institución militar –no de sus componentes individualmente considerados- por medio de actos u expresiones²⁶³².

Cuando no se trata del honor del individuo militar –un derecho fundamental-, se suscita la incertidumbre por cuanto a la categorización de estos bienes jurídicos del honor, dignidad o prestigio militar. Y tales dudas no son en modo alguno intrascendentes, puesto que la protección jurídica de un derecho fundamental resulta mucho más intensa material y formalmente que si se trata de otro tipo de bien jurídico²⁶³³. A la postre, la cuestión reside en si puede calificarse de derecho fundamental el honor de las FAS o *simplemente* deba calificarse como un bien jurídico protegido por el ordenamiento al que no corresponde la especial protección formal y material de la que gozan los derechos fundamentales.

La materia del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas y en concreto a las instituciones

²⁶³¹ Así, el Código Penal General regula en su artículo 505 el delito de injurias graves a los Ejércitos con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

²⁶³² Respecto de los militares, las expresiones contrarias, actos levemente irrespetuosos o menosprecio de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros Institutos o Cuerpos de naturaleza militar, cuando no constituyan infracción más grave o delito son constitutivas de falta leve (art. 7. 29º de la Ley de régimen disciplinario) o grave –si se realiza públicamente- (art. 8. 32º). Asimismo, el prestigio de la Institución militar queda garantizado en el Código Penal Militar frente a expresiones o actos que impliquen una ofensa al mismo. Así específicamente en los artículos 89 y 90:

Artículo 89: “[...] El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años.”

Artículo 90: “El militar que de palabra, por escrito, o por cualquier medio de publicidad injuriare a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años.”

²⁶³³ Así, materialmente, la fundamentalidad del derecho al honor, provoca que ante una posible colisión con otro bien jurídico incluso de carácter constitucional este derecho fundamental se sitúe en primacía. Si el conflicto se produce con otro derecho fundamental en principio deba producirse un balance en condiciones de igual valor jurídico –con la excepción producida por el valor preferente de libertades públicas como la libertad de expresión e información-. Asimismo, sólo se predica la garantía del contenido esencial respecto de los derechos fundamentales. Al respecto, baste remitirse a lo afirmado en otros apartados con relación a los límites de los derechos fundamentales.

Formalmente, por cuanto sólo a un derecho fundamental como el derecho al honor, corresponden las garantías recogidas en los artículos 53 y 81 CE (recurso de amparo, reserva de ley orgánica).

públicas no es nada pacífica²⁶³⁴. La Constitución no contiene ninguna prescripción genérica sobre la cuestión²⁶³⁵, si bien algunos derechos y libertades están explícitamente reconocidos para quienes no son simplemente personas físicas o ciudadanos²⁶³⁶. El reconocimiento de la titularidad de derechos y libertades por personas jurídicas y en concreto por personas jurídico-públicas no puede estar sujeto a una solución genérica, sino a la naturaleza y significación y funcionalidad última de cada uno de los derechos fundamentales. Ahora bien, la íntima conexión de los derechos de la personalidad (vida, integridad, honor, intimidad, etc.) con la dignidad humana deben marcar el principio que éstos quedan reservados a las personas físicas. Asimismo, en concreto respecto de las instituciones públicas no es posible olvidar la consideración de los derechos fundamentales como límites a los poderes públicos idea-base que estuvo en la génesis del

²⁶³⁴ Sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales a las instituciones públicas se han seguido los siguientes estudios: DÍAZ LEMA, José M. , “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico públicas?”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, XIII Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, vol. I, 1992, págs. 649-657. Asimismo, en la misma obra, ver PIQUERAS BAUTISTA, Rafael, “El derecho al honor y las instituciones públicas”, págs. 728-736. Ver también, LASAGABASTER, Iñaki, “Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, págs. 651-674.

El estudio más reciente -y completo- sobre la cuestión se debe a BACIGALUPO, Silvina, “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), nº 53, enero-marzo de 1999, págs. 49-106, en concreto, sobre las personas jurídico públicas, págs. 62-65 y 88-96.

²⁶³⁵ En Alemania, si bien la cuestión no está exenta de polémica, cuanto menos la Ley Fundamental reconoce expresamente la posibilidad de que los derechos fundamentales rijan para las personas jurídicas nacionales, en tanto en cuanto, por su naturaleza sean aplicables a las mismas (art. 19. 3º). Si bien la Constitución no hace referencia expresa genérica al reconocimiento de derechos y libertades a las personas jurídicas, según la sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 4º tampoco se contiene referencia expresa que impida dicho reconocimiento.

²⁶³⁶ De la lectura de los preceptos constitucionales se aprecia que existen derechos y libertades cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos individualmente. Así, se hace referencia a “comunidades” -artículo 16-, a las personas jurídicas -artículo 27. 6º- y a los sindicatos -artículo 28. 2º-; del mismo modo se reconoce el derecho a la propia existencia de asociaciones y fundaciones (art. 22. 4º y 34. 2º).

reconocimiento los derechos y libertades en el Estado liberal²⁶³⁷. Si es cierto que en buena medida está superada esta concepción negativa de los derechos y libertades, todavía subyace esta significación como componente central de los mismos. Reconocer la titularidad de los derechos fundamentales a las instituciones públicas jurídicas puede suponer poner en paridad a éstas frente a los individuos, viendo éstos desguarnecida su posición jurídica al igualarse la fundamentalidad de los derechos reconocidos en un posible conflicto²⁶³⁸. De ahí que, cuanto menos, haya que guardar no pocas cautelas respecto de tal reconocimiento.

Siguiendo los anteriores postulados, se entiende perfectamente admisible la atribución del derecho a la tutela efectiva del art. 24 CE a las personas jurídicas, tal y como reconoció la sentencia del Tribunal Constitucional 19/1983, de 14 de marzo y se ha reiterado²⁶³⁹. La negación del mismo hubiera supuesto la negación de la efectividad de uno de los fundamentos básicos del Estado de Derecho. Lo mismo puede aducirse de la aplicación del principio de igualdad a las personas jurídicas de nacionalidad española, tal y como se ha producido en reiteradas sentencias²⁶⁴⁰. La sentencia 52/1995, reconoció a una empresa privada la libertad de expresión. Por contra, con alguna

²⁶³⁷ Se subraya ahora el ineludible componente subjetivo y negativo de los derechos y libertades. En este sentido, BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit. págs. 48 y ss. (en su mención de la “teoría liberal de los derechos y libertades”), hace referencia a la libertad que cada derecho o libertad garantiza *sin más*, no por sus objetivos o fines (democracia, comunidad política, etc.). Se recuerda cómo esta perspectiva, particularmente desarrollada por Carl Schmitt, sin negar el valor político o los efectos públicos de los derechos fundamentales, insiste en que este valor público no sea el punto de partida en su concepción (pág. 49). En este sentido, ver también SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, en su *Estudio sobre las libertades*, cit. págs. 44-48, 50 y 226.

²⁶³⁸ El reconocimiento de la titularidad de diversos derechos fundamentales a las instituciones públicas conllevaría elevar a derecho fundamental la naturaleza de uno de los términos de un hipotético conflicto (frente al derecho o libertad del que es titular el individuo), como consecuencia, la primacía de la que se parte para la resolución concreta de una colisión dejaría de jugar a favor de la persona física.

²⁶³⁹ Al respecto véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 4/1982, de 4 de septiembre, la 19/1983, de 14 de marzo, la 82/1983, de 20 de octubre, la 64/1988, de 12 de abril.

²⁶⁴⁰ Ver sentencias 99/1983 de 16 de noviembre, 20 y 26 de 1985, ambas de 20 de febrero, 39/1986, de 31 de marzo y 23/1989, de 2 de febrero.

tibieza en la sentencia 185/1989²⁶⁴¹ y con mayor contundencia en el auto 19/1993²⁶⁴² se negó el reconocimiento de la libertad de expresión a las instituciones públicas.

El interés presente se centra ahora en el derecho al honor; la sentencia 19/1983 que reconocía el derecho fundamental a la tutela efectiva, excluía el reconocimiento del derecho a la intimidad del artículo 18 CE para las personas jurídicas²⁶⁴³. Ya en directa referencia al derecho al honor y precisamente en relación con los Ejércitos, la sentencia 107/1988, de 8 de junio²⁶⁴⁴ excluyó que el honor, prestigio o dignidad de las instituciones públicas se identificasen con el derecho fundamental al honor del artículo 18 CE, un derecho cuya titularidad no correspondía a las instituciones públicas en razón del carácter personalista de este derecho. Como consecuencia, ante un conflicto con un derecho fundamental el bien jurídico del honor, prestigio o dignidad moral de la institución había de contar con una protección

²⁶⁴¹ Sentencia de 13 de noviembre, en concreto, FJ 4º. En tal resolución se afirmaba que “es preciso señalar que la no vulneración del derecho al honor en este caso nada prejuzga sobre si los Ayuntamientos u otras instituciones públicas análogas tienen o no habilitación legal, en cuanto tales personas jurídicas, para hacer declaraciones como la aquí considerada o, en general, para criticar a los administrados. En todo caso, sí conviene precisar [...] que no puede equiparse la posición de los ciudadanos, de libre crítica de la actuación de las instituciones representativas en uso legítimo de la libertad de expresión, a la de tales instituciones, cuya actuación aparece vinculada al cumplimiento de los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los cuales, ciertamente, no se encuentra el de atribuir calificativos a los administrados.”

²⁶⁴² De 21 de enero, FJ 2º, en esta ocasión se trataba de un colegio profesional.

²⁶⁴³ Así, en el FJ 2º se afirmaba que “hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal -artículo 17-, y el derecho a la intimidad familiar -artículo 18-”.

²⁶⁴⁴ Sentencia 107/1988, de 8 de junio, un objetor de conciencia, afirmaba en un medio periodístico (“Diario 16”) que “es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey. Esto me confirma una idea que yo tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son realmente incorruptibles; nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia”, en tanto que se trataba de la justicia militar, tales declaraciones le valieron al recurrente una condena como autor de un delito de injurias graves al Ejército. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que no se había llevado a cabo adecuadamente una ponderación de los intereses en juego (libertad de expresión y el bien jurídico del honor de la institución –no un derecho fundamental al honor-) por lo cual anuló la sentencia condenatoria.

más débil²⁶⁴⁵. Poco después se reiteraría esta posición en la sentencia 51/1989, de 22 de febrero, también relativa al honor del Ejército, en concreto del Arma de Caballería²⁶⁴⁶.

A mi juicio, ésta es la necesaria posición que *debe mantenerse* puesto que no excluye la protección del prestigio y dignidad de las FAS que necesariamente deben guarnecerse, pero no los coloca en paridad con los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona (física). Y se subraya que debe mantenerse porque la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido extendiendo la protección que confiere el derecho fundamental al honor más allá de las personas físicas. En un primer momento lo hizo

²⁶⁴⁵ FJ 2º: “es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública.”

²⁶⁴⁶ Como se adelantó se trataba de las afirmaciones de un civil en un artículo periodístico en el que calificaba de “semovientes” y “raza a extinguir” a algunos miembros de la Caballería, asimismo señalaba que el término caballería se empleaba también para “los despojos tocaba a cada caballero en la guerra y a tí, capitán [José Luis Pitarch] te han tocado varios”. En su FJ 2º se volvió a afirmar que:

“no puede confundirse el derecho al honor, garantizado también como derecho fundamental por el art. 18. 1 de la Constitución, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, los cuales, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública”

Bajo esta premisa, el Tribunal afirmó que “sin perjuicio de que pudiera considerarse que las opiniones del solicitante de amparo incidían negativamente en el prestigio de la mencionada institución y de que los términos en que aquéllas se vertieron podían tildarse de ofensivos, los órganos judiciales debieron tener en cuenta que, por el interés público de la materia abordada, por el contexto en que las expresiones se produjeron y por el alcance de crítica impersonalizada y separable de la consideración de la institución misma que aquellas expresiones tenían, la libertad reconocida en el art. 20. 1 a) de la Constitución se ejerció en condiciones que le otorgan la protección de dicho precepto.” (FJ 3º) Como consecuencia, el Tribunal concedió el amparo y anuló la condena por injurias al Ejército.

Poco después, ahora ya con relación a la Administración (civil) de justicia se seguiría el mismo argumento en la sentencia 121/1989, de 3 de julio, FJ 2º.

respecto de colectivos no del todo definidos²⁶⁴⁷ y, finalmente, respecto de empresas privadas²⁶⁴⁸. No obstante, al menos, el Alto Tribunal no ha reconocido el derecho al honor de ninguna institución pública, lo cual a mi juicio sería bastante desafortunado y podría acarrear negativas consecuencias en la concepción misma de los derechos de la personalidad.

En consecuencia, cuando se trate del honor, dignidad o prestigio de las FAS, sus cuerpos y armas, no se hace referencia a derecho fundamental alguno, sino a bienes jurídicos dignos de protección, pero no al mismo nivel de los derechos fundamentales. Sin perjuicio

²⁶⁴⁷ La relevante sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, *caso Violeta Friedman*, extendió la protección del derecho al honor a colectivos más amplios que el propio titular del derecho al honor. En vez de reconocer la titularidad del derecho al honor a una colectividad lo que se hizo es reconocer la legitimidad de su defensa con base a un interés legítimo. En este asunto se trataba de las deplorables manifestaciones de León Degrell, ex – jefe de las Waffen SS de la Alemania nazi, residente en España que alababa a Hitler, a Mengele y negaba el holocausto nazi a la vez de menospreciar a los judíos. El Tribunal hizo gala de un grave voluntarismo más cercano a lo político que a lo jurídico. Como la propia sentencia afirmaba (FJ 3º) “de no admitir la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros [de la comunidad judía] residentes en nuestro país [...] el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad”. Se trataba, pues, de efectuar cierta justicia material para el caso concreto. Como sabemos, en estas ocasiones se corre el peligro de que los mismos argumentos que se esgrimen para efectuar dicha justicia material, vayan en contra de la misma cuando se emplean en asuntos diferentes de contenido, pero de una estructura racional semejante.

El Tribunal Constitucional reconoció el paralelismo estructural que se daba entre la persona jurídica y la física a la hora de reconocer el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste el derecho al honor. No obstante, distinguía que la fundamentalidad jurídica solo concernía a la persona física en tanto en cuanto este derecho fundamental lo que protegía era directamente la dignidad *humana*. Así, esta doctrina mantenía cierta coherencia constitucional, puesto que seguía afirmando el reconocimiento del derecho fundamental al honor sobre la base de la persona y su dignidad. Sin embargo, abrió la puerta al posterior reconocimiento de la titularidad de las personas jurídicas del derecho al honor, que se llevó más tarde a cabo por la sentencia 139/1995 que se comenta *infra*.

²⁶⁴⁸ Tras el primer paso de la sentencia de 214/1991, la sentencia 139/1995 de 26 de septiembre acabaría afirmando que “Dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10. 1º CE Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la CE” (FJ 5º) en consecuencia “la persona jurídica privada [una empresa] estaba legitimada activamente, ante la jurisdicción ordinaria, para impetrar, como titular y no como simple portadora de un interés legítimo, el amparo de su derecho al honor” (FJ 6º). Esta doctrina fue poco más tarde reiterada en la 183/1995, de 11 de diciembre FJ 2º, aunque no se ha vuelto a sostener.

de ello, esta consideración del honor como bien jurídico, no obsta para que su protección se refuerce en el caso que confluyan otros bienes jurídicos como la eficacia de las FAS. Por ello, especialmente cuando son militares quienes pueden lesionar el honor o dignidad militar, este bien jurídico puede quedar fortalecido ante una posible colisión con un derecho fundamental. Ahora bien, será preciso que se dé una verdadera mediación del bien constitucional de la eficacia de la defensa militar del Estado constitucional y, por lo que ahora interesa, las dudas aparecen por cuanto al nexo existente entre el honor militar y la eficacia de la institución.

c) El significado constitucional del honor militar poco tiene que ver con aquel concepto anclado en la historia

Como se ha señalado, el honor castrense se sitúa como parámetro de comportamiento del miembro de las FAS y, por tanto, las conductas concretas que lo lesionen pueden suscitar una reprensión penal o disciplinaria. Sin embargo no toda concepción del honor militar puede provocar una sanción penal o disciplinaria militar u otra restricción de un derecho fundamental. Al contrario, como punto de partida es preciso que para que el honor castrense tenga una potencialidad restrictiva este concepto tan impreciso en el caso concreto quede vinculado con el bien constitucional de la eficacia de los Ejércitos y, por ende, de la defensa militar y su contenido sea admisible a la luz de los contenidos de la ley de leyes. Si ya en resoluciones del Tribunal Constitucional como el auto 446/1984 o la sentencia 114/1987 se exigía esta conexión del honor militar con la eficacia de las FAS, ha sido decisiva la tantas veces citada sentencia 151/1997; con la misma se ha dado un importante paso en favor de la constitucionalización del discutible concepto del honor militar²⁶⁴⁹.

²⁶⁴⁹ La sentencia que ahora se vuelve a comentar, desde una perspectiva distinta a anteriores ocasiones, centrada ya en el contenido constitucional del honor militar ha constituido quizá la resolución más importante del Tribunal Constitucional en materia militar,

En dicha resolución se afirmaba la indeseable indeterminación y la gran necesidad de “una explícita interpretación y aplicación adaptada a los nuevos valores y preceptos constitucionales [del] tradicional concepto de honor militar” (FJ 5º). Dado que en razón del honor militar pueden restringirse derechos fundamentales el concepto “debe 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. 1º CE)”; “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 [...] 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” (FJº 6).

Asimismo el Alto Tribunal ha señalado que el contenido del honor militar debe definirse “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*” (FJ 6º). Es así -y sólo así- como el Tribunal ha mantenido la condición del honor militar como valor propio de la Institución militar y su potencialidad de limitar los derechos y libertades del militar²⁶⁵⁰.

no tanto por la cuestión que se dilucidaba, sino por la verdadera inserción del estatuto de derechos y libertades del miembro de las FAS en el contexto jurídico constitucional.

Cabe advertir que una concepción bastante más distante de la que se preconiza en esta sentencia 151/1997 se advierte en el voto particular del magistrado Jiménez de Parga y Cabrera a la sentencia 56/1997, de 17 de marzo (caso Perote). En dicho voto particular, amén de otras consideraciones que no vienen al caso, el magistrado afirmaba que “La fianza dineraria no tiene cabida en un ordenamiento, como es el militar, en el que el sentimiento del honor lleva al más exacto cumplimiento del deber”. “*La palabra de honor del militar vale más que cualquier dinero en fianza, por muy elevada que sea la cantidad que se fije para ésta.*” “la razonabilidad nos lleva a considerar también, además de la racionalidad de las normas, los valores contenidos en ellas, que deben ser comparados con otros valores que la Constitución consagra: “la libertad, el honor”.”

²⁶⁵⁰ Resulta llamativo en esta sentencia las reiteradas cautelas con las que el Alto Tribunal ha emprendido esta tarea de poner límites al honor militar, subrayando insistentemente su potencialidad restrictiva de derechos fundamentales:

En consecuencia, se impone una actualización del honor militar tanto para su compatibilización con los valores y preceptos constitucionales cuanto para que se constate su verdadera conexión con la eficacia de las FAS. Las acertadas afirmaciones del Tribunal Constitucional no imponen un honor de la profesión militar idéntico a la de otras profesiones, sino adecuado a las exigencias de la eficacia de las FAS, a la par de compatible con los contenidos constitucionales y ajustado al contexto social de la actual sociedad española. Dada la propia indeterminabilidad del concepto no es sencillo *a priori* advertir cómo el honor militar puede constituir una pauta de conducta de los miembros de la Institución militar, en cada caso concreto habrá que determinar la constitucionalidad de las exigencias concretas que este concepto comporte y, como señala el Tribunal Constitucional, serán los operadores jurídicos quienes irán perfilando esta necesaria adaptación a la realidad constitucional española. Sin perjuicio de ello, diversas consideraciones ya efectuadas sobre temas como la promiscuidad sexual, la homosexualidad, la virilidad masculina; el estatus económico del militar orientan el sentido que no puede tomar la “dignidad” de la profesión castrense. Lejos de absurdas miradas al pasado poco operativas y compatibles con el presente, la piedra angular del prestigio de la gente de armas, como poco más adelante se sostiene, debe residir en una en una elevada consideración *social* de los Ejércitos y su componentes en virtud de su compromiso con los

- “no cabe negar, de entrada, la posibilidad de que en el supuesto aquí enjuiciado la realización de conductas deshonorosas 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” (FJ 5º),

- “no cabe duda de que la realización de conductas deshonorosas 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” (F. Jº 6).

- “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 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.” (FJ 6º).

valores constitucionales y la función que les corresponde en el Estado democrático.

d) Los Tribunales de Honor que la Constitución admite nada tienen que ver con los tradicionales

Un medio tradicional para velar por el también tradicional honor militar ha sido el de los Tribunales de Honor²⁶⁵¹, los cuales han sido

²⁶⁵¹ Estos órganos nacieron con la finalidad de impedir o restringir los duelos y paulatinamente fueron extendiendo su competencia para enjuiciar conductas “deshonrosas” de los Oficiales. Como tales, han tenido especial significación histórica en Argentina y España. Sobre los mismos se han seguido los siguientes estudios: RODOLFO RIVERA, R. “Los Tribunales de Honor en la República argentina”, en *Revista Española de Derecho Militar* n° 23, enero-junio de 1966, págs. 95-108; DOMINGUEZ BERRUETA, Miguel, *Los Tribunales de Honor y la Constitución de 1978*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, de este mismo autor, también, “De nuevo sobre los Tribunales de Honor (La desaparición de los Tribunales de honor militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)”, según se afirma este trabajo fue publicado en la *Revista Vasca de Administración Pública* n° 33, mayo-agosto de 1992, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 115-183.

Cabe señalar que quien suscribe no comparte muchos de los pensamientos y argumentos jurídicos de este autor que no cesa en oscilar en afirmaciones de la prohibición constitucional y exclusión de estos Tribunales y la admisibilidad formal de los mismos – ineludible en razón del artículo 26 CE-. Tales oscilaciones se deben a un inadecuado tratamiento –absolutamente inusual en uno de los mejores autores en materia constitucional – militar-. Y es que una cosa es afirmar la validez en abstracto de unos “tribunales de honor” a los que la Constitución habilita y otra que el legislador no pueda vulnerar los contenidos constitucionales y, en especial, los derechos fundamentales. Hay que decir no obstante, que lo mismo sucede en el estudio de DE MATEO LAGE, Fernando, “Los tribunales de honor en el ámbito castrense”, en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...* cit. , págs. 2746-2765, que en ocasiones habla de la inconstitucionalidad de estos tribunales, aunque adecuadamente, en la línea de lo anteriormente afirmado reconoce, en la pág. 2765, que “aun cuando se entendiera que no es radicalmente inconstitucional la existencia de dichos Tribunales de Honor, éstos no pueden subsistir con su actual regulación por incurrir ésta en inconstitucionalidad”.

Asimismo véase LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Los tribunales de honor militares y la Constitución española de 1978”, en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 275-295; también GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Comentario al artículo 26 de la Constitución”, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, cit. págs. 107-115.

Siguiendo de forma coherente su concepción de las FAS, la Constitución y el Derecho militar, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, en su prólogo a la obra DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas...* cit. pág. 12 sostiene la completa admisibilidad constitucional de los Tribunales de Honor y la necesidad de su mantenimiento en las FAS. Concluye en la pág. 14 con la siguiente afirmación: “Los tribunales de honor no volverán, además, porque desgraciadamente vivimos en una sociedad mercantilizada donde lo que importa es la eficacia de los resultados económicos y no valores que estén por encima

abolidos legalmente en España²⁶⁵². Esta desaparición de los Tribunales de Honor motiva que su atención presente sea bien reducida. La cuestión conflictiva sobre estos tribunales no reside en reconocer o no la permisión constitucional de los mismos en el ámbito de la Administración militar: la Constitución da cobertura para el desarrollo legal de unos “Tribunales de Honor” en el ámbito militar (en virtud de una interpretación a *sensu contrario* del artículo 26 CE²⁶⁵³, semejante a la que se realiza con el artículo 25 CE). De ahí que, *a priori*, los Tribunales de Honor sean perfectamente constitucionales, pero claro, para serlo no pueden parecerse ni por asomo a los tradicionales órganos que velaban por el honor castrense en el pasado.

Y es que esta habilitación constitucional contenida en el artículo 26 CE no puede suponer que el legislador pueda, mediante el desarrollo legal de tales tribunales, conculcar precepto o principio constitucional alguno. Así, los Tribunales de Honor castrenses serían constitucionales si respetaran los principios de seguridad jurídica, legalidad, tipicidad de la pena, *non bis in idem*, derecho de defensa, tutela judicial efectiva, etc. A decir del Tribunal Constitucional respecto de estos órganos en la Administración civil, en tanto en

de los mínimos exigidos por el Derecho. El honor, el respeto a una determinada imagen de uno mismo o de un grupo, de una familia, o de una nación, incluso, ya no cuenta para nada ni a nadie moviliza, como no sea para exigir en un proceso civil de “defensa del honor” indemnizaciones económicas millonarias”.

²⁶⁵² Con la aprobación de las leyes orgánicas 12 y 13 de 1985 los Tribunales de Honor no quedaron derogados formalmente puesto que ninguna de las cláusulas derogatorias hacía referencia a los artículos 1025-146 del Capítulo III del Título XXV del Tratado III del Código de Justicia Militar. No obstante, los Tribunales de Honor quedaron completamente en el vacío puesto que todos los delitos y faltas del Código de Justicia Militar fueron derogados. La Ley orgánica 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar tampoco mencionó en su disposición derogatoria aquellos preceptos. Como señala Domínguez Berrueta (“De nuevo sobre los Tribunales de Honor”, cit. pág. 182) quizá fue la mala conciencia del legislador la que explique que la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar de 21 de abril de 1988, de forma expresa en su disposición adicional cuarta dispusiera que “quedarán sin contenido los siguientes artículos del Código de Justicia Militar: 1025 a 1046 [...]”. La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar en su disposición derogatoria acabó de derogar lo que quedaba vigente del Tratado III del Código de Justicia Militar. Así, como señala Domínguez Berrueta, “el honor ya no es patrimonio de los Tribunales de Honor.” (ob. cit. pág. 183).

²⁶⁵³ Artículo 26: “Se prohíben los Tribunales de honor en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales.”

cuanto “carecían de las garantías mínimas que exige el Estado de Derecho y por eso la Constitución los abolió”²⁶⁵⁴. Los “Tribunales de Honor” que la Ley Fundamental posibilita para el ámbito militar nada tienen que ver con los tradicionales órganos, tal y como por ejemplo se regulaban en los artículos 1025 a 1046 del antiguo Código de Justicia Militar. Precisamente, los Tribunales de Honor que, en su caso, serían admisibles al tenor de la ley de leyes, tendrían mucho que ver con los expedientes gubernativos y las sanciones extraordinarias que puede imponer el Ministro de Defensa que, en muy buena medida, han venido a constituir la “versión constitucional” de los Tribunales de Honor²⁶⁵⁵. En todo caso, claro está, una sanción causada por un expediente gubernativo no es una sanción de un Tribunal de Honor, como el Tribunal Constitucional ha afirmado en alguna ocasión²⁶⁵⁶.

e) El verdadero honor militar reside en el prestigio social de las Fuerzas Armadas en virtud de su compromiso con el Estado constitucional

Janowitz afirma que “el propio concepto del honor militar está sujeto a intensas presiones al chocar con los valores de la sociedad contemporánea”, “en una sociedad democrática es muy poco adecuado que el honor sea el único valor del cuadro de militares profesionales, ni siquiera el dominante. *El honor se combina y se hace depender del prestigio público y del reconocimiento popular. Al Ejército debe*

²⁶⁵⁴ Auto 601/1985 de 18 de septiembre, FJ 3º.

²⁶⁵⁵ Los expedientes gubernativos y las sanciones extraordinarias se recogieron en los artículos 39 y ss. de la ya derogada Ley orgánica de Régimen Disciplinario Militar 12/1985 y han vuelto a regularse –y en buena medida a reforzarse– en la hoy vigente ley disciplinaria de 1998, en concreto en los artículos 17 a 21 (conductas sancionables y sanciones) y 28 (competencia del Ministro), 71 (recurso), 81 (suspensión sanción).

²⁶⁵⁶ Así, en el auto 781/1985, de 13 de noviembre, el Tribunal Constitucional afirma en su FJ 3º que una sanción en razón de un expediente gubernativo no es una sanción impuesta por un Tribunal de Honor (se trataba de la sanción impuesta a un policía). Lo mismo consideró respecto de una sanción de la Junta de Gobierno de un colegio de farmacéuticos (sentencia 93/1992, de 11 de junio, FJ 6º).

concedérsele suficiente prestigio y respeto para asegurar un sentimiento de autoestima"²⁶⁵⁷.

A principio de siglo Salcedo consideraba la "profunda y funestísima equivocación" de quienes afirmaban la necesidad de que los Ejércitos formaran una sociedad aparte como condición de su existencia²⁶⁵⁸. Por el contrario, propugnaba una comprensión de lo militar por la sociedad pues la defensa y el Ejército eran "cuestiones de todos"; para procurar este acercamiento señalaba que podría llevarse a cabo en las universidades²⁶⁵⁹. Años después, Pumarola afirmaba que la democracia no podría prosperar "si no existen en los ciudadanos las energías y virtudes propias de los buenos soldados, ni podrá ser fuerte el Ejército cuyos soldados no posean las cualidades inherentes a los ciudadanos de una democracia." A ello añadía que "Si la compenetración del Ejército y el pueblo no es un hecho en toda su efectividad, si aun por una y otra parte quedan recelos que separan ambas clases, el abismo que antes existió entre ellas tiende a disminuir, y más se disminuirá cuanto más se avance en el mutuo conocimiento. La obra de compenetración y de unión solamente tendrá éxito, si al propio tiempo que la pretenden las leyes y reglamentos, se cumple en las inteligencias y en los corazones."²⁶⁶⁰

Los presupuestos de estos autores eran bien diversos de los actuales, pero sus afirmaciones adquieren verdadera y fundamentada relevancia en el presente Estado democrático. En la actualidad, desde diversos sectores²⁶⁶¹, incluyendo las autoridades políticas²⁶⁶² se ha

²⁶⁵⁷ JANOWITZ, Morris, *El soldado profesional*, cit. págs. 316 y 324, respectivamente; la cursiva es mía.

²⁶⁵⁸ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. pág. 12 con relación la afirmación de Gerard que este autor recoge en el sentido que "no hay por qué asombrarse de que el Ejército forme realmente una sociedad aparte, esta separación no es sólo una necesidad, sino quizá la condición de existir los Ejércitos permanentes."

²⁶⁵⁹ *Ibidem.* pág. 64.

²⁶⁶⁰ PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. págs. 36 y 37 respectivamente.

²⁶⁶¹ Especialmente se ha subrayado la necesidad de una conciencia en la defensa militar por autores como HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", cit. , en especial, págs. 20 y ss.; OLMEDA

reparado en la fundamental importancia que la sociedad reconozca la necesidad de la defensa militar, lo cual lleva aparejado el prestigio social de la profesión militar.

Este reconocimiento social de la profesión militar es del todo deseable y necesarios por no pocos motivos. Si el militar no percibe el apoyo social a su profesión, contará con un buen motivo para distanciarse de la población y de los valores que en ella imperan, a riesgo de constituir, una vez más, un ente corporativo ajeno a la sociedad democrática, con las indeseables consecuencias que ello conlleva para el respeto de la supremacía civil. Del mismo modo, si la sociedad rechaza al militar, con mayor dificultad éste se comprometerá con el objeto último de la defensa, que no es otro que el Estado de los derechos fundamentales y, como se ha dicho, sin verdadera motivación, la máxima entrega que exige la vida militar

GÓMEZ, José Antonio, "La privatización del deber militar... cit. págs. 156 y ss. Dedicando menor atención, PARDO DE SANTAYANA Y COLOMA, José R. y otros, "La estructura de la Defensa", cit. , págs. 228-229, MARCHANTE GIL, Armando, "Consideraciones sobre una política militar", cit. pág. 151; RIPOLL MOLINÉS, Fernando, "Defensa y opinión pública en España", en AA. VV, *La defensa en España al siglo XXI*, Fundación Cánovas, Colección Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 129-139, en concreto, pág. 133 y BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 103 y ss.

Quien suscribe tiene noticia (por el catálogo de las Cortes Generales) de una obra de DÍEZ NICOLÁS, J. *Identidad nacional y cultura de defensa*, Madrid, 1999, de importante extensión (270 págs.), sin embargo la misma no aparece en ninguna base bibliográfica incluyendo el ISBN, ni por el autor, ni por el título ni por ninguna editorial.

²⁶⁶² Así, el tercero de los pilares en los que se asienta la Directiva de Defensa Nacional 1/96, Sancionada el 20 de diciembre de 1996 por el presidente del Gobierno es el siguiente:

"3) Conseguir que la sociedad española comprenda, apoye y participe con mayor intensidad en la tarea de mantener un dispositivo de defensa adaptado a las necesidades, responsabilidades e intereses estratégicos españoles. [y en desarrollo de este propósito:]

3) Conseguir un mayor apoyo social al dispositivo de Defensa

a) Se promoverá, a través del sistema educativo general, un conocimiento suficiente de la organización y política de la defensa, y de la función de los Ejércitos, para así fomentar el compromiso de los españoles con las exigencias de nuestra seguridad y defensa.

b) Se potenciará la estructura de defensa civil para que se haga posible la aportación, en caso de extraordinaria necesidad, de recursos humanos y materiales no propiamente militares a la defensa nacional.

El planeamiento civil de emergencia se realizará coordinadamente con el de nuestros aliados.

c) Se regulará por Ley la contribución de los españoles y la utilización de recursos materiales necesarios para completar la reserva movilizable y, en su caso, para la generación de fuerzas adicionales."

resulta una entelequia. Igualmente, el desprestigio de la profesión militar redonda en la composición misma de los Ejércitos, de manera que sólo los sectores marginados de la población accedan a las bases de las FAS y especialmente quienes cuenten con una vocación militar familiar ingresan en los cuadros de mando. Una y otra posibilidades no son nada positivas para un Ejército democrático, pues como se señaló, la mejor composición social de los Ejércitos no es otra que la que suponga un corte transversal de la sociedad misma. Asimismo, la falta de una conciencia social de defensa militar provoca dificultades en la dotación presupuestaria precisa para mantener unos Ejércitos operativos y una profesión militar atractiva para la población. Por todo ello, resulta indispensable un ejercicio de responsabilidad ciudadano de ser conscientes de la necesidad de la defensa militar y, por lo que ahora concierne, del reconocimiento social para quienes sirven a tales fines. Ahora bien, en modo alguno esta conciencia de defensa y un elevado prestigio de la profesión militar²⁶⁶³ pueden lograrse si no es de forma condicionada: este deseable logro se hace depender de la culminación del proceso ya iniciado de la identificación de las FAS y sus miembros con la democracia española y con los valores de la sociedad misma. El honor y la ejemplaridad que debe informar la conducta del militar no hay que buscarlo en códigos antiguos, en viejas novelas de caballería, sino en los valores que consagra un *código* bastante reciente que no es otro que nuestra ley de leyes.

Estas consideraciones confluyen con el siguiente aspecto a tratar, el necesario patriotismo del militar (y de la población misma) y la concepción del mismo en virtud de la ley de leyes.

²⁶⁶³ La percepción de la ciudadanía española sobre las FAS ha mejorado sensiblemente en la presente década, siendo una de las instituciones más valoradas, por encima del Gobierno, partidos políticos, sindicatos, y al mismo nivel que empresarios, prensa o la Corona. Esta afirmación general puede constatarse en los diversos recursos disponibles en "Ministerio de Defensa", 1999, www.mde.es/mde/cultura/concie/estudio.htm (4/9/1999). En concreto se siguen las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre la defensa nacional y la profesionalización de los Ejércitos de los años 1997 y 1998 y el informe "Identidad nacional y cultura de defensa" de 1998, realizado por la Asociación de Servicios Profesionales, ya cit.

C) EL NECESARIO PATRIOTISMO DEL MILITAR

a) Los motivos de la íntima vinculación de la función militar con los valores patrióticos: historia, política y funcionalidad

Como es conocido, los sentimientos nacionales se exaltan en la Institución militar. De un lado, ello obedece a la íntima unión que se ha labrado a lo largo de toda la historia entre la fuerza militar y la organización política. Si el patriotismo del militar y del ciudadano mismo es bien antiguo y cuanto menos se remonta a la *polis* griega, éste fue consolidándose especialmente con la génesis misma del Estado moderno. Poco a poco la fidelidad al Monarca –dueño de los Ejércitos- fue fundiéndose con la devoción por la organización política que este mismo monopolizaba. No obstante, pese a que Maquiavelo subrayase la conveniencia de fundir el patriotismo ciudadano y la función de armas, la estructura social y política del Antiguo Régimen, los Ejércitos permanentes de nobles, mercenarios y marginados destinados a los únicos intereses dinásticos de la corona retrasó la verdadera fusión del patriotismo y las FAS. Tal culminación de este proceso se dio con la revolución política liberal en la que el eje basilar de la organización política dejó de ser el Rey para serlo la Nación. Así los militares dejaron de servir a la monarquía para servir a conceptos más abstractos, “Patria”, “Nación” y “Estado”. Y precisamente serían fuerzas militares nutridas por masas inspiradas en sentimientos patrios las que llevarían a cabo la defensa militar de la Nación frente a otras naciones y culminarían la existencia de los Estados-nación.

Ello supuso en toda Europa una mayor vinculación de los Ejércitos estas ideas patrióticas y nacionales. Conforme fue mitigándose el contenido político de estos conceptos a manos de filósofos como Hegel o Fichte, especialmente, el amor a la Patria perdió, al fin, componente racional alguno. De este modo, en el proceso de sacralización del Estado y su defensa, los militares prácticamente monopolizaron la adoración a algo que por hueco y vacío permitía exaltar los sentimientos con mayor facilidad al tocar las

fibras sensibles del ser humano. El camino de la irracionalidad y el vitalismo singularmente sustentado a partir de Nietzsche hizo huella más allá del pensamiento filosófico, trasponiéndose a la realidad del fascismo y nazismo. En estos regímenes el amor a la Patria se fundió con la exaltación de la violencia de autores como Maurras, la dialéctica amigo-enemigo *schmittiana* y la militarización de la población. Así pues, la evolución histórica y política explica en buena medida porqué las fuerzas militares están tan íntimamente unidas a la Patria y manifiestan un profundo sentimiento nacional y, por lo general, profesan un patriotismo irracional y vacío de contenido que exige muy pocas contraprestaciones para entregarse al para llevar a cabo la función militar, cualquier función militar.

Y precisamente, en la máxima entrega a la profesión militar que se provoca por medio de la exaltación nacionalista, reside el otro motivo central por el cual están tan vinculadas las FAS a los sentimientos patrióticos. Conforme más se odie al no nacional, potencial enemigo, más se facilitará la lucha contra el mismo. Si se convence al ser humano de la intrascendencia de su individualidad y la insignificación de su evanescente vida más sencillo será que éste la ponga a disposición del Estado, que le agradecerá eternamente su patriótica entrega. Cuanto más vacío es el patriotismo se permite que éste se sitúe por encima de cualquier interés político, económico, religioso o de otro tipo, de modo que se posibilita en mayor medida que la población se reúna *a toque de asamblea* empuñando las armas en contra de un enemigo común. Cuanto más elevado y abstracto es el móvil más fácil resulta la exposición de la seguridad personal, impulsar al sacrificio y a matar. Claro está, cuando se trata del móvil de las FAS, lo más cómodo por su abstracción, lo más manejable por su vacuidad y lo más recurrente por la sencillez con la que exalta los sentimientos no es otro que el nacionalismo. De ahí que en la defensa del Estado -sea cual fuere- y en los valores patrios -cuanto más irracionales mejor- se encontrase la perfecta finalidad hacia la que

dirigir el sacrificio, la entrega, el fervor o el valor que resultan tan operativos y eficaces en la función armada.

De este modo, la historia, la política y la eficacia han confluído en una dirección unívoca que se expresa en la recepción del amor a la Patria como uno de los valores más importantes en las FAS, que inspira el deber de sus miembros.

b) ¿Cuáles son los valores patrióticos que deben inspirar a las Fuerzas Armadas y sus miembros?

Nuestras Reales Ordenanzas colocan en primer lugar al “amor a la Patria” como valor inspirador del cumplimiento del deber (art. 1)²⁶⁶⁴. Según reza el artículo 186 “Estar siempre dispuesto a defender a la Patria, incluso con la ofrenda de su vida cuando fuera necesario, constituye el primero y más fundamental deber de todo militar. Este supremo deber ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en estas Reales Ordenanzas.” No en vano, las FAS están “exclusivamente consagradas al servicio de la Patria” concebida como “quehacer común de los españoles de ayer, hoy y mañana, que se afirma en la voluntad manifiesta de todos” (art. 2)²⁶⁶⁵. La expresión, no cabe ninguna duda, podría estar suscrita por el mismo Renan y su fusión objetiva-subjetiva del concepto de Nación²⁶⁶⁶. El mismo empleo continuo de la palabra “Patria” a lo largo de todas las Reales Ordenanzas (en quince ocasiones) denota la clara inclinación a una comprensión histórico-cultural del Estado español, frente al empleo del concepto “Nación” -

²⁶⁶⁴ Artículo 1: “Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor.”

²⁶⁶⁵ Artículo 2: “Bajo el mando supremo del Rey, las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, están exclusivamente consagradas al servicio de la Patria, quehacer común de los españoles de ayer, hoy y mañana, que se afirma en la voluntad manifiesta de todos.”

²⁶⁶⁶ Sobre la construcción de Renan, ver el epígrafe intitulado “¿Qué es la “nación española” que en su caso debe garantizarse por medio de las Fuerzas Armadas?”.

que sólo se recoge en tres ocasiones²⁶⁶⁷- cuya conexión con la población es mayor, a la par de resultar más cercano a la concepción política de la existencia de una Nación.

Probablemente, el pensamiento de los redactores de las Reales Ordenanzas estuviera bien cercano a comprensiones de la "Patria" como la operada por Marimón en 1970: "nuestro territorio, pero también nuestra historia, nuestra manera de pensar, nuestras leyes, nuestras creencias, nuestro amor a Dios, nuestro ideal, nuestra fe, nuestra nostalgia"²⁶⁶⁸. Y claro, a partir de esta rancia concepción de la Patria y, como consecuencia necesaria, de todos los valores patrióticos, en modo alguno sería difícil un viciado entendimiento de las finalidades de las FAS como el que advirtiera Hillers de Luque y aquí se ha excluido²⁶⁶⁹.

Sin necesidad de reiterar lo ya expuesto en otros apartados²⁶⁷⁰, baste decir que ni ésta es la concepción constitucional de la Patria ni, mucho menos, una Patria así concebida es el objeto de la defensa militar para la cual las FAS pueden ser empleadas. Como consecuencia, todos los valores militares patrióticos deben redefinirse a partir de una concepción de la Nación adecuada a la ley de leyes, al patriotismo constitucional que se ha sostenido con profusión en otros apartados. Una vez más hay que insistir en la necesaria interpretación constitucional de la norma moral de los Ejércitos.

Como se ha adelantado, conformar a las FAS para que ejerzan otros fines que no son los recogidos por la Constitución, por muy eficazmente que lo hicieran, es radicalmente contrario al concepto de

²⁶⁶⁷ Al margen de expresiones como la seguridad nacional o defensa nacional, con alguna significación política el empleo del término "nación" se da en los artículos 6 - "comunidad nacional- y 21 en clara referencia a la población, en el artículo 58 se hace alusión a los "recursos de la nación".

²⁶⁶⁸ Ver, MARIMÓN RIVERA, Luis, "Misión del Ejército Español" en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica* nº 358 de 1970, reproducido en *Ejército* nº 372 de 1971, págs. 19 a 28.

²⁶⁶⁹ Ver lo afirmado en el epígrafe "El sentido y alcance de la fijación constitucional de las misiones de las Fuerzas Armadas.", así como, en general en el capítulo en el cual se contiene.

²⁶⁷⁰ *Idem.*

eficacia, en tanto idoneidad para alcanzar los fines propuestos. Y los fines perseguidos por la defensa militar del Estado democrático español no tienen nada que ver con una idea de Patria que pudiera desvincularse de los principios democráticos y los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona. Tener el máximo apego a la tierra, a la cultura e historia de España no es en modo incompatible con este patriotismo constitucional, sin embargo anteponer estos valores a los valores constitucionales podría menoscabar la eficacia de las FAS para desempeñar las funciones que les corresponden en la España actual. Asimismo, la exaltación de valores patrióticos sin dotarlos de contenido democrático deterioraría la fidelidad de los servidores de armas al resto de la Nación y sus autoridades políticas.

Como se dijo en otro momento de este estudio, sin el *aire* de los derechos fundamentales y los principios democráticos el *globo* del Estado no es más que una ficción para sostener el poder y los intereses de unos dirigentes a cambio, como mucho, de una paz del terror. La Patria no tiene una vida como las personas, sino que es un artificio creado por y para ellas, el Estado no es ningún Dios al que adorar por encima de las personas, sino que es el marco en el que ha sido posible reconocer y hacer efectiva la dignidad humana y los derechos inherentes de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política.

Quien suscribe no desconoce que resulta mucho más sencillo provocar los sentimientos e incentivar a la persona desde la irracionalidad que desde la racionalidad que implica el compromiso con los derechos fundamentales y los principios democráticos. Fichte se compadecía de quien no se considerase eterno por amar y servir a su Patria para que ésta se mantuviese hasta la eternidad. Ni la paz, la libertad del individuo eran nada ante la superioridad de la Nación, y ella era lo único superior. A su decir sólo por el amor a la Patria “el Estado reúne una fuerza armada” y no por la defensa de los bienes o las libertades transitorias de las que disfruten los ciudadanos; que las

leyes reconociesen mayores o menores libertades era intrascendente. En consecuencia, Fichte afirmaba que “el espíritu del *sereno* amor cívico a la constitución y a las leyes” no podría obligar a poner en peligro todo, hasta la vida “sino la llama ardiente del amor superior a la patria que entiende la Nación de lo envolvente de lo eterno [...] no es el amor cívico a la constitución; éste no es capaz de ello” “La promesa de una vida que, incluso aquí en la tierra, vaya más allá de la vida terrena es lo que puede animarles [a las personas] hasta a morir por la patria”²⁶⁷¹. Herrero afirma que “si es difícil, además de dulce y honroso, morir por la patria, es imposible hacerlo por un orden jurídico abstracto en cuya virtud se garantiza la coexistencia de esferas de libertad”, “nadie muere por conservar su comodidad, porque cualquier incomodidad es preferible a la de morir”²⁶⁷².

Sin embargo, no hay que perder de vista que la sociedad democrática española ha cambiado mucho así como lo que le motivaría para realizar sacrificios y riesgos. Baste reparar en una encuesta –si es que algún valor tienen– entre la juventud llevada a cabo en 1996. En la misma se muestra la disposición a sacrificios y riesgos por la paz (67%), la libertad y los derechos humanos (51%), también otros motivos de esta naturaleza quedaban muy por encima de la defensa de la Patria y el territorio (2, 5%)²⁶⁷³. En contra de lo que afirma Herrero –y para disgusto del alemán–, la Constitución no parece ser tan poco emotiva como la Ley ritaria civil, ni sólo garantiza “valores meramente formales”, ni estos parecen “insuficientes para activar el esfuerzo que la seguridad requiere”²⁶⁷⁴ Y es que no se trata de la letra de la Constitución en sí, sino de las bases

²⁶⁷¹ FICHTE, J. Gottlieb, *Discursos a la nación alemana*, cit. págs. 161-163.

²⁶⁷² HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. , pág. 23.

²⁶⁷³ Otros motivos como la lucha contra el hambre (42%), la defensa de la naturaleza (20%) o la igualdad de los sexos (8, 5 %). Datos ofrecidos en AA. VV, *La profesionalización en los Ejércitos...* cit. 1996, pág. 135 provenientes de una encuesta realizada entre jóvenes de edades comprendidas entre los 16 y los 29 años por INJUVE en 1996.

²⁶⁷⁴ Expresiones de HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, cit. , pág. 25.

que fundamentan un sistema que se diga constitucional. En modo alguno el apego a los derechos y libertades y los principios democráticos suponen unos privilegios o ventajas comparativas como el propio modo o nivel de vida que sólo inciten a una defensa egoísta de los mismos²⁶⁷⁵. Un ciudadano que defiende militarmente el Estado democrático español no defiende *su* libertad, sino algo tan elevado como la libertad de todos los miembros de *su* comunidad política organizada a partir de los derechos fundamentales. No se trata de la mera calidad de vida, sino de una de las superiores aspiraciones de la humanidad, la libertad.

La clave, pues, no es otra que una concepción constitucional de la Nación que *funde* los derechos humanos y los principios democráticos con la misma concepción de la Patria, que dejaría, así, de aparecer como algo distante y desapegado de la sociedad, algo por lo que sólo un 2. 5% de nuestra juventud parece dispuesta a sacrificios y riesgos. De este modo, el sentimiento nacional tan poco desarrollado en nuestro país podría arraigarse²⁶⁷⁶ y con él la conciencia de defensa del Estado democrático –y no de cualquier otra idea de Patria-, a la vez que el prestigio de la profesión militar habría de ganar muchos enteros. Así pues, este patriotismo constitucional es posible, necesario, exigible y mucho más garantista tanto de la verdadera eficacia de las FAS cuanto de la democraticidad del sistema. La verdadera conciencia de defensa y el necesario reconocimiento del prestigio de la Institución militar y sus miembros debe consolidarse sobre el profundo compromiso con los valores democráticos de la sociedad española.

A quien suscribe no deja de sorprender encontrar afirmaciones tan certeras sobre un tema como el ahora abordado como las que realizaba Salcedo Ruiz a principios de siglo, algo que bien merece la pena reproducir:

²⁶⁷⁵ *Idem.*

²⁶⁷⁶ Al respecto del sentimiento nacional en la sociedad española, puede verse MARCHANTE GIL, Armando y otros, “La nación española y su defensa”, cit. , en concreto, págs. 85-91.

“La base moral de las Instituciones militares es el patriotismo, no el retórico ni el vocinglero, ni el que nutre la vanidad de lejanos recuerdos históricos caprichosamente interpretados, ni el que no es más que orgullo, sino el que brota del amor racional y ferviente á la colectividad política de que somos parte dentro de la especie humana y al solar que nos legaron nuestros antepasados, ganado por ellos á costa de inauditos sacrificios. El patriotismo es el que inspira el deseo de servir á la nación, cumpliendo sus leyes, procurando su progreso, aplicando la inteligencia al estudio de los problemas sociales, económicos y militares que le interesan [...] para disfrutar los beneficios de la sociedad civil hay que tener Patria, y para tener Patria es menester tener Ejércitos”²⁶⁷⁷.

Aunque su pensamiento ni mucho menos gozaba de la profundidad de Salcedo, Pumarola acertaba cuando afirmaba que “En la paz, toma el Ejército de la nación sus elementos todos, y las características de los Ejércitos en su organización e intrusión moral y militar son obligada consecuencia del carácter de la nación a que pertenece.”²⁶⁷⁸ García Rodríguez señalaba que “para que las Fuerzas Armadas sean eficaces deben estar compenetradas con las bases

²⁶⁷⁷ SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. , págs. 62-63.

²⁶⁷⁸ PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. en el prólogo, en el mismo sentido, en la pág. 18 afirma que “Cuando la compenetración del pueblo y el Ejército existe; cuando el segundo es fiel reflejo del primero y con él armónico, cuando todos los organismos sociales y políticos sienten la guerra y se preparan para ella; cuando el Ejército se ve asistido de la ayuda y confianza públicas, gana en fortaleza y cohesión, e inflamado por el mismo ideal que al pueblo anima, se convierte en poderoso brazo armado de la Patria, llamado a obtener por la fuerza al resolverse los problemas internacionales, la solución no obtenida por la razón o por la diplomacia.”

No obstante, mucho más discutibles son otras de sus afirmaciones como la que se contiene en la pág. 41 “el patriotismo no consiste sólo en el mantenimiento de la independencia del suelo en que vivimos, sino en impedir que en este suelo imperen los malvados, los destructores de la paz, los conturbadores de la ley moral y de la estricta”, y en este contextos critica a los que niegan patria y se inclinan al internacionalismo, y manifiestan que su única bandera es la humanidad. A éstos los califica de “detestables españoles.” (ob. cit. pág. 43).

ideológicas que informan el ordenamiento jurídico del Estado al que sirven.”²⁶⁷⁹

Ya desde la perspectiva de las FAS hay que señalar que los valores patrióticos son indiscutiblemente necesarios en la Institución militar para poder llevar a cabo la misión que la sociedad española les otorga a través de la Constitución. Tales valores patrióticos pueden y deben quedar identificados con los valores constitucionales. Será así cómo las unidades de las FAS habrán de sentirse “nobles instrumentos de la Patria” (art. 9). Asimismo, es de este modo como cobrarán verdadero sentido expresiones como la contenida en el artículo 23 de estas Reales ordenanzas: “servir a la Patria con las armas es un alto honor y constituye un mérito por los sacrificios que implica”.

Los Ejércitos no van a dejar de ser una horda o facción armada por haber interiorizado la disciplina y resultar plenamente eficaces, ni por quedar firmemente vinculados a una idea desnuda de la Nación, la Patria o el Estado, con cualquier contenido con que se impregnen estos conceptos. Si así fuese, las FAS constituirían una simple arma que puede ser utilizada en cualquier sentido.

Para dejar de ser un mero instrumento armado que puede ser utilizado para cualquier fin, los miembros de los Ejércitos deben interiorizar todo un conjunto de valores. Y el sistema democrático ofrece con claridad el contenido que debe incorporarse a todo este código de valores que inspira a la organización militar. El referente objetivo sobre el cual constituir el código no es otro que la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político y los derechos inherentes a la dignidad de la persona que son el fundamento del orden político que, en última instancia los Ejércitos deben defender²⁶⁸⁰. Este será el

²⁶⁷⁹ GARCÍA RODRÍGUEZ, José, “Algunas consideraciones sobre el militar en la política”, *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, nº 470, febrero de 1980, pág. 177, así citado en BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 206.

²⁶⁸⁰ Sobre los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en la Constitución, VILAS NOGUEIRA, José, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, septiembre-diciembre de 1984, págs. 87-102 y, en especial, es referencia básica el trabajo de PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984. En este último se pone de manifiesto como los valores superiores

“plano moral de la defensa” que necesariamente haya que preservar en aras de la eficacia de la Institución castrense, y no rancios valores desapegados del sentir de la población y desfasados contextualmente.

Como afirma López Garrido, “no basta con que *formalmente* las FAS estén bajo la autoridad jerárquica del Gobierno; es necesario que *materialmente*, ideológicamente, sociológicamente, las FAS sean una institución integrada en los principios constitucionales democráticos”²⁶⁸¹. Si bien es cierto que el presente es tributario del pasado, como se ha podido percibir a lo largo de todo este estudio, es hora ya de liberarse de algunos tributos que pesan sobre la esfera de lo militar; cabe profundizar en las exigencias consiguientes a la plena sujeción de la Institución militar a la Constitución, pues ella es un marco idóneo que legitima el impulso necesario para llevar a cabo esta tarea. Von der Goltz afirmó que “La organización de las fuerzas militares depende del grado de civilización”²⁶⁸² y se trata de la

recogidos por el artículo 1. 1º de nuestra Constitución rompen la tradición dialéctica entre el Derecho natural y el Derecho positivo, al formularse dichos valores se positivizan los contenidos *éticos* que el poder pretende realizar a través del Derecho (ob. cit. pág. 13). En el ámbito militar, como se ha apreciado, el acercamiento entre la Moral y el Derecho guarda una especial singularidad, es por ello por lo que la efectividad jurídica de los valores superiores en el ordenamiento militar debe ser incluso mayor que la que se dé en otros órdenes del Derecho. El enunciado constitucional de unos valores superiores “es una oportunidad para profundizar en una moralización del Derecho” (ob. cit. pág. 24), la finalidad del constituyente al enunciarlos no fue otra que la de “señalar los objetivos máximos a realizar por el Derecho (ob. cit. pág. 52). Dado que el Derecho militar se encuentra profundamente espiritualizado, es difícil encontrar mejor ámbito para proyectar dichos valores constitucionales. Así, los operadores jurídicos con capacidad normativa deben desarrollar las concreciones de estos valores (pág. 34), en este caso sobre el ordenamiento militar. Ello, dado el carácter jurídico de los valores superiores, pasa a ser una obligación jurídica (especialmente para los operadores jurídicos) (pág. 42), si bien la discrecionalidad, dada su naturaleza es una nota propia a esta obligación jurídica.

Es especialmente relevante para el ámbito militar la apreciación que realiza Peces Barba en el sentido que al pertenecer los valores a la moralidad, estos no se agotan en su contenido normativo. “Hay dimensiones que no tienen contenido normativo y que realizan una función crítica y de presión sobre la parte de estos valores ya positivizados para ampliar y profundizar su sentido”, que, por ello “presionan para convertirse en valores legalizados” (ob. cit. pág. 42). Es por ello que, si bien la discrecionalidad a la hora de recogerlos es grande, su proyección jurídica no se limita a lo expresado, sino que se proyecta sobre el ordenamiento jurídico, especialmente en su interpretación. En el ámbito tratado, los valores militares recogidos normativamente, deben ser modalizados e interpretados en relación con estos valores superiores.

²⁶⁸¹ Ver., LÓPEZ GARRIDO, Diego, en “La posición constitucional... cit. pág. 963.

²⁶⁸² Así citado en PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. pág. 9.

civilización de los derechos fundamentales que conforma un modelo constitucional de FAS en la que los valores y principios democráticos impregnan toda la organización militar y los valores y la ética que en la Institución castrense debe regir. Es por este camino por el que deben consolidarse las FAS españolas. Para ello existen diversos vehículos que trascienden en ocasiones de lo jurídico, mas desde este plano puede reforzarse su instrumentalización. Así, resulta fundamental la virtualidad de la educación militar -aunque obviamente no sólo ésta- en consonancia con lo dispuesto en el artículo 27. 2º de la Constitución española. Y es el análisis de la enseñanza y educación militar especialmente a la luz de este precepto la que cierra la presente tesis.

II. Exigencias constitucionales respecto de la enseñanza y la educación militar

A) LA CENTRALIDAD QUE ADQUIERE EL OBJETO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN EN EL ESPECÍFICO ÁMBITO CASTRENSE

Como dispone el artículo 27 de la LODNOM “La enseñanza militar es parte fundamental de la preparación del militar en todos sus niveles”. No cabe duda que de la formación de quienes ejercen funciones públicas se hace depender en última instancia la eficacia y calidad de las mismas²⁶⁸³. A la vez, una adecuada educación en

²⁶⁸³ Sobre la enseñanza militar, entre otros, BETANCOURT, Hector y CHARLIN, Ventura L. , “Formación militar y dictadura: un enfoque psicológico”, en *Revista de Psicología Social*, nº6 1991, págs. 119-137; LÓPEZ GARRIDO, Diego, “La enseñanza superior militar en España” en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, nº 84 1988, págs. 43-68; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Las Directrices Generales de los Planes de Estudios para la Enseñanza Militar”, en *Boletín de Información del CESEDEN* nº 220, págs. 69 y ss. y “La ordenación reglamentaria de los planes de estudios para la enseñanza militar: el Real Decreto 601/1992, de 5 de junio”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, invierno de 1994, págs. 30-41 y BUSQUETS, J. y FERNÁNDEZ VARGAS, V. (coords), *La enseñanza militar en España*, Madrid, CSIC (CIFAS), 1986. Más recientemente, NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. , véase el Capítulo V de esta obra, págs. 197 y ss. dedicado exclusivamente sobre el particular, aunque relativo a la ya derogada regulación de la Ley 17/1989.

derechos y principios democráticos se erige como una valiosa garantía de la eficacia de los derechos mismos²⁶⁸⁴. Sin perjuicio de ello, en el caso de los funcionarios militares, la importancia de la enseñanza y formación que éstos reciban alcanza dimensiones muy particulares que no se dan en otros sectores de la Administración pública, pues, como se ha constatado a lo largo del presente estudio, lo militar es una parcela claramente específica jurídica, política, social e históricamente. En virtud de esta singularidad, el objeto constitucional de la educación que la ley de leyes impone en el artículo 27. 2º CE²⁶⁸⁵ adquiere una indudable centralidad cuando se trata de la formación castrense y, lo que es más, *viene a cerrar el círculo del modelo constitucional de FAS españolas*.

Las finalidades constitucionales de los Ejércitos guardan notables diferencias con los fines para los que han sido empleados históricamente, por ello es preciso que el militar conozca y asuma cuáles son tales finalidades para las que pueden ser empleadas las FAS. En este sentido, deben aproximarse al elemento fundamental que descansa detrás de “soberanía e independencia de España [...] su integridad territorial y el ordenamiento constitucional” (art. 8. 1º CE) que no es otro que los derechos y libertades y los principios democráticos de convivencia a los que hace alusión el artículo 27. 2º CE como objeto de la educación. Asimismo, la particular posición política que debe mantener la Institución militar en un Estado

²⁶⁸⁴ En concreto, véase, SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. , “Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades”, *Revista General del Derecho*, mayo de 1997, págs. 5. 247 a 5. 263.

²⁶⁸⁵ Artículo 27. 2º: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.”

Respecto de la significación y alcance jurídico de este precepto, por todos hay que remitirse a SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos...* cit. y a los diversos estudios contenidos en la reciente obra en AA. VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, (Lorenzo Cotino coord.), Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, en este sentido, cabe advertir que en buena medida este apartado se corresponde con una de las aportaciones de quien suscribe a esta obra, bajo el título “Exigencia del conocimiento de los derechos humanos y los principios democráticos por los funcionarios militares”.

democrático exige un particular conocimiento de los resortes del sistema constitucional por el colectivo militar, lo cual también liga a la educación castrense al objeto una de las facetas del artículo 27. 2º CE: el conocimiento *de* los principios democráticos y los derechos fundamentales. Igualmente, en la Institución militar la asunción de la disciplina y de los valores castrenses resulta vital para su propia coherencia interna y funcionamiento y ello se logra, básicamente, a través de una intensa socialización militar. En consecuencia, la enseñanza en la Institución militar juega un papel particular y sólo una educación impregnada de los principios y valores constitucionales hace admisible una formación tan específica. Por último, la sujeción de los miembros de los Ejércitos a un restringido estatuto de derechos fundamentales es otra de las causas que acaban elevando la importancia del objeto constitucional de la educación, pues exige que el militar conozca el alcance de sus derechos y libertades para que los pueda ejercer con la moderación necesaria.

a) Una educación constitucional en razón de las exigencias de los fines de las Fuerzas Armadas, la disciplina moderna y los valores que deben inculcarse al militar

Como se vio, la disciplina militar trasciende la esfera meramente organizativa para alcanzar la subjetividad del miembro de las FAS. La disciplina precisa para la eficaz defensa del Estado constitucional es, como afirmó el Tribunal Supremo, “esa absoluta y arraigada forma de obrar no se produce en un día, es efecto de las costumbres y de la educación moral de los Ejércitos, resultado de una acción lenta e incesante, educacional [...] es el ánimo, costumbre o, mejor dicho aún, fuerza moral que por educación se adquiere y por arraigado convencimiento se robustece y que comprende una obediencia pronta, una adhesión a la Autoridad y mando legítimos, ahínco que lleva al escrupuloso cumplimiento de los deberes y al espíritu de aceptación y

satisfecha conformidad con que se ejecutan los actos y servicios anejos al servicio de la carrera de las armas”²⁶⁸⁶.

Y esta educación del militar no se adquiere por generación espontánea, sino que se hace depender de un complejo proceso socializador²⁶⁸⁷ en el que se le exige al militar que interiorice una serie de virtudes idóneas para el ejercicio de su función. Sin perjuicio de ello, como se vio, la misma evolución de las técnicas militares exigen la superación de una disciplina autoritaria, a la par de ser una necesidad constante adaptar al personal a las innovaciones. Como consecuencia, se precisa de un programa de aprendizaje diseñado para enseñar no sólo a responder a las instrucciones de sus superiores, sino también a aplicar su propio juicio sobre cuál es la mejor respuesta en el momento concreto²⁶⁸⁸. Así pues, si bien es cierto que el principio de disciplina sigue plenamente vigente, esta disciplina “moderna” más funcional o de cooperación, basada en el convencimiento, parte de la premisa que la autoridad debe basarse en el conocimiento técnico del mando, su propia presencia y la responsabilidad del subordinado ésta es la disciplina que se recoge en las Reales Ordenanzas (art. 87).

²⁶⁸⁶ Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989, ya cit.

²⁶⁸⁷ Como recuerda JANOWITZ, Morris, *El soldado profesional*, cit. págs. 223-241 respecto de las academias militares –en Norteamérica– “La formación en una academia militar es la primera y más crucial experiencia de un soldado profesional. Las experiencias formativas del cadete [...] le dejan impresiones profundas y duraderas [las academias] fijan los criterios de conducta de toda la profesión militar. Son el origen de la extendida mentalidad única respecto al honor militar y del sentimiento de fraternidad que predomina entre los militares.” “El oficial profesional se incorpora a una carrera en la cual una sola autoridad regula todas las oportunidades de su vida [...] todo el ciclo de su existencia diaria se encuentra bajo el control de esta autoridad única [...] Más allá de los conocimientos técnicos que adquiere, las academias deben prepararlos para el estilo de vida castrense [...] el objetivo de una formación de academia es transformarlos en miembro de una fraternidad profesional”. (ob. cit. págs. 224-225). “La mecánica del adoctrinamiento profesional es igualmente amplia. Se imparten cursos especiales sobre historia militar y la exposición a la conducta adecuada del profesional militar es parte esencial de la formación académica y táctica. Sin embargo, es el propio entorno físico e histórico el que produce las impresiones más duraderas en los alumnos”. (Ob. cit. pág. 228). Asimismo, sobre el tema, ABRAHAMSSON, Bengt, “La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo” cit. *in toto*.

²⁶⁸⁸ Así lo afirma JANOWITZ, Morris, “Las pautas cambiantes... cit. págs. 88-89,

La especificidad de la educación militar derivada de estas exigencias no empece para que deban seguirse los principios constitucionales de la educación y, por ende, el objeto constitucional de la enseñanza. Como se ha sostenido, es menester constitucionalizar la noción del “espíritu militar” y los valores que éste supone, pues en muchos casos arrastran históricas connotaciones antidemocráticas y a la vez, constituyen inadecuados los medios para maximizar la eficacia de los Ejércitos en la actualidad. Del mismo modo, inculcar un patriotismo bien entendido constitucionalmente es contrario a una formación tendente a concebir el Estado como un sistema unitario centralista, sin el reconocimiento de las nacionalidades y regiones culturas y, en su caso, lenguas que integran España (artículos 2, 3 y 4 CE)²⁶⁸⁹. Por todo ello, es imprescindible que el militar conozca la esencia de Estado que defiende para que pueda identificarse con él y los principios en los que se fundamenta, que son, a la vez, los que nutren en buena medida los valores y el código ético militar. Y es por medio de una enseñanza constitucional por la cual acabarían conformándose unas FAS que asuman que los valores últimos objeto defensa son aquéllos que la sociedad en su conjunto ha señalado como valores superiores del Estado.

Aún es más, la asunción de los valores democráticos y los derechos humanos por parte del militar puede jugar un papel fundamental por cuanto refiere a las misiones internacionales llevadas a cabo por las FAS. En aquellos lugares donde se realizan misiones en favor de la paz y la defensa de los derechos humanos sería difícil transmitir la necesidad de asumir los mismos como pauta de actuación humana y como inspiración del sistema institucional si quienes llevan a cabo tales misiones no aparecen ante aquellas sociedades sino como meros mercenarios únicamente aleccionados en las misiones militares y en principios sólo castrenses. Como algún

²⁶⁸⁹ En este sentido, resulta positiva la regulación básica de los planes de estudio militares de la Ley 17/1999, por cuanto contempla como criterio básico de la enseñanza militar “b) Fomentar los principios y valores constitucionales, contemplando la pluralidad cultural de España.”

autor ha señalado con acierto, ello sería como el San Manuel bueno y mártir de Unamuno²⁶⁹⁰.

b) La necesidad de impartir una enseñanza constitucional en razón de la subordinación del Ejército al poder civil

Tal y como se ha tenido ocasión de analizar, un detonante de la especificidad militar con claras implicaciones en la formación constitucional que debe recibir el militar no es otro que la subordinación de las FAS y sus miembros a las instituciones del Estado legitimadas democráticamente. En este sentido, la educación de los principios democráticos derivada del artículo 27. 2º CE cobra, de nuevo, máxima virtualidad en el contexto castrense. Y es que la posición subordinada al poder político exigida a los Ejércitos impone a los militares el necesario conocimiento del sistema constitucional y de la posición que en él corresponde a las FAS. Para poder acatar disciplinadamente el sistema político constitucional es preciso conocerlo y entender el porqué de esta posición y las exigencias que comporta. Para facultar esta sujeción política a la ley de leyes, el artículo 26 Reales Ordenanzas impone al militar el “conocimiento exacto de las obligaciones contenidas en la Constitución”. Resulta un presupuesto lógico exigir cierto conocimiento del sistema político constitucional para, llegado el caso, asumir “la grave responsabilidad” que supone la obediencia o desobediencia de una orden que el sujeto militar entendiese contraria a la Constitución (artículo 34). Así pues, como afirma Blanco Ande “todos los miembros de las Fuerzas Armadas, a su paso por las diversas unidades, deben recibir una formación -no adoctrinamiento-, de carácter político, con la que se les recuerden sus derechos y deberes como ciudadanos y se les inculque

²⁶⁹⁰ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 355. Este autor afirma que “Para evitar que nuestras Fuerzas Armadas sean el como San Manuel bueno y mártir de Unamuno, para impedir que unas tropas profesionales fomenten en el exterior unos valores en los que no creen cuando están en suelo español, resulta ineludible acometer la delicada empresa de revisar los principios en que debe inspirarse el proceder de este sector de la Administración Pública.”

el valor del funcionamiento de las instituciones democráticas, que el ordenamiento constitucional vigente señala”²⁶⁹¹.

Al margen de los conocimientos que cabe impartir al militar, hay que señalar que en España se ha optado por una formación que subraya las facetas organizativa y técnica del militar, dejando más de lado la faceta del militar heroico. Como señala Alonso Baquer esta opción parte de una cierta desconfianza ante el militar, al que se quiere vedar cualquier posibilidad de autonomía de deliberación o reflexión sobre la finalidad política de las actividades militares²⁶⁹².

c) La educación constitucional como garantía y guía del ejercicio de los derechos del militar

Sin perjuicio de lo anterior, de forma complementaria debe señalarse otra causa que particulariza el alcance que puede tener una educación de los derechos y libertades en los Ejércitos. Una adecuada enseñanza constitucional se erigiría como una de las mejores herramientas para que el ejercicio de los derechos por parte del militar se conjugase bien con las exigencias de la defensa. El estatuto de derechos fundamentales de los miembros de las FAS está sometido a graves limitaciones, tanto por su sujeción a un severo régimen disciplinario cuanto por la necesaria neutralidad de las FAS. Y es la propia responsabilidad del militar el principio que debe regir el ejercicio de sus derechos y libertades y la mejor forma de lograr tal responsabilidad resulta el conocimiento del alcance de los mismos y de las dificultades que tiene su ejercicio en el contexto castrense.

En este sentido, la enseñanza constitucional adquiere una importancia práctica: mediante una apropiada formación constitucional del militar es posible evitar diversas extralimitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales que, por lo general,

²⁶⁹¹ Ver, BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 177.

²⁶⁹² ALONSO BAQUER, Miguel, en “Los problemas de la profesionalidad militar”, en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 16-21, en concreto págs. 18, 20 y 21.

deparan un conflictivo y complejo marco jurídico. De otra parte, el conocimiento de los derechos y libertades por parte de los miembros de las FAS constituye en sí una garantía en relación con su sumisión al sistema disciplinario militar, pues, de un lado, permite adecuar la conducta a lo no sancionable y, de otro lado, permite que el militar conozca las garantías con las que cuenta en la aplicación de dicho régimen disciplinario. Así, una vez más, en el mundo de los cuarteles el objeto constitucional de la enseñanza adquiere una particular virtualidad. En este sentido, se entiende la exigencia de que el soldado conozca los derechos y deberes que le asisten²⁶⁹³.

B) “PERÍODO DE INSTRUCCIÓN”, “EJÉRCITO ESCUELA”: ¿DE QUÉ ENSEÑANZA MILITAR HABLAMOS?

Una vez efectuadas las anteriores consideraciones en relación con la singularidad del ámbito castrense y sus claras repercusiones sobre la parcela de la formación constitucional del militar, es conveniente concretar lo que aquí se considera enseñanza militar. Ello es así porque, de un lado, uno de los elementos esenciales de la función militar es la instrucción de todo miembro de las FAS, y no toda “instrucción” deberá reputarse enseñanza a nuestros efectos. De otro lado, aunque hoy en ciernes a su suspensión, el servicio militar obligatorio ha desempeñado en nuestra historia una cuestionable función formativa.

²⁶⁹³ Así, el artículo 57 Reales Ordenanzas dispone que el soldado “Conocerá los derechos y deberes que le asisten y las Leyes Penales que le afecten, las cuales le serán leídas y explicadas periódicamente en su unidad, a fin de orientar su conducta y prevenir las faltas o delitos que pueda cometer.” En la misma dirección, la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del servicio militar, en su artículo 29 señala que “Mediante los programas de formación general militar, los soldados y marineros deberán conocer [...] el régimen general de sus derechos y obligaciones, las normas de comportamiento y de régimen interior, el historial de su unidad y cuanto pueda afectarles en el cumplimiento del servicio militar.”

a) ¿La instrucción militar como educación?

La militar es una profesión bien específica que requiere una formación especializada, la cual se inicia ya para poder acceder a las FAS, ya una vez la persona se incorpora a las mismas. Ahora bien, si bien todo lo anteriormente afirmado puede predicarse de toda formación que se lleve a cabo en las FAS, no toda esta formación debe reputarse “enseñanza”, esto es, sujeta a un “ideario educativo constitucional”²⁶⁹⁴ como el que se proclama en el artículo 27. 2º CE. Y es que de no efectuar esta matización, una buena parte de la función militar debería reputarse enseñanza, en tanto en cuanto es actividad general en los Ejércitos la preparación y adiestramiento constante con miras a una posible intervención. La formación del militar es un proceso continuo en el que la enseñanza reglada es un referente importante, si bien no exclusivo. Parece lógico considerar la enseñanza militar como aquel proceso *reglado* de transmisión de conocimientos destinado a llevar a cabo la formación del sujeto militar en aras al mejor desempeño de las misiones constitucionales que tienen asignadas las FAS. Esto es, a la hora de apreciar la virtualidad del artículo 27. 2º CE habremos de centrarnos en la “enseñanza militar” formalmente reconocida como tal, así como, en su caso, en los conocimientos exigidos para poder acceder a ella. Se trata pues de la enseñanza que reciben los militares profesionales. La reciente Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas, regula en su Título V esta enseñanza militar; su artículo 50 diferencia

²⁶⁹⁴ Esta terminología es empleada por Tomás y Valiente, voto particular a la sentencia 5/1981, de 13 de febrero, punto 10º: “El art. 27. 2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente, precepto que constituye lo que podría denominarse sin metáfora el «ideario educativo de la Constitución»”

la enseñanza militar de formación²⁶⁹⁵, enseñanza militar de perfeccionamiento²⁶⁹⁶ y los altos estudios militares²⁶⁹⁷.

Esta concreción no va en menoscabo del necesario respeto general de los principios constitucionales en la Institución militar y, por ende, en todas aquellas actividades que se lleven a cabo en la misma, como lo es la comúnmente llamada “instrucción militar”²⁶⁹⁸ que recibe todo miembro de los Ejércitos y contribuye a su general formación. En este sentido, por ejemplo, cabe señalar que la instrucción que debe recibir quien presta el servicio militar exige el conocimiento de “la organización básica y los objetivos de la defensa nacional y la función que corresponde a las Fuerzas Armadas en el ordenamiento constitucional” (artículo 29)²⁶⁹⁹.

²⁶⁹⁵ Como se dispone en el artículo 51 esta enseñanza es la que “tiene como finalidades la preparación para la incorporación a las Escalas de militares de carrera y la capacitación para el acceso a militar de complemento y a militar profesional de tropa y marinería.”

²⁶⁹⁶ La misma “tiene como finalidad capacitar al militar profesional para el desempeño de los cometidos de empleos superiores y de las especialidades complementarias, así como ampliar o actualizar los conocimientos requeridos para el desarrollo de la profesión militar”. (artículo 52).

²⁶⁹⁷ Ésta es la que “tiene como finalidad preparar al militar de carrera para el desarrollo de actividades en los Estados Mayores y capacitarle para el desempeño de los cometidos del empleo de General de Brigada. También se consideran altos estudios militares los relacionados con la paz y la seguridad, la defensa nacional y la política militar, así como la investigación y desarrollo de las doctrinas para el empleo de las Fuerzas Armadas. tiene como finalidad preparar al militar de carrera para el desarrollo de actividades en los Estados Mayores y capacitarle para el desempeño de los cometidos del empleo de General de Brigada. También se consideran altos estudios militares los relacionados con la paz y la seguridad, la defensa nacional y la política militar, así como la investigación y desarrollo de las doctrinas para el empleo de las Fuerzas Armadas.” (artículo 53).

²⁶⁹⁸ Si bien en los medios no militares la “instrucción” se identifica con la “enseñanza”, en el ámbito castrense la “instrucción” cobra una particular connotación, siendo una fase de la formación militar -el “período de instrucción”- donde se adquieren los básicos conocimientos de lo militar -espíritu y disciplina, régimen, táctico-armamentístico, etc. Como señala Jarnés Bergua, “hablando del Ejército, al aparecer al palabra *instrucción*, hay una tendencia especial a pensar en ejercicios militares, sobre todo en los de “orden cerrado”. (Procuramos borrar esa disparatada expresión de “hacer la instrucción”. La instrucción no es algo de posible manufactura. Digamos que un soldado está en instrucción; no “haciendo la instrucción”). Ver, JARNÉS BERGUA, Enrique, *Ejército y Cultura*, cit. págs. 239-240.

²⁶⁹⁹ Los elementos básicos de la instrucción que debe recibir quien presta el servicio militar se contiene en los artículos 28 a 34 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, reguladora del servicio militar.

b) *El fin de un "Ejército escuela"*

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer una referencia, siquiera mínima, relativa a la función educativa desempeñada por un servicio militar obligatorio, que está ahora a punto de su finalización. No en vano, el mismo ha desempeñado una importante papel formativo -de "Ejército escuela"²⁷⁰⁰- en las diversas generaciones de jóvenes varones en nuestro país, un papel nada despreciable por cuanto hace referencia al arraigo de ciertos principios y valores de contenido político. Así, por ejemplo, el anterior régimen no dudó en emplear el servicio militar como instrumento para cohesionar políticamente la sociedad²⁷⁰¹. Ahora bien, los tiempos han cambiado y ni el Ejército tiene por misión reparar posibles defectos del sistema educativo²⁷⁰² ni, especialmente, parece posible desviar la formación del militar hacia fines políticos, más allá de la necesaria formación constitucional que, como se ha visto, debe recibir todo militar. Es de este modo como debe interpretarse el artículo 24 de las Reales Ordenanzas, donde se preceptúa que: "Depositarios del modo de ser de los Ejércitos, sus cuadros permanentes instruirán con perseverancia al ciudadano en filas, prestando especial atención a su formación militar y a inculcarle los valores patrióticos y castrenses, de forma que su espíritu cívico y militar resulten fortalecidos." No se trata de aprovechar la breve estancia de quien presta el servicio militar para inculcarle particulares convicciones políticas, sino que se trata de facultar una instrucción -del mismo talante constitucional que la que recibe el militar profesional-, que es la funcionalmente necesaria para que quienes

²⁷⁰⁰ Esta terminología la emplea PUMAROLA ALAIZ, L. , *Democracia y Ejército...* cit. pág. 128: "Y en cuanto la vida interior de las naciones, el Ejército nacional tiene un fin, perfectamente definido y delimitado. *Es un Ejército escuela*. Los llamados a servir en él, son ciudadanos soldados."

²⁷⁰¹ Así, entre otros, ver BAÑON, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "Las Fuerzas Armadas en España...." cit. págs. 286 y ss. (Así como págs. 84-85 en los estudios introductorios a lo largo de la obra, a su cargo. Al respecto, también, BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, cit. págs. 220- 221.

²⁷⁰² Por cuanto una positiva visión del papel cultural del Ejército respecto del servicio militar, JARNÉS BERGUA, Enrique, *Ejército y Cultura*, cit. pág. 238.

prestan el servicio militar puedan, de llegar el caso, llevar a cabo eficazmente la misión encomendada a los Ejércitos.

En esta dirección, merece la pena recordar el artículo 14. 2º de la Ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regula los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar -rara vez mencionado, pese a que no sólo afecta al ámbito militar: “Base fundamental de la defensa nacional son los propios ciudadanos. Por ello, el Gobierno cuidará de desarrollar el patriotismo y los principios y valores reflejados en la Constitución.” Este precepto liga con claridad la asunción de los principios y valores constitucionales por toda la población con la eficaz defensa del Estado, y el servicio militar es una buena oportunidad para llevar a cabo esta formación.

C) LA ACTUAL ENSEÑANZA “EN” Y “DE” LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Quienes acceden a los Ejércitos y se incorporan a la enseñanza militar deben recibir una educación acorde al objeto constitucional prefijado en el artículo 27. 2º CE. Así se dispone en el artículo 70 de la Ley 17/1999, que señala que la enseñanza militar debe: “a) Garantizar la completa formación humana y el pleno desarrollo de la personalidad”, así como “b) Fomentar los principios y valores constitucionales, contemplando la pluralidad cultural de España”. Para ello, se requiere tanto una enseñanza *en* como *de* los principios democráticos y los derechos fundamentales.

a) *La enseñanza “de” los derechos humanos y los principios democráticos en la enseñanza militar*

Afirma Álvarez Roldán que “El militar, *por imperativo constitucional*, por convenios internacionales, y por normas específicas que regulan su actuación cotidiana y sus exigencias de conducta

castrense, necesariamente ha de conocer la Constitución Española”²⁷⁰³. Cabe señalar que la ley de leyes es objeto de estudio para quienes aspiran incorporarse a las distintas escalas y cuerpos de la Institución militar, esto es, para el mismo acceso a la enseñanza militar. Así se puede apreciar en los diversos temarios exigidos para la superación de las diferentes vías de acceso a las FAS²⁷⁰⁴, con excepción de la tropa profesional²⁷⁰⁵. Ya en el marco propio de la enseñanza militar, los planes de estudios para las diversas escalas y cuerpos militares²⁷⁰⁶ incluyen el conocimiento de la Constitución y de las principales normas que regulan el ámbito castrense y, por tanto, el estatuto de sus derechos fundamentales²⁷⁰⁷.

²⁷⁰³ ALVÁREZ ROLDÁN, L. B. , “El régimen del alumnado. Estudio de la Orden 43/1993, de 21 de abril sobre el Régimen del Alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación”, en *La función militar...* cit. págs. 161-201, en concreto, pág. 175. La cursiva es mía.

²⁷⁰⁴ En los temarios de las pruebas para ingreso en los centros militares se exige el conocimiento de la norma suprema con diversa intensidad en función de la categoría y rama a la que se accede. Así puede seguirse el temario requerido por la Orden del Ministerio de Defensa del 17 de Diciembre de 1997 para el acceso a las escalas Superior y Media; para la escala Básica, según Orden 90/1992, de 24 de noviembre; para los Cuerpos de Intendencia, órdenes 49/1993, de 5 mayo, 48/1994 de 20 de mayo y 32/1996, de 14 de Febrero y para el Cuerpo de Ingenieros, el temario establecido en la Orden 61/1996, de 26 de marzo. También se exige el conocimiento de la ley de leyes para el acceso a los diversos Cuerpos Comunes de las FAS (jurídico, sanidad, intervención y música); los programas y ejercicios para el acceso a tales cuerpos se recogen básicamente en la Orden 12/1993. de 2 de Febrero, con modificaciones contempladas en la Orden 51/1996, y órdenes 34 y 35 de 1997. En todos los casos, las publicaciones de éstas órdenes no incluyen el temario, por considerarse específico y de alcance limitado. El conocimiento del contenido de buena parte de estos temarios se ha dado por otras vías.

²⁷⁰⁵ Para la incorporación a la tropa profesional se exige únicamente la superación de unos tests de inteligencia general y aptitudes verbal y numérica así como diversas pruebas físicas. Una vez se accede a la Tropa profesiones es cuando se lleva a cabo una formación constitucional básica.

²⁷⁰⁶ La regulación de los planes de estudio de la enseñanza militar se encuentra básicamente recogida en los artículos 70 y ss. de la Ley 17/1999. Las directrices que deben seguir los mismos fueron desarrolladas por medio del Real Decreto 601/1992 de 5 de junio, para las enseñanzas de grado medio y superior, y por el Real Decreto 7/1995, de 13 de enero, para la enseñanza de grado básico.

²⁷⁰⁷ El estudio de la ley de leyes, de la posición de las FAS en el sistema político y del estatuto de derechos y libertades del militar se recoge en la práctica totalidad de los planes de estudio y programas de las diversas escalas y cuerpos. A salvo de aquellas especialidades en las que el ámbito jurídico cobra especial relevancia (Cuerpo jurídico militar) estos conocimientos se suelen integrar en las materia obligatoria común que supone la “Formación

*b) Las dificultades de llevar a cabo una educación militar “en”
derechos humanos y principios democráticos*

De otra parte, en virtud el objeto constitucional de la educación también en el ámbito militar debe procurarse una enseñanza *en* derechos y principios democráticos, “la enseñanza militar ha de (...) inculcar a todo militar el respeto a la dignidad de la persona, a la igualdad ante la ley y demás derechos y deberes fundamentales y libertades públicas”²⁷⁰⁸. Este propósito, no obstante, se topa con importantes obstáculos provenientes de la propia naturaleza de las Institución castrense, pues, no olvidemos, es inherente a la misma que las relaciones en su seno se desarrollen en la dinámica de la disciplina militar y un estatuto de derechos y libertades gravemente restringido.

*b. 1. ¿Qué margen tienen los docentes militares para ejercer su
libertad de cátedra?*

Para lograr una educación en democracia y derechos humanos deviene preciso que ésta se lleve a cabo en una esfera de libertad, lo cual incluye, entre otros aspectos, el respeto de la libertad de cátedra

militar”, adquiriendo diversa intensidad en razón de la naturaleza de la escala y especialidad de que se trate.

Así, en el marco de la enseñanza superior, los planes de estudio para la enseñanza de formación de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina se recogen en la Orden 60/1992 de 30 de junio, siendo la Resolución 71/1994, de 5 de julio, de la Secretaría de Estado de la Administración Militar la que aprueba el programa de las asignaturas en los planes de estudios de la enseñanza de Formación y de Grado Superior de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina. En el ámbito de la enseñanza del grado básico, los planes de estudio de las especialidades fundamentales de Tierra, Mar y Aire se regulan en las órdenes 90, 91 y 92 de 1996, todas de 6 de junio. Por lo que hace referencia a los Cuerpos Comunes, la Orden 63/1993 de 31 de mayo, recoge los Planes de estudios (escalas superior y media), y es la Orden 48/1994, de 20 de mayo, la que regula los Planes de estudios Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos (escala superior).

La enseñanza del oficial de empleo se incluye en su regulación general en el Real Decreto 537/1994, de 25 de marzo, artículos 5 a 10, si bien no se encuentra ahí una referencia al contenido de dicha enseñanza. Lo mismo puede afirmarse de la formación de la Tropa profesional, cuyo reglamento se recoge en el Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, y concretamente su formación en los artículos 7 a 12.

²⁷⁰⁸ ALVÁREZ ROLDÁN, L. B. , “El régimen del alumnado... cit. pág. 167.

del docente²⁷⁰⁹. Sin embargo, en el ámbito de la enseñanza militar, el alcance de la libertad de cátedra del docente queda limitado –al igual que otras libertades públicas–, en especial, por el principio de neutralidad política que deben respetar todos miembros de las FAS. En virtud del mismo, el docente militar habrá de guardar ciertas cautelas en su transmisión de conocimientos que tengan implicaciones políticas, como sucederá, precisamente, en la enseñanza del sistema constitucional²⁷¹⁰. Ello, no obstante, no excluye el respeto de la particular forma de apreciar el contenido de la materia que imparta el docente, así como su forma de transmitirla. No en vano, como algún sector de la doctrina ha apuntado, en el contenido del ejercicio de la función docente el militar no se encontrará directamente sujeto al principio de jerarquía, afirmación que se puede compartir con algunas matizaciones²⁷¹¹.

²⁷⁰⁹ Ni en las Reales Ordenanzas, que regulan el ejercicio de la función docente (artículos 143-150) y desarrollan los derechos y libertades del militar, ni en la Ley 17/1999, que incluye también una referencia al docente militar (artículo 86), no se encuentra referencia alguna a la libertad de cátedra en la enseñanza militar.

²⁷¹⁰ Para ello, el modo más conveniente de llevar a cabo la enseñanza será sujetarse a la interpretación del sistema constitucional llevada a cabo por los operadores jurídicos generales, en especial, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional.

²⁷¹¹ VERNET GOMEZ, L. , “La enseñanza superior militar”, cit. pág. 569, afirma que “Los profesores aquí se habrán convertido en funcionarios. Es este profesor funcionario el que ha de reclamar libertad en el ejercicio de su función docente investigadora y no encontrarse sujeto en su ejercicio al principio de jerarquía, en virtud del cual ha de secundar las directrices de sus superiores. Gozará este funcionario-profesor de una libertad de cátedra, que incluirá en el modo de llevar a cabo la tarea docente (transmisión de conocimientos) para cuya realización exige un ámbito de libertad. No se obliga al profesor-funcionario a enseñar sólo doctrinas eclécticas, y podrá ser beligerante en este campo, rechazando determinadas doctrinas por erróneas”.

Sin perjuicio del acierto de esta afirmación, habrá que tener en cuenta que el docente militar se encuentra siempre sujeto a la disciplina militar, sin perjuicio de que ésta no incluya la posibilidad de ordenar ideológicamente el contenido de la docencia que imparte. Sin embargo, su sumisión al régimen disciplinario limita de hecho la independencia del docente militar por vía indirecta. Salvando las distancias, el mismo fenómeno sucede con los jueces militares, en tanto que su estatuto combina la independencia de su actuación con la sumisión disciplinaria a los superiores en su vida militar, lo cual, objetivamente, condiciona la referida independencia.

*b. 2. La sumisión del alumnado militar a la estricta disciplina
castrense*

Sin perjuicio de ésta y otras particularidades del general desarrollo en libertad de la enseñanza militar cabe hacer una especial referencia a la singular posición del alumnado militar, sometido por doble partida a un régimen disciplinario, en tanto alumno y en tanto militar²⁷¹². Desde el punto de vista jurídico resultaría bien interesante detenerse en la compleja articulación que exige esta sumisión del alumnado de las FAS a un doble estatuto y régimen disciplinario²⁷¹³. Sin embargo, hay un motivo que impele a observar sólo mínimamente esta cuestión: el completo desuso del régimen disciplinario académico, dado que las relaciones en el marco de la enseñanza militar son atraídas casi por completo por el régimen disciplinario general²⁷¹⁴. El alumno es militar²⁷¹⁵ y se encuentra en un recinto militar sometido a la normativa castrense y a las diferentes relaciones jerárquicas, todo ello faculta la posibilidad de aplicar las normas disciplinarias que rigen

²⁷¹² La Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre, sujeta con claridad al doble régimen disciplinario al alumnado militar, al disponer en su artículo 3 que “Los alumnos de los centros docentes militares de formación estarán sujetos a lo previsto en esta Ley. Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar, y se sancionarán de acuerdo con sus normas específicas”. Por su parte, debe considerarse vigente en la medida en la que no se oponga a la reciente Ley 17/1999 el Régimen del Alumnado de los Centros Docentes Militares de Formación desarrollado por la Orden Ministerial 43/1993, de 21 de abril, que a la vez de contemplar los derechos y deberes de carácter académico del alumno, regula régimen disciplinario académico al que está sometido (artículos 17 a 22).

²⁷¹³ Sobre el particular, por todos, ALVÁREZ ROLDÁN, L. B. , “El régimen del alumnado... cit.

²⁷¹⁴ Una afirmación de esta naturaleza resulta difícil de constatar documentalmente, en este sentido, quien suscribe se atiene a las indicaciones efectuadas por distintos miembros de las FAS implicados de forma directa en el mundo de la enseñanza militar.

²⁷¹⁵ Como se advirtió en su momento, la condición objetiva de pertenencia a las FAS se adquiere por diferentes vías. Así, tienen a la condición militar los militares profesionales, esto es, los militares de carrera, de complemento o los profesionales de tropa y marinería, quienes son así considerados una vez superan los planes de formación correspondientes o, en su caso, reúnan los requisitos legales estimados. No obstante, la condición militar la adquieren una vez se incorporan a las FAS en calidad de alumnos de la enseñanza militar de formación, si bien, no se consideran militares profesionales hasta la superación de dicha enseñanza. Así se deriva del artículo 1. 2º de la Ley de Régimen del Personal de las FAS de 1999: “1. 2. Esta Ley es de aplicación a los militares profesionales y a los alumnos de la enseñanza militar de formación que adquieren la condición de militar al incorporarse a las Fuerzas Armadas”

para todo miembro de las FAS y prácticamente vacía de contenido declaraciones como la contenida en el artículo 70. 2º de la Ley 17/1999, que sólo permite el empleo de “amonestaciones verbales o escritas” en la aplicación del régimen académico militar²⁷¹⁶.

El propio régimen disciplinario general tipifica diversas conductas vinculadas directa o indirectamente a la enseñanza. Así, en directa relación con la enseñanza militar, se considera falta leve “La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal” (artículo 7. 1º de la ley de régimen disciplinario). Dada la redacción abierta de este tipo, el lector apreciará con facilidad lo sencillo que resulta atraer la relación educativa militar hacia el régimen disciplinario general²⁷¹⁷. Aún es más, en el desarrollo natural de la relación educativa castrense, el alumno estará claramente expuesto a cometer muchas de las conductas también sancionables²⁷¹⁸.

Como consecuencia, la vida académica del alumnado queda bajo el ámbito de la disciplina militar, lo cual, claro está, dificulta el normal desarrollo en libertad de la relación educativa que se da en la enseñanza en general. No obstante, esto no impide el logro del objeto constitucional de la enseñanza en las FAS, pues, como se dijo, la existencia de un régimen disciplinario particular es una de las exigencias precisas para la efectiva defensa militar del propio sistema

²⁷¹⁶ Esta tendencia trae por origen la anterior Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, en cuyo artículo 57 se señalaba que “En ningún caso las sanciones por infracciones de carácter académico podrán suponer para el alumno privación o restricción de libertad”.

²⁷¹⁷ También expresa y directamente vinculadas con la enseñanza militar se encuentran las faltas motivadas por la ausencia injustificada del centro docente militar de uno a cuatro días (falta leve, *ex* artículo 7. 11º) o de cinco a quince días (artículo 8. 28º).

²⁷¹⁸ Así, de forma indirecta, en la enseñanza militar no es extraña la aplicación de diversas faltas leves como puedan serlo, por citar algunas, “La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior.” (artículo 7. 2º); el descuido en la conservación del armamento, material y equipo (artículo 7. 5º) o “en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad” (artículo 7. 6º), así como “la falta de puntualidad en los actos de servicio y las ausencias injustificadas de los mismos si no constituyeran infracción más grave (artículo 7. 9º) o, entre otros, “La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan” (artículo 7. 20º).

constitucional. Ahora bien, no hay que olvidar la concepción constitucional de la disciplina por la que aquí se ha apostado como objeto de la formación del militar; es esta misma disciplina la que debe regir la propia aplicación del régimen disciplinario al alumnado de las FAS. Acordes a esta línea de pensamiento son las aseveraciones de Alvarez Roldán:

“la formación ha de discurrir por los cauces del convencimiento, de la motivación, de la reflexión, de inculcar la autodisciplina, de convencer al alumno sobre su actividad intelectual y su conducta militar, siendo contraproducente el miedo al castigo. La imposición de una sanción a un alumno es en cierta medida el reconocimiento de un fracaso en su formación, en no haber logrado convencerle para que estudie o en que su conducta militar sea impecable”²⁷¹⁹.

b. 3. El régimen de permanencia e internado del alumno militar

Cabe hacer una consideración respecto del estatuto de derechos fundamentales del alumnado militar, si bien, en general, basta hacer una remisión general al régimen de restricciones de los derechos fundamentales de todo militar. Los derechos y libertades deben ser respetados en el marco de la enseñanza militar, aunque con el limitado alcance que éstos tienen en dicho entorno. En todo caso, la dignidad de la persona y los derechos íntimamente ligados a ella como lo son los de la personalidad (integridad, honor, intimidad) deben ser respetados en el proceso educativo castrense. En este sentido, las Reales Ordenanzas señalan con claridad que el docente “Empleará los procedimientos más convenientes al nivel de quienes reciben la instrucción, adiestramiento o enseñanza y a la finalidad con ella perseguida, adoptando, en lo posible, las técnicas modernas y las ya consagradas por la experiencia; *no olvidará que lo más importante es la persona*” (artículo 147).

²⁷¹⁹ ALVÁREZ ROLDÁN, L. B. , “El régimen del alumnado... cit. págs. 189-190.

En la particular parcela educativa militar hay que subrayar también el alcance de la responsabilidad del estudiante, en tanto receptor de un servicio educativo estatal²⁷²⁰. No en vano, esta responsabilidad se traduce en un severo entendimiento del derecho del alumno a permanecer en el centro docente militar, en dependencia de los resultados académicos que obtenga²⁷²¹.

De igual modo, es menester hacer referencia al régimen de vida del alumnado militar, ya que en no pocas ocasiones se le exige el internado. Esta modalidad de vida del estudiante facilita la socialización militar que exige su educación, en especial en los primeros momentos de la misma. No obstante, dado que el internado implica una mayor vinculación con el régimen disciplinario militar, pasa a formar parte de la vida cotidiana del alumno militar una mayor

²⁷²⁰ En este sentido, el artículo 149 Reales Ordenanzas señala que “Todo militar debe considerar que es su obligación aprovechar al máximo los medios y oportunidades que las Fuerzas Armadas le proporcionan para formarse, respondiendo así a la atención que le dedican mandos, profesores e instructores.” De ello se deriva la específica disposición que se le pide al alumno militar en el artículo 150 Reales Ordenanzas: “Cuando reciba instrucción, adiestramiento o enseñanza, no tendrá más ambición que lograr la aptitud perseguida, poniendo por su parte toda su capacidad y voluntad en alcanzarla.”

²⁷²¹ La limitación del derecho a la permanencia en el centro docente es también común al sistema general de enseñanza, en particular la Universitaria, esta cuestión la he seguido en el estudio COTINO HUESO, Lorenzo, “La libertad del estudiante: derechos, libertades, deberes y responsabilidades del alumnado”, en AA. VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza...* cit. en concreto en el epígrafe “El derecho del alumno a permanecer en el centro educativo y sus límites.”

En el marco de la enseñanza militar, la Ley 17/1999, en su artículo 83. 1º b) recoge la posibilidad de la pérdida de la condición de alumno si éste no supera en los plazos establecidos las pruebas previstas en los planes de estudios. La determinación de estos plazos se concreta en las directrices generales de los planes de estudios establecidos para cada modalidad de enseñanza. En este sentido, por ejemplo, para las enseñanzas de grado medio y superior (cuya titulación equivale a una licenciatura universitaria), cabe acudir al Real Decreto 601/1992 de 5 de junio que en su apartado tercero contiene las exigencias académicas de permanencia. Según estas normas, se permite un máximo de cuatro exámenes para superar una asignatura, sin posibilidad de renunciar a las convocatorias. Se establece también un máximo de siete años para concluir la formación superior (cinco cursos) y se recoge la posibilidad de exigir la aprobación de todas las asignaturas para superar el curso. En este sentido, según la Resolución 69/1993, de 23 de junio de la Secretaria de Estado de Administración Militar, sólo se permite suspender un máximo de dos asignaturas para no repetir curso. Teniendo en cuenta la normativas de permanencia de diversas Universidades (como se sigue en el referido estudio), puede advertirse con claridad que en la enseñanza militar se da una mayor exigencia de resultados académicos que en la enseñanza general, lo cual impone por necesidad una mayor entrega por parte del alumnado castrense.

intensidad en las limitaciones de sus derechos y libertades. Ello, como es obvio, dificulta la integración del estudiante con el resto de la sociedad, de la que forma parte al igual que todo militar.

La regla general hasta el momento es que “los alumnos de los Centros docentes militares de formación estarán en régimen de internado desde su ingreso en ellos hasta su promoción a los empleos eventuales de Alférez Alumno, Guardiamarina o Sargento Alumno”²⁷²², lo que viene a suponer dos terceras partes del período formativo (tres o cinco años) en régimen de internado. La actual normativa ha flexibilizado el sistema de la exigencia del internado, al hacerla depender de lo que regule el centro educativo del que forme parte²⁷²³. Desde el punto de vista constitucional, la determinación concreta del internado-externado se justifica en razón de las exigencias de la formación militar, concretadas por las autoridades políticas. Bajo este contexto, sólo una palmaria desproporcionalidad e inidoneidad podría argumentar la inconstitucionalidad de la exigencia, la cual, a

²⁷²² Así se dispone como regla general en el artículo 5. 1º de la Orden Ministerial 43/1993, de 21 de abril (Régimen del alumnado militar). En todo caso, aún en régimen de externado, los Directores de los Centros docentes determinarán, por razones de servicio, las condiciones del mismo.

Como es obvio, el régimen de internado no impide por lo general la posibilidad de salida del centro militar en los tiempos en los que ésta sea permitida. En este orden, según se dispone en el apartado cuarto de este precepto, “los alumnos de los Centros docentes militares de formación podrán salir de ellos al concluir sus actividades diarias, sin perjuicio de las excepciones que impliquen el cumplimiento de las obligaciones militares que se les asignen y, en su caso, de su regreso al Centro de acuerdo con el régimen interior que rijan el funcionamiento de éste.” Debe también tenerse en cuenta lo dispuesto en las Normas para aplicación del régimen de externado de alumnos, Instrucción 118/1993, de 13 de diciembre, que desarrolla la anterior Orden. En tanto en cuanto esta normativa no parece oponerse a la Ley 17/1999, debe entenderse vigente, claro está, sin perjuicio de las variaciones que se motiven por la remisión de la nueva ley a la normativa interna de cada centro en virtud de su artículo 80.

²⁷²³ El artículo 80. 2º de la Ley 17/1999 dispone que “Las infracciones de carácter académico en la enseñanza de formación no están incluidas en el régimen disciplinario militar y serán sancionadas [...] de acuerdo con lo que se determine en las normas generales que regulen el régimen interior de los centros docentes militares de formación que apruebe el Ministro de Defensa.” La Ley 17/1999 dispone que los regímenes internos de los centros militares de formación deberán “b) Combinar la adaptación del alumno al régimen de vida militar y a las características propias de las Fuerzas Armadas con su adecuada integración en la sociedad.” (artículo 81. 1º). Como se puede apreciar, este mandato genérico permite una flexible interpretación por las autoridades correspondientes.

mi juicio, no se da hoy día. No obstante, desde una perspectiva jurídico-formal, al igual que sucede con no pocos aspectos de la regulación militar, habría de entenderse la inconstitucionalidad de la actual situación, pues no es una norma con rango de ley la que establece los aspectos básicos del régimen de vida del alumno militar, siendo, como es, que afecta, entre otros, a su libertad de circulación (art. 19 CE) y su derecho a la vida privada y familiar (artículo 18 CE)²⁷²⁴.

b. 4. La enseñanza militar “bordea” el adoctrinamiento prohibido por la Constitución

El Estado es responsable de planificar e impartir la enseñanza militar. La función planificadora conlleva la elección de los valores que se pretenden transmitir en la formación del alumno, así como la selección de los conocimientos que deben impartirse, que directa o indirectamente pueden tener carácter ideológico. Dada la fuerte socialización que se lleva a cabo a través de la formación militar en razón de la disciplina, de la transmisión de valores constitucionales y particulares e intensas pautas de conducta que debe adquirir el militar, pudiera pensarse que la función estatal del diseño e impartición de la formación castrense atenta o puede atentar contra la libertad ideológica del alumno al constituir un adoctrinamiento. Y no hay que olvidar las tempranas edades que se exige para acceder a las FAS en la mayoría de los casos²⁷²⁵.

En este sentido, como recordaba el Tribunal Constitucional, “El servicio público de la educación no puede organizarse, ciertamente, de

²⁷²⁴ Al respecto de la general falta de respeto del principio de legalidad en el ámbito militar respecto de la libertad de circulación, o del régimen estatutario de los internados en centros penitenciarios militares, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. ver, entre otras, págs. 243 y ss. Este autor no duda en afirmar la “tolerancia”, “pereza” y “desidia” del legislador, que es quien debe regular por ley estos aspectos del estatuto del militar y no rebajarlos a la regulación reglamentaria.

²⁷²⁵ Caber remitir a lo afirmado en el epígrafe “La actual fijación de una temprana edad como tope para acceder a las Fuerzas Armadas sólo es admisible formalmente. Una propuesta para el futuro”, en el capítulo dedicado a la composición social de las FAS.

manera que violente las libertades del artículo 16, ni ninguna otra de las que la Constitución garantiza”²⁷²⁶. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la educación en general supone un proceso de socialización del individuo, lo cual impide y excluye una formación aséptica en conocimientos ideológicos, valores morales y principios éticos. Al Estado y a la educación pública en especial, como lo es la militar, se le exige neutralidad y no adoctrinamiento²⁷²⁷, si bien, por ejemplo, ésta no queda menospreciada por una inclinación a la formación en los valores democráticos y los derechos humanos, pues es ésta la educación querida tanto por las normas internacionales como nacionales²⁷²⁸. Y precisamente en el marco militar donde el “ideario constitucional” de la educación se debe proyectar, por todos los motivos apreciados, con mayor intensidad que en otras parcelas de la enseñanza, sin que ello en principio transgreda las fronteras de la formación en valores y pase a constituir adoctrinamiento.

²⁷²⁶ Autor 817/1985, de 20 de noviembre, FJ 2º.

²⁷²⁷ Sobre el no adoctrinamiento, aunque en otros marcos normativos, cabe señalar que el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan los Derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia, para la enseñanza no universitaria dispone en su artículo 8. 2º d) que “las enseñanzas se basarán en la objetividad y excluirán toda manipulación propagandística o ideológica de los alumnos”, asimismo, como se dispone en el artículo 2 l) de la Ley 1/1993, de 19 de febrero, que regula la Escuela Pública Vasca deberán excluirse “las manipulaciones en el contenido de la enseñanza y la impartición de conocimientos que persigan el adoctrinamiento ideológico”.

²⁷²⁸ Respecto de la educación general, véanse los artículos 1 y 2 de la LODE, donde se señalan los fines de la educación. El artículo 6. 1º de esta ley concreta que la formación a que se tiene derecho comprende: a) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. [...] f) La preparación para participar activamente en la vida social y cultural [...] y la g) La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos. Tales fines se reiteran en la LOGSE, en su artículo 1, y se concretan en otras partes de su articulado (artículo 2. 3º (en especial, letras c) y d)), artículo 13 (letra e)), artículo 19 (letra h)) y el artículo 26 (letras e) y f)).

Próximos al artículo 27. 2º de la Constitución española, el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que la educación “favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

Respecto del marco internacional de la educación, recientemente, JIMENA QUESADA, Luis, “La educación en derechos humanos y democracia en el marco del estado internacionalmente integrado: plano universal, terreno regional y ámbito comparado”, en AA. VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza...* cit.

Por cuanto a los conocimientos a impartir en la enseñanza, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes y que el Protocolo 1º al Convenio Europeo²⁷²⁹ no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religiosos o filosófico²⁷³⁰. De lo que se trata, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es de exigir al Estado que vele “porque las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento”²⁷³¹.

Cuestión diferente son las actitudes de los centros educativos y de los docentes mismos respecto de la libertad ideológica del alumno militar. Siendo admisible el diseño estatal de la educación, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “pueden producirse abusos en la manera en que una escuela o un maestro determinados apliquen los textos en vigor y corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, porque las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas a este nivel por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo.”²⁷³²

Obviamente, se hace referencia a marcos educativos generales en los que los alumnos son menores de edad y sus padres son titulares de unos derechos y, en especial, garantes de la libertad ideológica del alumno²⁷³³. Sin embargo, cuando se accede a la educación militar se es

²⁷²⁹ Protocolo adicional, suscrito por España, París, 20 de marzo de 1952, en cuyo artículo 2 se recoge el derecho a la instrucción.

²⁷³⁰ Ver, sentencia Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen de 7 de diciembre de 1976.

²⁷³¹ *Idem*.

²⁷³² *Idem*, cita reiterada en las sentencias asunto Valsamis c/ Grecia, de 18 de diciembre de 1996, repetido en Efstratiou vs. Grecia, del mismo día.

²⁷³³ Sobre la cuestión del adoctrinamiento puede seguirse COTINO HUESO, Lorenzo, “La libertad del estudiante... cit.

mayor de edad, por lo que se parte de la premisa de la madurez intelectual de la persona y del pleno reconocimiento de su libertad ideológica. Estos datos implican una mayor dificultad de manipulación contraria a la dignidad que menoscabe su pleno y libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, la posibilidad del adoctrinamiento no queda excluida aunque se trate de adultos. La materia no resulta, en modo alguno, sencilla puesto que la necesaria interdicción del adoctrinamiento y la manipulación se topa con la dificultad de determinar cuándo se cometen éstos. En todo caso, una educación que lo que transmita sean valores constitucionales e inculque pautas de conducta legitimadas por la ley de leyes en razón de la eficacia de las FAS, en el sentido admisible constitucionalmente que se atendido en apartados anteriores, difícilmente puede reputarse en abstracto como doctrinaria. Cuestión distinta es el desarrollo concreto de esta educación por los centros de enseñanza militar y por los mismos docentes. Unos y otros necesariamente habrán de mostrar precaución tanto sobre los contenidos concretos a transmitir y los matices con que los afronten, cuanto respecto de la metodología empleada, de modo que no rebasen los límites constitucionales.

D) LA UTILIDAD Y NECESIDAD DE UNA EDUCACIÓN MILITAR CONSTITUCIONAL EN UN MOMENTO HISTÓRICO PARA LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS

Nuestras FAS están inmersas en un histórico proceso de profesionalización, el cual está siendo acompañado de no pocos cambios que se reflejan claramente en la normativa militar. Estos cambios, en general, puede afirmarse que suponen un paso adelante en aras de lograr de la Institución militar que no sólo acate la Constitución, sino que la incorpore plenamente en su seno. Ahora bien, el camino es largo y no son pocos los avances que aún cabe esperar. Entre ellos, uno de los más importantes es concluir el proceso

de cambio de mentalidad de los miembros de las FAS, amén de la percepción de las mismas por la sociedad española. Sin duda, se ha avanzado mucho en ambos sentidos durante la vigencia de nuestra norma fundamental, en especial, en la última década. Pero, los funcionarios militares precisan el reconocimiento de su labor, en vanguardia de la defensa del sistema político que los españoles nos dimos en 1978, para el desafortunado caso que se vea comprometido. Para alcanzar este reconocimiento, los servidores militares tienen que hacer ver al resto de la sociedad española que poco tienen que ver con aquellas FAS que durante las dos últimas centurias salvaguardaron unas “esencias patrias” que ellas mismas definían. Se ha de borrar el recuerdo de aquellos Ejércitos que obstaculizaron continuamente el alcance de un verdadero sistema de libertades. Asimismo, es menester que la sociedad española capte no sólo la idea de que la defensa es necesaria, sino que quienes tienen esta responsabilidad han sido capaces de adecuarse al sentir político del conjunto de la Nación y a su norma básica, la Constitución, que es también la ley fundamental de los militares. Todo ello deviene ahora especialmente importante, a las puertas de un Ejército profesional, que si bien libera a los ciudadanos varones de la prestación del servicio militar obligatorio, supone el riesgo de que los profesionales que asumirán exclusivamente la defensa militar de España queden aislados del resto de la sociedad. Para satisfacer todas estas finalidades, la enseñanza militar es un instrumento insustituible.

Tal y como se ha apreciado, no son pocas las implicaciones que puede tener en la parcela militar una educación *de* y *en* los derechos humanos y los principios democráticos. Los motivos por los cuales se erige en idónea y necesaria tal educación se alejan de una mera exigencia ética o de aspiraciones alejadas de la realidad. Antes al contrario, en el marco castrense la educación constitucional deviene un instrumento útil para la plena constitucionalización –jurídica y política- de la organización militar. Una formación como la que predica el artículo 27. 2º CE es imprescindible para facilitar la

convergencia con la sociedad civil, para aminorar los problemas que se producen por el ejercicio de los derechos y libertades en su seno, para limitar los efectos negativos que puede tener la plena profesionalización, para mejorar la imagen internacional y democrática de España y, a la postre, para facilitar una mejor defensa de nuestro sistema constitucional. No se trata de meros idealismos. Ahora bien, además de todas estas directas implicaciones que tiene una enseñanza militar orientada en esta dirección, qué duda cabe que una educación democrática, tanto del militar como del resto de la población, es uno más de los múltiples elementos que contribuyen a fomentar un sistema de relaciones internacionales que aumenten las garantías de paz²⁷³⁴.

Cabe recordar que la educación castrense era uno de los ámbitos más celosamente guardados por el corporativismo militar. No obstante, el escrupuloso respeto del principio de supremacía civil incluye, también, que los poderes civiles democráticos sean quienes dirijan el diseño de la educación militar, lo cual se logró una vez iniciado el período constitucional, pese a cierta resistencia inicial²⁷³⁵.

²⁷³⁴ En este sentido, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 365, afirma que al militar se le debe de inculcar el respeto de la personalidad colectiva de otros pueblos y el respeto de las normas de Derecho internacional y de una ética no agresiva, no de espíritu de conquista y una perspectiva amigo-enemigo, tradicionalmente militar.

Cabe subrayar que aunque la paz no aparece expresamente en el objeto de educación señalado en el artículo 27. 2º CE, una adecuada interpretación del mismo en razón del artículo 10. 2º CE incorpora la paz como una de las finalidades que se incorporan al objeto de la educación, en virtud del artículo 26. 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ("La educación [...] favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz." En términos más generales, véase lo afirmado por BRUQUETAS GALÁN, Carlos, "Necesidades del individuo ante el logro de las metas de las FAS", en AA. VV. , *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 64-93, en concreto, pág. 90.

²⁷³⁵ Como en otros aspectos, fue en el período del ministro Narcís Serra cuando se efectuaron diversos avances en este sentido. Así, fue polémica en el entorno militar la Orden Ministerial 66/1985, de 22 de noviembre, que dio al ministro voz en el nombramiento de profesores (artículo 3), a la vez de apuntar diversos cambios en la materia en la línea de limitar la permanencia en estas plazas (artículo 8. 3) o de exigir cursos de renovación (artículo 11). También los militares se opusieron al Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre, por el cual se unificaban los requisitos de admisión en las escuelas militares. En esta línea homogeneizadora, la Orden Ministerial 37/1986, de 28 de abril, señaló las asignaturas

De ahí que hoy día no sólo cabe exigir responsabilidad a los militares - quienes deben poner todo su empeño- sino a las propias autoridades políticas civiles, pues son las responsables últimas de esta *constitucionalización material e ideológica* de los servidores de armas.

La situación actual no puede estimarse negativamente. En especial, la educación *de* los derechos y los principios democráticos parece saludable, pues se cumplen de forma aceptable los diversos mandatos jurídicos que imponen un efectivo conocimiento del sistema constitucional español por parte de los miembros de las FAS. Sin embargo, la propia naturaleza de la Institución castrense dificulta una educación *en* estos valores y principios, pues es difícil *vivirlos* en el mundo de los cuarteles. Y lo que es peor, la actual concepción de la neutralidad política restringe injustificadamente el ejercicio de las libertades públicas por el militar fuera de los actos de servicio y de los establecimientos militares, de modo que también les resulta difícil *vivir* los derechos fundamentales fuera del mundo de los cuarteles.

En conclusión, es menester proseguir en un serio esfuerzo para que los militares perciban, por medio de su educación, que juegan un papel fundamental en el mantenimiento del Estado democrático, que su creencia en este sistema es una de las mejores *armas* para el ejercicio efectivo de su profesión y para que esta adquiriera un pleno prestigio en el seno de la sociedad. Para ello, como se ha expuesto, resulta imprescindible que se siga implantando y educando al miembro de las FAS en la concepción “moderna” y constitucional de la disciplina militar y, en especial, en un “espíritu militar” mucho más próximo a los valores y principios constitucionales, ajeno a tiempos ya pasados. Esta será, sin duda, la mejor forma de que el nuevo Ejército profesional español responda a los retos que nos depara el siglo XXI.

comunes que debían cursarse. Estos cambios supusieron grandes avances en la *civilización* de una parcela tradicionalmente comandada por los militares.

CONCLUSIÓN

El Estado constituye quizá el mayor artificio que ha generado la humanidad a lo largo de su historia. Y en muy buena medida ha supuesto una perfecta ficción para legitimar que grupos reducidos con intereses particulares sometiesen al resto de las personas que componían la comunidad política. En la evolución histórico-política, en la mayor parte de las ocasiones, esta dominación a través del Estado se ha justificado –de forma directa o indirecta– en razón del logro de una paz y convivencia humanas. Sin embargo, esta paz prometida –que ni siquiera siempre se ha satisfecho– sólo constituía una paz del terror, de las cárceles y de los cementerios. Lejos de buscarse la protección efectiva de la libertad y los bienes de las personas, la única seguridad que se ha procurado era la de los dirigentes y la de unos intereses del Estado bien distantes de los intereses de los individuos que lo componen. Como no podía ser de otra forma, todo ello ha tenido reflejo en la fuerza de las armas, uno de los instrumentos básicos con los que llevar materialmente a cabo esta dominación.

Sin embargo, el devenir de los tiempos ha puesto cada vez más obstáculos a quienes habían de fundamentar la organización política y legitimar aquella dominación. Así, tras siglos de pensamiento humanista, en el contexto liberal burgués se situó definitivamente a la persona en el centro de la fundamentación del Estado, de modo que la seguridad de la libertad y la propiedad del individuo fuera la legitimación última del poder. Estos postulados tomaron cuerpo en la realidad de finales del siglo XVIII y en el siglo XIX. Hay que advertir que la causa de esta redefinición de los fundamentos del Estado y del Derecho lejos estuvo de desinteresadas querencias de libertad para todos los hombres. No en vano, por medio de esta nueva construcción política y jurídica se habrían de satisfacer los intereses de un grupo

emergente –la burguesía–, de modo que pudiesen alcanzar las cotas de poder que el Antiguo Régimen les negaba y, así satisfacer mejor sus pretensiones.

Un concepto tan abstracto como el del Estado llenó así su contenido de unos principios basados en la libertad del individuo, de la cual se derivaría todo un elenco de derechos y libertades, así como el principio de la división de poderes, como mejor medio de garantizar la libertad. La paz y la convivencia prometidas no habrían de fundamentarse en la dominación, sino precisamente en los límites de la misma, y esta función limitadora tenía que sustentarse por medio del Derecho. Éste ya no sería únicamente un medio por el cual instrumentar la dominación por parte del poder, bajo su halo de justicia en la Tierra; sino que por medio del Derecho se constituía la organización política y el mismo tenía que quedar inspirado y garantizar los fundamentos de la misma sobre la base de la dignidad del individuo. Así, el Derecho pasaba a concebirse no sólo como instrumento de dominación y de conformación del poder, sino, especialmente como límite al mismo. Y limitar al poder imponía por necesidad limitar el empleo de la fuerza y, especialmente, de la fuerza militar.

Los Ejércitos habían quedado esencialmente vinculados a quien hasta entonces había sido su dueño, el monarca, por lo que se les consideró como enemigos de la libertad. El Derecho tendría que limitar la fuerza y las FAS desde entonces habrían de ubicarse en el Estado de acuerdo a los principios conformadores de éste. Asimismo, para poder mitigar el poder del hasta entonces soberano absoluto, el monarca, hubo de acudir a la idea de la soberanía de la Nación. De este modo, el reconocimiento de la libertad iba inicialmente vestido de una bandera patriótica. Todos estos ideales de Nación, libertad y límites al poder, convulsionaron a una sociedad que, en buena medida ilusionada no dudó en defenderlos, en su caso, empuñando las armas. Más tarde, sin embargo, la idea de Nación y las mismas armas se volverían en contra de la libertad.

Las ideas generadas en el pensamiento liberal siguen constituyendo la base del actual Estado democrático, sin embargo, en su inicio fueron recibidas de forma interesada. Por ello, una vez tuvieron el efecto buscado (situarse en el poder la clase burguesa para satisfacer mejor sus intereses), habría que contener con todos los medios posibles la verdadera proyección de estas ideas que llevaban en su seno el “peligro de la democracia” y daban cauce a la “cuestión social” del siglo XIX. Los derechos y libertades, más allá de la sagrada propiedad liberal no se hicieron efectivos y el Derecho no asumió la función limitadora que teóricamente le concernía. Como consecuencia, la paz y la convivencia basada en el reconocimiento de la dignidad de la persona no serían tanto de la generación espontánea, sino que habría que imponer la paz, de nuevo, por medio de los actos de la fuerza.

En efecto, la fuerza militar, muy distinta a la anterior, compuesta por amplios sectores de la población y, en sus cúpulas, por la burguesía que había accedido al poder, se legitimó mucho inicialmente por sus patrióticos logros para conseguir y garantizar aquella soberanía de la Nación. Sin embargo, una vez la burguesía accedió al poder y lo compartió con las precedentes oligarquías, la fuerza no se empleó para su teórica función de defender el Estado de la libertad, esto es, para conferir la seguridad de la libertad y de la propiedad. En consecuencia, los Ejércitos se emplearon para reprimir a todo aquél que retase el orden instituido. Así, y especialmente en España, aquellos ideales de limitación y ubicación de la fuerza militar conforme a los nuevos postulados no pasaron nunca del papel de unas Constituciones, en el caso de que aquéllas llegaran a recoger tales postulados con relación a las FAS, lo que por lo general no sucedía en nuestro país.

La libertad prometida que había de llevar a la paz y la convivencia no podía llegar en aquel contexto. Por lo cual, las instituciones políticas comandadas por la oligarquía dirigente fueron erosionándose cada vez más. La sociedad perdió su confianza en

aquel sistema al igual que lo hicieron finalmente los Ejércitos. Unas FAS legitimadas patrióticamente y que acometían la función de reprimir a amplios sectores de la sociedad acabaron conformándose como un estamento muy corporativo. El sistema las había apartado mínimamente del poder y el gobierno de los civiles no sólo conducía al deterioro social y al menoscabo de la dignidad militar, sino, lo que era más importante, hasta ponía en peligro una Patria que ellos estaban llamados a velar por encima de todo, por encima del poder civil de la sociedad misma. Así, en la España del primer tercio del siglo XX, la Institución militar no se limitó a ejercer una gran influencia en el poder civil, sino que, lo acabó asaltando.

La Constitución española de 1978 ha llevado felizmente a nuestro país por la senda de la democracia liberal. El Estado democrático-liberal recoge el testigo de los postulados liberales. Se percibió la necesidad de incluir a sectores hasta entonces excluidos, de modo que se maximizase la producción económica sin poner en riesgo al sistema. Para ello, había que hacer *efectivos* los derechos y libertades inherentes a la dignidad, no sólo para la clase dominante, sino para todos. De este modo, se lograría una paz de la dignidad y no una paz impuesta, una paz del terror. Se trataba, pues, de hacer efectivos los mismos principios inicialmente postulados, que el liberalismo burgués había desconocido; ahora las FAS habrían de quedar, esta vez sí, vinculadas a los principios constitucionales y sometidas a un poder bien delimitado por el Derecho.

El Estado dejaba ya de ser un mero instrumento de dominación de unos pocos para llenar su contenido con los derechos fundamentales de la persona, que son el fundamento del orden político y de la paz social. El "Estado" o la "soberanía de la Nación" dejan, así, de ser ideas que por abstractas resultan vacías y fácilmente manipulables. Si algo tiene de *sagrado* el Estado no es sino que es el único medio por el que es posible alcanzar una paz de la dignidad, no una paz cualquiera, sino la que antepone los derechos y libertades de la persona por encima de cualquier paz del terror. Este "Estado" y esta

“soberanía”, y no otros, son los que corresponde defender en última instancia a la fuerza militar. Los Ejércitos no son los enemigos de la libertad, sino los últimos garantes de la misma. Y no se trata de una libertad colectiva –una “libertad nacional”–, que pueda volverse contra el individuo, sino de una libertad que se concreta en los derechos fundamentales de la persona.

Para impedir que las FAS sean el instrumento o el motor mismo de cualquier ataque contra los fundamentos del Estado, la *receta* es bien sencilla: que la ley de leyes irradie sus contenidos sobre todo lo relativo a la defensa militar y la Institución militar. En este sentido, las particularidades de nuestra Constitución, motivadas básicamente por el contexto en el que se gestó, no suponen en modo alguno un obstáculo para que se produzca esta proyección de los contenidos de la ley de leyes en materia militar y de defensa. Como consecuencia de esta normatividad se configura el modelo constitucional de FAS españolas que, con mayor o menor acierto, aquí se ha pretendido concretar. Y claro está, este modelo ha exigido y exige una profunda redefinición de la Institución militar.

Sólo de este modo los Ejércitos quedan efectivamente dispuestos al cumplimiento de la misión que la sociedad les confía: la defensa del Estado constitucional. Es así como se impide eficazmente que los poderes civiles, o las FAS mismas, empleen las armas para fines distintos a los queridos por la sociedad. Los ciudadanos militares han de estar integrados en la sociedad democrática a través de la asunción de los valores que en ésta se proclaman y ejerciendo sus libertades como ciudadanos. De este modo, difícilmente quedarán tentados de atacar el sistema político que la sociedad se ha dado para preservar de forma efectiva la dignidad de la persona. Y lo que es más, con mayor dificultad sus miembros obedecerían unas órdenes, que comportasen un ataque mismo al Estado constitucional, ya de las autoridades civiles, ya de las autoridades militares. Estas FAS habrán de ser las verdaderas abanderadas de las esencias patrias, que no son otras que

los derechos y libertades y los principios democráticos que están en la base del Estado español mismo.

Pero claro, las verdaderas necesidades de la defensa militar, bien lejanas a la “mala razón de Estado” dificultan al máximo la proyección de muchos de los postulados constitucionales. En este sentido, no hay que olvidar que la eficaz disposición de la defensa militar del Estado es otro de los contenidos de la ley de leyes, no es algo ajeno a la Constitución misma, sino una exigencia para el sostenimiento mismo del Estado democrático. Los problemas que se producen por la colisión de tales necesidades de la defensa con los principios básicos del sistema político son casi innumerables y, desde la perspectiva jurídico-constitucional, resulta muy difícil la armonización de estos “dos pies” en los que se mueven las cuestiones de la defensa. Sin embargo, tales problemas son siempre resolubles si se tiene una verdadera convicción de que es *necesario* y *posible* armonizar estos dos pies de las necesidades de la defensa y los principios democráticos y derechos fundamentales.

El problema, por el contrario, se produce cuando falta esta verdadera convicción, cuando se olvida que la eficacia requerida lo es para defender el Estado constitucional y no otra forma de Estado; cuando aferrados a la inercia histórica deja de percibirse que el Ejército es un medio y no un fin; cuando se prefiere seguir apostando por técnicas organizativas con las que las FAS eran completamente eficaces, pero en otros tiempos y para otros fines; cuando sólo se ve como militares a las personas que componen la Institución castrense, olvidando que por debajo de la tela del uniforme está la piel del ciudadano.

La situación actual en España dista de ser negativa en términos generales, si bien, el modelo de FAS que impone la Constitución no se ha hecho del todo efectivo y aún quedan por superar algunos escollos. Sin embargo, si la sociedad española ha cambiado desde que entró en vigor la ley de leyes, más lo han hecho, sin duda, los Ejércitos; había mucho que cambiar. El primer paso necesario era que el estamento

armado acatase la Constitución y, por ende asumiese su posición sumisa y disciplinada a las autoridades con legitimidad democrática. El segundo paso era y es aún más complejo: que la ley de leyes se proyectase en la Institución militar; y en este orden, el camino a recorrer era bien largo, de ahí que aún no esté concluido. Se trata de una responsabilidad conjunta de todos los poderes públicos, incluyendo a las FAS mismas.

Conforme se realizaba el presente estudio, se han seguido acometiendo importantes pasos en la constitucionalización de los Ejércitos. Estos avances han sido paralelos a un histórico proceso de plena profesionalización y a una cada día más intensa participación en sistemas de seguridad colectiva como la OTAN. Dicha participación ha conducido a nuestras FAS a llevar a cabo acciones militares como las del caso del Kosovo. Desde aquí se ha afirmado la constitucionalidad de tal decisión del Gobierno ratificada *a posteriori* por las Cortes, pese a las serias dudas que esta afirmación suscita en la doctrina. Sin embargo, sin perjuicio de la admisibilidad a la luz de la norma suprema, tal experiencia reciente debiera suscitar una seria reflexión sobre la virtualidad del principio de separación de poderes cuando se trata de la defensa militar; de la misma habría de resultar el establecimiento de diversas garantías para dar un mayor protagonismo a las Cortes, quienes ostentan la legitimidad directa del pueblo español.

De especial significación a medio y largo plazo es el proceso de integración europea en materia de defensa. Garantizar el espacio social y democrático de Derecho europeo bien merece una defensa común, y por tanto, el menoscabo de competencias que afectan el “nervio” del Estado, como las relativas a las FAS. Nuestro texto constitucional no está preparado para afrontar todos los avances que pudieran darse en este terreno; de ahí que en un futuro no muy lejano más que deseable, sería necesaria una reforma del mismo. Sin perjuicio de ello, en tanto en cuanto este proceso de integración marche íntimamente unido a una firme vinculación de la Unión

Europea con los derechos fundamentales y los principios democráticos, pocas reticencias hay que mostrar a dicho proceso, puesto que resultará una más eficaz garantía de los mismos.

Quien suscribe ha pretendido mostrar a lo largo de esta Tesis Doctoral tanto un hondo compromiso con los fundamentos del Estado democrático cuanto una profunda convicción en la necesidad de contar con una eficaz defensa militar de los mismos. Ello se ha llevado a cabo, claro está, desde la disciplina jurídica que le es propia y con los instrumentos que corresponden a la Ciencia del Derecho. Ninguna investigación es neutral, menos en el ámbito de las ciencias sociales y, en menor medida cuando se trata del Derecho constitucional; negar otra cosa no es sino hipocresía. Por suerte, en el Estado democrático no es preciso contar con una convicción en los valores democráticos ni, mucho menos, postular un pacifismo realista que no excluya el empleo de medios bélicos. Todas las ideas, incluso las más molestas para la mayoría, tienen cabida en el Estado constitucional. Que en el mismo pueda seguir avanzándose por la siempre inacabada senda democrática creo que es el mejor motivo de los esgrimidos a lo largo de la historia por el que, en su caso, puede merecer la pena exponer la vida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA*

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria y otros, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1998.
- ABIZANDA, Manuel, entrevista a García Vargas, en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 72 - 80.
- ABRAHAMSSON, Bengt, "La socialización profesional: teoría, ética y espíritu de cuerpo", en AA.VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 208- 234.
- AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, Civitas/Instituto Vasco de Administración Pública, 1990.
- AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- ALÁEZ CORRAL, BENITO, "Soberanía constitucional e integración europea", en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 503-555.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALMOND, Gabriel A. y VERBA, Sidney, "La cultura política", en *Diez textos clásicos de Ciencia política*, (ed. a cargo de Albert Batlle), Ariel, Barcelona, 1992, págs. 177-201. En concreto, respecto de los tipos de cultura política, págs. 178-193.
- ALONSO BAQUER, Miguel:

* Véase lo afirmado en la nota a pie número siete de esta Tesis doctoral.

- "Grado de profesionalidad y reducción de efectivos. El caso del ejército de tierra.", en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 247-273.

- "Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2415- 2433.

- *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971.

- "Los problemas de la profesionalidad militar", en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 16-21.

ALONSO DE ANTONIO, José Luis y ALONSO DE ANTONIO Ángel Luis, en *Derecho Constitucional Español*, Universitas, Madrid, 1996.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO, José R. *Historia política del Ejército español*, Editora Nacional, Madrid, 1974.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique:

- "La incidencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1999, págs. 19-35.

- *Curso de Derecho Constitucional* (Vol. I), 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 1997.

ALVÁREZ ROLDÁN, Luis B.:

- "La igualdad, la mujer y los Ejércitos", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54 julio- diciembre de 1989, págs. 259-268.
- (con FORTÚN ESQUIFINO, Ricardo), *La ley disciplinaria militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Foro, Madrid, 1978.
- APRELL LASAGABASTER, María C., "Principio de igualdad y condición del extranjero, posición del Tribunal Constitucional ", en AA. VV *El principio de igualdad en la Constitución Española*, (vol. I), Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991, págs. 437-456.
- ARAMENDÍA RODRÍGUEZ DE AUSTRIA, Begoña, "Cuerpos y escalas militares. Categorías y empleos militares", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 235-256.
- ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, con introducción de Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- ARROYO YANES, Luis M., "Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo", en *Revista Española de Derecho Militar*, ° 59/60, 1992, págs. 115- 133.
- ARTEAGA MARTÍN, Félix, "Reflexiones sobre el artículo octavo de la Constitución española de 1978", Ponencia presentada en el *I Congreso Iberoamericano de sociología militar*, Madrid, septiembre de 1985 (ejemplar mecanoscrito).
- ARTOLA GALLEGO, Miguel, *El modelo constitucional español del siglo XIX*, Fundación Juan March, Serie Universitaria, texto en offset, Madrid, 1979.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, (5ª ed.), Barcanova, Barcelona, 1994, págs. 53-86.

- BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e ordinamento giurídico statale*, publicado en la recopilación de su obra *Scritti giuridici*. Volumen 2: "Le garanzie nell'ordinamento democratico", Giuffrè, Milán, 1981.
- BACIGALUPO, Silvina, "Los derechos fundamentales de las personas jurídicas", en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), nº 53, enero-marzo de 1999, págs. 49-106.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, (2ª ed.) vol. 1, Tecnos, Madrid.
- BALADO, Manuel y CALONGE, Antonio, "La aplicación de los principios constitucionales al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2435- 2478.
- BALAGUER CALLEJÓN, María L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Alianza Universidad, Madrid, 1983.
- BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael, "La racionalidad de las políticas de remuneraciones y el diseño de la organización militar española", en *Revista Internacional de Sociología*, vol. 43, fascículo 2, Madrid, abril-junio de 1985, pág. 268-286.
- BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, "El estudio de las Fuerzas Armadas", en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-59.
- BARCELONA LLOP, Javier:
- "La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal", *Revista de Administración Pública*, 110, mayo-agosto de 1986, págs. 55-105.
 - "Profesionalismo, militarismo e ideología militar", en *Revista de Estudios Políticos* nº 51, 1986, págs. 127- 161.

- BARRERE UNZUETA, María A. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., "Intervención militar en Serbia, 2º inconstitucionalidad" (166 líneas), <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=ind9905&L=debatescons&F=&S=&P=592>, (23/5/1999), en *Debate sobre los aspectos constitucionales de la intervención militar española en Serbia*, mayo 1999, <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A1=ind9905&L=debatescons>.
- BASTIDA, Francisco J., "La soberanía borrosa: la democracia", en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 381-460.
- BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998.
- BAUTISTA SAMANIEGO, JOSÉ M., "Derechos fundamentales y libertades públicas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, tomo I, julio-diciembre, 1989, págs. 281-303.
- BERMEJO GARCÍA, Ramón, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Civitas-Universidad de Navarra, Madrid, 1993.
- BETANCOURT, Hector y CHARLIN, Ventura L., "Formación militar y dictadura: un enfoque psicologico", en *Revista de Psicología Social*, nº6, 1991, págs. 119-137.
- BETTI, Emilio, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1963.
- BETTINELLO, Ernesto, Comentario al artículo 52. 1º y 2º, en PASQUINO, G. y otros, *Rapporti politici*, (Tomo 1) artículos. 48-52, Zanichelli editore, Bologna; Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1992, págs. 70-149.

- BLANCO ANDE, Joaquín, *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, Dykinson, Madrid, 1987.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L.:
- *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 180-1823*, Institució Valenciana d'Estudis i Investigació-Siglo XXI Editores, Valencia-Madrid, 1988.
 - *La ordenación constitucional de la defensa*", Tecnos, Madrid, 1988.
- BLANQUER CRIADO, David:
- *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Introducción al Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 267.
- BLAY VILLASANTE, F. "Privilegios y limitaciones de las leyes sancionadoras militares", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, enero-junio de 1990.
- BLONDEL, J. y otros, *El Gobierno: Estudios Comparados*, Alianza Universidad, Madrid, 1981.
- BOBBIO, Norberto:
- *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.
 - *El problema de la guerra y las vías de la paz*, (1ª ed. española, -1ª italiana de 1979-, trad. Jorge Binaghi), Gedisa, Barcelona, 1982.
- BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- BOQUERA OLIVER, José M^a, *Derecho Administrativo*, (8ª ed.), Civitas, 1986.
- BRAVO MORATA, F., *La República y el Ejército*, Fenicia, Madrid, 1984, pág. 24.
- BRAVO, Pedro, en "Introducción" a BODINO, J., *Los seis libros de la república*, (selección, traducción e introducción de Pedro Bravo), Aguilar, Madrid, 1973, págs. XI-LIII.

BRUCE, Erika v.C., "Nato's Public Opinion Seminar Indicates Continuing, but not Unshakeable, Support", en *OTAN Review webedition*, nº 2 abril de 1997, vol. 40, págs. 1-8.

BRUQUETAS GALÁN, Carlos, "Necesidades del individuo ante el logro de las metas de las FAS", en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 64-93.

BUIZA CORTES, Tomás:

- "Los militares y el derecho a la participación política", en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, nº 63, noviembre de 1984, págs. 133-154.

- "Una bibliografía básica comentada sobre "Libertades públicas y fuerzas armadas", en en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 897-918.

BUSQUETS, Julio:

- *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984.

-(con FERNÁNDEZ VARGAS, V. -coords.-), *La enseñanza militar en España*, Madrid, CSIC (CIFAS), 1986.

- "El derecho al sufragio pasivo de los militares en España desde 1808 a 1936", en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 337 - 352.

- CABARRÚS, Conde de, *Cartas, Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, Biblioteca Regeneracionista, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1990.
- CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, "En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 53, enero-junio de 1989, págs. 81-106.
- CALSAMIGLIA, Albert, "De nuevo sobre la guerra y la cooperación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 45-63.
- CALVO CORBELLA, Juan C., "Presencias sobre las que reflexionar: organizaciones sociales y fuerzas armadas. Estudio parcial de personajes en el título preliminar de la Constitución de 1978", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2478-2527.
- CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.
- CAMARASA CARRILLO, J, *Servicio militar y objeción de conciencia*, Pons, Madrid, 1993.
- CANDO SOMOANO, María José, "La prerrogativa real británica", en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 18/19, invierno-primavera de 1997, págs. 131-160.
- CANOSA USERA, Raúl:
"Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar", en *Poder Judicial*, n.º 34, junio de 1994, págs. 9-37.
- "Órganos Constitucionales", en LUCAS VERDÚ, Pablo (Comp)., *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996, págs. 300 y ss.

- CARR, John, A. "The Difference between Can and Should: Able v. United States and the Continuing Debate about Homosexual Conduct in the Military", en *The Air Force Law Review*, nº 46, de 1999, (4252 palabras).
- CARRASCO CANALS, Carlos, "Influencia de la Administración Canónica y Militar en el Derecho Administrativo", en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, CUNEF- Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, págs. 463-507.
- CARRERAS, Mercedes, "Orientación sexual y discriminación en los Estados Unidos", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 18/19, perteneciente al año 1997, publicado en 1998, págs. 97-114.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional de fuentes del Derecho", en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid, 1979, págs. 392 y ss.
- CARRILLO SALCEDO, Juan A, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, (2ª ed.), Tecnos, Madrid, 1976.
- CARRIÓN MOYANO, Eduardo, "El militar como funcionario público", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 18, julio-diciembre de 1964, págs. 37-55.
- CASADO BURBANO, Pablo:
- "La carrera militar", en *Documentación Administrativa*, nº 210-211, mayo-septiembre de 1987, págs. 342-362.
 - "La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales", en *Revista de Derecho Público*, nº 66, enero-marzo 1977, págs. 13-30.
 - "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 36, julio-diciembre de 1978, págs. 7-42.
 - *Iniciación al Derecho Constitucional militar* Editoriales de derecho reunidas, EDERSA, Madrid, 1986.
 - *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, EDERSA, Madrid, 1982.

- CASTEJÓN, Federico, “La disciplina y el valor, y sus opuestos delictivos. (Esbozo de una psicología militar)”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 6, julio-diciembre de 1958, págs. 9-22.
- CASTRO SANMARTÍN, Víctor, “Evolución de los gastos de defensa”, en AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 305-313.
- CHRISTIANSEN, E, *Los orígenes del poder militar en España, 1800 - 1854,,* Aguilar, Madrid, 1974.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, (2ª ed.), Barcelona, Bosch, 1999.
- CICERÓN, Marco Tulio, *Sobre la República. Sobre las leyes* (Estudio preliminar y traducción de José Guillén, Tecnos, Madrid, 1986.
- CLAUSEWITZ, K. V., *De la guerra*, Labor, Barcelona, 1994.
- CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- CORRAL SUÁREZ, Margarita. “Algunas consideraciones sobre la “integración” de la UEO en la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, nº 7, 1994, págs. 15-30.
- COSIDÓ GUTIÉRREZ, Ignacio:
- “Factores económicos que condicionan la profesionalización”, en AA. VV., *La profesionalización en los Ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996. págs. 137-162.
 - “La Guardia Civil en la Defensa Nacional”, en *Revista Española de Defensa* nº 105, noviembre de 1996, págs. 28-31.
 - “Modelos de servicio militar”, en AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 231-244.
- COTINO HUESO, Lorenzo:
- “El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional.”, en *Cuadernos Constitucionales de la*

Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 17, otoño de 1996, aunque publicado en septiembre de 1997, págs. 89-136.

- “El reto de la profesionalización total de la Administración militar”, comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312.

- (con SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio), “La Constitución de 1978, punto de inflexión en el constitucionalismo español”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, páginas 43-70.

- “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época) nº 55, 2000 (I), págs. 355-388.

- “Exigencia del conocimiento de los derechos humanos y los principios democráticos por los funcionarios militares”, en AA. VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 308-331.

- “La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas”, de próxima publicación en la *Revista de Derecho Político de la UNED*, de inminente publicación.

- *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

- COTTI, Flavio, "The OSCE's increasing responsibilities in European security", en *OTAN Review webedition*, (Revista de la OTAN), nº 6, nov. 1996, vol. 44, págs. 7- 12.
- COX, Walter, T. "The Army, the Courts, and the Constitution: the Evolution of Military Justice", en *Military Law Review*, nº 118, otoño, 1987, 16137 palabras.
- CRESPO HELLÍN, Félix, *Problemática de la nueva regulación constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Universitat de València, Valencia, 1992.
- CRUZ FERRER, Juan de la, "Derechos fundamentales y razón de Estado: el caso de los pilotos del Ejército del aire", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 71, 1991, págs. 389-400.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro:
- *El Estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
 - *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- DE BLAS, Andrés y otros, *Introducción a la Teoría del Estado*, Teide, 1986.
- DE BUJÁN, Federico F., "Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 43 enero-junio de 1983, págs. 53-70.
- DE ESTEBAN, Jorge:
- (con LÓPEZ GUERRA, Luis), *La crisis del Estado franquista*, Labor, Madrid, 1977. - (con LÓPEZ GUERRA, Luis), *El régimen constitucional español*, tomo II, Labor, Barcelona, 1982.
 - (con GARCÍA TREVIJANO, Pedro J.), *Curso de Derecho Constitucional español*, (Vol. III) Universidad Complutense, Madrid, 1994.
 - *Las Constituciones de España*, BOE-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, con estudio preliminar.

- DE LUCAS MARTÍN, Javier, "La noción de defensa y la crisis de legitimidad. ¿Qué significa defensa?", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 77-95.
- DE LUIS, Juan, "Espagne: l'eupéanisation de la politique de sécurité", en *Notes et études documentaires* números 5064-5065, diciembre de 1997 (1998), monográfico dedicado a *La défense en Europe. Les adaptations de l'après - guerre froide*, (dirigido por Patrice Buffotot), págs. 71-89.
- DE MATEO LAGE, Fernando, "Los tribunales de honor en el ámbito castrense", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2746- 2765.
- DE MOXÓ, Salvador, "El Derecho militar en la España cristiana medieval", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 9-60.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M.:
- "La consolidación del poder civil en los órganos de alta responsabilidad política y técnica del ministerio de defensa en España: 1977-1999, mecanoscrito facilitado por el autor de próxima publicación.
 - (con MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio), "El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad", texto de la ponencia presentada al "I Coloquio sobre política de defensa y seguridad", 14 diciembre de 1998, (Universitat de Barcelona), mecanoscrito.
- DÍAZ LEMA, José M., "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico públicas?", en *Introducción a los derechos fundamentales*, XIII Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, vol. I, 1992, págs. 649-657.

DÍEZ DE NICOLÁS, Juan, "Opinión pública y participación española en la seguridad Internacional", en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 56-61.

DÍEZ DEL CORRAL:

- *El liberalismo doctrinario*, IEP, Madrid, 1945.

- estudio preliminar a la obra, MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, (1ª ed. alemana de 1952, trad. Felipe González Vicen), CEC, Madrid, 1983, págs. I-XLIV.

DOMÉNECH OMEDAS, José L., "Las operaciones de paz en las Fuerzas Armadas españolas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, págs. 431-456.

DOMÍNGUEZ BERRUETA, Miguel:

- *Los Tribunales de Honor y la Constitución de 1978*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

- (con otros autores), "El modelo policial ante el Tribunal Constitucional", en DOMÍNGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 367-402.

- (con otros autores), "El control jurídico-constitucional de la transición militar", en DOMÍNGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 72-111 (antes en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2955- 3006).

- (con otros autores), "Reflexiones en torno al régimen disciplinario militar", en *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 266-299.

- "De nuevo sobre los Tribunales de Honor (La desaparición de los Tribunales de honor militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)", según se afirma este trabajo fue publicado en

la *Revista Vasca de Administración Pública* nº 33, mayo-agosto de 1992, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros,, en *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 115-183.

- "La organización administrativa de la defensa (la reforma de la organización central de la defensa en España)", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2907- 2951, ahora, revisada en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros,, en *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 33-72.

DONNELLY Chris, "Defence transformation in the new democracies: A framework for tackling the problem", en *OTAN Review Webedition*, nº 1 enero de 1997, vol. 45, págs. 15-19.

DOWNES, Cathy, "Gran Bretaña", en AA. VV. ", en AA. VV. por *Lo militar: ¿más que una profesión?*, (MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991, págs. 203-227.

DUQUE VILLANUEVA, Juan C. "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Cosntitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica., 1988 Tomo IV, págs. 2530-2543.

DUVERGER, Maurice *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970.

ELORRIAGA, Gabriel, "El artículo 8º de la Constitución y la institución nacional de las Fuerzas Armadas", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2547-2559.

- ESCRIBANO TESTAUT, Pedro, “La libre designación en la provisión de destinos del personal militar profesional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 63, enero-junio de 1994, págs. 113-141.
- ESTEBAN RAMOS, Salvador, “Hacia un nuevo sentido del Derecho militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 11, enero-junio de 1961, págs. 89-100.
- EYMAR ALONSO, Carlos, “El Eurocuerpo y el futuro marco jurídico de la defensa en Europa”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 69, enero-junio de 1997, págs. 171-192.
- FAURA MARTÍN, José, “Las Fuerzas Armadas”, en *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados - Centro de Estudios Constitucionales, 1998, págs. 237-264.
- FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el siglo XIX*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1978.
- FERNÁNDEZ ESPESO, Carlos, “Defensa nacional y seguridad nacional”. en en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 797-809.
- FERNÁNDEZ FLORES, José L., “Los fundamentos el orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 263-274.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, nº 4, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997.

FERNÁNDEZ SANTANDER, Carlos *Tensiones militares durante el franquismo*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón:

- (con GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo), y *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, (3º ed.), Madrid, 1983, págs. 53 y ss.

- (con NIETO, Alejandro), *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco:

- "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio", *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 11 (1981), págs. 83-116.

- "Nuevo perfil orgánico y competencial de la jurisdicción militar", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2855- 2903.

- "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional", en *Revista de Estudios Políticos* nº 64, abril-junio de 1989, págs. 93-130.- "El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 44-50, enero de 1985-diciembre de 1987, págs. 89-133.

- "El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia", en comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 11-102.

- "La Justicia Militar en el Derecho comparado", en *Revista General de Derecho*, números, 568-569, enero-febrero 1992, págs. 335-361.

- "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Militar*, año 1993, enero-junio, págs. 13-71.

- *Las constituciones históricas españolas. (Un análisis histórico jurídico)*, (4ª ed.) Civitas, Madrid, 1986.

- “La ordenación reglamentaria de los planes de estudios para la enseñanza militar: el Real Decreto 601/1992, de 5 de junio”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, invierno de 1994, págs. 30-41.

- “El reglamento de tropa y marinería profesionales”, en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 143-183.

- “El nuevo diseño jurídico del servicio militar”, en AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 45-87, en concreto, págs. 57-58.

- “Las Directrices Generales de los Planes de Estudios para la Enseñanza Militar”, en *Boletín de Información del CESEDEN* nº 220, págs. 69 y ss.

FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, Emilio, “Las nuevas Delegaciones del Ministerio de Defensa y la estructura de la Administración periférica del Estado (A propósito de la Disposición adicional primera de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE), comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 161-184 y sobre el particular hay que seguir las págs. 172-182.

FERNANDO PABLO, Marcos M., “Ejército, policía y libertad sindical”, en *Revista de Política Social* nº 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 402-450.

FERRANDO BADÍA, Juan:

- *Del autoritarismo a la Democracia*, Rialp, Madrid, 1987.
 - *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos. El democrático, el social-marxista y el autoritario*, (2ª ed.), Tecnos, Madrid, 1989.
- FICHTE, J. Gottlieb, *Discursos a la nación alemana*, (Introducción de Hans-Christian Lucas, traducción de Luis A. Acosta y María Jesús Varela), Orbis, Barcelona, 1984.
- FIELDS, William S. y HARDY David T., "The Militia and the Constitution: a Legal History", en *Military Law Review*, nº 136, vol. 1, primavera de 1992, (20745 palabras), base de datos jurídica Lexis-Nexis, (septiembre de 1999).
- FINER, S. E., "Los militares en la política actual", en BLONDEL, J. y otros, *El Gobierno: Estudios Comparados*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, págs. 257- 264.
- FLECKENSTEIN, Bernhard, "Alemania Federal", en AA. VV. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, (MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991, págs. 232-253.
- FORTÚN ESQUIFINO, Ricardo, en colaboración con ALVÁREZ ROLDÁN, Luis B. *La ley disciplinaria militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, "La Constitución y las Fuerzas Armadas", *Revista de Estudios Políticos*, 60- 61, abril- septiembre de 1988, págs. 607- 620.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa:
- *Constitución y Derechos Fundamentales. I-. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992.
 - "Una aproximación al método de interpretación constitucional", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 4, 1993, págs. 37-50.
 - "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuadernos de la Cátedra*

Fadrique Furió Ceriol, nº 11-12, primavera-verano 1995, págs. 97-115.

-(con REMOTTI CARBONELL, José C.), “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, págs. 103-141.

FRIEDRICH, C. J. y BRZENINSKI, Z. en “Las características generales de la dictadura totalitaria”, BLONDEL, J. y otros, *El Gobierno: Estudios Comparados*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, págs. 237- 248.

FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, Eduardo, “La situación estratégica internacional, marco obligado de la seguridad de España”, en AA. VV., *La profesionalización en los Ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996, págs. 45-62.

FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, Eduardo, “Las personas al servicio de la defensa” en AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 273-303.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo:

- “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, número 34, 1961, págs. 11-51.

- *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas -UAM, Madrid, 1994.

GARCÍA ARIAS, Luis, “Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado”, en *Revista de Estudios Políticos* nº 151 de 1967, págs. 137-156.

GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado”, *Revista Española de Derecho Militar* nº37, (1979), págs. 93-177.

- GARCÍA COTARELO, Ramón y PANIAGUA SOTO, José L., *Introducción a la Ciencia Política*, UNED, Madrid, 1987.
- GARCÍA CUADRADO, Antonio M. "El estado de alarma y su ambigua naturaleza", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 8, 1994, págs. 75-106.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo:
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (3ª ed.) Civitas, Madrid, 1985.
 - "El valor normativo de la Constitución de 1978", en *La Constitución Española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 283-303.
 - (con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás), *Curso de Derecho Administrativo*, (3º ed.), Madrid, 1983.
- GARCÍA DE LA CRUZ, Juan J. "La seudoprofesionalización de la tropa", en *Claves de la razón práctica*, nº 82, mayo de 1998, págs. 59-65.
- GARCÍA HERRERA, Miguel A. "Estado democrático y libertad de expresión", en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, nº 64, 1982, págs. 141-174 y nº 65, primavera 1983 primavera, págs. 147-201.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA MARÍN, José, "La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)" en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 21-86.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Prudencio, "Ejército: presente y futuro.", Madrid, Alianza Editorial, 1975.

- GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.), *Derecho Constitucional*, (Vol. I), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 159-180.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La rebelión militar en Derecho penal. (La conducta punible en el delito de rebelión)*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Albacete, 1990.
- GARCÍA RONDA, Ángel, “Estudio comparativo de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978 y en los anteriores textos constitucionales”, en. Tomo IV, págs. 2553-2560.
- GARCÍA, Prudencio, en “El militar profesional, hoy y mañana”, publicado como apéndice de su obra *Ejército: presente y futuro 1. Ejército, polemología y paz internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1975.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos:
- “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, números 11/12, primavera - verano de 1995, págs. 213-240.
 - “Intervención militar en Serbia; 2º inconstitucionalidad”, (277 líneas), <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=ind9905&L=debatescons&F=&S=&P=858>, (23/5/1999), en *Debate sobre los aspectos constitucionales de la intervención militar española en Serbia*, mayo 1999, <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A1=ind9905&L=debatescons>
- GIANNINI, Severo, *Derecho Administrativo*, volumen I, (trad. Luis Ortega), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991.
- GIL BARBERÁ, Ángel:
- en “Régimen retributivo de las Fuerzas Armadas”, en AA.VV. *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación

- Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 385-410.
- "Régimen retributivo de las Fuerzas Armadas", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 385-410.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GIMÉNEZ RIUTORD, Domingo, en *España: Ejército y Cambio*, Miguel Font Editor, Mallorca, 1989.
- GIMENO DOMÉNECH, Francisco, y AYUSO SOTO, Arsenio, "Participación de la Guardia Civil en la Defensa Nacional en tiempo de paz", en AA. VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, coordinado por Hermann Oehling, Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 337-381.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, voz "Órganos del Estado", en LUCAS VERDÚ, Pablo (Comp)., *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996, págs. 300 y ss.
- GONZÁLEZ CASANOVA, J. Antonio:
- *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, (3ª ed.) Vicens, 1984.
 - "La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español", en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 295-328.
 - Recensión a la obra de BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998, *Revista de Estudios Políticos*, nº 105, julio/septiembre de 1999, págs. 355-361.

GONZÁLEZ GARCÍA, Manuel:

- “Las FAS, pariente pobre de Franco”, en PRESTON, Paul y otros, *España en crisis: la evolución y decadencia del régimen de Franco*, FCE, Madrid 1977.
- *Poder de la burocracia y Cortes franquistas, 1943-1971*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978.

GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, “La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 38 julio-diciembre 1979, págs. 9-66.

GRIMM, Dieter, “La Constitución como fuente del Derecho”, en, BARATTA. A y otros, *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, Eds. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, págs. 13-27.

GUAITA MARTORELL, Aurelio:

- “La Administración militar”, en *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, págs. 105-122.
- , en la obra colectiva dirigida por Oscar ALZAGA, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, Tomo III, EDERSA, Madrid, 1983, págs. 107-115.
- “Los derechos fundamentales de los militares”, en AA.VV., *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2563-2583, (luego en *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, Cívitas, Madrid, 1989, págs. 577-589).

GUISCARDO, Rodolfo, *Forze armate e democrazia, Da Clausewitz all'esercito di popolo*, De Donato, Bari, 1974.

GURUTZ JÁUREGUI, “Estado, soberanía y Constitución; algunos retos del Derecho constitucional ante el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 44 (1998), págs. 45-77.

HABERMAS, Jürgen:

- “Ciudadania i identitat nacional. Reflexions sobre el futur europeu”, (traducción al catalán de su conferencia pronunciada

en la Universidad de Barcelona en 1991: *Ciudadania i identitat nacional*, UB, [sin fecha].

- *Identidades nacionales y postnacionales*, (reimpresión de la 1ª ed. en español de 1989), Tecnos, Madrid, 1994.

- *Más allá del Estado nacional*, (traducción de la edición alemana de 1995, y presentación, de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1997.

HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr., Charles, *Las fuerzas armadas y la sociedad*, (con introducción de Alonso Baquer), Miguel, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

HAURIOU, Maurice:

- "La teoría de la institución y la fundación", en *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

- *Précis de droit constitutionnel*, (reimpresión en 1965 de la 10ª ed.) Recueil Sirey, París, 1929, págs. 152-157.

HEADRICK, Daniel R. *Ejército y política en España (1866-1898)*, Tecnos Madrid, 1981.

HELD, David, *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1992.

HERÁCLITO, "Fragmentos Heráclito" (Traducción del griego, exposición y comentarios de Luis Farré págs. 101-191), en *Parménides-Zenón-Meliso-Heráclito. Fragmentos*, Orbis, Barcelona, 1983, págs. 193-240.

HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R.:

- *Introducción al Derecho Administrativo Militar*, (vol I) *Fuentes, Orgánica y actuación administrativa*, Academia General del Aire, San Javier, 1995. Xxx HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R., "El militar y la libertad de expresión" en *Diario La Ley*, nº 4020, del 22 de abril de 1996.

- "Órganos superiores de la Función Militar", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de

estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 543-558.

- "El militar y la libertad de expresión" en *Diario La Ley*, nº 4020, del 22 de abril de 1996.- "Órganos superiores de la Función Militar", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 543-558.

- "El proceso constituyente", en RUIZ MANTECA, Rafael y otros, *Introducción al derecho y derecho constitucional*, 1994, Trotta. Cap 12, págs. 163- 169.

- "Posición constitucional de las Fuerzas Armadas" en RUIZ MANTECA, Rafael y otros, *Introducción al derecho y derecho constitucional*, 1994, Trotta. Cap 15, págs. 199- 212. Tener en cuenta que es manual academias.

HERRERA FLORES, Joaquín, "Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 107-123.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 43, 1998, págs. 11-27.

HILLERS DE LUQUE, Sigfredo: "Las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 87, 1983, págs. 83-119.

HOBBS, Thomas:

- "Del ciudadano" (Trad. Enrique Tierno Galván), en *Del ciudadano y Leviatán*, (Estudio preliminar y antología de Enrique Tierno Galván), Tecnos, Madrid, 1987, págs. 3-43.

- "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", (Trad. M. Sánchez Sarto), este mismo libro, págs. 49-210.

HORACIO CERDA, Carlos, "Las operaciones militares de paz y el Derecho Internacional Humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 65, enero-junio 1995, págs. 307-344.

HUNTINGTON, Samuel P.:

- *El soldado y el Estado*, (1957), Círculo Militar, Buenos Aires, 1962.
- "Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles-militares en teoría", en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 235-253.
- "La mentalidad militar: el realismo conservador de la ética de los militares profesionales", en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 185- 207.

JANOWITZ, Morris:

- "Las pautas cambiantes de la autoridad organizativa: la Institución militar", en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. págs. 101- 139.
- *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914.

JIMENA QUESADA, Luis:

- (con SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio), *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.
- *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991.

- JIMÉNEZ VILLAREJO, José, "Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y *habeas corpus*", comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239, en concreto en la págs. 219-220.
- JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio jurisprudencial del Tribunal Supremo", en *Revista la Ley*, tomo 2, año 1988, págs. 989-993.
- JUSTE RUIZ, José, "La aplicación del Derecho comunitario europeo y la Constitución española de 1978", en en AA.VV, *Diez años de régimen constitucional*, (Enrique Álvarez Conde, coord.), Tecnos, Madrid, 1989, págs. 273-298.
- KANT, I. *Introducción a la Teoría del Derecho* (con introducción y traducción de Felipe González Vicen), Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.
- KAST, Freemont E. y ROSENZWEIG, James E. *Administración en las organizaciones. Enfoque de sistemas y de contingencias* (4ª ed. 2ª en español, traducido por Marco A. Malfavón), Mc Graw Hill, 1988.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, (14ª ed. española), Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1976.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, (14ª ed. española), Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1976.
- KIRSHIN Yuri, "Ensuring military security in a democratic society", en *OTAN Review Webedition*, nº 1 enero de 1997, vol. 45, págs. 22-28.
- KNIGHT, Melvin N, Voz "Feudalismo", en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VIII, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, còls. 663-685.

KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, (1ª ed. trad. Eugenio Bulygin), Depalma, Buenos Aires, 1980.

LABRIOLA, Silvano, "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, nº 4 págs. 904 y ss.

LAFUENTE BALLE, José M.:

- *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, EDERSA, Madrid, 1987.

- "Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8 de la Constitución", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, Nº 36, 1992, págs. 67-71.

LAGUNA SANQUIRICO, Francisco:

- "El militar, ciudadano de uniforme. (Deberes y derechos del soldado)", en *Revista de Estudios Políticos* nº 56, abril-junio de 1987, págs. 121-135.

- "Factores demográficos y sociológicos que condicionan la profesionalización", en AA. VV., *La profesionalización en los Ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996, págs. 99-136.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Los tribunales de honor militares y la Constitución española de 1978", en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 275-295.

LARENZ, Karl, *Metodología en la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1978.

LARENZ, Karl, *Metodología en la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1978.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:

- *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

- "Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 651-674.

LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, (5ª ed.), Ariel, Barcelona, 1989.

LIBERAL LUCINI, Ángel, "Seguridad, defensa, Fuerzas Armadas y juventud", en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 7-15.

LOCKE, Jonh, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, (con prólogo de Carlos Mellizo), Alianza, 1990.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (2ª ed. Gallego Anabitarte, trad. y estudio preliminar), Ariel, Barcelona, 1986.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ DÍAZ, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ GARRIDO, Diego:

- "La enseñanza superior militar en España" en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, nº 84 1988, págs. 43-68.

- "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", *Revista de Administración Pública*, 100- 102, enero-diciembre de 1983, págs. 949- 971.

- *La Constitución y los orígenes del Estado centralista*, Crítica, Barcelona, 1982.

LÓPEZ GUERRA, Luis:

- *El régimen constitucional español*, tomo II, Labor, Barcelona, 1982.

- (en colaboración con DE ESTEBAN, Jorge) *El régimen constitucional español*, tomo II, Labor, Barcelona, 1982.- *Derecho Constitucional*, Vol. I, "El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- "La posición del Gobierno en la Constitución española", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 353-365.

LÓPEZ HENARES, Vicente:

- "La Administración militar", *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, págs. 71-88.
- "Problemas jurídico políticos del poder militar. Planteamiento institucional y estatuto", *Revista Española de Derecho Militar*, números 31-32, enero-diciembre de 1976, págs. 11-64.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando:

- *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III., Civitas, Madrid, 1991, págs. 2547-2596.

LÓPEZ-MEDEL, Jesús M., "El acceso del militar profesional a los cargos públicos electivos. Antecedentes, Constitución de 1978 y derecho positivo actual", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2587-2603.

LOUSTAU FERRAN, Francisco, "Los derechos constitucionales y las Fuerzas Armadas", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2641- 2649.

LUCAS VERDÚ, Pablo:

- "El Título I del Anteproyecto Constitucional. (La fórmula política de la Constitución)", en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 9 y ss.

- *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz "Garantías institucionales", Tomo X, Francisco Seix, Barcelona 1960, págs. 541 y ss.

LUNDENDORFF, *La guerra total*, Pleamar, Buenos Aires, 1964.

MÁIZ, Ramón, "Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la Revolución Francesa", en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 167-202.

MANGAS MARTÍN, Araceli, "La Constitución y el Derecho comunitario", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, Edicomunicación, Barcelona, 1994.

MARAVALL, José Antonio:

- "Ejército y Estado en el Renacimiento", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 117-118, mayo-agosto 196, págs. 5-45.

- *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Siglo XXI de España editores, 3ª ed., Madrid, 1989.

MARCHANTE GIL, Armando, "Consideraciones sobre una política militar", en AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 142-153.

- MARIMÓN RIVERA, Luis, "Misión del Ejército Español" en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica* n° 358 de 1970, reproducido en *Ejército* n° 372 de 1971, págs. 19-28.
- MARTÍ COLL, Antonio, "Análisis histórico de las constituciones españolas en relación con las FAS y del comportamiento de estas respecto a aquéllas", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2653- 2698.
- MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales de las Fuerzas Armadas en las Reales Ordenanzas de S. M. D. Juan Carlos I*, Imprenta Litomaype, La Laguna, 1980.
- MARTÍN PÉREZ, Ángel, "La mujer y las Fuerzas Armadas", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 585-603.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo:
- (en colaboración con DE OTTO PARDO, Ignacio) *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988.- "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 585-633.
 - "Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado", *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 205-233.
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en "La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo", estudio preliminar a la obra

- ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, págs. 9-77.
- MARTÍN VICENTE, Manuel A. "Caracterización jurídica de la Guardia Civil", en *Revista española de Derecho militar*, nº 55 enero-junio 1990, págs. 187-209.
- MARTÍNEZ, Rafael (con DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, "El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad", texto de la ponencia presentada al "I Coloquio sobre política de defensa y seguridad", 14 diciembre de 1998, (Universitat de Barcelona), texto mecanoscrito.
- MARTÍNEZ AZNAR, Germán, "Competencia de la jurisdicción militar. Delitos comunes conexos", en *Poder Judicial*, nº 34, junio de 1994, págs. 111-129.
- MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel, "La Constitución de 1978 en la Historia del constitucionalismo español", en AA. VV, *La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español*, Miguel Martínez Cuadrado (ed.), Mezquita, Madrid, 1992, págs. 1- 50.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L., "Fuerzas Armadas y administración pública", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2701- 2725.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael, - "Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?", en AA.VV. *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 501- 511.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Sebastián, "Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución española en relación con las Fuerzas Armadas", en *La función militar en el actual ordenamiento*

constitucional español, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 603-616.

MARTÍNEZ SORIA, "Los instrumentos de la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea (PESC) y la solución de los conflictos internacionales. Un estudio crítico de la reforma de la PESC en el Tratado de Amsterdam", en *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. La clave del Mediterráneo*, de próxima publicación, este estudio tuvo por origen la celebración del Congreso con el mismo estudio, en Valencia, mayo de 1999.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel:

- "Notas para un comentario del título preliminar", en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, págs. 67-82.

- "El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad", texto de la ponencia presentada al "I Coloquio sobre política de defensa y seguridad", 14 diciembre de 1998, (Universitat de Barcelona), texto mecanoscrito facilitado por los autores.

- "El Estado del nacionalismo étnico y la inestabilidad en el área mediterránea", en *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. La clave del Mediterráneo*, de próxima publicación, este estudio tuvo por origen la celebración del Congreso con el mismo estudio, en Valencia, mayo de 1999.

MARTÍNEZ-VARA, Eduardo, "Proyección del carácter social del Estado en el ámbito de las Fuerzas Armadas", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2729- 2744.

- MASIDE MIRANDA, Luis, "Los mercenarios a la luz del Derecho humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, enero-junio de 1991, págs. 67-82.
- MASSÓ GARROTE, Marcos F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional: los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997.
- MATEO CANALEJO, Luis, "Ideas encaminadas a alcanzar un mayor esfuerzo económico en defensa", en AA. VV, *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 315-335.
- MAURY, Jean-Pierre, "L'UEO: quel rôle pour demain?", en *Notes et études documentaires* números 5064-5065, diciembre de 1997 (1998), monográfico dedicado a *La défense en Europe. Les adaptations de l'après - guerre froide*, (dirigido por Patrice Buffotot), págs. 243-250.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, (1ª ed. alemana de 1952, (trad. Felipe González Vicen, con estudio preliminar de Luis Díez del Corral), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, "Administración militar, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1999, págs. 609-626.
- MILLÁN GARIDO, Antonio:
- *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992.
 - "Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del CJM", en *Revista de Derecho Público*, nº 87, 1982.
 - *La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria*, Tecnos, Madrid, 1990.

- "Servicio militar y objeción de conciencia", en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 91- 106.- *Notas al Código Penal Militar y legislación complementaria*, Tecnos, Madrid, 1992.- *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992.
- MIRALLES, Jaime, "El derecho del militar a la intimidad", en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 745-748.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho constitucional* (trad. Sabino Álvarez Gendin), Ed. Reus, Madrid, 1934.
- MOLINA DE LA HOZ, Carlos F., *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, Madrid, 1994.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto, "Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 163-184, pág. 167.
- MONTULL LAVILLA, Eduardo, "La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 97-161.
- MOORE, John N., "Development of the International Law of Conflict Mangement", en MOORE, John N., TIPSON, Frederick S. y

TURNER Robert F., *National Security Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1990. págs. 47-84.

MORA RODRÍGUEZ, Fernando, "Ejército y transición política. Del Franquismo al Ejército constitucional", en TUSELL, Javier y SOTO, Álvaro (Dir.) *Historia de la transición y consolidación democrática en España (1975-1986)*, 2 vols., UNED/UAM, Madrid, 1995, págs. 127-140.

MORALES VILLANUEVA, Antonio:

- "Derechos y libertades del militar profesional", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, nº 37, enero-febrero de 1984, págs. 89 - 109.

- "La Guardia Civil en el artículo 8º. de la Constitución", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2771-2807.

MOSKOS, Charles C.:

- "La nueva organización militar: ¿institucional, ocupacional o plural?", en AA. VV, *La Institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 140-152.

- "La institucionalización en un mundo ocupacional", en AA. VV. por *Lo militar: ¿más que una profesión?*, (MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991, págs. 361-375.

MOZO SEOANE, Antonio, "La coordinación de la defensa nacional sobre la ordenación del territorio y urbanismo", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 64, julio diciembre de 1994, págs. 13-40.

MUGA LÓPEZ, Faustino, "Antecedentes del Código Penal Militar de 1884. (Conclusión)", *Revista Española de Derecho Militar* nº 2, julio-diciembre de 1956, págs. 21-58.

MUÑOZ ALONSO, José M., *Derecho administrativo militar, vol I (Introducción. Organización administrativa)*, Montecorvo, Madrid, 1988.

NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos, "La política de defensa durante la transición y consolidación democrática", en AA. VV. *Transición política y consolidación democrática (1975-1986)*, (compilada por Ramón García Cotarelo), Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1992, págs. 127-140.

NEVADO MORENO, Pedro T.:

- *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- "El modelo de función pública militar. Una reflexión sobre la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre régimen del personal militar profesional y en normativa de desarrollo", en DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 187-263.

NIETO, Alejandro:

- "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2185-2253.

- *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993.

- *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996.

- (con FERNÁNDEZ, Tomás Ramón), *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998.

OCHO MONEÓ, José *Riesgos Mayores y protección civil*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

OCHOA, J., voz "Edad Media", en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. IV, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, págs. 796-799.

OEHLING, Hermann:

- *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

- Prólogo a AA.VV", en AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 13-34.

OLIVER ARAUJO, Joan:

- *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1992.
- "El deber constitucional de defender a España", en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 19-42.

OLMEDA GÓMEZ, José Antonio:

- "La privatización del deber militar: el servicio militar y la organización de las fuerzas armadas españolas ante el nuevo escenario estratégico", en *Revista de Estudios Políticos*, Número 97, Julio-Septiembre 1997, págs. 125-158.
- (con BAÑÓN, Rafael), "El estudio de las Fuerzas Armadas", en AA. VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-59.

ORAA RODRÍGUEZ, Luis, "Derecho de petición en las Fuerzas e Institutos armados", *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, págs. 39-70.

ORTEGA Y GASSET, José, *La España invertebrada*, Revista de Occidente, Madrid, 1996.

OTTO PARDO, Ignacio de:

- *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53. 1 de la Constitución", segunda parte de la obra de este autor con MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 95-170.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón:

- "Toque de silencio por la justicia militar", en *Revista de Administración Pública*, n° 27, enero-abril de 1992, págs. 7-43.
- "Modelos de función pública y función pública militar", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 19-68.
- Prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 9-22.
- "Estudio preliminar sobre función pública y globalización económica" a libro de NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 15-32.

PARDO DE SANTAYANA Coloma, José R.:

- "Presente y futuro de la Alianza Atlántica y la OTAN", en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, n°85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 41 - 50.
- "El futuro de la seguridad y la defensa de Europa", en, AA. VV, *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 63-80.
- "La estructura de la Defensa", en AA.VV, págs. 155-271.

PAREJO ALFONSO, Luciano:

- *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1981.
- "Eficacia, principio de la actuación de la Administración", en su libro, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP-BOE, Madrid, 1995, págs. 89-154.

PARENTE RODRÍGUEZ, Gonzalo, "Defensa y opinión pública en la España actual", en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor),

- DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 297-306.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales* (6ª ed.), Tecnos, Madrid, 1996.
- PASTOR, Manuel, "Las ideologías políticas", en BLAS, Andrés de, y PASTOR, Jaime (coords.), *Fundamentos de Ciencia Política*, UNED, Madrid, 1997.
- PAYNE, Stanley G.:
- *Los militares y la política en la España contemporánea*, (trad. ed. 1967), Ruedo Ibérico, 1986.
 - *Ejército y sociedad en la España liberal (1808-1936)*, Akal, Madrid, 1977.
- PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PELLÓN RIVERO, Ricardo:
- "Actividades políticas y Fuerzas Armadas", en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2811- 2839.
 - "La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 37, enero-junio de 1979, págs. 15-91.
- PEÑA GONZÁLEZ, José *Historia Política del Constitucionalismo Español*, Biblioteca Universitaria, Madrid, 1995.
- PERALTA, Ramón, "Soberanía nacional y Estado constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 105, julio/septiembre de 1999, págs. 309-334.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E.:
- "La paz como valor constitucional", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 125-132.
 - "Sobre la igualdad en la Constitución Española", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, págs. 253-285.
- PÉREZ MORENO, Alfonso, "El concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución", en AA. VV., *La Constitución Española y las*

- Fuentes del Derecho*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid, 1979, págs. 1633 y ss.
- PÉREZ PARENTE, J. A., "El principio de intervención penal mínima", en *Reuniones de Trabajo del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1990.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, (2ª ed.) Marcial Pons, Madrid, 1994.
- PESET, Mariano y otros, *Historia del Derecho*, Soler, Valencia, 1980.
- PIGNATELLI MECA, Fernando en su ponencia con título "*La dimensión internacional de la profesionalización de las FAS*", realizada en el marco de los encuentros celebrados en los Cursos de Verano de El Escorial, organizados por la Universidad Complutense de Madrid los días 28-29 de agosto de 1997.
- PINTO FERREIRA, Luis, en AA.VV., *La jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde), José F. Palomino y Germán J. Bidart. (coords.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, Lima, 1997, págs. 109-130.
- PIQUERAS BAUTISTA, Rafael, "El derecho al honor y las instituciones públicas", en *Introducción a los derechos fundamentales*, XIII Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, vol. I, 1992, págs. 728-736.
- PISTONE, Sergio, voz "Razón de Estado" en *Diccionario de Política* (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, dirs.), Siglo XXI, Madrid, 1982, págs. 1337-1345.
- PITARCH, José L.:
- "Homosexualidad masculina y milicia", artículo publicado en *Turia* nº 1817, de 30 de noviembre de 1998, extra cultura gay y lesbica, págs. 21-22.
 - *El honor y el honor militar*, Grijalbo, Barcelona, 1984.
- PLATÓN CARNICERO, Miguel, "Política de seguridad y defensa", en AA. VV., *La profesionalización en los Ejércitos. Un cambio radical de*

mentalidad para un Estado moderno, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996, págs. 17-32.

POLO SÁNCHEZ, María C. *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES, Madrid, 1994.

PORRAS NADALES, Antonio J.:

- "La Defensa, poder militar y régimen constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 35, septiembre-octubre de 1983, págs. 183-234.

- "Fuerzas armadas y ordenación del Estado en la dialéctica entre la política y derecho", en AA. VV, *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1985, págs. 169-177

PORRES AZKONA, Juan A. "La defensa extraordinaria del Estado", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 216, noviembre-diciembre de 1977, págs. 141-180.

PRESTON Y OTROS, Paul, *España en crisis: la evolución y decadencia del régimen de Franco*, FCE, Madrid 1977, págs. 59 - 84.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.

PUELL DE LA VILLA, Fernando, *Gutiérrez Mellado. Un militar del siglo XX (1912-1995)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997.

PULIDO QUECEDO, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23. 2 de la Constitución*, Madrid, 1992.

PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército. (Vulgarización sobre los fines y medios del Ejército en la sociedad actual)*, Católica Toledana, Toledo, 1928.

PUNSET, Ramón, "En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)", en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a

- Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 329-360.
- PUY FRAGA, Pedro, “Índices de voluntariedad para el servicio militar: una visión desde la economía política”, en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 275-293.
- QUEROL Y DURÁN, Fernando de, *Principios de Derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*. Tomo I: Preliminares y Derecho orgánico judicial militar. Tomo II: *Derecho Penal Militar*, Editorial Naval, Madrid, 1948.
- QUINTERO, César, “La jurisdicción militar en el Perú”, en AA.VV., *La jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde), José F. Palomino y Germán J. Bidart. (coords.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, Lima, 1997, págs. 353-464.
- RAMÍREZ SINEIRO, J. Manuel, “La negativa a la prestación del servicio en filas: consideraciones críticas relativas a su ambivalente punición”, en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 111-139.
- REEVE, Johnmarshall, *Motivación y emoción*, (traducido por Ana María Lastra Raven), Mc Graw Hill, 1996.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “La Constitución y el Derecho Internacional”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 227-257.
- REMOTTI, José C.:

- *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999.

- (con FREIXES SANJUÁN, Teresa), “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “, en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, págs. 103-141.

REQUEJO PAGÉS, Juan L. “El poder constituyente constituido. La limitación del soberano”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 361-379.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “El poder constituyente constituido. La limitación del soberano”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 361-379.

RIPOLL MOLINÉS, Fernando, “Defensa y opinión pública en España”, en AA. VV., *La profesionalización en los Ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996, págs. 129-139.

ROBLES CARRILLO, Margarita A. *La Unión Europea Occidental y la cooperación europea en materia de seguridad y defensa*, McGraw Hill, 1997.

RODOLFO RIVERA, R. “Los Tribunales de Honor en la República argentina”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 23, enero-junio de 1966, págs. 95-108.

RODRIGUEZ - VILLASANTE Y PRIETO, José Luis:

- “El Código Penal Militar”, en *Revista General de Derecho*, nº 499, abril de 1986, págs. 1257-1298.
- “La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Ley de la función militar”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, julio - diciembre de 1989, págs. 167-205.
- “Problemática del empleo del personal militar en acciones fuera del territorio nacional. La utilización del personal de reemplazo en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, en AA.VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 185-224.
- “Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 53, enero-junio de 1989, págs. 57-74.

RODRÍGUEZ DEVESA, José M.:

- “Exposición de síntesis al IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 23, enero-junio de 1967, págs. 33-43.
- (con SERRANO GÓMEZ, Alfonso), *Derecho Penal Español, Parte General*, volumen II, (15ª ed.), Dykinson, Madrid, 1992.
- (con SERRANO GÓMEZ, Alfonso), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (15ª ed.) volumen II,, Dykinson, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ- PIÑERO, Miguel, “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, lección pronunciada en su investidura como Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Ferrara, publicado en *Revista de Relaciones Laborales* números 1-2, 1996, páginas 12-21.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis,:

- “Fundamentos del ordenamiento jurídico militar”, en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos

humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 257 y ss.

- *El Estatuto de los Funcionarios Públicos*, Comares, Granada, 1997, sobre el tema, págs. 57-74.

RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Universidad de Las Palmas, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María R. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José L., en "La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Ley de la función militar", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, julio - diciembre de 1989, págs. 167-205.

ROJAS CARO, José:

- *Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1990.

- *Derecho procesal penal militar*, Tecnos, Madrid, 1990.

- "El maltrato de obra a un interior en el Código de Justicia Militar", *Revista General de Derecho*, núms. 493-494, págs. 3224 y ss.

ROJO SANZ, José M, "Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1985, apartado primero, dedicado monográficamente a "Derecho, paz, violencia", págs. 97-106.

ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963.

ROUSSEAU, Jean J. *Contrato social*, (trad. por Fernando de los Rios, con prólogo de Manuel Tuñón de Lara), Espasa-Calpe, Madrid, 1975.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 637-684.

RUIZ MANTECA, Rafael:

- (en colaboración), *Introducción al derecho y derecho constitucional*", Trotta, Zaragoza, 1994.
- "Órganos superiores de la función militar", en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 543- 557.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "Intervención militar en Serbia, 2º inconstitucionalidad" (100 líneas), [http:// listserv. rediris. es/cgi-bin/wa? A2=ind9905&L =debatescons&F= &S=&P=382](http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=ind9905&L=debatescons&F=&S=&P=382), (23/5/1999), en *Debate sobre los aspectos constitucionales de la intervención militar española en Serbia*, mayo 1999, [http://listserv. rediris. es/ cgi-bin/wa? A1=ind9905&L= debatescons](http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A1=ind9905&L=debatescons)
- RUMMEL, R. J., "Power kills; Absolute Power Kills Absolutely", working papers of the Haiku Insitute of Peace Research, 1991, dicho documento forma parte del primer volumen de materiales del seminario, MOORE, John N., "The Rule of Law: Controlling Goverment", University of Virginia, School of Law, 1999.
- RUSELL, Don y ORBAÑAÑOS, José M., Voz "Ejército", en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VII, Spencer-Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, cols. 190-199.
- SABINE, George, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, (18ª ed., Vicente Herrero, Trad.) 1989.
- SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913, pág. 20.
- SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis:

- *Derecho político* (4^o edición), Ed. y Librería Prieto, Granada, 1951.
- “El mando del ejército en el derecho constitucional comparado”, en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2829- 2839.

-*El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1990.

-*Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La libertad de expresión del militar profesional*, (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 1992.

SANCHEZ FERRIZ Remedio:

- “La Monarquía en el pensamiento político de Cánovas del Castillo”, en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*; Universitat de València, 1989, págs. 921-937.

- “Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, n^o 36, 1992, págs. 235-254.

- *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.

- “Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un año en la jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?”, en *Revista General de Derecho*, mayo de 1994, págs. 5033-5051.

- (con JIMENA QUESADA, Luis) *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.

-*Estudio sobre las libertades*, (2^a ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades”, *Revista General del Derecho*, mayo de 1997, págs. 5247-5263.

- "Cánovas y la Constitución de 1876", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 101 (Nueva época), julio-septiembre de 1998, págs. 9-44.

- (con COTINO HUESO, Lorenzo), "La Constitución de 1978, punto de inflexión en el constitucionalismo español", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, páginas 43-70.

SANTA - PINTER, J. J., "Regulación constitucional de las Fuerzas Armadas en Hispanoamérica" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 39, 1965, págs. 173-196, en concreto, págs. 178 -181.

SCHMITT, Carl:

- *Teoría de la Constitución*, traducido. por F. Ayala, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1982.

- *La dictadura*, Alianza Universidad, 1985.

- *Sobre los tres modos de pensar en la ciencia jurídica; con estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero*, Clásicos del Pensamiento (Tecnos), Madrid, 1996.

SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1964.

SERRANO ALBERCA, José M.:

- "La protección de las libertades públicas del militar", en *Revista de Administración Pública* nº 103, enero-abril 1984, págs. 47-87.

- "Comentario al artículo octavo", en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, (2ª ed. ampliada), Civitas, Madrid, 1985, págs. 123-143.

- "La protección de las libertades públicas del militar", en *Revista de Administración Pública* nº 103, enero-abril 1984, págs. 47-87.

- "Comentario al artículo 116", en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, (2ª ed. ampliada), Civitas, Madrid, 1985, págs. 1555-1599.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso:

- (con RODRÍQUEZ DEVESA, José M.) *Derecho Penal Español, Parte General*, volumen II, (15ª ed.), Dykinson, Madrid, 1992.
- (con RODRÍQUEZ DEVESA, José M.) *Derecho Penal Español. Parte Especial*, (15ª ed.) volumen II,, Dykinson, Madrid, 1992.

SEVILLA ANDRÉS, Diego:

- "Comentario al Artículo 8 de la Constitución", en ALZAGA, Óscar (coord.), *Comentario a las Leyes Políticas*, Tomo I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 265- 280.
- *Historia Política de España (1800-1963)*,,, Editora Nacional, Madrid, 1968.

SMOKOVITIS, Dimitrios, "Grecia", en AA. VV. por *Lo militar: ¿más que una profesión?*, (MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991, págs. 321-328.

SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, (17ª ed.) Siglo veintiuno editores, Madrid, 1997.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J., "El problema de la soberanía en el Estado autonómico", en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 461-502.

SORIANO, Ramón, "La paz y la Constitución española de 1978", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 45, mayo-junio de 1985, págs. 93-123.

STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, (Trad. por J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRAUSS, E.. "La mentalidad burocrática", en BLONDEL, M. y otros *El Gobierno: Estudios Comparados*, 1981, Madrid, Alianza Universidad, págs. 265- 273.

SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo:

- "Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas", *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2360-2414.

- "La Administración Militar a lo largo de veinte años de vigencia de la Constitución", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1999, págs. 595-607.

SUAY RINCÓN, José:

- "La renovación del Derecho Administrativo sancionador: evolución y actualidad, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 69, enero-junio. 1997, págs. 13-37.

- *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985 o en "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios en Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 837-892.

TEITLER, Gerke, "Theoretical Aspects", en *The Genesis of the Professional Officers Corps*, Sage, Beverly Hills, 1977, págs 3-25, (ahora en "La organización interna de la institución militar", en AA.VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 161- 184.

TIBURCIO GOMES CARNEIRO, Mário, "Los elementos fundamentales del Derecho militar (Concepto, contenido, codificación, enseñanza)", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 12, julio-diciembre de 1961, págs. 181-206.

TIHANY, Leslie G., voz "Edad Media", en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VII, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, cól. 75-80.

- TOMÁS DE VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (9ª ed. 1ª de 1981), 1990.
- TOMAS y VALIENTE, Francisco, “Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español”, en su obra, *Códigos y Constituciones*, Alianza Universidad, Madrid, 1989.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, “Modelo de Gobierno de la Constitución española”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, págs. 413-427.
- TRAYTER JIMÉNEZ, José M. *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974.
- TRILLO - FIGUEROA, Federico en “Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)”, *Revista de Estudios Políticos* nº 12 (1983), págs. 105-140.
- TRUYOL SERRA, A., *El Derecho y el Estado en San Agustín*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- TUSELL, Javier y otros, *Historia política y social moderna y contemporánea*, (2 vol.), UNED, Madrid, 1988.
- UGARTE Y PAGÉS, Javier, contestación a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913.
- VEGA, Pedro de, “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 100 (junio de 1998), págs. 13-56.
- VERGOTTINI, Giuseppe de:

- “La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 6, 1982, págs. 9-33.
 - *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983.
- VERNET GOMEZ, Luis, “La enseñanza superior militar”, en en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales “Lucas Mallada”, Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 559-584.
- VILLAGÓMEZ, Alfonso, “Composición y atribuciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo”, en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2843- 2852.
- WEBER, Max, “La disciplina y la objetivación del carisma”, en *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, págs. 882- 889, (ahora en AA.VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 71-80.
- WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, en *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, (Benito Álvarez Corral y Miguel Á Presno Linera, trads. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, págs. 203-293.
- XIFRA HERAS, Jorge, “Los poderes de guerra del Presidente de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 5, 1958, págs. 101-134.
- ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (2ª ed.), Trotta, [s.l], 1997.

- ZARZALEJOS, J. A., voz "Dictadura", en *Gran Enciclopedia del Mundo*, (Francisco Biosca, Dir.), vol. VI, Spencer- Grolier-Durvan, Bilbao, 1978, cols. 781-784.
- AA. VV, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- AA. VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, (Lorenzo Cotino Hueso, coord.) Generalitat Valenciana, Valencia, 2000.
- AA. VV *El principio de igualdad en la Constitución Española*, (2 volúmenes), Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991.
- AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994.
- AA. VV. *Historia general de las civilizaciones y del arte*, Ecir, Valencia, 1986.
- AA. VV, *Historia de la transición y consolidación democrática en España (1975-1986)*, Congreso Internacional con el mismo título, TUSELL Javier y SOTO Álvaro (dirs.), 2 vol., Editado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1995.
- AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV.
- AA. VV. *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1985.
- AA. VV. *La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996.
- AA. VV. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, (MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R., dirs.), Ministerio de Defensa, Madrid, 1991.

- AA. VV. *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y España*, Tecnos, Madrid, 1992.
- AA. VV. *Transición política y consolidación democrática (1975-1986)*, (compilada por Ramón García Cotarelo), Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1992.
- AA. VV. *La defensa de España ante el siglo XXI*, coordinado por Hermann Oehling, Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997.
- AA.VV. *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, (Marcelino Oreja, dir., Francisco Fonseca, coord.), Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- AA.VV. *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales "Lucas Mallada", Academia General Militar, Madrid, 1995.
- AA.VV. *La jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde), José F. Palomino y Germán J. Bidart. (coords.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, Lima, 1997.
- AA.VV. *Prontuario de Derecho Constitucional*, LUCAS VEDÚ, Pablo (compilador), Comares, Granada, 1996.
- CORTES GENERALES *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980.
- [s. a] "Introducción Histórica", en *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra*, editado por el Ministerio de Defensa, Talleres del Servicio Geográfico del Ejército, Madrid, 1984, págs. 2-16.
- [s. a] "Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar" [sin referencia al autor], en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 23-28.

MINISTERIO DE DEFENSA, "Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa", en www.mde.es (1999), documento de 422 líneas.