

Estudios

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA NUEVA CONSTITUCION ESPAÑOLA (*)

PABLO CASADO BURBANO
Comandante Auditor

SUMARIO:

INTRODUCCION.—I. Naturaleza y posición constitucional de la institución castrense.—II. Composición y organización de las Fuerzas armadas.—III. Misiones de las Fuerzas Armadas; especial referencia a la de defensa del ordenamiento constitucional.—IV. La contribución ciudadana a la defensa, el servicio militar y la objeción de conciencia.—V. El ejercicio por los militares de los derechos cívicos: 1. Planteamiento de la cuestión y Derechos comparado e internacional tutelar de los derechos del hombre. 2. Restricciones explícitamente previstas en la Constitución. 3. Restricciones no explicitadas en la Constitución.—VI. Las competencias de los órganos del Estado en materia militar: 1. La Defensa y las Fuerzas Armadas como competencia exclusiva del Estado. 2. Las facultades del Rey. 3. Las facultades de las Cortes. 4. Las facultades del Gobierno.—VII. La jurisdicción castrense: 1. Ambito de competencia y principios rectores. 2. Alusión a la pena de muerte y a los Tribunales militares de honor.—CONCLUSION.

INTRODUCCION

«El ejército plantea un problema en todos los regímenes políticos: detenta una fuerza material capaz de dominar al Estado» (1). En las democracias de tipo occidental, donde el Derecho, como expresión de la voluntad general, regula la vida y la actividad del Estado y de sus instituciones, la cuestión se centra

(*) Publicado con la autorización de la Revista Española de Derecho Público, en cuyo núm. 74 aparece inserto.

(1) M. DUVERGER: «Instituciones Políticas y Derecho Constitucional», Ariel, Barcelona, 1970, pág. 508.

en conseguir que las fuerzas armadas se limiten a cumplir su función, la que la propia ley les asigna, evitándose así el peligro de que, siendo un instrumento de defensa, puedan convertirse en un instrumento de opresión.

Para lograr este objetivo, dos principios fundamentales, unánimemente admitidos, aunque de difícil aplicación, presiden la regulación de esta materia: el de supremacía civil o de subordinación de los ejércitos al poder civil y el de neutralidad política de las fuerzas armadas o de estricta imparcialidad en el juego propio de los sistemas políticos pluralistas.

Uno y otro van a ser formulados explícitamente al inicio mismo de los regímenes liberales. En 1776, la «Declaración de Virginia» tras reconocer que «una milicia bien regulada, reclutada entre el pueblo, entrenada en el manejo de las armas, es la defensa adecuada, natural y segura de un Estado libre», proclamó que «en todo caso las fuerzas armadas estarán bajo la estricta subordinación y gobierno del poder civil» (2). Del mismo modo, en 1789, la «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano», tras admitir que la garantía de estos derechos necesita una fuerza pública, declaró que «esta fuerza es instituida para el beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada» (3). Muy poco después, la Asamblea Nacional francesa iba a acordar que «ningún cuerpo armado puede ejercer el derecho de deliberar; la fuerza armada es esencialmente obediente», acuerdo que luego sería elevado a rango de norma constitucional (4).

Estos principios laten en todas las Constituciones del ámbito democrático occidental, las cuales, por cierto, no suelen ser muy expresivas en lo referente al tema militar por el que parecen sentir un especial pudor. La Constitución española de 1978 sigue esta misma pauta, pero hay en ella elementos bastantes para marcar las líneas maestras de ese mundo que son las fuerzas armadas dentro del conjunto de las instituciones del Estado.

I. NATURALEZA Y POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE

En sentido amplio, el ejército constituye un conjunto organizado de medios personales y materiales al que el Estado enco-

(2) Decl. XIII. Tomado de «Los Documentos constitucionales y supranacionales», Ed. dirigida por L. Sánchez Agesta, Editora Nacional, Madrid, 1972, pág. 58.

(3) Art. 12. Tomado de la obra anterior, pág. 95.

(4) Vid. M. SÉNÉCHAL: «Droits Politiques et Liberté d'Expression des Officiers des Forces Armées», Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1964, pág. 5.

mienda, de modo primordial, la defensa armada de la comunidad. Como cuerpo social, las fuerzas armadas reúnen aquellas notas de objetividad, ordenamiento específico, organización, estabilidad y fin que, entre otras, caracterizan y configuran a toda institución. Son una institución del Estado que, en último término, persigue los mismos fines que éste; no disponen de otra personalidad jurídica distinta de la del mismo Estado y no son, por tanto, un sujeto de derecho capaz de tener ni de expresar una voluntad propia o diferenciada de la estatal.

Por ello, siguiendo a Landi (5), podemos afirmar:

a) que 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 comunes y nacidos o derivados de unas únicas e idénticas fuentes de producción jurídica;

b) que los órganos políticos, administrativos y técnicos de las fuerzas armadas forman parte del poder ejecutivo del Estado, persiguiendo cada cual en su respectiva esfera de competencia, los mismos intereses de aquél;

c) que los Tribunales militares son órganos especiales de la jurisdicción del Estado y en ningún caso tribunales o jueces corporativos o domésticos de tales fuerzas.

Transcendiendo de lo netamente jurídico podemos, por un momento, contemplar al ejército como institución social decisivamente vinculada a la historia de todos los pueblos. «La vemos —dice Rojo—, sobrevivir a los colapsos nacionales o universales, incluso en los que hicieron caducas a las religiones; la vemos superar, transformándose, las revoluciones profundas que han dado rumbos nuevos a las sociedades, levantándolas siempre de su caída; la vemos ensalzada en todas las horas difíciles en que el destino colectivo peligra y temida cuando degenera el cuerpo social, y la vemos en todas partes asegurando la continuidad histórica de los pueblos que por su vigor espiritual fueron capaces de resistir a la corrupción y a la muerte, cualesquiera que fuesen las potencias materiales con que se les trataba de dominar» (6).

Expuestas estas premisas, nos vamos a adentrar en el Texto constitucional y, ya en su «Título Preliminar», nos encontramos con el primer artículo referente a nuestro tema:

(5) Cfr. G. LANDI, V. VEUTRO, P. STELLACCI y P. VERRI: «Manuale di diritto e di Procedura Penale Militare», Giuffré, Milano, 1976, págs. 5 y ss.

(6) V. ROJO: «El Ejército como institución social», XYZ, Madrid, 1968, página 86.

Art. 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.

Del contenido de este precepto nos ocuparemos más adelante, fijándonos ahora exclusivamente en el significado que pueda tener el hecho de que, entre los artículos primeros de la Constitución, figure uno relativo a las fuerzas armadas, lo que no acontece en las Constituciones extranjeras de nuestro entorno político, ni tampoco en las españolas que la precedieron. La falta de antecedentes en el Derecho comparado e histórico nos viene compensada por el debate que, en cuanto a la ubicación de este precepto en el Texto Constitucional, se suscitó tanto en el Congreso, como en el Senado.

El artículo, en lo esencial, figuró en el Borrador elaborado por la correspondiente Ponencia, aunque encabezando un título relativo a «Fuerzas Armadas, de orden público y estados de excepción», siendo la propia Ponencia la que, en redacción posterior, lo llevó al que sería Título I o de «Principios Generales» del anteproyecto presentado a la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados (7).

Las posturas adoptadas sobre el tema, al iniciarse la discusión parlamentaria propiamente dicha, fueron muy diversas. Por un lado, se propuso la supresión del precepto por estimarse, entre otros argumentos, que implicaba la introducción, junto a los poderes tradicionales —legislativo, ejecutivo y judicial— del «poder de las fuerzas armadas», las cuales no tienen por qué ocupar en la Constitución un «status» especial o privilegiado, siendo, como son, parte del poder ejecutivo y que a tales fuerzas se les atribuyen misiones singularmente importantes, en el precepto en cuestión, quedando una grave indefinición sobre el órgano al que compete ejercerlas (8). Por razones de fondo muy semejantes, se sostuvo que el precepto debía trasladarse al Título referente al «Gobierno y Administración», ya que a aquél compete la dirección y en ésta se hallan integradas las fuerzas armadas, ale-

(7) Publicado en el B. O. de las Cortes de 5 de enero de 1978.

(8) Cfr. enmienda del Senador Sr. Bandrés Molet, defendida en Comisión Constitucional y Pleno del Senado; Diario Snos. Senado de 22 de agosto y 26 de septiembre de 1978, núms. 41 y 59, págs. 1707 y ss. 2941 y ss., respectivamente.

gándose que el incluir al ejército en el «Título Preliminar» podía ser un halago injustificado y que resultaba una incoherencia tratar de las fuerzas armadas junto a los sindicatos y a los partidos políticos, organizaciones de origen y fines tan distintos (9).

Frente a estas posiciones se argumentó, en síntesis, que si bien las fuerzas armadas son Administración, también son algo más que mera Administración, que junto al esquema clásico de la ordenación del poder existen una realidades fundamentales que es conveniente tratar de asumir en una Constitución y que el ejército, como brazo derecho del Estado «por la importancia de los intereses que tutela y por la importancia de los rasgos, de los caracteres y de las virtudes que encarna es justo que aparezca en el frontispicio del edificio constitucional del propio Estado» (10).

Aunque en este Título inicial de nuestra Constitución —que acabaría siendo «Título Preliminar», sin rótulo alguno—, se evidencian, como ha dicho Lucas Verdú, «los tres elementos que integran la fórmula política constitucional: el techo ideológico, la organización jurídica y la estructura social» (11), también es verdad que se incluyen en él preceptos y enunciados de naturaleza, alcance y finalidad muy heterogénea, entre los que se encuentra este artículo octavo.

A nuestro juicio, la circunstancia de que esta referencia a las fuerzas armadas figure en el «Título Preliminar» carece de especial significado jurídico, no siendo más que el reconocimiento tácito de este carácter de encarnación o representación de un Estado soberano que, con fundamento, se viene tradicionalmente atribuyendo a sus fuerzas armadas, lo que, ciertamente, implica un «plus» respecto a las otras múltiples instituciones integradas en el macrocosmos de la Administración del Estado.

II. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS

Como hemos visto, el artículo 8 habla de las «Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejér-

(9) Cfr. intervención del Diputado Sr. Letamendía, en la Comisión Constitucional del Congreso, en D. S. del Congreso, núm. 67, de 16 de mayo de 1978, pág. 2374, y la del Senador Sr. Satrustegui en la del Senado, en D. S. del Senado, núm. 41, de 22 de agosto de 1978, págs. 1709 y ss.

(10) Cfr. intervención del Diputado Sr. Herrero Rodríguez de Miñón en la Com. Const. del Congreso, en D. S. Congr. núm. 67, de 16 de mayo de 1978, págs. 2375 y ss. y del Senador Sr. González Seara en el Pleno del Senado, en D. S. Senado, núm. 59, de 26 de septiembre de 1978, págs. 2946 y siguientes.

(11) P. LUCAS VERDÚ: «El título I del Anteproyecto constitucional» en la obra de conjunto «Estudios sobre el Proyecto de Constitución», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 11.

cito del Aire». Aunque se hagan alusiones aisladas al ejército y la marina de guerra, no es usual en los Textos constitucionales nacionales ni extranjeros hablar de la composición de las fuerzas armadas, siendo quizá el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado, de 1967, el único y más próximo antecedente de este artículo, en lo que a normas de rango fundamental se refiere, hablándonos de las «Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden Público» (12).

La redacción del precepto, en este punto, no sufrió variación a lo largo del debate constitucional, si bien en el mismo se suscitaron algunas cuestiones en relación con el tema. Se propuso que el artículo se limitase a hablar de las «Fuerzas Armadas», sin enumerar las que las componen, para no impedir en el futuro la creación de otras nuevas ramas de los ejércitos, estimándose, sin embargo, que era difícil imaginar otras no cubiertas por las expresamente recogidas (13). Surgió también el tema de la «Guardia Civil», que tradicionalmente ha venido formando parte del Ejército de Tierra, no obstante, las misiones de seguridad ciudadana y orden público que, esencialmente, tiene encomendadas (14). Como puso de relieve el portavoz del partido gubernamental en el Pleno del Congreso de los Diputados, el tema queda abierto y habrá de tratarse de él más adelante, en la ley orgánica a la que se refiere el mismo artículo o en otras leyes posteriores, ya que tanto la Guardia Civil como la Policía Armada «están sufriendo actualmente una transformación, una reconversión y, en definitiva, un planteamiento y un tratamiento más o menos distinto», por lo que pronunciarse ahora restaría eficacia y claridad al Texto constitucional (15).

(12) Art. 37. Los textos de las Constituciones y Leyes fundamentales españolas y extranjeras proceden, salvo indicación en contrario, de «Constituciones Españolas y Extranjeras», Ed. de J. de Esteban, Taurus, Madrid, 1977.

(13) Cfr. intervención del Diputado Sr. Fraga en Pleno del Congreso, en D. S. Congr., núm. 104, de 5 de julio de 1978, págs. 3880 y ss.

(14) Ya la Ley Adicional a la Constitutiva del Ejército, de 1889, incluía, entre los Cuerpos que formaban parte del Ejército, al de la Guardia Civil (art. 5); igualmente el Reglamento Militar del Cuerpo, de 23 de julio de 1942 establece en su artículo 1, que «el Cuerpo de la Guardia Civil, cuya principal divisa es el honor, es uno de los que integran el Ejército»; asimismo, la reciente Ley de Policía, de 4 de diciembre de 1978, que se refiere a los Cuerpos de la Guardia Civil y al de Policía Nacional, sólo al definir este último, expresa que no se halla integrado en las Fuerzas Armadas (cfr. art. 12).

(15) Cfr. intervención Diputado Sr. Lloréns en Pleno del Congreso, en D. S. Congreso de 5 de julio de 1978, núm. 104, pp. 3881 y ss.

En lo que respecta a organización, la Constitución se remite a una «Ley orgánica» que «regulará las bases de la organización militar» «conforme a los principios» de la misma. Este apartado segundo del artículo 8 carece también de antecedentes en nuestro Derecho histórico, pero, creemos que tiene uno muy directo en la Constitución italiana de 1947, donde se dice que «la organización de las Fuerzas Armadas se inspira en el espíritu democrático de la República» (16).

Este apartado sufrió durante el debate constitucional una pequeña corrección de estilo (17), no prosperando dos enmiendas que consideramos de especial interés. La primera de ellas relativa a que esta «ley orgánica» debería regular las bases de la defensa nacional, de la que es un aspecto la defensa militar y dentro de ésta es donde debería situarse la organización militar (18). La segunda pretendía añadir al precepto la expresión «y los derechos y deberes específicos de sus miembros», por entenderse que los diversos condicionamientos y restricciones que, respecto al ejercicio de múltiples derechos cívicos impone a los militares su legislación específica carecerían del adecuado soporte constitucional (19). Pensamos que la aceptación de ambas enmiendas hubiera perfeccionado, al menos desde el punto de vista formal, el precepto.

No fue objeto de debate la referencia a «los principios de la Constitución» cuyo alcance, naturalmente, deberá ser determinado por los intérpretes del Texto. 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. De entre estos principios quisiéramos destacar dos: la supremacía del Derecho, frente a cualquier tipo de arbitrariedad y la igualdad de todos ante la ley, frente a cualquier discriminación que no tenga su raíz en los propios méritos.

(16) Art. 52.

(17) Se sustituyó la expresión «dentro de» por la de «conforme a» Vid. sesión de la Comisión Const. del Senado de 22 de agosto de 1978, en D. S. Senado núm. 41, de dicha fecha, pág. 1717.

(18) Cfr. intervención del Senador Sr. Gamboa en el Pleno del Senado, el 26 de septiembre de 1978, en D. S. Senado de esa fecha, núm. 59, página 2943.

(19) Cfr. intervención del Senador Sr. Sánchez Agesta en Comisión Constitucional del Senado, el 22 de agosto de 1978, en D. S. del Senado de esa fecha, núm. 41, págs. 1715 y ss.

III. MISIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS; ESPECIAL REFERENCIA A LA DEFENSA DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

El artículo 8 citado encomienda a nuestras Fuerzas Armadas las misiones de «*garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*».

Excepción hecha de la reciente Constitución portuguesa (20), en las de los países democráticos de tipo occidental no es usual especificarse las misiones de los ejércitos (21).

En nuestro Derecho histórico encontramos ya un primer antecedente en la Constitución de 1812, que encomendaba a la «fuerza militar nacional permanente», «la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior» (22). En nuestras Constituciones posteriores no se reprodujo un precepto similar y tenemos que llegar a la Ley Orgánica del Estado —cuyo art. 37 decía que las Fuerzas Armadas «garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional»—, para encontrar otra norma de rango fundamental referente al tema.

En la legislación ordinaria sí que hallamos interesantes precedentes. La primera «Ley Constitutiva del Ejército», de 9 de junio de 1821, señalaba como misiones de la fuerza armada «defender el Estado de los enemigos exteriores» y «asegurar la libertad política, el orden público y la ejecución de las leyes» (23); la también «Ley Constitutiva», de 29 de noviembre de 1878 proclamaba como «primera y más importante misión del Ejército», «sostener la independencia de la Patria y defenderla de enemigos exteriores e interiores» (24) y la Adicional a esta última, de 19 de julio de 1889, fijaba como fin principal del Ejército, «mantener la independencia e integridad de la Patria y el imperio de la Constitución y las Leyes» (25).

Ya tuvimos ocasión de comprobar que, cuando se discutió este texto en el Parlamento, se propuso su supresión, fundándose, precisamente, alguna de las razones aducidas en este señala-

(20) Vid. Art. 273.

(21) En el constitucionalismo iberoamericano es muy frecuente, sin embargo, la referencia a estas misiones. Puede verse en J. J. SANTA-PINTER: «Regulación constitucional de las Fuerzas Armadas en Hispanoamérica», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 139, Madrid, 1965, págs. 178 y ss., y en J. LAMBERT: «América Latina» («Estructuras sociales e instituciones políticas»), Ariel, Barcelona, 1973, págs. 419 y ss.

(22) Cfr. art. 356.

(23) Art. 6. Colec. «Leyes y Decretos», 1821, Madrid, pág. 139.

(24) Art. 2.

(25) Art. 1.

miento de graves misiones a las fuerzas armadas sin determinarse el órgano a quien corresponde ejercerlas (26). Por otra parte, se propuso añadir a este conjunto de misiones la de garantizar la «unidad» de la Patria, lo que no prosperó por entenderse que resultaba innecesario toda vez que, incluyéndose ya la de defensa del orden constitucional y configurando éste un Estado unitario, quedaba implícitamente comprendida (27).

Pocos problemas plantea al intérprete el reconocimiento expreso de esa misión genuina de los ejércitos de defender con las armas a la comunidad frente a las agresiones externas, lo que se traduce en la salvaguardia de esa independencia y soberanía del Estado, entendida como inmunidad frente a toda injerencia de poder extranjero y en el mantenimiento incólume del territorio nacional, como soporte o ámbito espacial sobre el que se ejerce esa misma soberanía.

En el cumplimiento de estas misiones las fuerzas armadas no han de ir más allá de lo querido o determinado por los órganos del Estado a quienes corresponde constitucionalmente el poder de decisión en estas materias, siendo buena prueba de ello la posibilidad de que por ley orgánica se cedan en favor de organizaciones o instituciones internacionales parcelas de soberanía (28) o de que, previa autorización de las Cortes Generales, se celebren tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado (29).

En cuanto a la atribución al ejército de la misión de defensa del ordenamiento constitucional, es habitual encontrarla, como ha puesto de relieve Oehling, en las Constituciones de «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» (30).

Es significativo observar que la Constitución portuguesa de 1976, al proclamar que las Fuerzas Armadas «garantizan el regular funcionamiento de las instituciones democráticas y el cumplimiento de la Constitución» (31), no se limita a hacer una mera declaración, sino que articula todo un sistema para darle

(26) Vid. nota núm. 8.

(27) Cfr. intervenciones de los Diputados Sres. Fraga y Lloréns en el Pleno del Congreso citadas en notas núms. 13 y 15.

(28) Cfr. art. 93 de la Constitución.

(29) Cfr. art. 94, 1, c) de la Constitución.

(30) H. OEHLING: «La función política del Ejército», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 70.

(31) Art. 273, 3.

efectividad. Pieza clave de este sistema es el «Consejo de la Revolución», integrado por el Presidente de la República y determinados militares, la mayor parte de ellos elegidos por las diversas ramas de las Fuerzas Armadas, al que compete, entre otras funciones, la de apreciar la constitucionalidad de las disposiciones antes o después de ser promulgadas, la de pronunciarse sobre el nombramiento y cese del Primer Ministro y sobre el ejercicio del derecho de veto suspensivo de los actos de la Asamblea que corresponde al Presidente de la República y la de legislar, con carácter exclusivo, en materia militar (32).

En este punto concreto el precedente más directo del artículo 8 parece ser el ya citado artículo 37 de la Ley Orgánica que consideraba a nuestras Fuerzas Armadas como garantes de «la defensa del orden institucional», sin más. 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.

Como en las otras misiones que les están encomendadas, aquí tampoco las fuerzas armadas pueden ir más lejos de lo querido por la propia comunidad y expresado a través de sus órganos políticos, a quienes compete decidir, libres de toda coacción, cuándo y cómo debe ser defendido su ordenamiento básico. La mera declaración que, en este sentido, hace el artículo 8 de nuestra Constitución no tiene otro alcance ni otro significado que el exclusivamente instrumental y disuasorio. Instrumental, en cuanto que para hacer cumplir la ley, llevar a efecto lo legítimamente ordenado o ejecutar lo juzgado, los órganos competentes del Estado cuentan, si es preciso, con el apoyo de la fuerza armada; supuesto éste que se pone de manifiesto especialmente en aquellas situaciones límite —estados de anormalidad, asedio, guerra, etc.—, en las que se halla legalmente prevista la transferencia a las autoridades militares de todas o parte de las competencias de las civiles. Disuasorio, en cuanto que previene y advierte a todos aquellos que, fuera de los cauces legales, por las vías de la subversión o la violencia, pretendan trastocar el sistema, del riesgo y de la inutilidad de su intento. Lo que excediera de esto no sería defender un ordenamiento político, sino imponerlo.

(32) Cfr. arts. 142 a 148. Vid. nuestro trabajo «La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales», en *Revista Española de Derecho Público*, núm. 66, enero-marzo 1977, págs. 13 y ss., donde calificábamos a las Fuerzas armadas portuguesas de «singular policía constitucional».

IV. LA CONTRIBUCIÓN CIUDADANA A LA DEFENSA, EL SERVICIO MILITAR Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La caída del llamado «antiguo régimen» y el nacimiento de los primeros sistemas políticos liberales va a exigir profundas transformaciones en la institución militar. De unos ejércitos concebidos como instrumento al servicio de la voluntad del señor o soberano, al que debían obediencia ciega e integrados, fundamentalmente, por mercenarios nacionales o extranjeros, cuyos cuadros de mando eran monopolizados por la nobleza, se va a pasar a unos ejércitos al servicio de la nación, concebidos para la defensa de su recién ganada soberanía, integrados por ciudadanos y de los que, conforme al proclamado principio de igualdad, todos deben sentirse responsables y solidarios. Van surgiendo los primeros reclutamientos masivos (33) y el servicio militar se convierte para el ciudadano en un derecho, un deber y un honor, plasmándose como tal en numerosas Constituciones.

Nuestros Textos constitucionales repiten una y otra vez que los españoles están obligados a «defender a la Patria con las armas» (34), fórmula que la Constitución de 1931 va a sustituir por la de que «el Estado podrá exigir de todo ciudadano su prestación personal para servicios civiles o militares con arreglo a las leyes» (35).

Junto a este, ya tradicional, deber de prestar servicio militar, la Constitución de 1978 recoge dos grandes innovaciones: la concepción de la defensa como tarea común de todos los españoles sin distinción y el reconocimiento de la «objección de conciencia» como excusa legal para no cumplir el servicio militar. Así, los dos primeros apartados del artículo 30 dicen:

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.*

(33) Se viene considerando como la primera ley de reclutamiento masivo la francesa de 23 de agosto de 1793.

(34) Arts. 66, 28 y 3 de las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876, respectivamente.

(35) Art. 37.

Las nuevas formas de hacer la guerra —que, frente al de convencional, va adquiriendo los calificativos de «fría», «revolucionaria», «subversiva», «atómica», «total», etc.—, han desbordado el quehacer genuinamente militar, haciéndose necesario un nuevo concepto de lo que tradicionalmente venía entendiéndose como «defensa nacional». En este sentido disponemos, hoy en nuestro país, de una definición legal de Defensa Nacional, como «la acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación ante cualquier forma de agresión» (36).

El precepto constitucional, acorde con el principio de soberanía popular y con estos nuevos planteamientos, proclama este doble aspecto de derecho y deber que respecto a la defensa de la patria común incumbe a todos los españoles sin discriminación. Este precepto servirá también de soporte o apoyo constitucional a toda esa legislación relativa a «movilización», «requisas», «zonas polémicas», «expropiaciones y servidumbres por razones defensivas», etc., que garantiza que «todos los recursos nacionales, cualquiera que sea su naturaleza, deben estar disponibles para su empleo en las necesidades de la defensa nacional o cuando situaciones excepcionales lo exijan» (37).

Si de la obligación de contribuir a la defensa nadie puede excusarse, no es preciso, sin embargo, que todos deban hacerlo con las armas, por lo que, según las circunstancias «la ley fijará las obligaciones militares», siendo esa misma ley la que regulará las «causas de exención del servicio militar obligatorio». Con ello queda abierta al legislador la posibilidad de optar por un sistema de reclutamiento forzoso, de voluntariado total o mixto, aunque si opta por el primero las causas de exención del servicio militar deberán figurar en preceptos con rango de ley.

No como reconocimiento expreso de un derecho (38), sino como regulación de un supuesto excepcional, alude nuestra Constitución al tema de los objetores de conciencia en cuanto al servicio militar se refiere. No vamos a entrar en su compleja problemática, sino simplemente a dejar constancia de que las legislaciones de los países democráticos han ido paulatinamente admitiendo tal objeción. A nivel de norma constitucional podemos mencionar la «Ley Fundamental» de la República Federal Alemana, reformada en 1955 y cuyo artículo 12 a), 2, nos ofrece una regulación básica completa sobre la materia: «Quien por

(36) Art. 2 de la Ley 83/1978, de 28 de diciembre, reguladora de los Organos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional.

(37) Art. 1 de la Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional.

(38) El Borrador y el Anteproyecto de Constitución parecían inclinarse por esta posición, al hablar en sus respectivos artículos 29 y 25 de tal reconocimiento.

razones de conciencia rehúse el servicio militar con las armas, podrá ser obligado a prestar un servicio de sustitución. La duración de dicho servicio de sustitución no podrá ser superior a la del servicio militar. La reglamentación se hará por una ley que no podrá restringir la libertad de la decisión de conciencia, debiendo prever también la posibilidad de prestar un servicio de sustitución que no esté relacionado en modo alguno con unidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Federal de Fronteras». También la reciente Constitución de Portugal alude al tema estableciendo que «los objetores de conciencia prestarán servicio militar no armado o servicio cívico adecuado a su situación» (39).

La admisión de la objeción de conciencia, en nuestro país, ha sufrido un largo y duro camino. Comenzó a alegarse con cierta frecuencia al comienzo de la década de los sesenta (40) y en defecto de toda otra normativa se consideraba el hecho como constitutivo de un delito militar de desobediencia una y otra vez reiterado, lo que iba provocando una serie ininterrumpida de condenas en cadena, cuyo final sólo podía vislumbrarse al término de la edad apta para la prestación del servicio militar. Tras el fracaso de diversos intentos (41), prevaleció una reforma legal basada en la tesis de estimar la negativa a prestar servicio militar, cualquiera que fuera su causa, como un delito militar único; esta reforma se llevó a efecto por la ley de 19 de diciembre de 1973, que tipificó este delito, bajo el artículo 383 bis del Código de Justicia Militar, quedando los por él condenados excluidos del servicio militar salvo caso de guerra, y privados hasta su rehabilitación de múltiples derechos (42). Esta última ley ni afrontaba propiamente el problema de los objetores de conciencia, ni lo resolvía, dictándose en 1976 un Real Decreto, al amparo de la Ley General del Servicio Militar en virtud del cual se concedía a los objetores de conciencia «de carácter religioso» una prórroga especial de incorporación a filas y la posibilidad de optar por el cumplimiento de una prestación personal en puestos de interés cívico por tres períodos consecutivos de un año (43).

(39) Art. 276, 3.

(40) Puede verse una relación de casos en J. JIMÉNEZ: «La objeción de conciencia en España», Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973, páginas 217 y ss.

(41) Los proyectos de Ley correspondientes fueron publicados en los B. O. de las Cortes de 2 de junio de 1970 y 5 de mayo de 1971.

(42) El tipo delictivo se configuraba así: «El español que, declarado Soldado o Marino útil, rehusara expresamente, y sin causa legal, cumplir el servicio militar, será castigado: ...».

(43) R. Decreto 3811/1976, de 23 de diciembre.

La Constitución se remite a una futura Ley que, como causa de exención del servicio militar obligatorio, regulará la objeción de conciencia «con las debidas garantías». Creemos que el alcance de esta última condición es doble: de una parte, evitar el abuso de esta excepción a la norma general, que sólo por motivos serios y probados debe admitirse y, por otra parte, evitar que la posible «prestación sustitutoria» no sea un servicio militar encubierto, ni resulte, al menos en cuanto a su duración, más gravosa que este servicio. También, desde el punto de vista procedimental y siguiendo la orientación marcada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, entendemos que las decisiones relativas al reconocimiento en cada caso concreto de la «objeción de conciencia» debe corresponder a autoridades administrativas o judiciales ajenas a la organización militar (44).

V. EL EJERCICIO POR LOS MILITARES DE LOS DERECHOS CÍVICOS

1. *Planteamiento de la cuestión y Derechos comparado e internacional tutelar de los derechos del hombre*

Como consecuencia de las transformaciones que se producen al advenimiento de los regímenes políticos liberales y que antes hemos apuntado, pronto se empieza a cuestionar si los militares deben o no disfrutar de los mismos derechos políticos y libertades públicas que el resto de sus conciudadanos. Los argumentos esgrimidos a favor de posibles limitaciones derivan de los nuevos principios que van a regir la relación entre el poder civil y los ejércitos y de las propias características estructurales de éstos.

Si el ejército no tiene, ni puede expresar, otra voluntad que la del poder civil emanado del pueblo, a la que debe acatamiento y lealtad, no es lógico que en el seno de las fuerzas armadas se manifiesten tendencias o se puedan generar corrientes o climas de opinión distintas de aquélla. Igualmente, la presión que la amenaza de las armas podría ejercer a favor o en contra de un grupo o partido político o la que podría ejercer el superior militar sobre sus subordinados en tal sentido podría ir en detrimento grave de la igualdad de oportunidades propia de los sistemas pluralistas.

Por otra parte, la irrupción de las tensiones o pugnas de la vida política o sindical en el mundo castrense podría minar esa

(44) Vid. J. JIMÉNEZ, ob. cit., págs. 214 y ss.

disciplina y esa cohesión y camaradería sin las que es difícil concebir un ejército eficaz.

Estas y otras razones motivaron la tendencia a apartar a los militares de la vida política, llegándose, en términos de Hauriou, a un «acantonamiento jurídico del ejército», que tuvo su caso más significativo en Francia, donde, de 1872 a 1945, se privó a los militares hasta del derecho al voto (45).

Tras la Segunda Guerra Mundial y la proclamación indiscriminada de los derechos del hombre, el tema adquiere nuevas facetas, abriéndose paso especialmente en la doctrina germánica (46), la denominada teoría de la «relación de sujeción especial», —«besonderes Gewaltverhältnis»—, para explicar, con carácter general, la imposición de limitaciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales por ciertas categorías de personas, entre las que figuran militares, policías, otros funcionarios, internados, usuarios de determinados servicios públicos, detenidos, etc. ligados tan estrechamente a la Administración, que la personalidad jurídica, una e indivisible, de ésta asume determinadas manifestaciones de la personalidad de aquéllos. Estas limitaciones no son arbitrarias y en todo caso han de reunir los requisitos siguientes: a) necesidad, en cuanto que únicamente son admisibles las estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función de aquella situación especial; b) proporcionalidad, debiendo existir una adecuada correlación entre el fin perseguido y el medio restrictivo utilizado; c) legalidad, ya que tales restricciones han de estar previstas en norma de igual rango que la que regula el derecho afectado.

Junto a esas limitaciones inmanentes o implícitas que lleva consigo el ejercicio de cualquier derecho y a las que, de una u otra forma, se refieren todas las Constituciones, algunas de éstas hacen referencia expresa a restricciones impuestas en el ejercicio de determinados derechos cívicos por razón de la condición de militar del sujeto. Así, la Constitución italiana prevé la posibilidad de limitar a los militares de carrera en servicio activo el «derecho de inscribirse en los partidos políticos» (47); la Constitución danesa establece que los derechos reconocidos constitucionalmente sólo son aplicables a los militares «conforme a las

(45) Vid. M. SÉNECHAL, ob. cit., págs. 49 y ss.

(46) En este sentido puede verse la bibliografía relacionada en el «Comentario» de la Sección Alemana de la «Sociedad de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra», presentado en el VII Congreso de la Sociedad, sobre el tema «Derechos del Hombre en las Fuerzas Armadas», del que es autor el profesor de la Universidad de Giessen, Dr. O. Triffterer; San Remo, 1976, págs. 94 y ss.

(47) Art. 98.

restricciones resultantes de las leyes militares» (48); y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana admite la posibilidad de que las leyes restrinjan a los militares «durante el período de servicio, el derecho fundamental de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, el derecho fundamental de reunirse libremente y el derecho de petición, en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva» (49).

También el Derecho internacional tutelar de los «derechos del hombre» se ha ocupado del tema y junto a restricciones de carácter genérico, previstas por razón de «orden público», «seguridad» o «defensa nacional», etc., encontramos otras que atañen específicamente a los militares. La «Convención Europea de los Derechos del Hombre», de 1950, prevé la posibilidad de imponer restricciones legales al ejercicio por «los miembros de las fuerzas armadas» de los derechos de reunión, asociación y sindicación (50); las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre «Libertad sindical», de 1948 y sobre «Organización y negociación colectiva», de 1949 y la «Carta Social Europea», de 1961, se remiten a las legislaciones nacionales para determinar la aplicación de los derechos y garantías en ellas regulados a los miembros de las fuerzas armadas (51); finalmente, los Pactos de las Naciones Unidas sobre «Derechos económicos, sociales y culturales», ambos de 1966, prevén también la posibilidad de la que la ley imponga restricciones a los miembros de las fuerzas armadas en cuanto al ejercicio de los derechos de libertad de expresión, asociación, libre sindicación y huelga (52).

La Comisión y el Tribunal europeos de Derechos del Hombre han tenido ya ocasión de sentar doctrina sobre el tema. Especial interés merece la dimanante del recurso interpuesto en 1971, por «cinco soldados contra Holanda», en el que la Comisión, al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, declaró aplicable la «Convención» a la situación particular de los militares y a las reclamaciones o quejas relativas a la disciplina castrense, si bien, a la hora de definirse o determinarse el derecho o la libertad cuestionada, es preciso tener en cuenta las circunstancias pecu-

(48) Cit. por M. DANSE en su «Informe general» sobre «Libertad de reunión y libertad de asociación», presentado en el mencionado Congreso de San Remo, págs. 23 y ss.

(49) Art. 17, a.

(50) Art. 11. Tomado, como los demás referentes a Derecho internacional, de «Textos Internacionales de Derechos Humanos», de J. Hervada y J. M. Zumaquero, Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.

(51) Cfr. arts. 9, 5 y 5, respectivamente.

(52) Cfr. arts. 19, 21 y 22 y art. 8, respectivamente.

liares de aquella situación. El Tribunal Confirmó esta tesis, insistiendo en la necesidad de tomar en consideración las particularidades de la vida castrense, «cuyas condiciones e imperativo difieren esencialmente de los de la vida civil, sin que pueda concebirse el funcionamiento de un ejército que carezca de las normas jurídicas necesarias para impedir que se mine la disciplina» (53).

2. Restricciones explícitamente previstas en la Constitución

a) En cuanto a la libre sindicación.

El tema de la sindicación de los militares es uno de los más polémicos de toda esta materia. Ciertamente los sindicatos constituyen frecuentemente poderosos instrumentos de acción política, cuentan con rígidas organizaciones, mantienen un fuerte espíritu combativo y entre sus métodos figuran las negociaciones colectivas, las movilizaciones masivas y la huelga, todo lo cual plantea muy serias dificultades cuando se pretende hacer casar este esquema con el propio de las fuerzas armadas. Las soluciones adoptadas por los distintos países son muy diversas y dependen de sus especiales circunstancias históricas, sociopolíticas, económicas y, hasta, psicológicas. Frente a criterios claramente prohibitivos seguidos por Francia, Italia e Israel, nos encontramos con criterios más permisivos en Bélgica, Holanda y Alemania Federal, pasando por posturas intermedias como la británica que, no admitiendo sindicatos de militares, permite la adhesión de los militares a los sindicatos ordinarios o la norteamericana, que, no prohibiendo expresamente a los militares afiliarse a sindicatos, prohíbe, sin embargo, a las autoridades militares todo género de diálogo con organizaciones profesionales o sindicales (54).

El apartado 1 del artículo 28 de la Constitución se refiere al tema en estos términos:

«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».

(53) Vid. A. H. ROBERTSON: «La Convention européenne des Droits de l'Homme, les Pactes des Nations Unies et les Forces Armées», «Informe» presentado al repetido Congreso de San Remo, donde se citan y analizan las citadas resoluciones, págs. 6 y ss., 20 y ss.

(54) Cfr. M. DANSE, «Informe» citado, págs. 32 y ss.

Aunque la Constitución de 1931, única en nuestro Derecho histórico que aludía expresamente a la libertad sindical (55), no recogía esta restricción, lo cierto es que a nivel de legislación ordinaria siempre se ha mantenido en nuestro país un criterio restrictivo, prohibiéndose a los militares participar en toda asociación defensora de los intereses profesionales de grupo o de carácter sindical (56).

A lo largo del debate constitucional se escucharon voces contrarias a la previsión de esta limitación (57), cuyas propuestas no fueron admitidas, quedando, por tanto, abierta al legislador la posibilidad de condicionar su ejercicio o excluir del derecho a la libre sindicación a los militares.

Hoy, la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de «Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas», publicada con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución (58), prohíbe a los militares «tomar parte en manifestaciones de tipo sindical o reivindicativo», «participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa», ni «en actividades sindicales» y «estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización sindical, asistir a sus reuniones, ni expresar públicamente sus opiniones sobre ellas»; igualmente se obliga a los militares a «no tolerar actividades sindicales dentro de los recintos militares», si bien los militares no profesionales, «durante el tiempo de prestación de su servicio, podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieran, pero se abstendrán de realizar actividades sindicales» (59).

b) En cuanto al derecho de petición.

Quizá los argumentos más generalizados a la hora de justificar ciertas limitaciones al ejercicio por los militares del derecho de petición sean el del efecto intimidativo que sobre la autoridad pueda producir una reclamación colectiva de gente armada y el del detrimento que podría sufrir la disciplina si, al presentarse solicitudes y quejas, no se respetase la estructura jerárquica castrense. A salvar ambos obstáculos tiende la legislación comparada sobre el tema (60) y es lo que también pretende el

(55) Cfr. art. 39.

(56) Entre otras, pueden verse las siguientes disposiciones: Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, D. de 9 de abril de 1900, de 10 de abril y 6 de octubre de 1900, y DD. de 19 de julio y 2 de agosto de 1934.

(57) Grupos Socialistas del Congreso y del Senado y Senador Sr. Xirinacs; vid. B. O. Cortes, núm. 44, de 5 de enero de 1978, y D. Ses. Senado, núms. 45 y 61, de 29 de agosto y 28 de septiembre del mismo año, páginas 1.951 y ss y 3.027 y ss.

(58) Se publicó en el «B. O. del Estado» de 11 de enero de 1979.

(59) Arts. 180 a 182.

(60) Cfr. O. TRIFFTERER: «La liberté d'opinion et d'expression», Informe general, presentado al citado Congreso de San Remo, págs. 61 y ss.

artículo 29 de nuestra Constitución que tras reconocer en su párrafo 1 el derecho de petición individual y colectiva establece, en su párrafo 2, que:

Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

Con ello, el precepto sigue la tradición de nuestras Constituciones de 1869, 1876 y 1931 (61) y recoge las enmiendas formuladas al correspondiente texto elaborado por la Comisión Constitucional del Congreso que privaba, en todo caso, del ejercicio de este derecho a los militares (62).

c) En cuanto al derecho de sufragio pasivo.

Las principales razones aducidas para justificar las causas de incapacidad o de incompatibilidad para desempeñar cargos políticos representativos —garantizar la pureza del sufragio y la efectiva división de poderes, asegurar la independencia del elegido, evitar el abuso del mandato, dificultad o imposibilidad de desempeñar simultáneamente dos actividades—, aplicables a los funcionarios públicos, son también atribuibles a los militares profesionales.

La legislación comparada nos presenta con frecuencia supuestos de incompatibilidad entre la condición de militar profesional y la de representante popular, si bien facilita a aquéllos —mediante la concesión del pase a situaciones de excedencia temporal—, la posibilidad de ostentar candidaturas, a la par que impide que la actividad electoral penetre en los cuarteles (63).

En nuestra Patria los militares profesionales han seguido en este punto vicisitudes muy similares a las de los demás empleados públicos, si bien los de alta graduación han gozado de especiales ventajas a la hora de ocupar escaños en las Cámaras altas, donde la presencia militar fue siempre notoria (64).

(61) Arts. 20, 13 y 35, respectivamente.

(62) Enmiendas núms. 21, 258, 347 y 779. Vid. B. O. Cortes, núm. 82, de 17 de abril de 1978, págs. 1543.

(63) Cfr. O. TRIFFTERER: «Informe» citado, págs. 56 y ss.

(64) Vid. M. MARTÍNEZ SOSPEDRA: «Incompatibilidades parlamentarias en España (1810-1936)», Cosmos, Valencia, 1974, págs. 185 y ss. Un resumen de nuestra legislación histórica sobre el tema puede verse también en nuestro trabajo «Le statut juridique-politique des militaires en Espagne (1808-1936)», en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, núm. XVII-1, Bruselas, 1978, págs. 333 y ss.

Nuestras Constituciones se han remitido, por lo general, a la correspondiente legislación electoral o de incompatibilidades para regular esta materia (65), criterio que sigue la vigente, aunque atenuado por la previsión de una serie de supuestos que recoge el 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.*

Al legislador queda, por tanto, la opción de determinar si la profesión militar es causa de inelegibilidad o incompatibilidad. Entretanto, el Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, relativo al «Ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las Fuerzas Armadas», prohíbe a los militares profesionales «ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político», entre otras diversas limitaciones, vedando, igualmente, a los no profesionales, durante el tiempo en que se encuentren prestando servicio en filas, «realizar actividades políticas» (66). Las «Ordenanzas» no hacen referencia expresa a este punto concreto, pero prohíben, con la misma amplitud que hemos visto respecto a la actividad sindical, todo tipo de actividad política (67).

3. *Restricciones no explicitadas en la Constitución.*

Ya vimos, al tratar de la génesis del artículo 8, cómo había sido propuesta la ampliación de su párrafo o apartado 2 en el sentido de que la ley orgánica reguladora de las bases de la organización militar regulase también «los derechos y deberes específicos de sus miembros». El Senador, profesor Sánchez Agesta, autor de la correspondiente enmienda, la justificaba en el propósito de dar un respaldo constitucional a las previsibles limitaciones que la legislación ordinaria iba a imponer a los militares en el ejercicio de diversos derechos fundamentales (68). Comparámos esta postura y, al no haberse admitido la enmienda, enten-

(65) Cfr. arts. 29 y 54 de las Constituciones de 1876 y 1931, respectivamente, como más expresivos.

(66) Arts. 2 y 6.

(67) Cfr. arts. 180 y 182.

(68) Vid. nota núm. 19.



demos que el único apoyo que pueda tener la legislación restrictiva que en esta materia se dicte o se haya dictado, será la referencia genérica que a las leyes reguladoras del ejercicio de estos derechos y libertades —«que en todo caso deberá respetar su contenido esencial»—, hace el artículo 53 apartado 1 de la Constitución y a su interpretación conforme a las normas del Derecho Internacional sobre «Derechos Humanos», a que alude el artículo 10 apartado 2.

El citado Decreto-Ley y las «Ordenanzas» contienen numerosas restricciones que afectan especialmente al derecho a la libertad de expresión, a los de reunión y asociación y al de huelga (69).

VI. LAS COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN MATERIA MILITAR

1. *La Defensa y las Fuerzas Armadas como competencia exclusiva del Estado.*

En la lista de materias que el apartado 1 del artículo 149 de la Constitución atribuye con carácter exclusivo al Estado, figura:

4.º *Defensa y Fuerzas Armadas.*

El antecedente directo de este precepto es, sin duda, el artículo 14 de la Constitución de 1931 que, entre las materias cuya legislación y ejecución directa eran de competencia exclusiva del Estado español, incluía: «Ejército, Marina de Guerra y Defensa Nacional».

Razones defensivas latan en los orígenes de muchos Estados federales, por lo que obviamente lo relativo a ejércitos y defensa era y es atribuido a los órganos centrales. Con mayor motivo la solución es válida para el Estado regional o regionalizable que configura nuestra Constitución.

Pensamos que la cuestión no precisa más disquisiciones, aunque sí quisiéramos dejar constancia que a la hora de resolver problemas relacionados con la Defensa o la organización militar, como puedan ser el despliegue de las unidades militares, la determinación territorial de las circunscripciones castrenses, la distribución del contingente u otros, han de estimarse como secundarios los intereses particulares de las regiones autónomas.

(69) Arts. 1, 2 y 6 y 178 a 182, respectivamente.

2. *Las facultades del Rey.*

Tradicionalmente, se ha venido atribuyendo a los Jefes de Estado, como máxima representación del país, el mando supremo de las fuerzas armadas, sin embargo, el alcance y efectividad de esta facultad se halla en relación directa con la posición que, dentro de la ordenación de los órganos de poder en el Estado, esa alta magistratura ocupe.

A estos efectos podemos hacer, dentro del ámbito de los regímenes democráticos, una sencilla distinción entre sistemas presidenciales, parlamentarios y mixtos.

Como ejemplo típico de sistema presidencialista nos vamos a referir a Estados Unidos, a cuyo Presidente se confía el poder ejecutivo, reuniendo en su persona las jefaturas del Estado y del Gobierno, figurando en la Constitución como la primera de sus facultades la de ser «Comandante en jefe del Ejército y la Marina de los Estados Unidos y de la milicia de los diversos estados cuando sea llamada al servicio activo de los Estados Unidos» (70). Este mando no es sólo simbólico, sino también efectivo; el Presidente decide por sí y ante sí en materia militar y de defensa. La intervención que en este campo pudiera tener el «National Security Council» —creado por la «National Security Act» de 1947, y del que forman parte los Secretarios de Estado, Defensa y Tesoro, el Jefe del Alto Estado Mayor y otras personalidades—, es meramente asesora (71).

Como sistemas netamente parlamentarios podemos referirnos a Italia y a la República Federal Alemana. La Constitución italiana establece que el Presidente de la República «tendrá el mando de las Fuerzas Armadas, presidirá el Consejo Supremo de Defensa constituido con arreglo a la ley y declarará el estado de guerra si lo acuerdan las cámaras» (72). El «Consejo Supremo de Defensa», regulado por ley de 28 de julio de 1950, es un órgano colegiado, presidido por el Jefe del Estado, del que forman parte el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa, otros Ministros y el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y que tiene por objeto la deliberación de los problemas generales, políticos y técnicos, concernientes a la defensa nacional (73). En cuanto a la naturaleza de ese «mando» atribuido al Presidente de la República, la doctrina entiende que, no tratándose del mando técni-

(70) Art. II, Secc. 2.

(71) Cfr. M. JIMÉNEZ DE PARGA: «Los Regímenes políticos contemporáneos». Tecnos, Madrid, 1971, págs. 464 y ss.

(72) Art. 86.

(73) Cfr. G. LANDI, ob. cit. pág. 9.

co-operativo que corresponde a la jefatura del Estado Mayor, ni de la dirección político-administrativa, que corresponde al Gobierno o al Ministro de Defensa, tal facultad no es meramente simbólica, sino que tiene un cierto contenido efectivo en relación con la función de garante de la Constitución que incumbe al Jefe del Estado, aunque no sea fácil especificar los casos y modos de su ejercicio (74). La Constitución de la República Federal Alemana no atribuye al Presidente Federal este mando supremo, sino que es el Ministro Federal de Defensa quien «ejerce la jefatura y el mando de las Fuerzas Armadas», si bien declarado el «estado de defensa» —equivalente al tradicional «de guerra»—, «la jefatura y el mando de las Fuerzas Armadas pasarán al Canciller Federal» (75).

Como prototipo de los sistemas mixtos —semipresidencialistas o semiparlamentarios—, podemos tomar el francés de la V República. Su Constitución establece que «el Presidente de la República es el Jefe de las Fuerzas Armadas» y «preside los Consejos y las Juntas supremas de la Defensa Nacional», si bien es el Gobierno quien «dispone... de las Fuerzas Armadas» y siendo el Primer Ministro el «responsable de la Defensa Nacional» (76). No quedaría completo este marco legal si no nos refiriésemos a los poderes extraordinarios de que goza el Jefe del Estado en situaciones de anormalidad, cuya apreciación corresponde al propio Presidente y quien «adopta las medidas exigidas por estas circunstancias, después de la consulta oficial al primer Ministro y a los Presidentes de las Cámaras y del Consejo Constitucional» (77). En este tipo de ocasiones es cuando se suele acudir al recurso de las fuerzas armadas, medida que puede adoptar el Presidente, sin intervención del Gobierno o de las Cámaras, ejerciendo su mando y disponiendo de ellas. Esta previsión de atribuir poderes excepcionales al Jefe del Estado, en situaciones de anormalidad, que algunos han calificado de verdadera «dictadura constitucional» (78), tuvo ya ocasión de hacerse realidad con motivo del «putsch» militar de Argelia, en abril de 1961 (79).

(74) Cfr. G. LANDI, ob. cit., pág. 9, y P. BARILE, «I poteri del Presidente della Repubblica», en Rivista trim. di Diritto Pubblico, 1958, I, págs. 326 y siguientes.

(75) Arts. 65, a y 115 b.

(76) Arts. 15, 20 y 21, respectivamente.

(77) Art. 16.

(78) M. JIMÉNEZ DE PARGA, ob. cit., pág. 192.

(79) Vid. Revista de Derecho Público, F. FERNÁNDEZ SEGADO: «El estado de excepción en el Derecho francés», en núm. 71, abril-junio 1978, págs. 338 y siguientes.

Un sistema peculiar, dentro de estos sistemas mixtos, es el portugués, cuya Constitución atribuye al Presidente de la República, con carácter nato, las funciones del Presidente del Consejo de la Revolución y de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas; el mando lo ejerce a título de actuación propia, sin relación con otros órganos del Estado y la presidencia del citado Consejo amplía y refuerza su competencia sobre las fuerzas armadas ya que, como vimos, a él corresponde legislar, con competencia exclusiva, lo referente a organización y disciplina militar (80).

Viniendo a nuestro Derecho histórico observamos que la Constitución de 1812 incluía entre las principales facultades del Rey, las de «mandar los ejércitos y armadas», «nombrar los generales» y «disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga» (81); las de 1837, 1845 y 1869 atribuían al Monarca la facultad de disponer de la fuerza armada (82); la de 1876 proclamaba que el Rey «tiene el mando supremo del Ejército y Armada y dispone de las fuerzas de mar y tierra» (83) y sin que la de 1931 hiciera referencia concreta alguna a esta cuestión.

En 1878, la «Ley Constitutiva del Ejército» —a la que ya hemos aludido antes—, desarrollaba el correspondiente precepto de la Constitución de 1876, estableciendo que las órdenes del Rey, en el ejercicio de aquel mando supremo o de esa facultad de disposición de la fuerza armada, se llevarían a efecto «en la forma prevenida por el artículo 49 que la misma Constitución dispone» (84), esto es, refrendadas por un ministro responsable. Esa misma Ley preveía el supuesto de que el Rey se pusiese personalmente «al frente de fuerzas del Ejército», determinación que quedaba siempre bajo la responsabilidad de los ministros, si bien «las órdenes que en el ejercicio de dicho mando militar dictare no necesitarán ir refrendadas por ningún ministro responsable» y «las proclamas dirigidas por el Rey, con cualquier motivo, a las tropas llevarán su firma únicamente» (85).

El tema de las facultades del Rey en materia militar fue de lo más problemático durante la Restauración. Las presuntas extralimitaciones constitucionales de Alfonso XIII por sus intervenciones al margen del Gobierno, en los asuntos de Africa y, en concreto, en lo concerniente al «desastre de Annual» fueron, pa-

(80) Cfr. arts. 123, 136 y concordantes.

(81) Art. 171, 8.º y 9.º

(82) Arts. 47, 45 y 70, respectivamente.

(83) Art. 52.

(84) Art. 4.

(85) Art. 5.

ra la generalidad de los historiadores (86), una de las causas que originaron el advenimiento de la Dictadura, en 1923, que dio al traste con la vigencia de la Constitución de 1876.

Entre las facultades que corresponden al Rey el artículo 62 de nuestra reciente Constitución incluye:

h) *El mando supremo de las Fuerzas Armadas.*

Precepto que, antes de todo comentario, hay que relacionar con el artículo 56, que proclama que la persona del Rey no está sujeta a responsabilidad y que sus actos estarán siempre refrendados en la forma prevista en la propia Constitución, careciendo de validez sin dicho refrendo, y con el artículo 97, que asigna al Gobierno la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado.

¿Cuál es, entonces, el significado y alcance de este «mando supremo» que, escuetamente, se atribuye al Monarca?

Sánchez Agesta ha visto una cierta diferencia entre los actos dimanantes del ejercicio de este mando y el resto de los demás de competencia del Gobierno, aunque unos y otros deban llevar el correspondiente refrendo. «En esta competencia que se atribuye directamente al Rey —dice—, aunque no puede ejercerse sin refrendo, parece que puede corresponder al Rey una cierta iniciativa. El Gobierno puede oponerse, y, ante la insistencia regia si considera que no debe asumir la responsabilidad de un acto, puede dimitir, lo que es un freno, sin duda, a esta iniciativa regia moderada así por el refrendo. Se abriría entonces el proceso constituyente de designar un nuevo Presidente con todas sus implicaciones políticas» (87).

Alzaga entiende, por el contrario, que la tesis anterior es incompatible con el régimen parlamentario que define nuestra Constitución y conduce a la imposibilidad de deslindar con claridad esa facultad efectiva que el artículo 97 atribuye al Gobierno, del «mando supremo de las Fuerzas Armadas» que otorga al Rey, «salvo que este último se entienda como una prerrogativa re-

(86) Entre otros: R. CARR, «España, 1808-1939», Ariel, Barcelona, 1968, págs. 538 y ss.; S. G. PAYNE, «Los militares y la política en la España contemporánea», Ruedo Ibérico, Alençon, 1968, págs. 156 y ss.; C. SECO SERRANO, «Alfonso XIII y la crisis de la Restauración», Ariel, Barcelona, 1969, páginas 142 y ss.; y M. TUÑÓN DE LARA, «La España del siglo XX», Librería Española, París, 1973, págs. 115 y ss.

(87) L. SÁNCHEZ AGESTA: «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en la obra de conjunto ya citada «Estudios sobre el Proyecto de Constitución», pág. 110.

gia cuyo ejercicio efectivo sea enteramente confiado al Gobierno, conforme corresponde a la naturaleza misma de lo que es una Monarquía parlamentaria» (88).

Creemos, siguiendo la tesis general que hemos enunciado al inicio del examen de este punto, que la cuestión está íntimamente vinculada a la de la posición que, en cuanto al ejercicio de poder político, ocupa la figura del Jefe del Estado en el conjunto de los órganos superiores de éste. El título de nuestra Constitución relativo a la Corona «culmina —en palabras de La Cierva— una profunda evolución histórica y constitucional desde la figura del Rey ejecutivo y cosoberano, que emergía —gracias a la radicación histórica y popular de la institución, por encima de las deficiencias de la persona— a partir de la catástrofe del antiguo régimen, hasta la plena institucionalización de la Corona, que se emprende y se logra ahora por primera vez en nuestra trayectoria constitucional» y a la que se atribuyen «en una serie de contextos y horizontes armónicos», «funciones simbólicas, representativas y suprapolíticas» (89). Si nuestra Constitución, dentro de los estrictos cánones de una Monarquía parlamentaria, considera al Rey como símbolo de la unidad y permanencia del Estado y como árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones (90), el significado de ese «mando supremo de las Fuerzas Armadas» que se le otorga tiene, a nuestro juicio, un aspecto representativo o simbólico del que se deriva la preeminencia formal sobre toda jerarquía militar, pero tiene también un contenido sustantivo, difícil de plasmar en normas jurídicas concretas, al que le va bien el calificativo de «suprapolítico» y que se traduce en esa posible actuación arbitral y moderadora, no sujeta a reglas previas, que utiliza como único medio la persuasión y que encuentra su más firme apoyo en la autoridad moral de la persona que la ejerce.

Junto a esta facultad, la Constitución se refiere a otras que expresa y concretamente atañen a las Fuerzas Armadas y que corresponden al Rey, como son la recogida en el apartado f) del mismo artículo 62 —«conferir los empleos militares»— o la señalada en el apartado 2 del artículo 65 —«el Rey nombra y releva libremente a los miembros militares de su Casa»—, no precisando en este último caso el pertinente refrendo (91).

Pensamos, también, que al amparo del artículo 56 de nuestro

(88) O. ALZAGA: «La Constitución española de 1978», Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 415.

(89) R. DE LA CIERVA: Intervención en el Pleno del Senado, el 29 de septiembre de 1978, en D. Ses. de esa fecha, págs. 3099 y ss.

(90) Cfr. art. 56, 1.

(91) Cfr. art. 56, 3.

Texto fundamental —que, con carácter genérico, dice que el Rey «ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes»—, caben otras facultades o prerrogativas en la esfera castrense además de las ya vistas.

De entre ellas vamos a aludir a algunas que consideramos de especial interés.

La Ley 83/1978, de 28 de diciembre, por la que se regulan las funciones de distintos Organos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional (92), tras declarar en su artículo 1.º que corresponde al Rey «el mando supremo de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución», añade que también corresponde al mismo «ser informado de los asuntos relativos a la Defensa Nacional y presidir, si lo estima necesario, la Junta de Defensa Nacional, por propia iniciativa o a petición del Presidente de la misma».

Estas dos últimas facultades son acordes con lo previsto en el apartado g) de la Constitución en virtud del cual corresponde al Monarca «ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno». Como claramente se desprende de la comparación de estos textos, la posibilidad de presidir la Junta de Defensa Nacional —«el órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional», al que compete entre otras materias «formular y proponer al Gobierno la política militar» (93)—, es aquí más amplia, en cuanto que cabe la iniciativa regia y, por otro lado, el ejercicio de esta presidencia es aquí efectivo, facultando al Rey —entendemos—, para participar en debates y acuerdos, toda vez que no queda limitado a los solos efectos de ser informado como acontece en el caso del Consejo de Ministros.

La Ley de «Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas» atribuye al Rey la facultad de resolver en última instancia el «recurso de agravios» que todo militar tiene derecho a interponer (94). Esta prerrogativa regia tradicional en nuestro Derecho militar (95), tiene su origen en unas coordenadas políticas, las de

(92) Publicado también en el «B. O. del E.», del 11 de enero de 1979.

(93) Art. 8.

(94) Art. 201. «El militar que se sintiese agraviado podrá promover recurso, haciéndolo por sus jefes y con buen modo, y cuando no lograrse de ellos la satisfacción a que se considere acreedor, podrá llegar hasta el Rey con la representación de su agravio».

(95) Figura ya en las denominadas «Ordenanzas de Carlos III», de 1768, que permiten a todo militar «el recurso en todos asuntos, haciéndolo por sus jefes y con buen modo y cuando no lograrse de ellos la satisfacción a que se considerase acreedor, podrá llegar hasta Nos con la representación de su agravio» (art. 1 del título XVII, del trat. II.)

la Monarquía absoluta, muy distintas de las actuales y creemos que su aplicación en la práctica puede acarrear serias dificultades. ¿Precisan tales resoluciones del correspondiente refrendo? El caso no está previsto en la Constitución, por lo que habrá de aplicarse la norma general que exige tal requisito para la validez de los actos del Rey. Si, por otra parte, no se trata del ejercicio de un mero «derecho de gracia» que al Rey corresponde y que, en cualquier caso, ha de ejercer «con arreglo a la ley» (96), sino de resolver un verdadero recurso a una instancia suprema, el requisito del refrendo del Presidente del Gobierno o, en su caso, del Ministro competente, puede convertirlo en un simple recurso de reposición, so pena, en caso de disenso, de provocar la consiguiente crisis.

3. *Las facultades de las Cortes.*

El ámbito de lo militar, bajo una óptica política democrática no queda al margen de las funciones legislativas y de control del Gobierno que ejercen las Cámaras o Parlamentos.

Ya el «Bill of Rights», en 1689, establecía que «el reclutamiento o el mantenimiento de un ejército, dentro de las fronteras del Reino en tiempo de paz, sin la autorización del Parlamento, es contrario a la ley» (97). La Constitución norteamericana atribuye al Congreso las facultades de «reclutar y mantener ejércitos y una marina de guerra» y de «establecer reglas para el gobierno y reglamentación de las fuerzas de mar y tierra» (98). Con la excepción mencionada del caso de Portugal, los Textos constitucionales explícita o implícitamente atribuyen a las Cámaras ese tipo de competencias, previendo algunas, como la de la República Federal Alemana, órganos parlamentarios de control con cometido específico en materia militar, como es el «Comisionado del Parlamento Federal para Asuntos de Defensa» (99).

Nuestra Constitución de 1812 fue muy expresiva en este punto al considerar de competencia de las Cortes la fijación del contingente militar anual y el número de buques de guerra y el establecimiento «por medio de las respectivas ordenanzas de todo lo relativo a la disciplina, orden de ascensos, sueldos, administración y cuanto corresponda a la buena constitución del ejército y armada» (100). Las de 1837, 1845 y 1869 van a limitarse a la fun-

(96) Art. 62, i) de la Constitución.

(97) Núm. 6.

(98) Art. 1, Secc. 8.ª, núms. 12, 13 y 14.

(99) Cfr. art. 45 b.

(100) Arts. 131 y 357 a 359.

ción de fijar el contingente anual (101), y la de 1931, como tuvimos ocasión de ver, se refería a la legislación en materia de «Ejército, Marina de Guerra y Defensa Nacional» como competencia exclusiva del Estado (102).

Salvo la referencia que a la Ley orgánica reguladora de las bases de la organización militar hace el artículo 8, nuestra Constitución vigente no alude expresamente a este tema, pero, implícitamente, la materia militar cae dentro de la potestad legislativa y de control de la acción del Gobierno que ejercen las Cortes Generales (103).

4. *Facultades del Gobierno.*

Al hablar de las facultades de los Jefes de Estado en materia militar según los distintos sistemas, quedaron ya reflejadas las competencias de los Gobiernos y, en concreto, de sus Presidentes.

Es, por primera vez en nuestro Derecho constitucional, cuando el artículo 97 del vigente Texto, al referirse al Gobierno, expresa que éste «*dirige la Administración militar y la Defensa del Estado*».

La competencia del Gobierno abarca, por tanto, dos aspectos, el político y el administrativo. Al primero pertenecen las grandes decisiones en materia de Defensa, los actos políticos o de gobierno en sentido estricto que afectan a dicho campo, dotados de discrecionalidad y que nunca pueden ser objeto de reconsideración en vía contenciosa-administrativa y al segundo pertenecen todos aquellos otros derivados de las facultades inherentes a la cabeza del ramo administrativo de la Defensa y, dentro de ella, del propiamente militar y regulados por el Derecho administrativo (104).

La citada Ley 83/1978, relativa a los Organos superiores del Estado determina las funciones del Gobierno, de su Presidente, del Ministro de Defensa, de la Junta de Jefes de Estado Mayor y de los Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, en lo referente a toda esta materia. En esta disposición puede apreciarse una neta distinción entre las funciones político-administrativas y las técnico-operativas, estas últimas encomendadas a los citados Junta y Jefes, a quienes se considera, respectivamente, como «órga-

(101) Arts. 76, 79 y 106, respectivamente.

(102) Art. 14, 7.º.

(103) Cfr. art. 66, 2.

(104) Vid. A. GUAITA: «Administración pública y Defensa nacional», Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1961, págs. 21 y 22.

no colegiado superior de la cadena de mando militar de los Ejércitos» y «primera autoridad de la cadena de mando» de cada Ejército y a quienes se responsabiliza, conjuntamente e individualmente, del mantenimiento «en todo momento de la máxima capacidad operativa de acuerdo con los recursos que les hayan sido asignados» (105).

VII. LA JURISDICCIÓN CASTRENSE

1. *Ámbito de competencia y principios rectores.*

La existencia de una jurisdicción penal especial relativa a lo militar es prácticamente una constante en todos los Estados contemporáneos (106), aunque pocas Constituciones se refieren a ello. De entre ellas podemos citar la italiana y la portuguesa. La primera distingue entre tiempo de guerra, en cuyo caso los tribunales militares tendrán la jurisdicción establecida por la ley, y, tiempo de paz, en el que sólo conocerán de delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas (107), estableciendo a su vez una serie de garantías aplicables a todas las jurisdicciones especiales en el sentido de que la ley asegurará la independencia de sus jueces, del Ministerio Fiscal cerca de ellas y de las personas extrañas que participen en el ejercicio de las mismas y que contra sus sentencias, en tiempo de paz, podrá recurrirse siempre al Tribunal Supremo por violación de ley (108). El Texto portugués alude a la competencia de la jurisdicción penal militar que quedará limitada a los «delitos esencialmente militares», aunque la Ley por motivo significativo, pueda extenderla a otros delitos dolosos equiparables a los anteriores (109).

En nuestro Derecho histórico sólo la Constitución de 1931 se ha referido al tema, estableciendo que «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 admitiéndose «fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares, salvo en caso de guerra, con arreglo a la ley de orden público» (110).

(105) Arts. 9 y 10.

(106) Cfr. M. M. GÓMEZ DEL CASTILLO: «La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho comparado», en *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, núms. 2-3, Madrid, 1975.

(107) Cfr. art. 103.

(108) Cfr. arts. 108 y 111.

(109) Cfr. art. 218.

(110) Art. 95.

La vigente Constitución, tras proclamar, en el apartado 5 del artículo 117, el principio de unidad jurisdiccional, determina que:

«La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».

La inclusión del precepto en el Título VI o «Del poder judicial» nos revela que la actuación de los Tribunales militares es concebida como auténtica jurisdicción, lejos de la idea de la denominada «justicia del superior o jefe», secuela necesariamente derivada de los vínculos de subordinación jerárquica y que no va más allá de la esfera de lo disciplinario.

Su competencia queda reducida «al ámbito estrictamente castrense» y a los «supuestos de estado de sitio». La primera de estas expresiones no es muy precisa, pero indudablemente refleja la voluntad del legislador de que únicamente ha de ser competencia de los Tribunales militares el enjuiciamiento de aquellas conductas presuntamente delictivas que afecten a intereses de inequívoco carácter militar. En cuanto al segundo caso, será la ley orgánica reguladora del «estado de sitio», prevista en el artículo 116 de la Constitución la que lo concrete.

La jurisdicción militar habrá de ejercerse «de acuerdo con los principios de la Constitución, lo que implica que aquellos principios que presiden la actuación de los Tribunales ordinarios deben presidir también la actuación de esta jurisdicción especial.

Actualmente, esta materia se halla regulada en el Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, que, con ligeras modificaciones ha venido rigiendo hasta ahora. Se trata de un Texto uniforme para los tres Ejércitos y comprende todo lo relativo a competencia, organización y funcionamiento de los Tribunales Militares, a Derecho penal militar sustantivo y al ordenamiento procesal, amén de numerosas disposiciones de carácter administrativo, disciplinario, etc. Este Código se inspira fundamentalmente en nuestro Derecho penal militar tradicional y refleja las circunstancias histórico-políticas del momento de su promulgación.

Recientemente, el Gobierno remitió a las Cortes un proyecto de ley sobre «Reforma del Código de Justicia Militar», para su adaptación a las nuevas circunstancias políticas del país, dejando para fecha posterior la revisión general del mismo «una

vez que el proceso constitucional y legal de su consecuencia determine la necesidad de su planteamiento» (111).

Ciertamente, este Proyecto supone un notorio avance en cuanto a la adaptación del Código castrense al nuevo ordenamiento jurídico-político del país, pero creemos, sin aventurar un pronóstico sobre el destino que el texto haya de sufrir en el correspondiente debate parlamentario, que es buena ocasión para indicar algunos aspectos del mismo que, a nuestro juicio, no obedecen al mandato constitucional de ajustarse a los principios de la Constitución.

Así, se mantienen como «autoridades judiciales militares que ejercen jurisdicción», órganos típicamente administrativos, como pueden ser los Capitanes Generales o Jefes de Región o de Departamento, con funciones tan relevantes como la aprobación de sentencias de los Consejos de Guerra o de los Tribunales Territoriales Militares (artículos 45, 49 y 52), lo que puede ser atentatorio al principio de efectiva separación de poderes; no se halla previsto un estatuto especial para magistrados militares y demás personal militar que intervenga en funciones de justicia que garantice a los mismos la inmunidad frente a toda coacción, lo que puede ir en detrimento del principio de independencia e inamovilidad de los jueces; se mantiene, incluso en tiempo de paz, la figura de los tribunales «ac hoc», constituidos después de la comisión de los presuntos delitos, como son los Consejos de Guerra, (arts. 46, 62 a 73 y concordantes), en perjuicio del principio de «juez predeterminado»; permanecen supuestos de presunción «iuris et de iure» de culpabilidad, similares en sus efectos a la responsabilidad objetiva, como es el caso de los seis más próximos al lugar de donde surja una voz sediciosa que no pueda identificarse (art. 296), con claro olvido del principio de presunción de inocencia; perdura como pena el destino a «Cuerpo de disciplina» (artículos 210, 219 y concordantes), no acorde con los actuales criterios penológicos y penitenciarios; etc.

2. *Alusión a la pena de muerte y a los Tribunales militares de honor*

El segundo párrafo del artículo 15 de la Constitución establece:

«Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.»

(111) B. O. de las Cortes, núm. 182, de 15 de noviembre de 1978, páginas 3958 y ss.

Este precepto carece de antecedentes en nuestro Derecho constitucional y parece inspirado en el artículo 27 de la Constitución italiana, que dice que «no se admite la pena de muerte más que en los casos previstos por las leyes militares de guerra».

En cuanto al alcance de esta excepción al criterio abolicionista de la pena de muerte que sigue nuestra Constitución, queremos únicamente destacar que deberá interpretarse en sentido restrictivo, por lo que entendemos que no basta que exista formalmente un estado de guerra —«estado de sitio», según la terminología constitucional—, sino que es preciso que realmente exista una situación bélica.

El artículo 26 de nuestro Texto fundamental dice:

«Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.»

No citaríamos aquí este precepto a no ser porque su interpretación «a sensu contrario» nos lleva a admitir la posibilidad de la existencia de Tribunales de Honor militares.

No hemos encontrado precedentes de esta norma en Derecho comparado y en cuanto a nuestro Derecho histórico no hay otro que el artículo 4 de la Constitución de 1931, que abolía «todos los Tribunales de Honor tanto civiles como militares».

Los Tribunales de Honor en el mundo castrense nacieron con la finalidad de impedir o restringir los duelos y paulatinamente fueron extendiendo su competencia para enjuiciar conductas deshonorosas de los Oficiales que les hacían indignos de seguir perteneciendo al Ejército, si bien en la actualidad tales Tribunales han desaparecido, salvo muy raras excepciones (112), por estimarse su planteamiento y actuación como contrarios a los principios de legalidad, seguridad e igualdad ante la ley, hoy comúnmente admitidos en los Derechos penal y disciplinario. En nuestro país siguen subsistiendo, con la segunda de aquellas finalidades, estando minuciosamente regulada su forma de proceder en el Código de Justicia Militar (113).

Al debatirse en el Senado el precepto constitucional en cuestión, se abogó por no hacer distinción alguna a la hora de abolir estos tribunales, llegando a calificarse el trato discriminatorio del Proyecto como «una norma anticonstitucional de la propia

(112) Cfr. R. RODOLFO RIVERA: «Los Tribunales de Honor en la República Argentina», en Rev. Española de Derecho Militar, núm. 21, enero-junio 1966, págs. 95 y ss., donde se afirma que los únicos países que mantienen tales Tribunales son Argentina y España.

(113) Arts. 1.025 a 1.046.

Constitución», en base a esos mismos argumentos que motivaron la supresión de aquéllos en otras legislaciones y en otros ámbitos (114).

Creemos que los Derechos penal y disciplinario militares han de alcanzar a toda esa gama de conductas que pueden hacer a un militar, cualquiera que sea su graduación, merecedor de la expulsión de las filas del ejército, sin que haya de ser preciso recurrir a procedimientos donde pueda imperar lo subjetivo o carentes de esas garantías hoy a todos reconocidas.

En todo caso, la Constitución se abstiene y corresponderá al legislador decidir sobre la subsistencia o no de los Tribunales de Honor militares y buen augurio es que las recientes «Ordenanzas» no los mencionen y que, a la par, proclamen que «la justicia debe imperar en los Ejércitos de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad» (115).

CONCLUSION

La Constitución, como es habitual en Derecho comparado y en nuestro propio Derecho histórico, no dedica muchos preceptos a las Fuerzas Armadas, pero sí los suficientes para marcar los rasgos generales de la institución armada dentro del conjunto de las instituciones del Estado.

Entre éstas, reconoce un puesto de honor a las Fuerzas Armadas al referirse a ellas en el pórtico del Texto, donde les asigna una serie de misiones íntimamente ligadas a la pervivencia de la Patria y a la del propio sistema político, desprendiéndose del contexto que en el desempeño de tales cometidos no han de olvidar su carácter instrumental.

Se concibe la defensa nacional como deber de todos, aunque no todos tengan que cumplirlo con las armas.

Se considera a los militares, a la hora del ejercicio de los derechos cívicos, como auténticos ciudadanos, no previéndose, explícita o implícitamente, otras restricciones que las necesarias para que puedan vivir la plenitud de su dignidad, sin merma de la fidelidad a su misión.

Junto a la preeminencia formal que corresponde al Rey como primer soldado de la Nación se le reconocen, también en este ámbito, sus facultades arbitrales y moderadoras. A las Cortes Generales incumbe expresamente la fijación de las bases de la orga-

(114) L. MARTÍN RETORTILLO: Intervención en el Pleno del Senado, el 27 de septiembre de 1978, vid. D. de Ses. Sen. de esa fecha, págs. 2985 y ss.

(115) Art. 14.

nización militar y la potestad legislativa y de control del Gobierno en dicho campo; a este último se le confiere la dirección político-administrativa. Finalmente, se estima como genuina jurisdicción a la castrense, reduciendo su competencia a lo estrictamente militar y sujetando su ejercicio a los mismos principios rectores de la jurisdicción ordinaria.

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 quisiéramos, 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.