Universidade de Santiago de Compostela
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado

Tesis Doctoral

EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS MILITARES

Autor: Isidro Fernández García

Codirigida por los Profesores doctores
Don Roberto Luis Blanco Valdés y Don Miguel Ángel Presno Linera

Santiago de Compostela, abril de 2014

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

Universidade de Santiago de Compostela
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado

EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS MILITARES

Tesis doctoral que presenta el licenciado Isidro Fernández García para la obtención del título de Doctor en Derecho, bajo la dirección de los Profesores Doctores Don Roberto Luis Blanco Valdés y Don Miguel Ángel Presno Linera.

Santiago de Compostela, a 8 de abril de 2014,

Fdo.: Isidro Fernández García.

Vº Bº. Los Codirectores,

Prof. Dr. Roberto L. Blanco Valdés. Prof. Dr. Miguel A. Presno Linera.

Roberto Luis Blanco Valdés, Catedrático de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado de la Universidade de Santiago de Compostela y Miguel Ángel Presno Linera, Profesor Titular de Derecho Constitucional (acreditado como Catedrático) del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oviedo, en su calidad de Codirectores de la Tesis doctoral "El ejercicio de derechos fundamentales por los militares", realizada en el marco del *Programa de Doutoramento en Administracións, Institucións Públicas e Estudos Internacionais* (D3151) por el Licenciado Isidro Fernández García, para alcanzar el título de doctor por la Universidade de Santiago de Compostela, por el presente

DECLARAN

Que tiene la calidad científica suficiente y reúne los requisitos exigidos por la normativa vigente para que pueda ser presentada para su defensa y aprobación ante el tribunal correspondiente.

Santiago de Compostela, a 8 de abril de 2014.

Prof. Dr. Roberto L. Blanco Valdés. Prof. Dr. Miguel A. Presno Linera.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

ÍNDICE

Pág.

ABREVIATURAS 5

PARTE I: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LÍMITES EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE SUJECIÓN DE LOS MILITARES

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1.- Planteamiento de la cuestión..... 8
1.2.- Antecedentes histórico-constitucionales…….. 11
1.3.- Marco normativo tras la Constitución de 1978……..... 17
1.4.- La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas……... 22
1.5.- La delimitación subjetiva del *status* militar. La "brecha" abierta en la Guardia Civil…… 34

CAPÍTULO II: LOS VALORES QUE CONFIGURAN LA INSTITUCIÓN MILITAR COMO ELEMENTOS DE DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES

2.1.- La especial relevancia constitucional de la disciplina y del principio de neutralidad política……... 49
2.2.- La disciplina como elemento esencial para la eficacia de las Fuerzas Armadas en la consecución de sus misiones constitucionales……. 51
2.3.- El principio de neutralidad política como expresión de la subordinación al poder civil…… 61

CAPÍTULO III: LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES. UNA INTENSA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN

3.1.- Los límites a los derechos fundamentales de los militares y sus requisitos son los generalmente derivados del texto constitucional……. 66
3.2.- Las "innominadas" restricciones procedentes de un estatuto de carácter permanente en el marco de una cualificada relación especial de sujeción…….. 70
3.2.1.- Las normas sobre cortesía, disciplina y aspecto físico del militar.. 74
3.2.2.- El régimen de vida de los alumnos de la enseñanza militar de formación y de los internos en un establecimiento disciplinario militar..... 86
3.2.3.- El honor militar: el plus de moralidad exigible a los militares debe establecerse con arreglo a los principios y normas constitucionales y los valores de la sociedad actual: de los tribunales de honor a los expedientes gubernativos .....…….. 91

CAPÍTULO IV: LA PROTECCIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

4.1.- La incidencia del Convenio en los derechos de los militares. Breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos….. 106
4.2.- Las reservas al Convenio formuladas por España…….. 110

PARTE II: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR

CAPÍTULO V: LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, LA INTEGRIDAD Y LA LIBERTAD PERSONAL

5.1.- La dignidad de la persona como principio que irradia todos los derechos fundamentales. Su especial incidencia en los derechos de los militares……. 113
5.2.- El derecho a la vida y a la integridad física y moral. Los tratos degradantes en el ámbito castrense…….. 122
5.3.- El derecho a la libertad personal. El régimen disciplinario militar……. 143

5.4.- El derecho a la libertad de residencia y circulación de los militares. El deber de presencia y la disponibilidad permanente……. 184

CAPÍTULO VI: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN SU ÁMBITO PRIVADO.

6.1.- Los derechos fundamentales del art. 18 CE: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen…….. 196
6.2.- El derecho a la inviolabilidad domiciliaria. En especial, la entrada y registro en los alojamientos, pabellones y residencias militares. Las revistas y el registro de taquillas…….. 203
6.3.- La incidencia de los reconocimientos y análisis médicos para la detección de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el derecho a la intimidad…….. 222
6.4.- El derecho a la protección de datos. En especial, el acceso a los informes personales de calificación de los militares…….. 231

CAPÍTULO VII: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN SU DIMENSIÓN SOCIAL Y COLECTIVA

7.1.- La libertad religiosa. La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. La participación institucional de militares en actos religiosos…….. 246
7.2.- El derecho a la libertad de expresión e información. La libertad ideológica……. 293
7.3.- Los derechos de reunión y manifestación…… 318
7.4.- El derecho de asociación de los militares. En especial, el derecho de afiliación política y sindical. ¿Existe para los militares un modelo de democracia militante? Las asociaciones reivindicativas……. 328

CAPÍTULO VIII: LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN ASUNTOS PÚBLICOS.

8.1.- Los derechos de sufragio activo y pasivo…… 351

8.2.- El acceso en condiciones de igualdad a la función pública militar. En particular, el sexo, la edad y la nacionalidad. La pérdida de la condición militar……... 368

8.2.1.- La discapacidad o enfermedad…… 371

8.2.2.- El sexo y el género…….. 373

8.2.3.- La orientación sexual y la identidad de género……... 385

8.2.4.- La extranjería……... 387

8.2.5.- La edad…… 392

8.2.6.- La especialidad de la función militar. Diferencias entre empleos, cuerpos y escalas…… 399

8.2.7.- La pérdida de la condición militar por circunstancias sobrevenidas……... 406

8.3.- El derecho de petición de los militares…… 411

CAPÍTULO IX: BALANCE SOBRE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FAS 422

PARTE III: LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

CAPÍTULO X: LA TUTELA EXTRAJUDICIAL. LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

10.1.- La tutela extrajudicial de los derechos……... 429

10.2.- La tutela judicial.- Fundamento y configuración constitucional de la Jurisdicción Militar…….. 430

10.3.- El ámbito estrictamente castrense. La extensión y límites de la jurisdicción militar. Su relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley…….. 439

10.4.- Los principios constitucionales en la actual configuración de la jurisdicción militar…….. 448

CAPÍTULO XI: EL ACCESO AL PROCESO Y LOS DERECHOS DEL ART. 24.2 CE

11.1.- Los tradicionales límites en el acceso a la jurisdicción.- El proceso penal militar: la acusación particular y la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar…….. 469

11.2.- La plenitud de control jurisdiccional sobre la potestad disciplinaria militar……... 488

11.3.- Las medidas cautelares del procedimiento disciplinario como *actos de trámite* y su acceso a la Jurisdicción…… 495

11.4.- La aplicación al procedimiento disciplinario militar de las garantías procesales del proceso penal…… 499

PARTE IV: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN SITUACIONES DE EXCEPCIÓN O CONFLICTO

CAPÍTULO XII: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN TIEMPO DE CRISIS, CONFLICTO O GUERRA

12.1.- La incidencia de las situaciones de anormalidad en los derechos fundamentales de los militares. La necesaria actualización de las normas referidas a la declaración de guerra…….. 518

12.2.- Un régimen aparentemente similar de los derechos fundamentales en las situaciones de anormalidad, en operaciones, misiones en el exterior o buques navegando. Las especialidades de la jurisdicción militar y los derechos y garantías del art. 24 CE en estos casos…….... 522

CONCLUSIONES 553

BIBLIOGRAFÍA 584

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA UTILIZADA 603

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ABREVIATURAS

AATC	Autos del Tribunal Constitucional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOD	Boletín Oficial de Defensa
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE 1812	Constitución política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.
CJM 1945	Código de Justicia Militar, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945.
CPM	Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 13 de diciembre.
DDFF	Derechos fundamentales
ET	Ejército de Tierra
FAS	Fuerzas Armadas
FD	Fundamento de derecho
FFDD	Fundamentos de derecho
FJ	Fundamento jurídico
FFJJ	Fundamentos jurídicos
LCM	Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar
LOAES	Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

LOCOJM	Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar
LODA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación
LODDFAS	Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas
LODP	Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición
LODR	Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión
LOLR	Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPM	Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar
LORDFAS 1985	Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas
LORDFAS 1998	Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
Pág.	Página
ROSFAS 1978	Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre

ROSFAS 2009	Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
ss.	siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora, de la Unión Europea)
STMC	Sentencia del Tribunal Militar Central
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
VV.AA.	Varios autores

PARTE I: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LÍMITES EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE SUJECIÓN DE LOS MILITARES

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1.- Planteamiento de la cuestión

Al hilo de la aprobación por las Cortes Generales de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas[1], resulta preciso recordar que los militares, al igual que otras personas o ciudadanos, son titulares de los Derechos Fundamentales que la Constitución Española reconoce y garantiza en su Título I. No se deduce del Texto Constitucional la existencia de distintas clases de ciudadanos en razón a la inmunidad de que gocen frente al Poder Público, ya que todos son titulares por igual de los Derechos Fundamentales que consagra la Norma Suprema.[2] La existencia, por ello, de las conocidas como relaciones especiales de sujeción[3] no resulta de manera general de la Constitución Española (en adelante, CE).[4] Dicho de otra manera, al margen de concretas limitaciones para los funcionarios, los

[1] El devenir legislativo del proyecto ha sido el siguiente: Aprobado el Dictamen de la Comisión de Defensa el 12 de abril de 2011 (*BOCG*, Congreso de los Diputados, de 28 de abril de 2011, serie A, Proyectos de Ley, nº 82-83), el texto recibió finalmente la aprobación del Pleno de la Cámara el día 5 de mayo de 2011 con los votos afirmativos de 305 diputados, ningún voto en contra y solamente 10 abstenciones correspondientes a los diputados de CiU y UPyD. (*BOCG* nº 242, Congreso de los Diputados, de 5 de mayo de 2011, IX Legislatura, año 2011, sesión plenaria nº 230, págs. 25-27). En el Senado el proyecto fue registrado el 16 de mayo y calificado el 24 de mayo de 2011. Ha sido aprobado con modificaciones por la unanimidad de la Cámara Alta el 22 de junio de 2011. El texto ha sido aprobado definitivamente por el Congreso el 14 de julio de 2011 (*BOCG* nº 262, Congreso de los Diputados, de 14 de julio de 2011).

[2] A pesar de la vigencia de los DDFF en las relaciones especiales de sujeción, los sujetos a las mismas se encuentran con restricciones que, con fundamento en determinados bienes constitucionales, no se presentan en las relaciones de general sujeción. *Vid.* en este sentido BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 97.

[3] *Vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, págs. 61-120.

[4] En este sentido, GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 209. *Vid.* en el mismo sentido, LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Herri Arduralaritzaren, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pág. 171 y PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Colección Monografías, Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2006, pág. 97. Gómez Martínez, sin embargo, defiende la existencia real, explícita o implícita en la Constitución de las relaciones o estatus de sujeción especial. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* págs. 69, 80, 83 y 88.

presos o los militares, se ha rechazado la posibilidad de que el Texto Constitucional instaurase un sistema de graduación de los Derechos Fundamentales (DDFF) según su titular, descartándose asimismo una cláusula general de restricción de los derechos de los militares o de cualquier otro colectivo[5].

La CE 1978 establece, como decíamos, concretas limitaciones en el ejercicio de los DDFF respecto a determinados colectivos, incluidos los militares, pero también en relación a los funcionarios, los internos en centros penitenciarios o los jueces y magistrados, entre otros. De manera, que, *stricto sensu*, del tenor literal de la CE 1978 no podemos deducir una vinculación más intensa respecto al Poder Público de los pertenecientes a las Fuerzas Armadas o a un Instituto de naturaleza militar que la que tienen los jueces o los funcionarios o, utilizando un lenguaje administrativista, la relación especial de sujeción en la que se encuentran insertos los militares, si admitimos tal categoría, no parece, según la letra de la Constitución, más fuerte que cualesquiera otras de las generalmente admitidas. Con la finalidad de justificar las restricciones a los DDFF de los militares se invocan por el Legislador y la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional diversos bienes constitucionalmente protegidos, a saber, la disciplina, la unidad, la jerarquía y la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, necesarios todos ellos, para garantizar el cumplimiento de las altas misiones encomendadas por el art. 8 CE[6] a la Institución Militar.

La finalidad del presente trabajo consiste, tras examinar la teoría general de los límites a los DDFF, en analizar, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia de los más altos órganos jurisdiccionales internos y supranacionales, los valores y bienes constitucionales que justifican los límites a los DDFF de los militares y poder llegar a determinar si ello supone una extensión generalizada de las mencionadas restricciones en todo tiempo y lugar, o si resulta preciso justificar caso por caso tales limitaciones, algo que se aventura, no obstante, *a priori* como necesario dado que los militares son, como decíamos, titulares de los DDFF contenidos en el Título I CE 1978 sin distinción respecto a cualquier otro ciudadano, salvando las concretas salvedades expresas que figuran en el Texto Constitucional y ello sin perjuicio del carácter informador que

[5] La enmienda del senador Sánchez Agesta, que pretendía introducir en el texto constitucional una habilitación al legislador para limitar los derechos de los militares con respeto a los principios de la Constitución, fracasó en el debate en Comisión, *BOC*, nº 138, de 1 de agosto de 1978. Además, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, Sesión de 23 de agosto de 1978, pág. 1715 y ss.

[6] "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."

ostenta la permanencia del peculiar estatuto de los militares. Por ello, parece asimismo de utilidad un breve repaso de la teoría de las relaciones especiales de sujeción y la admisibilidad de las mismas en la CE 1978. Sin perjuicio de su debido tratamiento en otro lugar, partiremos como principio, de acuerdo con gran parte de la doctrina, de que, al margen de las explícitas restricciones previstas en el texto constitucional, las relaciones especiales de sujeción no gozan de cobertura como tales en la Constitución.[7]

Pero antes de todo ello será preciso realizar un *excursus* sobre la ya tan debatida naturaleza de las Fuerzas Armadas y las funciones que constitucionalmente tiene encomendadas. El comentario de tales aspectos no resulta baladí ya que, precisamente de la respuesta que proporcionemos a una serie de cuestiones (¿las Fuerzas Armadas son una verdadera Institución o forman parte de la Administración del Estado? ¿El hecho de que las consideremos una Institución supone un blindaje respecto a los DDFF y el resto de los principios constitucionales?, ¿supone acaso una sujeción especial reforzada para el ámbito militar?) dependerá en gran medida la meta que constituye el objeto de este estudio.

Como señalábamos, estrechamente unida a la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas aparece la problemática relativa a sus funciones constitucionales que, aunque aparecen definidas en el art. 8 CE, resulta necesario plantearse si constituyen una lista cerrada o es admisible que les sean encomendadas otras tareas. Planteando el problema más concretamente ¿es posible emplear a las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden público en circunstancias de normalidad constitucional? Al margen de lo que dispone el art. 104 CE[8], la cuestión se complica en lo relativo a la Guardia Civil, dada su doble condición de instituto armado de carácter militar y, por otra parte, cuerpo policial, aspectos que incidirán asimismo, en lo que a nosotros nos

[7] En este sentido, GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución Española*, ob. cit., pág. 209. *Vid*. en el mismo sentido, LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, ob. cit., pág. 171 y PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 97. Ya desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, la STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 4 declara que "[e]s posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de "especial sujeción", "de poder especial", o simplemente "especiales". Lo importante ahora es afirmar que la categoría "relación especial de sujeción" no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos."

[8] "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.
2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad."

interesa, en lo relativo al peculiar régimen de los DDFF de los miembros de este Instituto, diferenciado del estatuto de sujeción del resto de los militares. La respuesta a los interrogantes planteados, aderezada con unos antecedentes históricos sobre los aspectos señalados –téngase en cuenta que la Institución militar ostenta desde la creación de los ejércitos permanentes, con la salvedad de las Milicias Nacionales, el monopolio del uso de la violencia en los Estados (que en ocasiones ha sido utilizado de forma ilegítima)- tratará de hallar justificación constitucional a las restricciones a los DDFF de los ciudadanos que tienen la condición de militares[9], si es que las hay y en qué medida, así como realizando un esfuerzo por determinar el alcance -general o no- de las mismas.

1.2.- Antecedentes histórico-constitucionales

Determinados factores históricos se nos muestran relevantes para el objeto del trabajo que nos ocupa. En primer lugar, la tradicional configuración de las Fuerzas Armadas o Ejército permanente como una institución[10], que tenía encomendadas no sólo las funciones que el vigente art. 8 CE le atribuye sino algunas que hoy podemos considerar extrañas, tales como el mantenimiento del orden público. "Institución" militar que además funcionaba con arreglo a unos principios y normas que no siempre se compadecían con las exigencias de un Estado de Derecho, entre ellas, el sometimiento estricto al Gobierno de la Nación –llamado subordinación a las

[9] Resultará imprescindible asimismo delimitar qué entendemos por "militar" –realizando particular hincapié en el diferente tratamiento legislativo de los DDFF de los miembros de la Guardia Civil respecto a los componentes de las Fuerzas Armadas-, las distintas clases de militares así como las variadas situaciones administrativas en que se pueden encontrar, aspectos todos ellos que influirán en la mayor o menor intensidad de las restricciones a los DDFF de este colectivo.

[10] En los textos constitucionales no encontramos referencias al término "Fuerzas Armadas" hasta la CE 1978 (art. 8), si obviamos lo dispuesto en la franquista Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, donde en su art. 37 podemos contemplar en realidad el más directo precedente normativo del art. 8 CE: "*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*." Este precepto configura en realidad por primera vez a las FAS como un todo integrado por los tres ejércitos y las fuerzas de orden público, algo que lo diferencia del art. 8 CE, como veremos más abajo. Como decía las referencias constitucionales lo eran a "*la fuerza militar nacional permanente*" (art. 356 CE 1812 y Título XIII de la CE 1837, art. 76) y a las milicias nacionales, ya sin carácter de permanencia (art. 364 CE 1812 y 77 CE 1837) o a la "*fuerza armada*" (art. 45.1º CE 1845, arts. 20 y 107 CE 1869, art 13 CE 1876 y 35 CE 1931) pero sin que el término "*fuerza armada*" denote la existencia de un todo o institución que aglutine a varios ejércitos o cuerpos. Si observamos la dicción y la sistemática de los textos constitucionales se utiliza en los preceptos limitativos del derecho de petición con la clara intención de afectar a los individuos con estatuto militar, de manera que las normas constitucionales atinentes a la organización militar realizan una clara distinción entre Ejército y Armada (*ad ex.* art. 21 CE 1876) o entre Ejército y Marina de Guerra (art. 14 CE 1931), sin que apareciese ningún vínculo entre ellos más que el estatuto militar propio de sus miembros y el mando supremo y efectivo del Rey de los mismos (arts. 171 CE 1812, 52 CE 1876 y 70 CE 1869, entre otros, donde prescribe que el Rey dispone de las "*fuerzas de mar y tierra*").

autoridades civiles- y que estaba configurado como una estructura territorial y funcional que la hacían parecer un Estado dentro del Estado.

Pero de estos aspectos nos ocuparemos cuando abordemos lo relativo a la configuración constitucional y funciones de las Fuerzas Armadas, aunque adelantemos ya ahora, a mi juicio, la esterilidad del debate sobre si las Fuerzas Armadas (FAS) son una Institución o forman parte de la Administración del Estado, ya que, aunque tomemos partida por la primera idea apuntada, ello no puede obstar a que las FAS, en su configuración, en el ejercicio de sus funciones y en el marco de la relación especial de sujeción de los militares, donde la *Administración* Militar ostenta potestades de supremacía, esa *Institución*, si se le quiere denominar así, se someta plenamente a los principios constitucionales, tal y como lo ordena el art. 8.2 CE.

Realizando un pequeño recorrido histórico-constitucional sobre las restricciones a los derechos de los militares, nos encontramos en el derecho histórico con tres notas sobre el particular, a saber, la profusión de normas de rango infralegal sobre la materia, la dispersión normativa y el silencio de las diversas constituciones aprobadas sobre estos aspectos[11] hasta la de 1869, donde por primera vez se restringe expresamente en un texto constitucional el ejercicio colectivo del derecho de petición por toda clase de fuerza armada, remitiendo el individual a las normas propias de la Institución, en lo que tuviere relación con el mismo.[12] Pero lo habitual era incidir en los derechos de los militares mediante órdenes, circulares, instrucciones y otros instrumentos de rango menor.[13]

[11] Bien es verdad que no nos encontrábamos respecto a la *Norma Suprema* con auténticas normas jurídicas dotadas de eficacia directa. No obstante, resulta sorprendente cómo estas normas administrativas excepcionaban para los militares los derechos contenidos en las diversas leyes generales que los regulaban, vulnerando así el principio de legalidad, práctica a la que se daba carta de naturaleza considerando el régimen de los militares como estatutario e inserto en una relación de especial sujeción. *Vid.* sobre esta concepción, ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo segundo, Librería Santarén, Valladolid, 1950, pág. 809.

[12] 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.*" Iguales limitaciones se contemplaban en el art. 13 de la Constitución Española de 1876. (art. 13).

[13] Dice al respecto Ballbé que pocas veces se han estudiado estas cuestiones más allá de la "machacona descripción de los diferentes textos constitucionales y de las pormenorizaciones de su articulado", lo que ha llevado a nuestros constitucionalistas, según este autor, "a menospreciar el sistema real de las instituciones jurídicas y de los poderes que jugaron en cada momento histórico y a desdeñar el análisis de la normativa de inferior rango." Culmina este autor concluyendo que "se trata de estudios sobre constituciones formales más que sobre las materias que, en múltiples ocasiones, aparecen en forma de decreto o circular y no en forma de Ley de rango supremo." BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 18-19.

Así, la Orden Circular de 6 de noviembre de 1868 impone a los jefes militares no consentir que "las clases del Ejército tomen parte en ninguna de las asociaciones o reuniones, que tiendan a la expresión de ideas u objetos políticos."[14] El mismo sentido caracterizaba a la Orden Circular de 1 de agosto de 1841. Como acertadamente señala Pascua Mateo, "[l]a regulación de la posibilidad de expresar públicamente opiniones, crear asociaciones o tomar parte en los procesos electorales quedaba en muchos casos al albur de circulares u órdenes del ministro de turno, sin que en muchos casos obedecieran a una decisión premeditada y madura, sino más bien a la necesidad de afrontar sobresaltos del momento, por lo demás no escasos en la agitada historia constitucional del siglo XIX.

Dos excepciones, no obstante, deben subrayarse. En primer término, la etapa, por más que simbólica breve, de vigencia de la Constitución de Cádiz, tanto en el bienio 1812-1814, como en el Trienio liberal de 1820 a 1823, con la ya citada Ley Constitutiva del Ejército.[15] Junto a ella, debe también mencionarse la Restauración de Cánovas, época durante la cual es perceptible un esfuerzo real por someter toda la materia a reglas fijas por medio de leyes."[16]

El autor cita un bloque legislativo, que se caracteriza fundamentalmente por un fuerte sentido codificador, fundamentalmente en materia penal, procesal y de organización de los Tribunales Castrenses, aún divididos por Ejércitos. Así se dictan la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878[17], el Código Penal del

[14] Dicción tomada de MUÑOZ ALONSO, J.M., *Derecho Administrativo Militar II, El Estatuto del Personal*, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989, pág. 357.

[15] Se refiere el autor a la Ley Constitutiva del Ejército de 9 de junio de 1821. Dice al respecto el profesor Roberto Blanco que "[t]anto en el período gaditano como en el Trienio, el liberalismo español desenvolvió una importante actividad legislativa en materia de libertad de imprenta, de la cual sólo nos interesa aquí destacar un aspecto sustantivo: ni en uno ni en otro caso la legislación reguladora estableció limitación o cortapisa en el ejercicio de esa libertad en lo relativo a los profesionales militares, que pudieron, en consecuencia, utilizarla con la amplitud y restricciones sentadas con carácter general." BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Institució Valenciana d'estudis i investigación, Madrid, 1988, pág. 364. Sin embargo en las Cortes liberales "la compatibilidad o incompatibilidad entre libertad de expresión y disciplina militar iba a acabar siendo el caballo de batalla del debate…" *Ibídem.*, pág. 366.

[16] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 90.

[17] En su art. 28 prohibía expresamente a todo individuo del Ejército la asistencia a reuniones políticas, incluidas las electorales, salvo el derecho de emisión de su voto personal si la ley especial se lo otorgare. El problema respecto al sufragio activo es que, aun reconociéndose en los mismos términos que al resto de los ciudadanos, de acuerdo con el propio art. 35 CE 1812 se exigía estar avecindado y residir en el término de la parroquia respectiva, imponiéndose por la ley electoral (*ad. ex*., la de 20 de julio de 1837) la domiciliación por un determinado periodo de tiempo, lo que cercenaba en la práctica al militar el derecho de sufragio activo. Respecto al derecho de sufragio pasivo resulta una constante en el derecho histórico la existencia de "privilegios indiscutibles para quienes ocupaban los primeros puestos del escalón jerárquico, a la vez que introducía ciertas restricciones en grados inferiores, comunes, es verdad a todos los funcionarios." PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 417. Así,

Ejército de 17 de noviembre de 1884, el Código Penal de la Marina de Guerra de 24 de agosto de 1888 y el Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890. Ya en la II República, aunque su Constitución de 1931 recoge varios límites a los derechos de los militares respecto al derecho de petición, sindicación así como en cuanto al sufragio pasivo[18], la tónica de excepcionar la regulación legal o de dictar normas reglamentarias al margen de la misma, volvía a estar presente. En esta etapa resulta significativo el Decreto de 19 de julio de 1934 que prohíbe a los militares de cualquier clase y jerarquía, asimilados y personal con dicha consideración a efectos económicos y jurídicos, mientras permanezcan en activo, pertenecer como socios, afiliados o adheridos a ningún centro, partido, agrupación o sociedad que revista carácter político, ni a ninguna organización o entidad de carácter sindical o societario, tenga o no aquella índole.

Muñoz Alonso además sintetiza otras prohibiciones de este decreto de la siguiente forma:

---

tanto el Estatuto Real de 1834 (Título II, art. 3); Constitución de 1845 (art. 15), así como la de 1869 (art. 62.4) y 1876 contemplaban a diversos oficiales generales como elegibles para la Cámara Alta. En contraste, la CE 1812 en su art. 97 disponía que "[n]ingún empleado público nombrado por el Gobierno podrá ser elegido Diputado de Cortes por la provincia en que ejerce su cargo." Sin embargo no se establecían por el Texto gaditano limitaciones a la capacidad de sufragio pasivo de militares en servicio activo. De hecho, existía un nada despreciable grupo de diputados de las Cortes del Trienio de procedencia militar. Dice al respecto Roberto Blanco que "el detenido seguimiento de sus respectivas trayectorias parlamentarias viene a demostrar que en todos ellos tomó cuerpo la figura del militar ciudadano, es decir, de un militar que definía sus posicionamientos en el ámbito político no básicamente en función de su adscripción profesional cuanto de su filiación ideológica." BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada…*ob. cit., págs. 372 y 373. La diversidad de tratamiento jurídico entre los más altos empleos militares y el resto del escalafón militar resultaba evidente no solo en lo que a la capacidad electoral pasiva se refiere sino en lo relativo al acceso a la función pública civil. Muestra de ello son los artículos 27 y 29 de la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878. El primero prohibía a cualquier militar en servicio activo, sin autorización expresa del Gobierno, "admitir cargo ni misión alguna que le separe del destino militar que desempeñe." Ahora bien, en lógica coherencia con las disposiciones constitucionales, "[e]sta autorización no podrá ser negada a los que sean nombrados o elegidos Senadores o Diputados." El art. 29 preveía que "[ú]nicamente podrán ser colocados en las carreras administrativas civiles los Jefes y oficiales que por exceso de personal estén fuera del cuadro orgánico del Ejército, o sea en situación de excedencia o de reemplazo; pero transcurridos dos años deberán optar por una u otra carrera. La continuación en la civil significa la renuncia en la militar." La Ley Constitutiva del Ejército de 1878 se mantuvo formalmente vigente hasta su expresa derogación por la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, si bien sus disposiciones sobre el derecho de sufragio - fundamentalmente el pasivo- y acceso a la función pública, debían ser tomadas con cautela ya que las distintas normas adoptadas durante el periodo de vigencia de la norma la habían derogado tácitamente en los señalados aspectos. Particularmente, estos efectos tiene el 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, que examinaremos más adelante.

[18] El Texto constitucional de 1931 prohíbe totalmente el ejercicio del derecho de petición (individual o colectivo) por cualquier clase de fuerza armada (art. 35); *sensu contrario*, prohíbe las asociaciones profesionales de militares puesto que solo las admite para los funcionarios civiles (art. 43) aunque para el derecho de sindicación guarda silencio respecto a su ejercicio por militares (art. 39). Por último la condición de militar era causa de inelegilibilidad para la provisión de la Presidencia de la República mientras los militares se hallasen en activo o reserva y hasta transcurridos, al menos, diez años en retiro. (art. 70).

1) "Acudir a la prensa sobre asuntos del servicio ni sobre temas o cuestiones de índole política, sindical o societaria ni de carácter militar, salvo que, en este último caso, lo hagan desde un punto de vista científico y doctrinal, que no envuelva crítica, censura o discusión de las disposiciones legales y reglamentarias que afecten a la organización y funcionamiento del Ejército o de los proyectos del Gobierno y proposiciones de ley que se presenten a las Cortes.
2) Asistir a todo género de manifestaciones, reuniones y actos de carácter político o societario, como igualmente a los que, aun no teniendo aparentemente ese carácter, lo signifiquen por el lugar donde se celebre, por los que en él tomen parte o por otras consideraciones o motivos, cualquiera que sea su orientación o tendencia.
3) Introducir y leer dentro de los Cuarteles, Establecimientos y Dependencias del Ramo de Guerra, periódicos o revistas del carácter mencionado. Los Cuerpos, Centros o Dependencias no podían estar suscritos a periódicos políticos o de carácter sindical."[19]

Las limitaciones que acabamos de comprobar por vía de simple decreto –más bien auténticas suspensiones de DDFF dirigidas a concretos individuos- convertían a los militares en ciudadanos de segunda condenados en ocasiones como mínimo al más puro silencio, pasando por la imposibilidad de realizar vida social sin temor a ser sancionados, llegando a estarles prohibida la lectura de determinados periódicos. Parece que no gozaban de libertad ideológica ni siquiera en el *foro interno*.

Durante el franquismo, sin perjuicio de la habitual participación en política de altos empleos militares en activo[20], el régimen de los derechos fundamentales de estos servidores públicos resultaba permanentemente restringido por un sistema de libertad

[19] MUÑOZ ALONSO, J.M., *Derecho Administrativo Militar II*, ob. cit., págs. 357 y 358.

[20] *Vid.* nota 23. Señala al respecto Fernández Bastarreche que "[d]esde finales de la Guerra Civil hasta 1959-1962 puede hablarse de un período caracterizado por la amplia intervención de las Fuerzas Armadas en los órganos del Estado y una amplia militarización de la sociedad, con presencia de militares en puestos clave de las instituciones económicas y políticas. Fueron años, sobre todo hasta comienzos de la década de los cincuenta, en los que se mantuvieron unos efectivos muy elevados como consecuencia de la posibilidad de una invasión durante la Segunda Guerra Mundial." FERNÁNDEZ BASTARRECHE, F., "Fuerzas Armadas y sociedad: unas relaciones complejas", en VV.AA., *Los Ejércitos del franquismo (1939-1975)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010, págs. 390-391. Para Soto Carmona "[h]ubo una *politización activa* de ciertos mandos procedentes de las Fuerzas Armadas, que actuaron más como políticos que como militares, aunque sin ser esto último hubieran tenido difícil llegar a lo primero; y una *politización pasiva* de la institución castrense, que fue constante y sin posibilidades de vuelta atrás mientras Franco ocupó la Jefatura del Estado. Sin embargo, no puede hablarse de un *sistema militarista*. La *politización pasiva* de la institución tuvo indudables costes negativos para ella misma en términos de opinión pública, como se puso de manifiesto durante la transición a la democracia." SOTO CARMONA, A., "Militares en la política en la España franquista", en VV.AA., *Los Ejércitos del franquismo…*ob. cit., pág. 366. Las cursivas son del autor. *Vid.* en similares términos, BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo…*ob. cit., pág. 430 y ss.

limitada, por lo demás común al resto de los ciudadanos, intensificado en este caso por la aplicación de las prescripciones del Código de Justicia Militar.[21]

El último precedente normativo con anterioridad a la Constitución de 1978 viene constituido por el 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, aprobado durante la época de la Transición Política. Fue desarrollado por el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril. Esta norma limitaba extraordinariamente los derechos políticos de los militares en activo[22] hasta reducirlos a la mínima significación.

Así el art. 2 de esta disposición prescribía que

> "Quienes con carácter profesional formen parte de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea su empleo y situación, no podrán, salvo lo establecido en el artículo quinto:
>
> Uno. Estar afiliados, colaborar o prestar apoyo a ningún tipo de organización política o sindical, salvo el derecho de sufragio activo.
>
> Dos. Expresar públicamente, en cualquier forma, opiniones de carácter político o sindical, en relación con las distintas opciones de partido, grupo, asociación u organización.
>
> Tres. Asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter.

[21] Así, las prohibiciones del art. 28 de la antigua Ley Constitutiva del Ejército de 1878 resultaban reforzadas mediante el art. 437 del Código de Justicia Militar de 1945, que castigaba en su apartado 5º: "Asistir sin autorización a manifestaciones políticas por primera vez o, por primera vez también, acudir a la Prensa sobre asuntos del servicio.

Se considerarán para este efecto comprendidos en el párrafo anterior:

Los escritos contrarios a la disciplina o al respeto debido a las Autoridades militares y superiores jerárquicos cuando no constituyan responsabilidad más grave.

Las discusiones que susciten antagonismos entre los distintos Cuerpos o Institutos de los Ejércitos o que promuevan disgustos o falta de armonía y fraternidad entre las clases militares.

La emisión de opiniones sobre actos del Jefe del Estado, del Gobierno y de las Autoridades y Jefes militares.

Las polémicas no autorizadas sobre proyectos de carácter militar y, en general, sobre materias cuya resolución corresponda a los poderes del Estado.

Las peticiones por medio de la imprenta u otro medio de difusión o publicidad y cuantas manifestaciones puedan considerarse asuntos del servicio."

Asimismo, el art. 437.5 contemplaba como falta grave "[f]altar públicamente al respeto debido a las Autoridades o a cualquier superior de categoría de Oficial o Suboficial de modo que no llegue a constituir delito." El art. 440 castigaba con arresto militar o destino a un Cuerpo de disciplina al militar "que tolere en las fuerzas a sus órdenes faltas de subordinación, murmuraciones contra el servicio o las Instituciones fundamentales del Estado, conversaciones contra los Oficiales o especies o manifestaciones contrarias a la conformidad con que todos deben recibir sus asignaciones o cumplir sus deberes sufriendo las fatigas y privaciones de la profesión armada y no arreste a los culpables o no dé cuenta inmediata a sus superiores." Cuando el Oficial por segunda vez asistiese a manifestaciones políticas o por segunda vez también acudiese a la Prensa sobre asuntos del servicio sin estar debidamente autorizado ya incurría en delito militar sancionado hasta con seis años de prisión. (art. 410 CJM).

[22] Para ejercer las actividades políticas y sindicales contempladas en el art. 2 del Real Decreto-Ley 10/1977 el personal militar debía solicitar y obtener el pase a la situación de "retirado" o el pase definitivo a "situación especial" (asimilada a la reserva), en el caso de los Oficiales Generales. (art. 5).

> Asistir de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a cualesquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical.
>
> Cuatro. Ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical.
>
> Cinco. Aceptar y ejercer cargos públicos de designación directa, salvo los de la administración militar o que sean propios de su condición militar y los que se determinan en el artículo tercero."

Podemos encontrar justificación a estas restricciones, que se mantuvieron vigentes en España hasta su derogación por la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, en la historia reciente de España, con una intervención habitual de los militares en política.[23]

Contemporáneas en su espíritu a la Constitución, pero sin embargo preconstitucionales, fueron promulgadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas[24], que, han sido derogadas o degradadas a rango reglamentario por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar[25], sustituyéndose la rúbrica relativa a los derechos y deberes de los militares por la vigente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio.

1.3.- Marco normativo tras la Constitución de 1978

A la entrada en vigor de la Constitución de 1978, las restricciones a los derechos de los militares se encontraban pues en el ya citado 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, aprobado durante la época de la Transición Política y que fue desarrollado por el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril.

---

[23] En particular, en el régimen del general Franco, además del peso sociológico y político de los altos mandos militares, éstos tenían reservados por ley una serie de puestos en las altas Instituciones del Estado. Así, por ejemplo, "*el Capitán General o, en su defecto, el Teniente General, en activo y de mayor antigüedad de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire*…" formaba parte del Consejo de Regencia y del Consejo del Reino (arts. 3 y 4 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947); además, este último órgano consultivo del Jefe del Estado estaba compuesto, entre otros, por "*el General Jefe del Alto Estado Mayor o, en su defecto, el más antiguo de los tres Generales Jefes de Estado Mayor de Tierra, Mar y Aire*." (art 4 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado). En cuanto a las Cortes Españolas, encontramos que el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar era Procurador en Cortes [art. 2 c) de la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942]. Asimismo, el Jefe del Estado gozaba de la potestad de designar, en número no superior a veinticinco, como procuradores a personas "por su jerarquía eclesiástica, *militar* o administrativa, o por sus relevantes servicios a la Patria…oído el Consejo del Reino…" [art. 2 j) de la Ley Constitutiva de las Cortes]. La cursiva es mía.

[24] BOE nº 11, de 12 de enero de 1979, corrección de errores en el BOE nº 34, de 8 de febrero. Si prestamos atención se trata de una norma aprobada con anterioridad a la vigencia de la Constitución, pero publicada cuando ésta llevaba ya varios días en vigor. *Vid.* al respecto lo indicado en la nota 29.

[25] Disposición Transitoria 12ª y Derogatoria Única.

Esta norma, como hemos tenido oportunidad de comprobar en el anterior epígrafe, limitaba extraordinariamente los derechos políticos de los militares en activo[26] hasta reducirlos a la mínima significación. Estas restricciones se mantuvieron vigentes en España hasta su derogación por la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. Un carácter rehabilitador para los militares que pasaron a retiro y perdieron irreversiblemente su carrera debido al ejercicio de actividades políticas o sindicales, y ello por efecto de la aplicación del Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, lo tuvo el art. 1 de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, por la que se regula el reconocimiento de determinados empleos militares, que les reconocía el derecho a solicitar el empleo militar que hubiese obtenido en régimen ordinario de ascensos el que les siguiera en el escalafón de procedencia en el momento de su pase a retiro.[27]

Asimismo de forma paralela a la Norma Suprema se elaboró la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que, aunque publicada estando ya en vigor el Texto Fundamental[28], no podíamos en esencia reprocharle vicio de inconstitucionalidad alguno ya que cuando fueron aprobadas por las Cortes (todavía bajo la estructura normativa del Régimen anterior) no existía la categoría normativa de las leyes orgánicas por lo que no parecía posible exigirle al Legislador la promulgación de una ley orgánica (aunque la nueva Constitución llevase ya unos días vigente) ya que la norma se encontraba ya sancionada y promulgada y a falta de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*[29].

De la misma manera que, según la doctrina constitucional, la exigencia de reserva de ley orgánica no puede imponerse a las normas (con rango reglamentario)

---

[26] Para ejercer las actividades políticas y sindicales contempladas en el art. 2 del Real Decreto-Ley 10/1977 el personal militar debía solicitar y obtener el pase a la situación de "retirado" o el pase definitivo a "situación especial" (asimilada a la reserva), en el caso de los Oficiales Generales. (art. 5).

[27] Sin embargo, el carácter reparador de la ley 27/1991 fue más simbólico que real ya que, a pesar de las previsiones de su art. 1, que, en cierta forma, contemplaba mediante el ascenso la reconstrucción de la carrera militar de los afectados por el retiro irreversible a causa del ejercicio de actividades políticas o sindicales (*vid.* nota anterior), el nuevo empleo militar se les concederá con efectividad de la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/1991 y además, y esto es lo importante, "*no supondrá modificación alguna en su situación de retirado ni en los derechos que tuvieran reconocidos con anterioridad.*" (art. 1 de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, por la que se regula el reconocimiento de determinados empleos militares).

[28] BOE nº 11, de 12 de enero de 1979, corrección de errores en el BOE nº 34, de 8 de febrero.

[29] La cuestión parece un supuesto excepcional ya que la Ley 85/1978, por la que se aprueban las nuevas Reales Ordenanzas para las FAS fueron sancionadas y promulgadas el mismo día que la actual Constitución (28 de diciembre), aunque todavía ésta no se hallase vigente. Sin embargo, la publicación en el BOE se retrasó hasta el 12 de enero de 1979, fecha en que la Norma Fundamental se encontraba ya vigente.

preconstitucionales[30], no debemos exigirlo a aquellas cuyo procedimiento legislativo (excepto la publicación) se ha desarrollado enteramente –incluyendo la sanción y promulgación- bajo las exigencias de un ordenamiento que no contemplaba en su sistema de fuentes la ley orgánica. Luego no cabía otra opción que la publicación de una norma con rango de ley que ya estaba aprobada, sancionada y promulgada con arreglo al sistema de fuentes de ese momento.[31]

Incluso aunque la Constitución de 1978 llegase a entrar en vigor antes de la sanción regia de las ROSFAS de 1978 no le cabía otra opción al Jefe del Estado que la sanción de una norma previamente aprobada por las dos Cámaras de las Cortes Generales con arreglo al procedimiento legislativo establecido. Distinto sería, por ejemplo, si la norma se encontrase pendiente aún de la aprobación del Senado pero, en ese estado, no cabe ya margen a la discrecionalidad y se imponía tanto la sanción como –en este caso- la publicación de la Ley. Se trata, podríamos decir, de los efectos retardados o diferidos del ordenamiento anterior a la Constitución, dando lugar a eventualidades no previstas por la nueva Constitución.[32]

---

[30] En este sentido, por todas, SSTC 53/1994, de 24 de febrero; 117/1995, de 17 de julio; 194/1998, de 1 de octubre; 162/2003, de 15 de septiembre; 201/2003, de 10 de noviembre y 172/2005, de 20 de junio, además de los AATC 124/2005, de 4 de abril y 788/1984, de 19 de diciembre. Particularmente, este último señala, en lo que nos interesa, que "este Tribunal, en doctrina tan reiterada como conocida, ha determinado que la Constitución no tiene efectos retroactivos en este orden de cosas, no pudiéndose exigir rango de Leyes Orgánicas a las que en el momento de dictarse esa forma no les resultaba impuesta, por ser fuentes de Derecho diferentes las normas preconstitucionales que las fuentes de Derecho posconstitucionales, por lo que se evitó la declaración de inconstitucionalidad de aquéllas aunque estuviesen sometidas a un menor rigor formal."

[31] La misma postura es sostenida por PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 146-148. No puedo compartir en este sentido el parecer de Blanco Valdés que funda la inconstitucionalidad de las derogadas ROSFAS de 1978 en que son posteriores a la sanción, la publicación y la entrada en vigor de la CE, por lo que deberían cumplir las exigencias formales de ésta (art. 81) para aprobar normas que desarrollen DDFF. Aunque los datos ofrecidos por este autor son ciertos, no así, en mi opinión, sus consecuencias ya que, aunque, y éste es el elemento clave, la sanción de la Ley 85/1978 por la que se aprueban las ROSFAS sea posterior en el tiempo a la sanción de la CE 1978, ésta todavía no estaba ni publicada ni, consecuentemente, en vigor; luego al legislador de las ROSFAS no le era exigible, en mi opinión, el procedimiento previsto en el art. 81 CE para la aprobación de leyes orgánicas. *Vid.* BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 92. Curiosamente Gómez Martínez, pese a defender su inconstitucionalidad formal, mantiene que al Legislador de las ROSFAS de 1978 no le eran exigibles unos requisitos constitucionales que todavía no estaban vigentes dada la inexistencia en el ordenamiento de la fuente normativa que la CE regularía en su art. 81. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., págs. 53-56.

[32] Señala Pascua Mateo una posible solución mediante una disposición similar a la contenida en Disposición Final de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, que excluía de su jurisdicción, entre otras las leyes aprobadas por las Cortes Constituyentes. Esta solución, a no ser que se incluyese en el mismo texto constitucional, difícilmente parece conciliable con los preceptos de la Norma Suprema. *Vid.* PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 111 y 112.

Pues bien, las Reales Ordenanzas de 1978 han conservado su vigencia a los efectos de la regulación de los derechos y deberes de los militares, tras la derogación de parte de sus preceptos por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Los preceptos vigentes, a salvo los relativos a los derechos de los militares, fueron degradados a rango reglamentario y posteriormente sustituidos por las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, además de por el Real Decreto 194/2010, que aprueba las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas.[33]

Los preceptos que la Ley de la Carrera Militar de 2007 mantuvo en vigor de las Ordenanzas de 1978 eran los referidos al estatuto básico de derechos y deberes del militar. Así, aquella norma declaró expresamente vigentes[34] los artículos 169 (reconocimiento con carácter general de los derechos reconocidos en la Constitución)[35], 174 (intimidad personal y familiar e inviolabilidad domiciliaria), 177 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 178 (derecho a la libertad de expresión), 180 (libertad de reunión y manifestación), 181 (derecho de asociación con proscripción de participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa y del derecho de huelga), 182 (neutralidad política y sindical) y 185 (prohibición de discriminación por razón de sexo, raza, nacimiento, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social).

No debemos olvidar asimismo que el régimen de derechos y deberes de los militares de reemplazo aparecía contenido en el capítulo IV de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, hasta la desaparición de esta obligación personal de los ciudadanos españoles, al menos en la forma en que era entendida hasta el momento.[36]

---

[33] *Vid.* al respecto la disposición transitoria duodécima y la derogatoria única de la LCM 2007; disposiciones derogatorias únicas del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas.

[34] *Vid.* disposición derogatoria única.

[35] El texto era el siguiente: "El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas."

[36] La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del personal de las Fuerzas Armadas, en su disposición adicional decimotercera, apartado 1 dispuso la suspensión de la prestación del servicio militar regulada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, a partir del 31 de diciembre del año 2002. Sin embargo, el Gobierno, al amparo de la disposición transitoria decimoctava de la citada norma, adelantó al 31 de diciembre de 2001 la fecha de la suspensión de dicha prestación personal, y ello mediante el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo. No obstante, fue la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional la que ha derogado formalmente la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar. En su exposición de motivos la Ley de la Defensa Nacional afirma que

Sin embargo, para completar el régimen jurídico de la cuestión, fundamentalmente en lo que se refiere a los derechos de reunión y manifestación así como el de asociación profesional, a lo expuesto debíamos añadir lo dispuesto en las leyes orgánicas de desarrollo de cada uno de los DDFF así como las prescripciones (puesto que tipifican infracciones de ese código que son las reales ordenanzas, que contempla los principios configuradores de la profesión militar[37]) de las correspondientes leyes disciplinarias, a saber, la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. En el ámbito de este instituto armado la norma que regula los derechos de los militares del Benemérito Cuerpo se trata de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

Ése era el estado de la cuestión hasta el 1 de octubre de 2011, fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Al examinar cada uno de los DDFF de los militares, analizaremos, por ello, la citada norma junto con singulares preceptos de las normas disciplinarias y, en el ámbito de la Guardia Civil, la ley orgánica que ahora le es de aplicación a sus miembros, sirviéndonos así de cualificado elemento comparativo respecto al régimen establecido para las FAS.

Antes de comenzar con el examen singularizado de cada uno de los derechos objeto de nuestro análisis importa comenzar reseñando el texto del art. 3 de la ley orgánica 9/2011, de derechos y deberes:

"Los miembros de las Fuerzas Armadas son titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en la propia

"[l]a desaparición del servicio militar obligatorio exige que se prevea con mayor relevancia el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el artículo 30 de la Constitución, para lo que se refuerza y actualiza la posibilidad de incorporación de los ciudadanos, como reservistas, a las Fuerzas Armadas." En este sentido la propia Ley Orgánica, en la parte relativa a la contribución de recursos nacionales (capítulo V) se refiere a la incorporación "de los reservistas que se consideren necesarios." [art. 29 a)]. La Ley 39/2007, de la Carrera Militar establece la posibilidad y el procedimiento para la declaración general de reservistas obligatorios, que afectará a los que en el año cumplan una edad comprendida entre diecinueve y veinticinco años. (art. 136 y siguientes).

[37] Junto con las reglas básicas de comportamiento del militar, consagradas ahora en el art. 6 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de 2011, y que son desarrolladas por el Real Decreto 96/2009, que aprueba las Reales Ordenanzas de 2009. (art. 6.2 LODDFAS 2011 y 4.3 LCM 2007).

Constitución, en las disposiciones que la desarrollan, en esta Ley Orgánica y en *las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares*."[38]

Destaco la referencia a las leyes penales y disciplinarias militares ya que se trata de una novedad de la ley orgánica de derechos y deberes de 2011, que no aparecía en las ordenanzas de 1978 ni en la ley orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

Sin embargo, a mi entender no sería posible realizar una interpretación de los límites de manera que con una simple previsión en la ley disciplinaria o penal resultase legítimo constitucionalmente vaciar de contenido la ley orgánica de derechos o el propio texto constitucional. Por ello, aun resultando plausible la nueva técnica de la nueva ley de derechos y deberes, que determina que sea la ley disciplinaria la que se adapte al nuevo estatuto de DFFF del militar y no al revés (disposición final octava LODDFAS 2011), parece poco coherente que la nueva norma configure a las leyes penales y disciplinarias militares como instrumentos normativos autónomos para el establecimiento de límites a los derechos al mismo nivel que las leyes orgánicas dictadas en desarrollo directo de la Constitución o la propia ley orgánica de derechos y deberes de 2011.[39]

De esta forma, debiera explicitarse en el propio art. 3 LODDFAS 2011 el carácter instrumental de las leyes orgánicas penales y disciplinarias respecto al estatuto diseñado ahora con carácter primordial en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio.

1.4.- La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas

La CE 1978 contempla a las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS) y regula básicamente su composición y funciones en el art. 8, incardinado en el Título Preliminar. Con esta ubicación y opción normativa del Constituyente surgen una serie de preguntas: ¿Las FAS forman parte de la Administración del Estado o son una Institución singular como han pretendido algunos autores? Si se las considera una institución, ¿qué relevancia constitucional presenta esa consideración? ¿Puede ello suponer la existencia de unas FAS autónomas respecto al Gobierno para el cumplimiento de las funciones que constitucionalmente tiene asignadas con unas

[38] Sin embargo, en el ámbito de la Guardia Civil, el art. 2 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, dispone lo siguiente: "Los Guardias Civiles son titulares de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en ésta, en las disposiciones que la desarrollan y en la presente Ley Orgánica."

[39] *Vid.* Disposición Final Octava.

normas y un sistema de valores propios? ¿se consagra con ello el "blindaje" de la Institución militar respecto a los valores constitucionales para preservar los suyos propios?

La respuesta a estas incógnitas se revela clave en el tratamiento de los DDFF de los militares puesto que si, sosteniendo una concepción institucionalista de las FAS, llegamos a la conclusión de que la CE 1978, consagra en su Título Preliminar a la *Institución Militar* como un "mundo aparte" inmunizado respecto al cumplimiento general de los valores, principios y normas constitucionales, la singularidad militar vendrá entendida como una cláusula, implícita en la Constitución, por la que el Legislador, e incluso la Administración Militar, quedaría habilitado para introducir en los DDFF de los militares unos límites que podrían llegar a ser verdaderamente exorbitantes, por cuanto esa clase de ciudadanos quedaría inmerso en un "limbo" o en una "cápsula" ajena al control de legalidad y a la influencia que irradia el sistema general de DDFF y libertades públicas consagrados en el título primero de la Constitución Española.

Existen algunos autores que, bien es cierto que dejando claro el principio de subordinación al poder civil, sostienen el carácter institucional de las FAS. Así Trillo-Figueroa mantiene que "[l]*as Fuerzas Armadas* sólo pueden considerarse unitariamente, desde una perspectiva jurídica, *como una Institución* del Estado y en nuestro Derecho, de carácter constitucional."[40] Y a continuación enumera uno a uno los requisitos que Santi Romano exigía para estar en presencia de una institución jurídica para considerarlos cumplidos en el caso de las FAS, a saber:

1º.- «*Idea de la obra a realizar*».

2º.- «*Poder organizado, órganos* que se integran en las distintas esferas del Estado, tanto en lo ejecutivo como en lo judicial, pero manteniendo su unidad sustancial por

3º.- «*las manifestaciones de comunión en la idea*», que entraña la armonía de voluntades bajo la dirección de un jefe.

[40] TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, F., "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional)", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 12, noviembre – diciembre de 1979, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 113. Matiza más López Garrido quien considera a las FAS como *una institución de relevancia constitucional*, distinguiéndolas de los órganos constitucionales y los órganos de relevancia constitucional. LÓPEZ GARRIDO, D., "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 952-965.

4º.- el *status* específico de los miembros de la Institución, en este caso de los militares.

5º.- La existencia de un Ordenamiento propio, esto es, el Derecho Militar.[41]

La referencia y el reconocimiento a las FAS como Institución llegaron a tener plasmación legislativa.[42] Ello ya no es posible sostenerlo en el marco del Estado democrático y de Derecho derivado de la Constitución de 1978, puesto que los órganos, el *status* así como el Derecho propio a los que alude Trillo-Figueroa (aún con una concepción de supremacía del Poder Civil) son los creados bajo el corolario de la norma constitucional de 1978, así como de sus principios y valores. De manera que, como dice Cotino Hueso "no es la institución militar previa a la norma la que impone la regulación. La naturaleza y realidad sobre las que se funda el ordenamiento jurídico-militar están en muy buena medida determinadas por el derecho (por ejemplo, el art. 8 CE determina tanto lo que son las FAS cuanto sus propias misiones así como los principios en los que se basa la organización militar).

Ahora bien, lo anterior no impide reconocer la existencia de principios y valores propios de la institución militar (disciplina, eficacia, subordinación política, etc.), pese a que tales valores o principios militares no estén enunciados constitucionalmente […] Como se verá, para que los valores y principios castrenses sean admisibles no se trata de que la Constitución los reconozca sino que los mismos no sean contrarios a la norma suprema."[43]

---

[41] TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, F., "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española…" ob. cit., págs. 113 y 114.

[42] A título de ejemplo, la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 reconoce al Ejército como "*una institución especial por su objeto e índole*". (art. 1º). De la misma forma la nueva Ley Constitutiva del Ejército de 19 de julio de 1889 le da el carácter de "*institución nacional regida por leyes y disposiciones especiales, y cuyo fin principal es mantener la independencia e integridad de la patria y el imperio de la Constitución y las leyes.*" (art. 1º). El art. 2º de la primera de las normas enunciadas consagraba como la "*primera y más importante misión del Ejército… sostener la independencia de la patria, y defenderla de enemigos exteriores e interiores.*" Si continuamos examinando el texto de ambas normas así como la caracterización jurídica y política de las FAS en la época decimonónica y hasta tiempos bien recientes, tendremos oportunidad de comprobar cómo las FAS suponían una especie de poder autónomo, un Estado dentro del Estado, a cuya cabeza se encontraba el Rey con facultades de mando efectivo y de disposición de las fuerzas de mar y tierra (art. 4 de la Ley Constitutiva de 1878).

[43] COTINO HUESO, L., "La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de los clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 50, Madrid, 2001, pág. 147. No podemos hablar de un código de valores castrenses en el más estricto sentido de la palabra hasta el surgimiento del estado liberal, y con él de la problemática determinada por las relaciones del poder civil con el militar. Así Blanco Valdés considera que "[s]ólo con el surgimiento del ejército nacional burgués, que desarrolla la profesionalidad militar en una medida totalmente desconocida en los más perfeccionados ejércitos permanentes del absolutismo, las altas y cualificadas autoridades militares fueron dejando paulatinamente, aunque dificultosamente, de seleccionarse en base a su previa

A día de hoy, a nuestro entender, resulta estéril discutir si nos encontramos ante una institución o no puesto que la reconocida singularidad militar, que determina unos principios y valores propios de funcionamiento, así como un estatuto propio de los militares, con la consiguiente limitación de sus DDFF, solo resultará legítima constitucionalmente si se ajusta a las exigencias de la Norma Suprema, en lo que a nosotros más nos interesa respecto a la posibilidad de limitar los DDFF por ella reconocidos. No hay pues excepciones y si las hay deben justificarse caso por caso invocando algún bien constitucionalmente protegido y acreditar que se cumplen los requisitos constitucionales de todo límite. Así lo considera Cotino Hueso[44], autor que no tiene inconveniente en reconocer la tesis institucionalista siempre que se sujete plenamente a la Constitución y al Derecho. De esta manera precisa este autor que "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 la naturaleza o historia de lo militar queda, en primer lugar, a expensas de los mandatos, principios y valores reconocidos por la Constitución. La naturaleza y 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."[45]

Sin embargo, el autor sí anuda algún efecto al hecho de entender a día de hoy que las FAS son una institución, esto es, "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 (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."[46] Sin embargo, debemos objetarle a este autor que, aunque no afirmemos que las FAS son una institución, los valores inherentes a los Ejércitos –

---

adscripción aristocrático-estamental, y comenzaron de forma creciente a asignarse en relación con criterios de tipo profesional. Sólo entonces, las autoridades militares pasarán a ser verdadera y esencialmente tales y a generar una ideología, una ética político-profesional, susceptible de entrar en abierta oposición con la de los agentes civiles. Por eso, como apunta el propio Huntington, la existencia de un cuerpo de oficiales como un cuerpo profesional ha dado un carácter único al moderno problema de las relaciones civiles-militares." BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada…*ob. cit., pág. 242. *Vid.* asimismo FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986.

[44]COTINO HUESO, L., "La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución…", ob. cit., pág. 170.

[45] *Ibídem.*, págs. 149 y 150.

[46] *Ibídem.*, pág. 167. De manera que, como dice este autor, para que cupiese la posibilidad de que el Constituyente hubiese *inmunizado* a la institución respecto a los propios principios, valores y normas constitucionales se exige la forma expresa, cosa que no ha sucedido en la CE 1978.

disciplina, unidad, jerarquía, neutralidad política, etc.- pueden extraerse del Texto constitucional.

Lo relevante, a mi juicio, resulta ser que, llamemos o no a las FAS institución, esos típicos valores castrenses –algunos de ellos configuradores de la esencia de un Ejército para poder ser denominado como tal- se ajusten a la Constitución. Es decir, solo gozarán de cobertura constitucional en tanto respeten el código general de normas, principios y valores constitucionales. Por tanto, solamente en la medida que implícitamente admitidos por el art. 8 CE se justifican los límites a los DDFF que aquéllos imponen, y no a la inversa.

La autonomía del poder militar no se reflejaba de forma expresa en el ordenamiento vigente hasta la Constitución Española de 1978, si bien sí de forma inherente al propio sistema institucional.[47] Por ello, entonces sí tenía sentido definir jurídicamente a las Fuerzas Armadas como una Institución, es decir, un Estado dentro del Estado, con sus propios órganos que ostentaban funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, todo ello bajo el corolario de un ordenamiento primario que proclamaba no la separación de poderes sino la "*unidad de poder y coordinación de funciones*"[48]. Huelga decir que, en tal situación de comunidad cerrada, resultaba impensable pretender extender para los pertenecientes a las FAS el mismo régimen de derechos y libertades del resto de los ciudadanos, asimismo muy restringido. Como impensable resultaba contar con un auténtico sistema de revisión jurisdiccional de las resoluciones administrativas que afectaban a la Defensa nacional o de las simples resoluciones administrativas sancionadoras y ello por dos motivos:

1.- El principio de disciplina militar, que supuestamente quedaría afectado por el cuestionamiento judicial de las resoluciones imponiendo sanciones, en muchas ocasiones privativas de libertad.

2.- El hecho de que en el derecho militar histórico la potestad de sancionar –bien disciplinaria o penalmente- era una facultad ligada tradicionalmente al mando, llegando a estar prácticamente confundidos el régimen disciplinario y el penal como los dos pilares coactivos en que el jefe militar se apoyaba para el mantenimiento de la

[47] *Vid.* notas 23 y 49. Según Blanquer, siguiendo a López Ramón, el periodo que media entre 1808 y 1874 se caracteriza por la pugna entre los principios monárquico y democrático, que "se saldará en la Restauración con la implantación de las Fuerzas Armadas como poder independiente dentro del Estado, situación que, con el paréntesis de la Segunda República, se prolonga en el régimen político surgido de la Guerra Civil." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado, La Constitución y el servicio militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 508.

[48] Art. 2.II de la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero.

disciplina. Teniendo en cuenta esta concepción instrumental del *ius puniendi* –tanto del disciplinario como del penal- al servicio de la autoridad militar en orden a la garantía última de la disciplina, nos parece obvio decir que el ejercicio de la potestad disciplinaria resultaba inmune a cualquier control jurisdiccional.

Pues bien, desterrada tras la CE 1978 tal concepción institucional de las FAS, debemos concluir que las FAS, a nuestro entender son esencialmente Administración militar y, por ello, Administración del Estado, sometidas exclusivamente al Gobierno de la Nación *ex* art. 97 CE. Si repasamos las distintas funciones en que antaño participaban las FAS –o más concretamente, determinadas autoridades militares- lo comprenderemos:

1.- Respecto a la supuesta facultad de las Autoridades Militares de dictar bandos[49], aunque pudiese pensarse en ello en las situaciones excepcionales definidas en

[49] Esta autonomía del poder militar quedaba reforzada mediante una fuerte estructura territorial donde destacaba el papel del Capitán General de la Región Militar, que aparecía como un auténtico virrey en su territorio al que la legislación preconstitucional le atribuía un conglomerado de importantísimas atribuciones que le convertían en algo más que una autoridad administrativa. Como dice Peñarrubia Iza, "tradicionalmente las Fuerzas Armadas participaban de los tres poderes del Estado, dentro de su ámbito peculiar, y estaban dotadas, en consecuencia, de capacidad legislativa, ejecutiva y judicial, con sometimiento directo al Monarca o al Jefe del Estado…" PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., págs. 59 y 60. Esta estructura territorial con sus dependencias se regulaba, hasta la entrada en vigor del Real Decreto 912/2002, en una serie de normas reglamentarias, de las que citamos, como ejemplo, las siguientes: Decreto 164/1968, de 1 de febrero, por el que se reorganizan las Regiones y Zonas Aéreas del territorio nacional, Decreto 3209/1973, de 14 de diciembre, de Zonas, Provincias y Distritos Marítimos y Real Decreto 1132/1997, de 11 de julio, por el que se reestructura la organización militar territorial nacional para el Ejército de Tierra. Sobre las competencias jurídico-administrativas de los capitanes generales de las regiones militares y asimilados en la anterior ordenación, *vid.* GUAITA MARTORELL, A., "Capitanes y Capitanías generales", en *Revista de Administración Pública*, nº 111, septiembre-diciembre 1986, págs. 7-50. Las funciones que aparecían confundidas en las autoridades militares territoriales del anterior régimen, en mi opinión, no eran sino reminiscencia del antiguo estado absolutista, de forma que con el surgimiento del estado liberal, según Roberto Blanco, "se planteaba la exigencia de apartar al supremo mando castrense de todas aquellas funciones que había venido ejerciendo en el pasado no encuadrables estrictamente en el terreno especializado de lo militar (judiciales, gubernativas, económicas, etc.). Es decir, se convertía al ejército, a la fuerza armada nacional, en un sector funcionalmente especializado dentro del aparato administrativo del Estado: el dedicado a la legal aplicación de la violencia en la regulación del conflicto político y social y en la confrontación interestatal frente a enemigos exteriores." BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada…*ob. cit., pág. 252. Pues bien, por lo que respecta al vigente régimen constitucional, como expresión directa el principio de subordinación al poder civil, coincidimos con López Ramón en que "en modo alguno cabe pensar que las Fuerzas Armadas tengan reconocida ninguna esfera de actuación propia, inmune a la intervención estatal, autónoma. Tampoco puede decirse que les corresponda ninguna fundamental función ordenadora del Estado, ya que deben actuar con absoluta subordinación a lo establecido por el órgano constitucional que dispone de ellas." LÓPEZ RAMÓN, F., "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, *vid.* págs. 2571-2572. Resalta igualmente Blanco Valdés que "[e]l Estado democrático ha actuado en esta línea en la búsqueda de tres finalidades mutuamente coherentes: en primer lugar, la de introducir en el seno de la organización militar, hasta allí donde resulte compatible con sus peculiaridades organizativas, los principios generales del Estado constitucional, con la intención de reducir al mínimo el *ordenamiento jurídico militar*, entendido como un sector del ordenamiento inmune o situado al margen de sus más globales valores informadores. En segundo lugar, la de reducir, también al mínimo, los niveles de

la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio –concretamente, en estado de sitio-, esta posibilidad quedaría circunscrita a ese ámbito y siempre bajo la dependencia exclusiva del Gobierno, y ello de acuerdo con la Constitución, la LO 4/1981 y las condiciones de la declaración del estado de sitio aprobadas por el Congreso (art. 34 de la LO 4/1981). Con carácter general debe recordarse que la potestad legislativa del Estado corresponde a las Cortes Generales (art. 66 CE) y la reglamentaria, al Gobierno, en virtud del art. 97 del Texto Constitucional.

2.- Frente a quien considera a la jurisdicción militar como parte de las FAS[50], es preciso señalar que la justicia castrense, tras las profundas reformas orgánicas operadas en la misma[51], debemos concluir que los juzgados y tribunales castrenses se encuentran insertos en la Administración de Justicia, en el Poder Judicial del Estado (art. 1 de la Ley Orgánica 4/1987)[52], con plenas garantías de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley (arts. 2, 3, 6 y 8 de la LO 4/1987). Es decir, la jurisdicción militar, aunque integrada por militares –fundamentalmente pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar- no es Administración militar ni se encuentra inserta en la estructura del Ministerio de Defensa.[53] [54]

---

autonomía funcional de la organización militar, trasladando a órganos políticos del Estado facultades tradicionalmente en manos de la cúpula de mando castrense. Y, en tercer lugar, y en consecuencia, la de rearticular el equilibrio estructural entre esos órganos *políticos*, transfiriendo al Gobierno, como órgano colegiado, y a su Presidente, las más fundamentales facultades de dirección de la defensa y los asuntos militares." BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, ob. cit., págs. 24 y 25. La cursiva es del autor. Podemos afirmar así con Seco Serrano que "[n]o se trata de decidir en pugna entre un «poder civil» y un «poder militar», sino de que todos los españoles civiles y militares acaten *el único poder* del que nace toda legitimidad: el que tiene su expresión en la soberanía nacional, tal como se refleja en las Cortes democráticas." SECO SERRANO, C., *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Colección Tablero, Madrid, 1984, pág. 443. La cursiva es del autor. A juicio de Ballbé "para poder verificar con exactitud el aserto tan pregonado de la supremacía del poder civil sobre el poder militar en un Estado constitucional (…) se impone una investigación acerca de la presencia o no de instituciones militares en el seno de la Administración civil del Estado y de su actividad ordinaria. Es entonces cuando hablamos de militarismo, entendido no sólo como predominio de los militares en el Gobierno y la Administración, sino fundamentalmente como la preponderancia de instituciones y técnicas jurídicas castrenses enquistadas en la actividad administrativa y gubernamental y en su organización, especialmente en la vertiente de la seguridad y la policía." BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo…*ob. cit., pág. 21.

[50] En este sentido, aunque insistiendo en la subordinación de las FAS al poder civil, TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, F., "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española…", ob. cit., pág. 114.

[51] Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

[52] Con anterioridad a la reforma de la Justicia Militar impuesta por la Constitución las sentencias de los Consejos de Guerra –que ni por sus características ni por su potestad eran auténticos órganos jurisdiccionales- pasaban al Capitán General de la Región Militar o autoridad militar-*judicial* asimilada, al que le correspondía su aprobación, previo informe de su Auditor (un Oficial del Cuerpo Jurídico Militar). En caso de disenso, las actuaciones se elevaban al Consejo Supremo de Justicia Militar.

[53] En este sentido resultó para mí significativo que, en el curso de una charla mantenida con el Presidente de un Tribunal militar, éste nos reveló a los asistentes que se esforzaba en que en la documentación oficial

3.- Finalmente, aunque la Constitución vigente reconoce al Rey, como suprema jerarquía militar, el mando supremo de las FAS [art. 62 h) CE] y ello tenga relevancia jurídico-constitucional[55] no se trata de un mando efectivo ni de la capacidad de disponer de los Ejércitos[56], algo que en nuestro Estado constitucional corresponde exclusivamente al Gobierno (art. 97 CE).

4.- Para cerrar el sistema con arreglo a la CE 1978, se instaura un sistema de garantías judiciales donde ya no son posibles las parcelas de inmunidad jurisdiccional de antaño. Efectivamente, la exención del control jurisdiccional respecto a la materia disciplinaria militar fue una constante en el derecho histórico.

Así la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888 y, particularmente, su Reglamento de 29 de diciembre de 1890 consideraban ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración y, por tanto, inmunes al control jurisdiccional "*las cuestiones pertenecientes al orden público o de gobierno, o que afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar.*" A mayor abundamiento, el art. 6 del citado Reglamento vedaba el contencioso-administrativo respecto a "*las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, civiles y militares, excepto las que impliquen separación del cargo de empleados públicos inamovibles según ley.*" Este sistema de exenciones se reiteró en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 que, además de la cláusula general del art. 2 b), preveía en su art. 40 lo que sigue:

---

no apareciese el membrete del Ministerio de Defensa sino el término "*Justicia Militar*" o el que figura en todas las resoluciones del Poder Judicial en España, esto es, "*Administración de Justicia*".

[54] Coincidimos en este sentido con LÓPEZ RAMÓN, F., "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", ob. cit., *vid.* pág. 2591.

[55] Resulta muy interesante sobre el papel del Rey como mando supremo de las FAS en la Constitución de 1978 el trabajo publicado por Ignacio de Otto, que se adentra en su actuación militar frente a la intentona golpista del 23-F de 1981. *Vid*. DE OTTO Y PARDO, I., "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988. Asimismo, BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, ob. cit., pág. 120 y ss. Este autor sostiene, al igual que la doctrina mayoritaria, que el mando militar del Rey, en el marco de la monarquía parlamentaria diseñada por la CE 1978, no se trata sino de facultades simbólicas privadas de cualquier contenido político efectivo; en contraposición, a la minoritaria postura de HERRERO DE MIÑÓN, M., "El Rey y las Fuerzas Armadas", en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

[56] Antaño sí sucedía así puesto que según la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 en su art. 5 señalaba que cuando el Rey "*tome personalmente el mando de un Ejército o de cualquier fuerza armada, las órdenes que en el ejercicio de dicho mando militar dictare no necesitarán ir refrendadas por ningún Ministro responsable*." Dicha norma se ratifica y completa en el art. 2 de la Ley Constitutiva del Ejército de 19 de julio de 1889.

> "No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: (…)
>
> c) Las Órdenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de jefes, oficiales y suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas.
>
> d) Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, seguidos a oficiales, suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo al art. 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente. (…)
>
> Los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa-administrativa."[57]

Como bien dice Peñarrubia Iza "[c]on la promulgación de la Constitución, el juego de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución, en los que se proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que pueda haber indefensión, así como el control jurisdiccional de la actividad administrativa y de la potestad reglamentaria, ha determinado la imposibilidad de zonas de inmunidad al control jurisdiccional de los actos administrativos, cualquiera que sea el órgano del cual emanan, teniendo además en cuenta que esos principios se completan con la plenitud que supone la atribución a los órganos judiciales de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos."[58] La nueva Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa consagra la plena justiciabilidad de la actividad administrativa, eliminando la referencia a los "actos políticos del Gobierno" como inmunes a la fiscalización de los órganos jurisdiccionales.[59]

---

[57] El Tribunal Constitucional en el Auto 60/1980, de 22 de octubre considera derogado por la Constitución este precepto por contravenir lo dispuesto en los arts. 24 y 106.1 del texto Fundamental.

[58] PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 320. Véase asimismo MILLÁN GARRIDO, A., "La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)", en VV.AA., *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, págs. 70 a 103.

[59] Concretamente, en su Exposición de Motivos (II) lo justifica de la siguiente manera: "La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad-llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política-excluida *per se* del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y el espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. (…) Los intentos encaminados a mantenerlo (…) resultan inadmisibles en un Estado de Derecho." Pero incluso en las que se conocen como potestades discrecionales de la Administración, por oposición a las regladas, *la Ley dispone una serie de aspectos sobre los que, en todo caso, será posible el control jurisdiccional*: "*los derechos fundamentales*, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes." [E.M. II, in fine, art. 2 a)]. La cursiva es mía.

Pues bien, tras la tramitación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se consideró inmune al control judicial las sanciones por falta leve y se atribuye el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria (en los casos en que resultase posible) a los órganos de la Jurisdicción Militar.[60] Tras la aprobación de la LOCOJM 4/1987, la LOPM 2/1989 establece el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario en orden a la tutela judicial respecto a las sanciones disciplinarias (incluidas aquellas impuestas por falta leve) que "afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución." (art. 453.3).

De forma que se establece el siguiente régimen legal respecto al control judicial de la potestad disciplinaria militar, perfectamente resumido en la STS de la Sala 5ª de 1 de octubre de 1990:

> "a) Se mantiene la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley.
>
> b) Se instaura la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumaria, de las sanciones que recaigan por faltas leves, y que tengan carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten al ejercicio de los derechos fundamentales."[61]

Así, el problema de tutela judicial efectiva se planteaba en aquellos supuestos en que se impedía el conocimiento por los Tribunales de sanciones por faltas leves, lo que seguía sucediendo respecto a sanciones disciplinarias de esta naturaleza que no afectasen al ejercicio de derechos fundamentales o incluso en aquellos supuestos en que se recurriesen sanciones por faltas disciplinarias leves pero el recurrente invoque motivos de legalidad ordinaria, algo de lo que el órgano jurisdiccional no podría conocer a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, ya

[60] El Tribunal Constitucional en el Auto 60/1980 se había pronunciado a favor de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; sin embargo, en la STC 21/1981 parece posicionarse favorablemente a que dicha tutela jurisdiccional respecto a la materia disciplinaria militar se proporcione por la Jurisdicción Castrense. De una forma mucho más nítida, la STC 22/1982, de 12 de mayo, donde ya excluye la posibilidad de control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en atención a la naturaleza estrictamente castrense de la potestad disciplinaria. El posterior ATC 43/1984, de 25 de enero arbitra además el medio de impugnación ante la Jurisdicción Militar, a saber, el antiguo recurso de queja ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, con la finalidad de satisfacer el Derecho a la tutela judicial efectiva.

[61] Recurso nº 2/5/90.

que éste es un procedimiento de cognición limitada a las vulneraciones de derechos fundamentales.

Aunque esto último fue reparado por la jurisprudencia de la Sala 5ª, la imposibilidad -vigente formalmente en la LOPM hasta 2011- de que los órganos jurisdiccionales fiscalizasen las sanciones por falta leve donde no quedaban afectados los derechos fundamentales constituyó una barrera a la tutela judicial efectiva que no fue eliminada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional hasta la STC 177/2011, de 8 de noviembre, que resultante de la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en la STC 202/2002, de 28 de octubre, declaró inconstitucionales y nulos el art. 453 LOPM en su relación con el art. 468 b).

Podemos, pues, concluir que la actividad de las FAS es netamente actividad administrativa sometida al principio de legalidad y fiscalizable, por ello, en sede jurisdiccional (arts. 103 y 106 CE), sin ningún tipo de cautelas, salvaguardas o inmunidades impropias de un Estado cuya Constitución proclama en el preámbulo su voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley. Si lo decimos de otra forma, las FAS son una de las partes de la estructura del Ministerio de Defensa y, por ende, de la Administración Militar, subordinada al Gobierno.[62] La

---

[62] El art. 1.3 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, dispone algo bastante revelador, a los efectos de la disquisición que nos ocupa:

"*El Ministerio de Defensa, bajo la dirección del titular del Departamento, se estructura en:*
a) La Secretaría de Estado de Defensa.
b) La Subsecretaría de Defensa.
c) La Secretaría General de Política de Defensa.
d) Las Fuerzas Armadas."

Más explícita, si cabe, resulta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que proclama lo siguiente: "La organización de las Fuerzas Armadas, *integradas en el Ministerio de Defensa*, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia." Lo anunciado en la Exposición de Motivos se ratifica en el art. 9.2 de la Ley. La cursiva es mía. Existe algún autor que aún no ha asumido del todo los principios constitucionales por los que la organización militar se integra, como cualquier otro ámbito de la Administración estatal, bajo la dirección del Gobierno, en un departamento ministerial. Así, según Parada Vázquez "la potestad sancionadora, como potestad disciplinar, va unida a la de mando de armas, *algo que está en la naturaleza de las cosas, en la esencia misma de la institución militar*. Según esa tradición, la autoridad política puede y debe privar del mando de los Ejércitos, escuadras o unidades militares a aquellos jefes, entre otras razones porque no mantienen en ellas la disciplina, pero no mandar directamente o, lo que es igual, asumir la responsabilidad de imponer esa disciplina a través de una potestad sancionadora directa." Son, sin duda, significativas, las palabras del autor que resaltamos en cursiva y respecto a las que sobran los comentarios ya que parece que atribuye a su concepción sobre la naturaleza de las cosas un valor superior respecto a lo prevenido en el propio texto constitucional. Abunda aún más en su argumento Parada cuando, con una curiosa distinción entre mando administrativo y mando militar, afirma lo siguiente: "¿Pues acaso no es absurdo, y antinatural, que un Ministro de Defensa o un Subsecretario interfiera en el mando militar imponiendo directamente un arresto a un soldado saltando por encima de sus mandos? ¿Y no es ridículo,

distinción existente en la misma Norma Suprema, y que abona la confusión, entre Administración civil y Administración militar, no puede conducir a que concluyamos que las FAS, en cuanto Administración, no están sometidos a los principios generales del Derecho Administrativo y ello dé lugar a parcelas de inmunidad jurisdiccional ni a una especie de "comunidad separada", "mundo aparte"[63] o Institución Militar en el sentido tradicional de la expresión antes expuesto.[64]

La CE 1978 reconoce –como veremos- distintos principios propios de la organización castrense como bienes constitucionalmente relevantes, a saber, la disciplina, la jerarquía, el principio de neutralidad política, etc. Ello va a determinar un mayor nivel de sujeción del ciudadano militar. Una forma de expresar esta singularidad militar a lo largo del Texto Fundamental en los arts. 97, 25 y 26 viene constituida por la distinción entre Administración civil y Administración militar a los efectos de que la segunda pueda imponer, en su ámbito, sanciones privativas de libertad o establecer tribunales de honor[65]. Pero la Administración militar no deja por ello de ser eso mismo: Administración pública y como tal, sometida a los principios y garantías constitucionales, es decir, y lo que más nos importa, sometimiento pleno a la ley y al Derecho en su actuación, que es actuación *administrativa*, así como control pleno de la

y en todo caso fuera de los usos establecidos en todos los ejércitos occidentales, que un Ministro imponga un arresto al General en Jefe de un ejército o al Almirante de una escuadra, a los que, por otra parte, puede legítimamente privar del mando o denunciar ante los tribunales si han cometido algún delito? Esta crítica quedaría en parte desprovista de fundamento si se entendiese que la facultad disciplinaria que el artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1985 atribuye al Ministro y al Subsecretario de Defensa se circunscribe al personal que presta servicios en el Ministerio de Defensa y sobre los que ejerce una suerte de «mando administrativo».*"* *Vid.* PARADA VÁZQUEZ, R., "Toque de silencio por la Justicia militar", en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992, pág. 28. Para López Ramón "el dominio del Gobierno sobre las Fuerzas Armadas se corresponde con el carácter de estructura administrativa orientada al ejercicio del monopolio estatal de la violencia que presentan dichas Fuerzas Armadas. Pero siempre dentro del respeto a las necesarias pautas normativas y funciones de control que procedan del Parlamento." LÓPEZ RAMÓN, F., "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 2581. Afirma asimismo al respecto Vergottini que "la afirmación constitucional de la preeminencia civil sobre la institución militar no proviene de un principio lógico absoluto, sino, simplemente, de la opción política a favor de la preeminencia misma de la sociedad civil (pueblo o nación) como titular de la soberanía. Consecuencia de ello es que la organización militar viene considerada como tecnoestructura administrativa especializada en el ejercicio de la violencia bélica, pero carente de poderes de decisión política." VERGOTTINI, G., "La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas" (Traducción de Javier Jiménez Campo), *en Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 6, septiembre-diciembre 1982, págs. 30-31.

[63] En el sentido expuesto por la STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 6.

[64] Así, según Blanquer, "[a]firmar la autonomía de los principios del ordenamiento de las Fuerzas Armadas es negar la supremacía del poder civil sobre el militar y cuestionar la neutralidad política u objetividad de los Ejércitos." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 512.

[65] La posibilidad de constituir Tribunales de Honor ha quedado asimismo proscrita en la Administración Militar por el art. 21.2 de la señalada Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

legalidad de su actuación por los órganos jurisdiccionales predeterminados por la ley, incardinados o no en la jurisdicción militar.[66]

Todo lo anterior tiene su importancia a los efectos de determinar que las FAS no son una comunidad separada exenta de la legalidad propia del Estado de Derecho, es decir, su Derecho, sus normas y sus principios son los del Estado constitucional español. Con ello desmontamos cualquier interpretación que pretenda el derecho militar y el *status* de los militares como el propio de una comunidad separada o un "mundo aparte", ya que las limitaciones a sus DDFF y el régimen de su relación especial de sujeción será el que se derive de la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre los límites a los derechos con fundamento en bienes o valores que derivan de la misma Constitución de 1978.

1.5.- La delimitación subjetiva del *status* militar. La "brecha" abierta en la Guardia Civil

El *status* de los militares conlleva un régimen particular de derechos y deberes así como la aplicación de un régimen punitivo y disciplinario concreto, con la consiguiente afectación a los DDFF. Ahora bien, ¿quiénes son los sujetos a los que se les aplica este régimen? Dicho de otra manera: ¿Todos los militares y en toda situación tienen el mismo régimen de derechos y deberes? Evidentemente, no. Pero para poder ofrecer una respuesta concreta a la cuestión formulada resulta preciso examinar la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar que en su art. 3, bajo la rúbrica "*Vinculación con las Fuerzas Armadas*" nos habla de varias clases de militares, a saber, los militares de carrera, militares de tropa y marinería, los militares de complemento, los alumnos de centros docentes militares y los reservistas, sean estos obligatorios o voluntarios (siempre que estén activados). Sin embargo, la cita del art. 3 no es exhaustiva puesto que el art. 1.3 de la Ley confirma la condición militar de los miembros de la Guardia Civil, en igual forma que el art. 1.1 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

Aunque no exento de controversia, debemos siquiera referir un curioso y anómalo supuesto de aplicación del estatuto militar, aun sin que sus destinatarios reúnan

[66] Esta concepción administrativista de las Fuerzas Armadas ya aparece en el precursor trabajo de GUAITA MARTORELL, A., "La Administración militar", en *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, págs. 105-126.

la condición militar. Se trata del personal civil movilizado o militarizado. A esta cuestión así como a la legitimidad desde un punto de vista constitucional de esta posibilidad, y ello en el marco de la aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, debemos referirnos en el último capítulo, el XII, dejando no obstante apuntado que el "prelegislador" pretende darle carta de naturaleza al incluir a este personal en el ámbito de aplicación de la futura ley orgánica de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.[67]

No obstante, este particular régimen militar de derechos y deberes, que se extiende desde el acceso como alumno a un centro militar de formación[68] hasta el pase a retiro (por edad o por cualquiera de las causas que contempladas en el art. 114 LCM) o, en fin, la pérdida asimismo de la condición militar por alguno de los motivos contemplados en el art. 116 LCM[69], queda en *suspenso* cuando el militar se encuentre

[67] Así el referido proyecto de ley orgánica remitido a las Cortes Generales en su art. 2.4 (*Ámbito de aplicación*) prevé que "[a]simismo quedarán sujetos a esta ley quienes pasen a estar asimilados al personal militar." *Vid.* el texto de la iniciativa en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, serie A, núm. 47-1, de 17 de mayo de 2013, núm. 47-1.

[68] Sin perjuicio de que lo desarrollemos en el capítulo VIII, debemos apuntar ya la posibilidad de acceso de menores de edad a un centro docente castrense y, por ello, a la condición de militar. (art. 56.3 LCM).

[69] Resumiendo, además del retiro a la edad de 65 años [art. 114.2 a) LCM], se pierde igualmente la condición militar mediante el retiro con carácter voluntario, en las condiciones establecidas para la jubilación voluntaria en la legislación de Clases Pasivas del Estado [art. 114.2 c) LCM]; por insuficiencia de condiciones psicofísicas que implique inutilidad permanente para el servicio [art. 114.2 d) LCM]; por insuficiencia de facultades profesionales [art. 114.2 e) LCM]; y los militares de carrera, además, en virtud de renuncia; pérdida de la nacionalidad española; pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o de inhabilitación especial para empleo o cargo público; o sanción disciplinaria de separación del servicio que haya adquirido firmeza. (art. 116 LCM). Asimismo, los compromisos de los militares con una relación de servicios profesionales de carácter temporal finalizarán en su fecha de vencimiento y se resolverán por las causas establecidas los arts. 10.2 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería y 118.1 LCM 2007, con la consiguiente pérdida de la condición militar, que también se producirá para los alumnos de los centros docentes militares de formación por alguno de los supuestos prevenidos en el art. 71 de la misma LCM. Es importante añadir que la situación de reserva (exclusiva de los militares de carrera, art. 107.2 y regulada fundamentalmente en el art. 113 LCM) no supone, respecto a la de servicio activo, cambio alguno en el estatuto militar, y por ello, en la plena aplicación del específico régimen de derechos y deberes así como del régimen penal y disciplinario militar. Conviene aclarar que cosa distinta son las situaciones de reserva transitoria y segunda reserva de los Oficiales Generales, ambas equiparables al retiro, y ya declaradas a extinguir, pero aun subsistentes en tanto haya personal al que le sean de aplicación las correspondientes disposiciones que las regulaban (Disposición derogatoria única, apartado 2 de la LCM 2007). Así, la situación de segunda reserva de los oficiales generales, y cuyo origen inmediato data de la Ley 20/1981, de 6 de julio, de creación de la situación de reserva activa y fijación de las edades de retiro para el personal militar profesional, es considerada como asimilada al retiro (disposición transitoria 7ª de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas). En cuanto a la reserva transitoria, introducida por el Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, por el que se establece la situación de reserva transitoria en el Ejército de Tierra así como en el Real Decreto 741/1986, de 11 de abril, que crea la análoga situación para el personal de la Armada y el Ejército del Aire, ya fue asimilada por las disposiciones de estas normas al retiro o segunda reserva del militar profesional, algo confirmado por la disposición transitoria 11ª de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que declara a extinguir dicha situación. Lo realmente trascendente respecto al personal militar que todavía se encuentre en alguna de estas situaciones declaradas a extinguir es que, por ser asimilables al retiro, no se les aplica el estatuto militar ni, por ello, las restricciones a sus derechos fundamentales, al haber cesado en la práctica en su relación con las Fuerzas Armadas. No sucede esto sin embargo, como hemos dicho,

en las situaciones administrativas de servicios especiales o excedencia en cualquiera de sus modalidades (arts. 109.5, 110.2, 3, 4 y 5 LCM 2007).

El *ámbito de aplicación* del estatuto militar, y por ello, de sus derechos y deberes, resulta palmario con la lectura del art. 2, de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los militares de las Fuerzas Armadas, del siguiente tenor:

> 1. Los destinatarios de esta ley son todos los miembros de las Fuerzas Armadas que adquieren la condición militar según lo establecido en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. En consecuencia, se aplica a los miembros profesionales de las Fuerzas Armadas, salvo que estén en situaciones administrativas en las que tengan suspendida su condición de militar, y a los alumnos de la enseñanza militar de formación.
>
> 2. A los reservistas y a los aspirantes a tal condición les será de aplicación cuando se encuentren incorporados a las Fuerzas Armadas en los términos que se especifican en el título IV.[70]

---

con la aludida situación de reserva actualmente regulada fundamentalmente en el vigente art. 113 LCM. Cabe aquí traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2012, sección 5ª, recurso 3/2011, en la que resuelve el recurso de un capitán de corbeta de la Armada en situación de reserva contra la desestimación presunta por silencio negativo de la solicitud de reconocimiento de derecho de afiliación a partidos políticos y sindicatos y posteriormente ampliado a la resolución expresa del Ministerio de Defensa de 1 de julio de 2011. Invocaba el actor, entre otras cuestiones, que, dada su condición de militar en la reserva exento de obligaciones militares, resultaba a todas luces desproporcionada la prohibición de afiliarse a partidos o sindicatos. Argumentaba, además, que se cometía discriminación contra él en comparación del colectivo de "reserva transitoria" de los Reales Decretos 741/1986 y 100/1985, el cual comprendía a compañeros que, estando en la misma o sustancialmente idéntica situación a la suya -reserva-, sí que se les permitía el derecho de afiliarse a partidos o sindicatos. Pues bien, concluye el Tribunal que "[e]*n el supuesto de autos, el actor se encuentra en situación de reserva y pretende su comparación a efecto de la limitación de los derechos fundamentales discutidos, con los militares en reserva procedentes de la reserva transitoria, situación en nada comparable con aquella, puesto que conforme al artículo 3.1 del Real Decreto 1000/1985, al que, a su vez se remite el Real Decreto 741/1986, que el pase a la situación de reserva transitoria causa los mismos efectos "que el pase a la situación de retiro".*
Situación que implica el cese de la relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas, como así establece el artículo 114.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Lo que comporta, por tanto, que no estén sujetos a las restricciones que la normativa vigente impone, en materia de afiliación política y sindical, a los militares que se encuentran en situación de reserva procedente de la reserva transitoria.
Por el contrario, el recurrente no se encuentra en esa situación, porque continúa vinculado con las Fuerzas Armadas, pudiendo ocupar destino y cambio de situación administrativa, excepto la de servicio activo y conserva las retribuciones del personal en servicio activo sin destino, como así dispone el artículo 113 de la Ley 39/2007, de 19 de diciembre, de la Carrera Militar.
Así pues, no existe término de comparación válido alguno entre el personal en situación de reserva y aquel otro procedente de la reserva transitoria." (FJ 6º). Dicha resolución fue confirmada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la STS de 25 de junio de 2013, sección 7ª, recurso 785/2012.

[70] En el ámbito de la Guardia Civil, el art. 1 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre dispone lo siguiente:

> "1. La presente Ley Orgánica regula los derechos que corresponden y los deberes que son exigibles a los miembros de la Guardia Civil en desarrollo del régimen de los derechos y libertades públicas establecidos por la Constitución, y de los principios del Estado social y democrático de Derecho, con las particularidades derivadas de su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar.
>
> 2. Los alumnos de los Centros Docentes de la Guardia Civil están igualmente sujetos a lo previsto en esta Ley Orgánica.
>
> 3. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los miembros de la Guardia Civil que se encuentren en situaciones administrativas en que dejen de estar sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de la Guardia Civil, de acuerdo con la normativa reguladora del régimen de dicho personal."

Además, hay que precisar que, como regla general, es requisito para adquirir la condición militar poseer la nacionalidad española. Sin embargo, la Ley 32/2002, de 5 de julio, que modifica la Ley 17/1999 al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería[71] constituye un hito[72] en el acceso a la función pública militar al permitir la entrada en las FAS de nacionales de países que mantengan con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos como militares de tropa y marinería. Dicha posibilidad es confirmada por la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería (art. 3.1) y por la nueva Ley de la Carrera Militar de 2007 (art.3).

Sin embargo, las posibilidades del militar de tropa y marinería extranjero son muy limitadas ya que tiene vedado la firma de un compromiso de larga duración y, por consiguiente, la adquisición de la condición de permanente (arts. 9 y 12 de la Ley 8/2006).[73] La otra excepción al principio de nacionalidad española de la función pública militar la constituyen los militares de complemento[74], nuevamente militares temporales, por lo que parece seguir siendo un principio inamovible en el Derecho Público español

[71] Desarrollada por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería.

[72] Sin embargo, la medida no es totalmente inédita en el Derecho Público español, a juzgar por el Informe del Abogado del Estado de 1 de marzo de 2001, emitido con carácter previo a la mentada Ley 32/2002. Por su interés reproducimos el párrafo correspondiente: "*El supuesto no carece de antecedentes históricos en nuestros ejércitos e incluso no podemos olvidar que la Orden de 11 de septiembre de 1970 que regula el Reglamento del voluntariado de la Legión, no derogada (vid. sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de febrero de 1999), prevé en su artículo 1 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 35 años».*" Al texto de este informe puede accederse a través de la página oficial del *Boletín Oficial del Estado*: http://www.boe.es/buscar/abogacia_estado.php?campo[0]=TIT&dato[0]=&operador[0]=and&campo[1]=RESUMEN&dato[1]=&operador[1]=and&campo[2]=DOC&dato[2]=modifica+la+Ley+17%2F1999&operador[2]=and&campo[3]=DOC&dato[3]=&operador[3]=and&campo[4]=MAT2&dato[4]=&operador[5]=&operador[5]=and&campo[5]=ANYO&dato[5][0]=&dato[5][1]=&page_hits=40&sort_field[0]=ANYO&sort_order[0]=desc&sort_field[1]=ref&sort_order[1]=asc&accion=Buscar Consultado el 25 de enero de 2014.

[73] De hecho los preceptos constitucionales (art. 13.2 en conexión con el 23.2) parecen impedir a los extranjeros el acceso a la función pública o a la condición de "funcionario de carrera". Sin embargo, como quedó dicho (*vid*., en especial, notas anteriores) es posible una interpretación constitucionalmente adecuada de dichos preceptos en el sentido de que se autorice el acceso a determinados ámbitos de la función pública por parte de extranjeros, en el bien entendido de que del acceso "en condiciones de igualdad" a la misma solo son titulares los ciudadanos españoles. (arts. 23.2 y 13.2). *Vid.* PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 459. En el mismo sentido, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 523.

[74] La adquisición de la categoría de oficiales de complemento queda abierta (Disposición Adicional 6ª de la Ley de la Carrera) a los nacionales de países que mantengan con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos pero exclusivamente en el Cuerpo Militar de Sanidad, especialidad de Medicina y ello por los graves problemas que ocasiona a las FAS la carencia de estos profesionales, que no se cubre mediante las convocatorias anuales de concurso-oposición para oficiales de carrera.

la posesión de la nacionalidad española para adquirir la condición de *funcionario*[75] –aunque no de empleado- militar, es decir, de militar de carrera.

Respecto al régimen de la Guardia Civil, la cuestión –si la examinamos cuidadosamente- aparece íntimamente conectada con las funciones a realizar por las FAS. En efecto el art. 8.1 CE encomienda a las FAS la misión de "*garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*" Aunque este precepto tiene su precedente inmediato en la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, el art. 37[76] de esta norma institucional del Régimen anterior denota, al menos, una diferencia muy relevante respecto al actual art. 8.1: la pertenencia de las fuerzas de orden público a las FAS, confundiéndose de esta manera la defensa de la integridad del territorio con el orden público, funciones en las que tradicionalmente se ha utilizado a los Ejércitos.[77]

Con la entrada en vigor de la CE 1978, las fuerzas y cuerpos de seguridad quedan claramente deslindados de las FAS. Con esa finalidad, la CE les dedica en exclusiva el art. 104. En lo que nos interesa el art. 104.1 dispone lo siguiente: "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."

Pues bien, como señala, López Ramón, "[e]l deslinde entre las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es una de las consecuencias más notorias del principio de separación [entre autoridades civiles y militares]. En efecto, la Constitución española de 1978 pone fin a la tradicional implicación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden público interno, separando sus funciones («garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», art. 8.1) de las funciones atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad («proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», art. 104.1).

---

[75] Respecto a la exigencia de la nacionalidad española para ocupar puestos que impliquen funciones o atribuciones de poder público, *vid.* la interesante Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 30 de septiembre de 2003, Caso Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (TJCE 2003/294), párrafos 42-50.

[76] Su tenor literal era el 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."

[77] Así, la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878 en su art. 2 señalaba como la "primera y más importante misión del Ejército… sostener la independencia de la patria, y defenderla de enemigos exteriores e *interiores*." La cursiva es mía.

Lógicamente, ese deslinde funcional debe tener su correspondencia orgánica, impidiendo la inclusión en las Fuerzas Armadas de Cuerpos implicados en la defensa del orden público."[78]

El problema se suscita con los Institutos o Cuerpos Armados de carácter militar, es decir, existe un Cuerpos policial o de seguridad del Estado cuyos miembros tienen un estatuto militar: La Guardia Civil.[79]

Por ello, frente a la antigua Ley Orgánica del Estado de 1967, la CE 1978 deslinda el régimen de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de las FAS, regulándolas en preceptos distintos (arts. 8 y 104) y ordenando asimismo regulaciones diferentes para cada institución. Así, según lo dispuesto por el art. 104.2 CE, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, determina las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de los mismos. Aunque esta norma incluye a la Guardia

---

[78] LÓPEZ RAMÓN, F., "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 2559. La prohibición de que las FAS participen de ordinario en tareas de mantenimiento del orden público se refleja asimismo en el *Code de la défense* francés, cuyo artículo D1321-3 prescribe lo siguiente:

> "Las fuerzas armadas, a excepción de la gendarmería nacional, no pueden participar en el mantenimiento del orden a menos que sean legalmente requeridas. Una vez que son requeridas para estos fines, las fuerzas armadas forman parte de la fuerza pública.
> El requerimiento a las fuerzas armadas será solicitado por la autoridad civil territorialmente responsable al comandante militar competente.
> La responsabilidad de la ejecución del requerimiento incumbe a la autoridad militar requerida que determinará los medios a emplear." (modificado por el art. 2 del Decreto n°2010-777, de 8 de julio).

Esta disposición no es sino una de las consecuencias del llamado *acantonamiento jurídico-orgánico* del Ejército, en expresión de Hauriou. Para Blanquer, "[e]l acantonamiento jurídico exige el sometimiento del poder militar al civil, que en Francia se ha conseguido por las siguientes vías: a) el Ejército queda descartado de la vida política y, por tanto, de la organización electoral; b) en principio y en circunstancias normales, la autoridad militar queda marginada de las funciones de policía civil; c) cuando sea precisa la intervención militar para el mantenimiento del orden público, el Ejército actúa a requerimiento de la autoridad civil." *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 513.

En Estados Unidos el 18 *USC* § 1385, salvo en los casos y circunstancias expresamente autorizadas por la Constitución o por ley del Congreso, prohíbe a las fuerzas y cuerpos armados –lo que incluye a la Guardia Nacional- ejercer misiones de mantenimiento del orden público. Se trata de la conocida como *Posse Comitatus Act*, de 18 de junio de 1878, y actualmente incluida en el Título 10 del *United States Code.*

[79] Según el Tribunal Constitucional, la naturaleza –militar o no- de la Guardia Civil se trata de una cuestión *dejada por el constituyente a la libre disponibilidad del legislador postconstitucional*, es decir, "[l]a 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. Por otra parte, no puede decirse que la Constitución establezca, como dos bloques institucionales rígidos e incomunicables, 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." (STC 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 3).

Civil como un Cuerpo de Seguridad del Estado, sin embargo, confirma, en su art. 9, su naturaleza militar:

> "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 del 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."

Establece, eso sí, una doble dependencia que, junto a su carácter militar, se irá confirmando en las siguientes normas, citadas en una reciente e interesante sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2010 sobre la aplicación a los miembros de la Guardia Civil del Código Penal Militar:

> "b) La Ley de Personal de la Guardia Civil (Ley 42/1999 de 25 de noviembre).
>
> c) La Ley de la Defensa Nacional (Ley Orgánica 5/2005 de 17 de Noviembre).
>
> d) La Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil, coetánea a la Ley Orgánica 12/07 de Régimen Disciplinario, que recuerda y reafirma en su artículo 1.1, su naturaleza militar.
>
> e) La Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar, que confirma en su artículo 1.3 "La naturaleza militar de dicho Instituto Armado y la condición militar de sus miembros".
>
> f) El Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero , que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, y que en su artículo 2.2 , una vez más, confirma la naturaleza militar de dicho Instituto Armado, y la condición militar de sus miembros."[80]

Continúa afirmando la meritada resolución de la Sala de lo Militar del Alto Tribunal lo siguiente:

> "g) Finalmente, la propia jurisprudencia de esta Sala, por todas sentencia de 16 de abril de 2009, al declarar que tanto esta Sala, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 2-11-06, caso Dacosta Silva), tienen establecido que los miembros del Instituto, están incluidos en el art. 8 Código Penal Militar (que no ha sido modificado); y por consiguiente son potenciales sujetos activos de los delitos tipificados en el Código Penal Militar; destacadamente de aquellos en que la autoría corresponde a quienes reúnan la condición de militar, ya formen parte de las Fuerzas Armadas, o bien del Instituto Armado a que, por lo demás, se refieren los arts. 28 y 29 de la Constitución Española."[81]

Realizando un pequeño recorrido histórico, la creación del Benemérito Cuerpo data de 1844 mediante Real Decreto de 28 de marzo con la finalidad de cubrir las

[80] FJ 2º.
[81] *Ibídem*.

demandas de seguridad pública tras la disolución de la Milicia Nacional.[82] Y aunque, en principio, se caracterizaba por una estricta dependencia de las autoridades civiles[83], el Real Decreto de 9 de octubre de 1844 y el Reglamento Militar para la Guardia Civil de 15 de octubre de ese mismo año supusieron dotarla de los caracteres de un Instituto de naturaleza militar.[84] Sin embargo, aunque parezca derivado del art. 104 CE, desde sus comienzos la Guardia Civil se caracterizó por una doble dependencia: para sus funciones policiales o de orden público, del Ministro de la Gobernación y del Ministerio de la Guerra y las autoridades militares, en caso de guerra o situaciones excepcionales.[85]

Una breve pero detallada historia sobre la naturaleza de la Guardia Civil podemos encontrarla en la página *web* creada por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, donde da cuenta de su evolución hasta convertirse en un Cuerpo más del Ejército: "La doble dependencia de la Guardia Civil fue causa de conflictos de competencia desde el momento mismo de su creación. La reforma de 1 de julio de 1871 reforzó la naturaleza castrense del Cuerpo y consolidó la Comandancia como aliado intermedio entre la Dirección General y el Puesto, en detrimento de los Tercios. Durante la I República se intentó cambiar la dependencia dual por la exclusiva del Ministerio de la Gobernación (Circular de 1 5-lV-1873), pero no sólo no prosperó, sino que con la llegada de la Restauración se produjo un reforzamiento de la Administración militar que llevó a la Guardia Civil a integrarse por vez primera en el Ejército (leyes de 29-XI-1878, 19-VII- 1889), lo que ratificó el general Franco a poco de finalizar la Guerra Civil

[82] Precisamente la consagración de la Milicia Nacional en la CE 1812 obedecía a la concepción de la misma "como fuerza armada de naturaleza popular destinada a compensar la dependencia real de las tropas permanentes, lo que explica el distinto régimen en las facultades dispositivas del monarca..." (que en el caso de la Milicia Nacional debía contar con la autorización de las Cortes). *Vid.* BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, ob. cit., pág. 34. Del mismo autor, *La ordenación constitucional de la Defensa*, ob. cit., pág. 188 y ss.

[83] Reglamento para el Servicio de 9 de octubre de 1844.

[84] En este sentido afirma Roberto Blanco que "[e]l desarme y la disolución de la Milicia Nacional – que en su engarce creciente con las autoridades de origen local y popular, los ayuntamientos, representaba un modelo de Estado radicalmente diferente-, y la creación de la *Guardia Civil*, instrumento fundamental del Estado moderado, producidos casi de forma paralela a finales de 1843 y en los primeros meses del año siguiente, serán la mejor manifestación de la envergadura de la contrarrevolución moderada en el ámbito concreto de la ordenación de las fuerzas armadas." BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, ob. cit., pág. 38.

[85] Así, el art. 5º de la Ley Constitutiva del Ejército de 19 de julio de 1889 precisaba, entre otras cuestiones, lo siguiente: "*Los Institutos de la Guardia civil y de Carabineros y cualesquiera otros armados que en lo sucesivo se constituyan militarmente, dependerán del Ministerio de la Guerra para los efectos de la organización y disciplina, y cuando por causa o estado de guerra dejasen de prestar el servicio que particularmente les está encomendado ó* [*sic*] *se reconcentrasen para ejercer una acción militar, dependerán también del Ministerio de la Guerra y de las Autoridades militares como fuerzas armadas.*"

(Ley de 15-3-1940[86]). [...] Tras la contienda civil, la Guardia Civil absorbió las funciones del Cuerpo de Carabineros (Ley de 15-3-1940), a la vez que se fortalecía la influencia del Ejército con la creación del Estado Mayor."[87]

Con la entrada en vigor de la Constitución, como señalábamos, se distingue entre las FAS y las fuerzas y cuerpos de seguridad, encontrándose la Guardia Civil entre estos últimos pero como instituto armado de naturaleza militar, doble condición, por ello, reconocida en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como en la legislación posterior. Sin embargo, ante la ausencia de un régimen disciplinario propio, le fue aplicable el de las FAS, primero con el Código de Justicia Militar y más tarde con la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El problema de este régimen sancionador estribaba en que se trataba del régimen disciplinario militar aplicable, sin distinción, tanto a las acciones en que la Guardia Civil realizaba misiones militares como a aquellas otras de carácter policial, es decir, el Cuerpo carecía de un régimen disciplinario propio como cuerpo de seguridad o, al menos, que separase sus funciones militares de sus funciones policiales. Dicho de otra manera, el miembro de la Guardia Civil, como militar, era susceptible de ser sujeto activo de un ilícito penal o disciplinario militar, sin distinguir si el hecho típico se había realizado en ejercicio de sus funciones policiales o con motivo de las mismas o, más bien, suponía una infracción de su estatuto como militar. Como quiera que fuere, les resultaba aplicable el régimen penal y disciplinario militar.

El proceso para distinguir sus funciones policiales y militares avanza con la aprobación de su propia Ley de Régimen Disciplinario, aunque previendo sanciones disciplinarias militares –de privación de libertad- sin distinguir la causa que daba origen a las mismas. Se trataba de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen

[86] Aunque constituía según la Ley de 1940 un Cuerpo más del Ejército, la citada norma induce a confusión puesto que para poder ingresar en el Cuerpo de la Guardia Civil se requería haber servido al menos dos años en cualquiera de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire (art. 8). De manera que parecía ser un cuerpo no integrado exactamente en el Ejército de Tierra. Sin embargo, parte de su cuadro de mandos eran estrictamente militares de las distintas Armas del mencionado Ejército. Así, el art. 14 precisa que "[l]*os Jefes y Oficiales de los Tercios de Frontera pertenecerán, en principio, al Ejército de Tierra, formando parte de la plantilla y escalafones de las distintas Armas del mismo.*"

[87] http://www.guardiacivil.org/historia/historia.jsp Enlace consultado en febrero de 2011. Ahora, *vid.* http://www.guardiacivil.es/es/institucional/historiaguacivil/index.html Enlace consultado el 25 de enero de 2014.

Disciplinario de la Guardia Civil.[88] "La Ley Orgánica 12/2007 da un paso más en esta línea[89], pues regula el régimen disciplinario específico de la Guardia Civil en su condición de fuerza de seguridad del Estado, mientras que en las actuaciones de carácter militar que pueda desempeñar, la somete al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, como queda establecido en su disposición adicional sexta, que da nueva redacción al art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986"[90].

En este sentido, elimina las sanciones privativas de libertad, trátense o no de infracciones en ejercicio de funciones policiales las que hayan dado lugar a las mismas, con la salvedad de los supuestos en que, con arreglo a la mencionada Disposición Adicional, que da nuevo contenido al señalado precepto de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, le es aplicable directamente el régimen disciplinario de las FAS, esto es, cuando "*actúe en el cumplimiento de misiones de carácter militar o*

---

[88] Precisamente la previsión en esta norma de sanciones privativas de libertad a imponer por la Administración Militar aún sin sancionar ilícitos cometidos por miembros de la Guardia Civil en su condición de militares, sino en cumplimiento de sus funciones policiales, dio lugar a un recurso de amparo y –tras una "autocuestión" de inconstitucionalidad- a una sentencia interpretativa de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional por la que, interpretando el art. 25 CE en conexión con el 10, y teniendo en cuenta –por ello- la jurisprudencia del TEDH acerca de las reservas formuladas por España sobre el régimen disciplinario militar –que a partir de la nueva Ley Orgánica 11/1991 había que entenderlas referidas solo al régimen disciplinario de las FAS-, declara que "*el art. 25.3 CE no permite a las autoridades o mandos de la Guardia Civil a que se refiere el art. 19 de la Ley Orgánica 11/1991 imponer sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la ley les encomienda. O dicho de otro modo, el art. 25.3 CE no permite, a la luz de la singular configuración de la Guardia Civil que, previendo el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica -que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad-, se imponga una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar.*

En definitiva, para que la previsión legal cuestionada de una sanción privativa de libertad pueda ampararse en el art. 25.3 CE, debe quedar acreditado que la sanción de arresto ha sido impuesta por la Administración militar, no solamente en sentido formal, sino en sentido material, es decir, siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desenvuelto estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Por tanto, debemos concluir que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora." (STC 73/2010, de 18 de octubre, FJ 5). La cursiva es mía.

[89] *Vid*, STC 73/2010, de 18 de octubre. FJ 4.

[90] El Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil se refiere al particular.

cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en unidades militares".[91] Se adelanta de esta manera la Ley a lo que más tarde declarará el Tribunal Constitucional en la sentencia interpretativa 73/2010, de 18 de octubre. Pero la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil da una paso más al eliminar en todo caso, salvo en los mencionados supuestos, el arresto disciplinario. De la misma forma, introduce un art. 7 bis en el Código Penal Militar por el que a los miembros de la Guardia Civil no les es aplicable el Código Penal Militar "*en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuye en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto*".

No obstante, el precepto añade un segundo párrafo donde señala los supuestos de aplicación en todo caso del Código punitivo castrense a los miembros del Instituto Armado, a saber, en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares.

La lectura de la norma nos lleva a la confusión puesto que del preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007 se deduce que "*la aplicabilidad del Código Penal Militar, en su integridad, al Cuerpo de la Guardia Civil, pase a quedar circunscrita a aquellas situaciones extraordinarias que, por su propia naturaleza, exigen dicha sujeción, como sucede en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio y en el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal de dicho Cuerpo se integre en Unidades Militares*". Por lo tanto, parece que la intención del legislador era excluir la

[91] Supuesto que resulta obvio. El problema estriba en que ya no se les aplicará el régimen disciplinario militar en aquellos casos en que un miembro del Instituto Armado cometa una infracción en su condición de militar y quede, por ello, afectada la Disciplina. Ese mismo espíritu o finalidad, tratando de desdibujar o vaciar de contenido la naturaleza militar de la Guardia Civil, ha orientado al Legislador al redactar el nuevo art. 7 bis del Código Penal Militar, por el que la aplicación del régimen punitivo que les es propio a los militares quedaría reducida a ciertos supuestos cuya obviedad es comparable con la aplicación del régimen disciplinario militar. Con esta política legislativa, se hace ceder –hasta quedar sin amparo penal- a uno de los bienes penalmente protegidos en el CPM, a saber, la Disciplina, principio castrense que tiene reflejo penal en el Título V CPM, "*Delitos contra la Disciplina*" (art. 91 y ss.). Dicha merma se produce dado que un miembro de la Guardia Civil –en su condición de militar- puede perfectamente cometer, a título de ejemplo, un delito de desobediencia (art. 102 CPM) o de insulto a superior (art. 99) y ello con independencia de que realice o no funciones policiales, siempre que con el ilícito penal se atente contra el bien penalmente protegido de la Disciplina. Como veremos, la exégesis del art. 7 bis CPM proclamada por la Sala 5ª del Tribunal Supremo introduce, a efectos de la aplicación del CPM, una distinción según que las conductas merecedoras de reproche penal tengan su fundamento exclusivo en las funciones policiales propias del Cuerpo o, por el contrario, el bien jurídico atacado sea uno de los protegidos con una pena en el Texto punitivo castrense, cuestión que el Tribunal Supremo sigue dejando abierta en atención a la condición militar de los miembros de la Guardia Civil.

aplicación del CPM salvo en los supuestos extraordinarios mencionados. Sin embargo, una consolidada doctrina de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, utilizando la distinción -insertada en el primer párrafo artículo 7 bis- entre las funciones policiales del Cuerpo de las que no lo son, realiza una interpretación del precepto en el sentido de no excluir que un miembro de la Guardia Civil pueda cometer un delito militar por un motivo extraño a las funciones de seguridad pública que son propias de su función.

Dicho de otra manera, el miembro de la Guardia Civil, como militar, puede incurrir en aquellas figuras típicas que protegen bienes típicamente castrenses como la disciplina, la jerarquía o la cohesión interna de la institución militar. La primera resolución judicial en este sentido data de 16 de abril de 2009, seguidas por una larga lista de pronunciamientos.[92] De la mencionada resolución del Alto Tribunal podemos extraer los siguientes párrafos de interés:

> "Ningún cambio representa el nuevo art. 7 bis en cuanto a la aplicación íntegra del CPM en los supuestos expresamente enumerados en su pfo. segundo, sobre tiempo de guerra, vigencia del estado de sitio, cumplimiento de misiones de carácter militar (pendiente de desarrollo reglamentario), o bien cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades militares.
>
> Por su parte el pfo. primero introduce una exclusión aplicativa de dicho CPM, referida los supuestos de realización por los sujetos activos militares–Guardias Civiles de hechos típicos previstos en dicho cuerpo legal, cuando obren en la realización o desempeño de actos propios de las "funciones que para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuye en cada momento la normativa reguladora de dicho instituto". El precepto no resulta más expresivo acerca de cuando se esté ante actos que deban considerarse propios del servicio que el sujeto activo preste en el desempeño de la función que tuviera encomendada." […]
>
> "*El tan reiterado art. 7 bis*, en su literalidad, *no se refiere al supuesto* de inexcusable planteamiento, *en que los militares–Guardias Civiles* no se encuentran incursos en los casos del pfo. segundo, ni tampoco se hallan en el desempeño de los actos propios de funciones "policiales" a que se contrae el pfo. primero, esto es, cuando los miembros de dicho Cuerpo desde su condición de militares *realicen hechos que afecten a bienes jurídicos propios del orden castrense radicados sobre todo en la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y cohesión interna, la protección de los medios y recursos puestos a su disposición, o al desempeño de funciones y cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios "policiales", ni abarcados tampoco por las situaciones enumeradas en el pfo. segundo del precepto, bienes jurídicos que sin el menor fundamento que se ofrezca por el legislador dejarían de tener*

[92] SSTS de la Sala 5ª de 20 de abril de 2009, 6 de mayo de 2009, 8 de mayo de 2009, 27 de mayo de 2009, 16 de junio de 2009, 30 de julio de 2009 y 5 de mayo de 2010, entre otras. Además, las Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009 y 23 de junio de 2009.

protección penal únicamente cuando resultaran afectados por hechos cometidos por militares-miembros de la Guardia Civil." […]

"*…no todas las figuras del CPM son extrañas al desempeño de las misiones ordinarias o cotidianas de los miembros de dicho Cuerpo, y, de otro lado, la integridad aplicativa de los contenidos del texto punitivo a dichas situaciones extraordinarias, no excluye la aplicación parcial de sus previsiones en las situaciones que no revisten dicho carácter que se dice extraordinario.*"[93]

Este largo *excursus* sobre el régimen jurídico de la Guardia Civil y el estatuto de sus miembros no resulta, a mi juicio, en modo alguno baladí, ya que la evolución gradual respecto a la aplicación –o más bien, progresiva inaplicación- del régimen penal y disciplinario militar a los miembros de la Guardia Civil revela un lento pero inexorable vaciamiento de contenido de la condición militar de la Guardia Civil y de sus miembros. Dicho de otra manera, al aplicarse el régimen penal y disciplinario militar solo en contadas excepciones, realizando la distinción entre funciones policiales y militares, se evita la aplicación –al menos tal y como se concebía en el espíritu de la ley el nuevo art. 7 bis CPM- de determinados preceptos del Código Penal Militar, aunque se dé el presupuesto de un bien jurídico protegido de carácter militar, como la disciplina. De esta manera, por ejemplo, si un subordinado agrede o vierte injurias contra un superior jerárquico de la Guardia Civil nunca podría preservarse penalmente el principio de la disciplina, ya que el art. 99 CPM no resultaría aplicable nunca –al menos con la interpretación de la Ley 12/2007 que se deducía de su Exposición de Motivos- salvo en los supuestos más arriba indicados.

Por ello no resulta en vano la reflexión realizada hasta el momento acerca del estatuto de la Guardia Civil y de sus miembros, ya que la evolución sufrida en el mismo con los efectos descritos influye en la relación especial de sujeción de los militares, en este caso para desnaturalizarla. Esta "brecha" abierta que comenzamos a advertir en el régimen de la Guardia Civil da lugar a una nueva relación estatutaria –militar *stricto sensu*[94] o no- para los miembros del Instituto Armado. A mi juicio, por ello, la Sala 5ª del Tribunal Supremo –en un intento de dar marcha atrás en el camino emprendido- acogió una exégesis muy distinta del art. 7 bis que parece gozar de mejor criterio que la que se deduce a primera vista del preámbulo de la LO 12/2007 y de algunos votos

[93] FJ 3º. La cursiva es mía.

[94] Respecto a la permanencia –puesta en entredicho en el caso de la Guardia Civil- de la condición del militar, resulta indiscutible en ciertos aspectos como en los delitos militares de insulto a superior o abuso de autoridad. La permanencia de la condición militar aparece confirmada por una constante jurisprudencia de la Sala 5ª, entre otras, SSTS de 17 de junio de 2010, 2 de noviembre de 2004, 13 de enero de 2000, 8 de octubre de 2001 y 1 de julio de 2002.

particulares a las meritadas sentencias de la Sala 5ª del Alto Tribunal, aunque, en verdad, la redacción del precepto dista de ser clara.

Evidentemente, a este nuevo régimen respecto a los derechos fundamentales de los integrantes de la Guardia Civil debemos añadir la aprobación de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, a la que tendremos oportunidad de referirnos más adelante al analizar los DDFF en concreto.

No obstante, adelantemos ya que esa "brecha" a la que nos referíamos, que conduce a un nueva relación estatutaria de estos militares –y de la que proporcionamos varios ejemplos- se ve acrecentada con la Ley Orgánica 11/2007 y, particularmente, con la interpretación que algún órgano jurisdiccional –veremos si ello se convierte en una línea jurisprudencial a seguir- realiza de la posibilidad de ejercicio de algunos DDFF, en particular del derecho de reunión y manifestación, puesto que, los miembros de la Guardia Civil, aun teniendo prohibido la organización de manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical (art. 8 de la LO 11/2007 en su redacción originaria), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de septiembre de 2010[95] anula la resolución del Subdelegado del Gobierno en esa Comunidad por la que prohibía una manifestación de dos asociaciones profesionales de la Guardia Civil y lo hace, aunque tendremos oportunidad de referirnos a ello más adelante, conectando los arts. 8 y 9 de la LO 11/2007, al llegar a la consideración que la prohibición del art. 8 de la Ley se refiere exclusivamente a la organización de manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical y no de aquellas que, careciendo de tal carácter, tengan por finalidad la promoción de sus intereses profesionales, siendo ello una finalidad legítima coincidente con el objetivo del derecho de asociación profesional reconocido en el art. 9.1 de la Ley.

Pues bien, el Legislador, en mi opinión, como un intento de contener esa "brecha" con el régimen de DDFF del resto de los militares y corregir ese recorrido dispar con el resto de la Institución militar, ha dictado la Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Esta escueta norma, pactada en el Senado entre los dos grandes partidos políticos, y

[95] Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 8ª), Sentencia 847/2010, FFJJ 4º y 6º, recursos 636 y acumulado 649/2010 en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

cuya tramitación ha resultado notablemente peculiar[96], señala, en lo que nos interesa, en su art. 1 lo siguiente:

> "La regulación contenida en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, será también de aplicación a la Guardia Civil, en su condición de instituto armado de naturaleza militar."

La clara finalidad de la norma es evitar las manifestaciones reivindicativas de los miembros de la Guardia Civil que habían recibido el amparo jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en septiembre de 2010. Así, a la prohibición del derogado art. 8.1 de la Ley Orgánica 11/2007 de derechos de los miembros de la Guardia Civil, se suma la prevista en el art. 13.1 de la nueva ley para las FAS (ahora aplicable a los miembros de la Guardia Civil) por la que se proscribe, "[v]istiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar" la organización, participación o asistencia en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.

Veremos si se consolida o aumenta la "brecha" abierta en la Guardia Civil respecto al régimen estatutario del resto de los militares y, por ende, de sus derechos fundamentales y lo veremos o comprobaremos cuando la novedosa ley orgánica sobre Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, al igual que la reforma operada por Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, cuente con la cualificada interpretación de los órganos judiciales, y en último extremo, el Tribunal Constitucional.

---

[96] La norma se pactó entre los dos grandes partidos como una enmienda al proyecto de Ley de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad que se tramitaba en el Senado. El texto carece de exposición de motivos o preámbulo ya que su aprobación definitiva en el Congreso como ley Orgánica se efectuó tras desgajar los dos preceptos que la componen de la señalada ley ordinaria que se tramitaba en el Senado, hoy ya aprobada como Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, publicada, al igual que la comentada Ley Orgánica 11/2011 el 2 de agosto en el *BOE*. En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 29 de julio de 2011, que da cuenta de la aprobación definitiva de la controvertida Ley Orgánica, se declara literalmente lo siguiente: "La presente Ley Orgánica resulta del desglose de la disposición final segunda del Proyecto de Ley de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad." Esta apresurada forma de legislar en materia de DDFF –sea constitucional o no- reformando una ley orgánica mediante la introducción de una enmienda en el Senado a una ley ordinaria ha sido justificada de la siguiente forma en la *web* oficial del Senado: "*Se ha aprobado una enmienda en una Ley ordinaria que modifica una Ley Orgánica sobre la base de otros dos precedentes: - Ley de Comercio Minorista del año 1995. - Ley de Introducción al Euro del año 1998.*"

CAPÍTULO II:

LOS VALORES QUE CONFIGURAN LA INSTITUCIÓN MILITAR COMO ELEMENTOS DE DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES

2.1.- La especial relevancia constitucional de la disciplina y del principio de neutralidad política

Nos corresponde ahora examinar, siquiera de forma preliminar, los meritados principios que configuran la Institución militar como una organización especial en un triple sentido y, por ello, con una triple relevancia constitucional:

1.- Dichos principios resultan claves en orden a que las FAS constituyan una organización cohesionada capaz de cumplir con las altas misiones que el art. 8 CE les asigna.

2.- Suponen a su vez bienes o intereses constitucionalmente protegidos, con virtualidad, por ello, según la jurisprudencia constitucional, para operar como límites o restricciones a los DDFF de los militares, aunque esas restricciones no figuren de forma expresa en la Constitución, salvo en lo relativo al derecho de sindicación (art. 28.1), derecho de petición (art. 29.2) y la posibilidad de que la Administración militar imponga sanciones privativas de libertad (art. 25.3).[97]

3.- Y lo que reviste una mayor trascendencia, a mi juicio: los mencionados principios justifican para las personas con estatuto militar que se vean inmersas en una relación especial de sujeción que afecta tanto al desempeño de sus funciones profesionales, el servicio, cuanto a su propia vida privada en ocasiones y que determina que la señalada relación de sujeción resulte *permanente*, al menos mientras el sujeto ostente la condición militar o no la tenga suspendida.

[97] Aunque tendremos oportunidad de referirnos a ello más adelante de forma más minuciosa, la STC 219/2001, de 31 de octubre impone ciertos límites a los límites: uno de carácter formal, a saber, su establecimiento por Ley Orgánica. Otros, de carácter material:

a) Que estén orientados a preservar otros DDFF o bienes con relevancia constitucional. (*ad ex*., la Disciplina o la necesaria unidad y cohesión jerárquica de las FAS).
b) Que la restricción sea cierta y previsible.
c) Que sea proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del Derecho Fundamental. (FJ 7º).

En el mismo sentido, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

Aunque parte de la doctrina distingue, al menos cuatro principios que configuran la organización militar, a saber, la unidad, la jerarquía, la disciplina y la neutralidad política, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional se refiere fundamentalmente a la disciplina y la jerarquía, remitiendo a la Ley, de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares (art. 20), algo que se ha llevado a efecto en principio por el art. 4 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, cuyo contenido ha quedado trasladado con escasas modificaciones al art. 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, estableciéndose en la regla séptima que el militar "[a]decuará su comportamiento profesional, en cumplimiento de sus obligaciones militares, a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción."[98]

Pascua Mateo en concreto hace alusión a los cuatro principios más arriba mencionados, si bien viene a admitir que fácilmente se pueden reconducir todos ellos a dos cuando señala que "nos encontramos ante dos bloques de principios que se han utilizado por el Legislador y los órganos jurisdiccionales de manera recurrente. Por un lado, los principios de unidad, jerarquía y disciplina, cada uno de los cuales presenta contornos propios, a pesar de lo cual es posible remitir en todos los casos a un mismo tipo de fundamento, como es la garantía de la eficacia de las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus misiones constitucionales. Por otro lado, aparece el principio de neutralidad política, cuya justificación constitucional puede anclarse en el sometimiento del poder militar al poder civil previsto en el artículo 97 CE."[99]

Más adelante este mismo autor viene a admitir que la disciplina es, en realidad, la condición necesaria para la vigencia efectiva del principio de jerarquía[100], y podríamos añadir que, de la misma forma, para la necesaria cohesión y unidad de las Fuerzas Armadas en orden al cumplimiento de sus funciones constitucionales. Siendo la cohesión y la jerarquía principios característicos de la organización administrativa (art.

[98] Tanto el art. 6.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes como el art. 4.3 de la Ley 39/2007, de la Carrera militar remiten el desarrollo reglamentario de estas reglas a las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas mediante Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

[99] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 119 y 120.

[100] *Ibídem.*, pág. 138. En los mismos términos, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 545 y ss. En un sentido similar, ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar, Análisis jurídico tras la ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pág. 73 y ss.

103 CE), revisten un mayor grado de intensidad en la organización militar, si bien, la disciplina supone de una manera especialmente grave la salvaguarda de los principios que, con mayor o menor o menor vigor, son los propios de toda organización funcionarial caracterizada en este caso por una relación especial de sujeción más vigorosa respecto a las restricciones de los DDFF de los que la conforman.

Nos ocuparemos pues de la disciplina ya que los caracteres de esa relación de sujeción especial y, por ello, los principios que la distinguen, así como su legitimidad constitucional, será objeto de nuestro examen más adelante. Disciplina que se impone con dos instrumentos extraordinarios, que inciden gravemente sobre los DDFF de las personas, el derecho penal y el derecho disciplinario militar. El otro principio esencial que conforma el estatuto militar es el de neutralidad política, que implica asimismo un comportamiento neutral de los miembros de las FAS con la consiguiente restricción de sus libertades públicas.

2.2.- La disciplina como elemento esencial para la eficacia de las Fuerzas Armadas en la consecución de sus misiones constitucionales

La octava regla de comportamiento del militar (art. 6 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de 2011) define a la disciplina como *factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y obedecer lo mandado…* (que) "*[t]iene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas.*"

Resulta ser la disciplina, pues, el núcleo o esencia de la Institución militar, diríamos, reflejo del resto de los principios así como salvaguardia de los mismos, y ello en la medida en que la garantía de la eficacia del aparato administrativo (art. 103 CE), conformado en las Fuerzas Armadas bajo el corolario de una organización jerarquizada y unida, impone en el ámbito militar que para el logro de los fines que por otra parte son comunes al funcionamiento de la Administración tal y como ha sido concebido constitucionalmente, adquiera la disciplina una importancia instrumental capital, ya que aquí los fines a preservar por la Administración de una manera eficaz son los consignados en el art. 8 CE y que estriban en la defensa militar de España y su ordenamiento constitucional.[101]

[101] Advierte en este sentido Cotino que "[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." Más adelante señala que "la centralidad que tiene para el sistema constitucional que la defensa militar sea

Es definida en las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero como "*conjunto de reglas para mantener el orden y la subordinación entre los miembros de las Fuerzas Armadas*", siendo "*deber y responsabilidad del militar practicar, exigir y fortalecer la disciplina.*"[102]

Aunque quizá uno de los primeros textos jurídicos que la definen sea el Reglamento para el servicio de campaña, aún vigente, y aprobado por Ley de 5 de enero de de 1882[103], que en su art. 776 dispone lo siguiente:

"Disciplina, en toda su latitud, es el conjunto de medios que se deben emplear para obtener perfectos soldados. Entre estos medios descuellan *instruir*, *recompensar* y *castigar*; complementarios del primero los dos últimos. La disciplina es no sólo la mayor garantía de triunfo, sino la primera condición de vida de un Ejército en campaña. Debe fundarse en la convicción general de que el éxito del combate y de la guerra depende del conjunto, mantenido por el mando, de los esfuerzos parciales de todos."[104]

---

eficaz no es la misma que la importancia que adquiere la eficacia de otras administraciones públicas." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 547 y 549. La importancia únicamente instrumental de la disciplina significa por ello que no es un fin en sí mismo sino el medio para coadyuvar al cumplimiento de las misiones que constitucionalmente les asigna a las FAS el art. 8 de la Norma suprema. Así opina el citado autor que "[e]s 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 concebida. (…) 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 una exigencia constitucional, puesto que resulta del todo inadmisible el mantenimiento de una disciplina militar que en el contexto actual no fuese operativa." *Ibídem.*, pág. 563.

[102] Art. 44.

[103] Realmente, la técnica jurídica utilizada fue la aprobación de una Ley autorizando al Gobierno para mandar observar el Reglamento del servicio militar de campaña, que se insertaba a continuación, "sin perjuicio de introducir en él las modificaciones que la experiencia y los sucesivos adelantos puedan aconsejar". (*Gaceta de Madrid* nº 8, de 8 de enero). El resto del texto del reglamento se publicó de forma fragmentada en sucesivos diarios oficiales (*Gacetas* núms. 9 a la 23, de 23 de enero).

[104] Coincidimos en este sentido en parte con Alli en la triple significación de la disciplina (*convencer, premiar y castigar*), que va más allá, por ello, de las correspondientes consecuencias sancionadoras ante la transgresión de las normas de conducta de la institución castrense, para englobar, de acuerdo con lo ya prescrito por el antiguo Reglamento de Campaña de 1882, "tres pilares: la *sugestión* (el convencimiento de que la disciplina es una buena forma de mantener la cohesión y el orden interno: carácter suasorio inclusive), la *actividad premial* (recompensas) que faciliten y creen un ánimo de cumplimiento del deber y del ordenamiento propio de la institución; y, como *última ratio*, deberá haber un *sistema sancionador* ante las posibles faltas a la disciplina por parte de miembros de la organización." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 72. Las cursivas son del autor. A favor de un concepto amplio del derecho disciplinario, *vid.* asimismo ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 63. Las nuevas Reales Ordenanzas aprobadas en 2009 apoyan igualmente esa interpretación a la luz de un examen sistemático de sus preceptos. Así el ya transcrito art. 44, tras proporcionar una definición de disciplina, dispone que "[l]a *adhesión racional* del militar a sus reglas garantiza la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber." Reflejo de esa faceta de convencimiento que reviste asimismo el ejercicio del mando lo es igualmente el art. 63 ROSFAS 2009 que prescribe lo siguiente: "Razonará en lo posible sus órdenes para facilitar su comprensión y la

Esta norma, insisto, aún vigente, no resulta tan desfasada respecto a la actual significación constitucional del principio en el entendido de que la disciplina garantiza no solo la unidad y cohesión jerárquica de las FAS sino el principio de neutralidad política, específico –por su singular exigencia- de los que ostentan el estatuto militar y que la jurisprudencia constitucional considera asimismo imbricado en una disciplinada organización como la militar:

> "Ha de concluirse, en el sentido de la jurisprudencia citada, que el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no 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, o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4.º, «disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la CE les asigna, una especial e idónea configuración»."[105]

De manera que existe una doble vertiente de la disciplina tal y como expresa esta sentencia constitucional "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."[106]

En los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las Fuerzas Armadas ya se atisbaba la confirmación de las peculiaridades de la organización militar y la legitimidad constitucional de las mismas, aunque más tarde el Supremo Intérprete tendría oportunidad de ir matizando.[107] Así, en la temprana STC 21/1981, de 15 de

---

colaboración consciente y activa de sus subordinados; con ello conseguirá que su acatamiento se fundamente en la lealtad y confianza que deben existir entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas." Aunque pude sostenerse un concepto amplio de disciplina, de acuerdo con lo expuesto, el régimen premial militar aparece actualmente regulado no en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS sino por el Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general de recompensas militares, en desarrollo de la disposición adicional 2ª de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

[105] STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 4º.

[106] *Ibídem.*, FJ 5º. Sería lo que Cotino distingue como *facetas suprainstitucional e intrainstitucional* de la disciplina. Según este autor, "[c]on 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". Con la segunda acepción el autor alude a la "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)." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 549-552.

[107] De las diversas referencias tanto en la doctrina constitucional como en la jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo a la disciplina, podemos destacar las siguientes: valor esencial de la Institución Militar (STS de 18 de mayo de 1991); valor nuclear de cohesión interna en las Fuerzas Armadas y en el ámbito organizativo de la Guardia Civil (SSTS de 20 de diciembre de 2002, 26 de mayo de 2003 y 17 de

junio, que enjuicia las garantías procedimentales del régimen disciplinario militar contenido en el Código de Justicia Militar de 1945 declara lo siguiente:

> "La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar." […] En el ámbito militar, en el que *la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales*, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar."[108]

Sin embargo, el ATC 375/1983 ya declara a la organización jerárquica militar y a la disciplina como bienes constitucionalmente protegidos implicando no solo determinadas limitaciones en los DDFF sino una relación especial de sujeción que veremos es particularmente intensa. Así declara que

> "[n]o 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 los 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203 de las Reales Ordenanzas.
>
> Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos..."[109]

---

marzo de 2004); papel crucial desempeñado por la Disciplina para alcanzar los fines encomendados a la Institución por el art. 8 CE (ATC 68/1996, de 25 de marzo, STC 180/1985, de 19 de diciembre); interés de singular relevancia en el orden constitucional, que exige un sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción (STC 375/1983, de 30 de julio, FJ 2º); ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados (las FAS) por el art. 8.1 CE. (STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 8º). Quizá el más clarificador concepto lo encontremos en la STC 179/2004, de 21 de octubre, que la define como

> "regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional." (FJ 6º).

En parecidos términos, la STS, Sala 5ª, de 14 de septiembre de 2009 que conceptúa la disciplina como el "*acatamiento por el militar del conjunto de normas que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se asegura la eficacia de las misiones que los Ejércitos tienen encomendadas.*" (FJ 3º). La cursiva es mía.

[108] FFJJ 8 y 9. La cursiva es mía.

[109] ATC 375/1983, de 30 de julio, FJ 2º. La cursiva es mía.

Son diversos los ámbitos en los que incide el principio de la disciplina, resumidos en la STC 371/1993, de 13 de diciembre.

Así, los principios propios de la institución castrense y, particularmente, la disciplina llegan a justificar un sistema punitivo y procesal propio, de manera que

> "[l]a singularidad del sistema punitivo del Código recién citado no se asienta, por ende, en un factor diferencial que pueda considerarse arbitrario, ya que, lejos de carecer de un fundamento racional, halla justificación en que el mismo se orienta a la protección de la institución militar, específicamente regulada en el Título Preliminar de la Constitución (art. 8). De hecho, este Tribunal ya ha tenido ocasión de reiterar, en relación con el art. 14 CE, que las "peculiaridades del Derecho Penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la STC 97/1985, de 29 de julio (RTC 1985\97) (fundamento jurídico 4.º), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución" (STC 180/1985 [RTC 1985\180], fundamento jurídico 2.º)."[110]

La previsión de penas más graves que en el Código Penal común, un sistema propio de individualización de penas así como la inaplicabilidad para los militares del sistema de suspensión de penas previsto en el Código punitivo ordinario, entre otras, son peculiaridades del sistema penal militar asentadas en el principio de disciplina y que, según el Tribunal Constitucional, no vulneran el principio de igualdad.[111]

Llegan de la misma forma a fundamentar una organización judicial asimismo específica, la jurisdicción militar, que, aunque reconocida en el art. 117 CE, tiene su razón de existir en la garantía de la disciplina, la unidad y la cohesión interna de las FAS en orden al cumplimiento de las altas misiones asignadas por el art. 8 CE, jurisdicción castrense que ha de ser ante todo jurisdicción que, si bien con peculiaridades orgánicas y procesales, debe compadecerse con los principios constitucionales.[112]

Como señalábamos, el principio de disciplina justifica especialidades procesales, concretamente en el ejercicio del derecho a la defensa en el ámbito del procedimiento disciplinario por faltas leves (de la derogada Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil) en el entendido de que si bien –sin que sean trasladables en todo caso las garantías del orden penal al procedimiento administrativo

[110] STC 68/1996, de 25 de marzo, FJ 5º.

[111] Por todas, STC 107/1986, de 24 de julio, FFJJ 6 y7; STC 180/1985, de 19 diciembre, FJ 2 y 3, así como ATC 68/1986, FFJJ 5 y 6. *Vid.* COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas Españolas del siglo XXI", en *CEC*, Madrid, 2000, pág. 31 y ss.

[112] Por todas, SSTC 180/1985, de 19 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 113/1995, FJ 7; 97/1985, FJ 4.; 180/1985, FJ 2 y 60/1991, FJ 4.

sancionador- el derecho a la defensa letrada no puede ser restringido sin justificación constitucional y, por ello, el Tribunal Constitucional, aunque otorga el amparo solicitado, establece como límite, una vez, más al ejercicio del derecho de defensa con asistencia letrada el rápido restablecimiento de la disciplina militar. Ello se deduce de la relevante afirmación de la STC 74/2004, de 22 de abril, en la que declara lo siguiente:

> "La razón de ser del procedimiento oral regulado en el art. 38 LODGC para la corrección de las faltas leves que pudieran cometer los miembros de la Guardia Civil, no sólo estriba en la entidad menor de las infracciones leves, sino también en la necesidad del rápido restablecimiento de la disciplinar militar cuando concurren infracciones de esa naturaleza. Por tanto, se hace preciso valorar si el modo en que el demandante pretendió contar con asistencia letrada resultaba incompatible con la necesidad de un pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada."[113]

Esto es lo que sucede con el derecho de defensa (art. 24.1); sin embargo no ocurre lo mismo con el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a la jurisdicción. Particularmente interesantes al respecto resultan las sentencias constitucionales 115/2001, de 10 de mayo, y 179/2004, de 21 de octubre que enjuician los límites a la acusación particular en el ámbito de la jurisdicción militar. Sin que proceda entrar ahora en el fondo de los pronunciamientos debe señalarse, por su interés, un párrafo de una de estas resoluciones judiciales en que "blinda" efectivamente el derecho de acceso a la jurisdicción frente al principio de la disciplina militar:

> "Pues bien, como ya afirmamos en nuestra STC 115/2001, FJ 9, y hemos de reiterar ahora, la relación jerárquica entre los miembros de las Fuerzas Armadas, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes Administraciones públicas (art. 103.1 CE), como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 CE a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Por ello *el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas "de acuerdo con los principios de la Constitución".*".[114]

[113] FJ 6.
[114] STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ 7. La cursiva es mía.

El derecho de defensa (art. 24.2 CE) en conexión con la libertad de expresión resulta inmune frente al principio de disciplina ya que, aun encontrando justificación constitucional a los límites de la libertad de expresión que obedezcan a la configuración de las FAS y a la necesidad de aseguramiento de la disciplina, se impone un "*entendimiento de la libertad de expresión, como libertad <especialmente reforzada por inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental> (STC 157/1996, F. 5)*" que "*es perfectamente trasladable a los supuestos de autodefensa en los que, como ahora ocurre, es el propio ciudadano afectado quien, por no ser preceptiva la asistencia letrada, asume por sí mismo la defensa en el procedimiento de sus derechos e intereses legítimos.*" Añade el Alto Tribunal que

> "[s]in duda alguna, dicha circunstancia es determinante para ponderar las vulneración de derechos denunciada en la demanda de amparo, puesto que "no pueden aplicarse los mismos criterios para juzgar la conducta y los límites de la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas cuando las expresiones que se tratan de calificar como infracción disciplinaria, se producen en el marco del ejercicio de un derecho a impugnar una resolución administrativa, que en cuanto afecta también a otros derechos y valores constitucionales, ha de ser un elemento trascendente" (FJ 2)."[115], descartando siempre "la existencia de expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias, así como la presencia de consideraciones críticas referidas a la autoridad o a la institución militar, incorporadas de forma gratuita y carentes de toda conexión lógica con aquellos argumentos que pueden considerarse pertinentes o necesarios para articular procesalmente un alegato de defensa contra el acto sancionador"[116]

La disciplina y los valores que encierra vienen a su vez garantizados por dos instrumentos extraordinarios: el derecho penal y el derecho disciplinario militar, constituyendo los mismos unas partes esenciales o nucleares de la relación estatutaria de los militares, por la afectación a los DDFF que supone; sin que, en ningún caso, queden admitidos los malos tratos o vías de hecho.[117]

En cuanto al Derecho Disciplinario Militar, constituye una facultad de la Administración militar, que, con las especialidades de la Guardia Civil[118], queda habilitada para impones sanciones privativas de libertad (art. 25.3 CE). Así, la

[115] STC 102/2001, de 23 de abril, FJ 4.
[116] *Ibídem.*, FJ 5.
[117] Es reveladora en este sentido la STS, Sala 5ª, de 17 de diciembre de 2013, recurso 101/56/2013, que declara al respecto que "desde nuestra Sentencia 23.02.1998, hasta las más recientes 17.02.2003; 28.02.2013 y 09.04.2013, [venimos diciendo] que el medio de restablecer la disciplina afectada no es el empleo de malos tratos o vías de hecho que la ley no autoriza, sino la aplicación de las previsiones contenidas en la legislación penal y disciplinaria aplicable a las Fuerzas Armadas." FJ 4º, 2.
[118] *Vid.* STC 73/2010, de 18 de octubre.

protección de la disciplina militar constituye uno de los objetivos, según su exposición de motivos, de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Por otra parte, cuando la vulneración del señalado valor esencial de la institución militar cobra tintes de especial intensidad, la conducta puede ser merecedora de un reproche penal (art. 91 a 106 del Código Penal Militar). No obstante, debe descartarse la obediencia ciega[119], resaltando así como un límite a la disciplina, en su perspectiva de la obediencia al superior jerárquico –reflejo de una organización fuertemente cohesionada-la disposición del art. 21 del Código Penal Militar con la siguiente dicción: "*…No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.*"

En las situaciones señaladas la disciplina –principio instrumental orientado a la consecución por las FAS de los cometidos que la Constitución les asigna- debe ceder ante el sometimiento de la actuación administrativa al principio de legalidad (arts. 9.1 y 3, 103 y 106 CE).

[119] Es decir, concluimos con Cotino en que el valor de la disciplina no puede suponer una obediencia ciega sino reflexiva, de forma que "[e]l 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 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." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 361. Dice el profesor Blanco Valdés que "[s]i la ciega obediencia a las órdenes superiores se había ido configurando como una de las básicas aportaciones de las políticas castrenses puestas en práctica por las monarquías absolutas, y había llegado a constituirse en el nerval elemento configurador de la disciplina militar de los aparatos armados que aquéllas constituyeran, con la quiebra revolucionaria de las mismas se iba a poner consecuentemente a discusión la conveniencia de mantener intocada la tradicional concepción de la disciplina." Así el autor habla de la consagración legal del *principio de desobediencia debida* (o de obediencia racional) a determinadas órdenes emanadas de las autoridades militares. BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada…*ob. cit., pág. 385 y ss. La cursiva es mía. En el mismo sentido, considera Fernández Segado que "[l]a evolución de las sociedades actuales y el acceso del hombre moderno hacia niveles más elevados de conocimiento, cultura y dignidad han ido produciendo en los círculos militares de los países occidentales más avanzados una tendencia, cada vez más acusada, hacia una matización del concepto de disciplina, incorporando a ésta una mayor dosis de responsabilidad individual y de iniciativa personal, en detrimento –más bien cabría decir en superación- de un concepto de obediencia ciega y absolutamente automática que, llevada a su extremo, reduciría al hombre a la condición de mero «robot» ejecutor." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Fuerzas Armadas-Sociedad: Del mutuo aislamiento a la progresiva integración", en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 36, 1986, pág. 65. Igualmente, Rodríguez Devesa, bajo la vigencia del antiguo Código de Justicia Militar de 1945 sostenía, rechazando la obediencia ciega, que el derecho militar no puede obligar a la obediencia de órdenes constitutivas de delito. *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., "La obediencia debida en el derecho penal militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 3, enero-junio 1957, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, págs. 29-79.

Esta redefinición de la obediencia debida como eximente en los términos expresados, ahora formulado de forma similar en la regla 12ª del art. 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, tiene su reflejo asimismo en las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero que dispone que el militar no está obligado a obedecer órdenes que revistan dichas características. "*En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.*" (art. 48). Añade asimismo la precitada disposición de la nueva ley de derechos y deberes que en tales casos el militar además "deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz."

Ahora bien, ¿qué sucede en los supuestos en que el militar se encuentre ante órdenes no constitutivas de delito pero tampoco ajustadas al ordenamiento jurídico?

Parece así colegirse del tenor de los preceptos mencionados que las órdenes dadas por el superior jerárquico en relación al servicio aunque con algún vicio de legitimidad, pero no manifiestamente ilegales, deben ser obedecidas, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que incurra quien las imparta. No obedecer este tipo de mandatos, según la jurisprudencia de la Sala 5ª, supondría incurrir en responsabilidad disciplinaria y no en el tipo penal de desobediencia del art. 102 CPM. Así se deduce, a título de ejemplo, de la STS de 11 de febrero de 2008 que establece la diferencia entre ilicitud e ilegitimidad de una orden, así como las consecuencias jurídicas de cada una de estas categorías:

> "Como ha sido manifestado reiteradamente por esta Sala, en el ámbito castrense, la orden, como mandato relativo al servicio que da un superior a un inferior para que lleve a cabo u omita una actuación concreta, debe estar revestida de legalidad por su condición de lícita y legítima. La Sala, en relación con este elemento normativo del tipo, ha precisado, según se señala en Sentencia de 21 de diciembre de 2001, con extensa cita de nuestra jurisprudencia, que *son "órdenes ilícitas aquellas que entrañen la ejecución de actos manifiestamente contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, liberando al inferior que las recibe de la obligación del cumplimiento, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas* " y que *son órdenes ilegítimas "las que, sin estar acogidas en la previsión antes citada, no se acomodan a la exigencia típica del artículo 102 del Código Penal Militar, porque aun cuando estén impartidas por un superior en relación con un inferior, no correspondan al servicio que el inferior deba cumplir, fundamentando tal criterio en el doble concepto de orden y acto de servicio que se establece en los artículos 19 y 15 del propio Código Penal Militar,* en el primero de los cuales se señala de forma expresa que, a los efectos del Código Penal Militar, es orden todo mandato relativo al servicio militar que un superior militar da a un inferior para que lleve a cabo u omita una acción correcta, entendiendo que esa necesidad de vincular la orden con el servicio, en virtud de la dicción del artículo 15 del mismo texto legal, conexiona el mandato con los actos del servicio que, también a los efectos del mismo Código, serán todos los que tengan relación con las funciones que corresponde a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente les corresponde".
>
> En definitiva, y en lo que aquí nos interesa, la orden, siendo lícita, ha de ser emitida de forma adecuada y dentro de las atribuciones que correspondan al superior en relación con el

servicio y las funciones que tenga ha de ser acatada, sin perjuicio de formular objeciones después de cumplirla" (Sentencias de 31 de mayo de 1999 y 7 de febrero de 2005)."[120]

[120] FJ 2º. Las cursivas son mías. De forma que "hemos dicho que, si no están incluidas en tales supuestos de ilegalidad o ilegitimidad, "deberán ser cumplidas, incluso aunque adolezcan de algún defecto en relación con esa legitimidad, porque el inferior de ninguna manera puede entrar a hacer valoraciones respecto de lo que se le ordena a través de la relación jerárquica y dentro de las atribuciones del mando" (SS de 6.04.92; 7.06.99; 15.10.01; 20.03.02; 5.03.03 y 20.06.03)." (STS, Sala 5ª, de 31 de marzo de 2004, FJ 3º, recurso contencioso-disciplinario nº 201/52/2003). *Vid.* igualmente la STS de 17 de octubre de 2006, recurso contencioso-disciplinario 201/31/2006. Declara a estos efectos la STS de de 8 de julio de 1993 (recurso nº 46/133/1991) que "[e]sta Sala se ha ocupado anteriormente del concepto de la legitimidad de la orden (Sentencias, entre otras, de 11 de junio de 1992, 6 de julio de 1992 y 29 de septiembre de 1992) y ha declarado que para que la orden sea ilegítima es preciso que el superior, con olvido de sus propias atribuciones o excediéndose en ellas, hubiera dispuesto la realización de un acto de servicio que se apartase clara e indiscutiblemente bien de su propia competencia, bien de las obligaciones y funciones que pudieran corresponder al inferior que recibe la orden. El mero hecho de que el Guardia no fuera subordinado directo del Teniente que dispuso el servicio - lo que no resulta ser cierto- no daría como resultado la ilegitimidad de la orden, salvo que quedase acreditado que, al dictarla, se excedió en sus facultades o las ignoró completamente, lo que no se da en el presente caso. Se podría decir que es el uso arbitrario de la condición de superior jerárquico, es decir, el abuso de situación en la escala de empleos con olvido de toda norma competencial, el productor de ilegitimidad de la orden…" (FJ 3º). Encontramos, sin embargo, en la doctrina y jurisprudencia una línea argumental distinta a la expuesta que justifica la desobediencia a órdenes, que aún no incluidas en los supuestos delictivos del art. 21 CPM, "*lesione*(n) *manifiestamente el ordenamiento jurídico*, *vulnere*(n) *la Constitución o imponga*(n) *un comportamiento lesivo para la dignidad humana*." (Sentencia del Tribunal Militar Central de 12 de marzo de 1997, Recurso contencioso-disciplinario 109/1995, ponente: Rodríguez-Villasante Prieto, caso de la negativa a rendir honores a la Virgen de los Desamparados, FJ 6º). La cursiva es mía. Continúa declarando la resolución que "[e]n todos estos últimos casos cede la presunción de legitimidad de la orden y su carácter vinculante para el inferior (…) pues es indudable que una cosa es el deber de obediencia entre militares, imprescindible para la disciplinada marcha de las FAS, y otra muy diferente la obediencia ciega (…) a determinadas órdenes manifiestamente antijurídicas e incluso delictivas, particularmente cuando afectan a derechos fundamentales en el ámbito de una institución como la militar que es garante principal de la legitimidad constitucional." Resalta el Tribunal que "una cosa es afirmar que, en tales supuestos excepcionales [órdenes delictivas o contrarias a las leyes y usos de la guerra], se imponga el deber de obedecer 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 un delito de desobediencia o falta disciplinaria de insubordinación." A la resolución del Tribunal Militar Central fue posible acceder gracias a la gentileza de la Fiscalía de este órgano jurisdiccional. *Vid.* al respecto asimismo los comentarios de COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 564 y ss. Semejante postura sigue la Sala 5ª del Tribunal Supremo cuando afirma, al resolver el recurso de casación del abogado del Estado frente a la estimación por el Tribunal Militar Territorial Segundo del contencioso-disciplinario de un oficial contra la sanción motivada por la negativa a facilitar en su unidad datos personales pertenecientes a su cónyuge, que "entendemos que la orden emitida ciertamente no se encontraba dentro de las que hemos calificado jurisprudencialmente como "ilegítimas", en el sentido de que no era "contraria a las leyes y usos de la guerra" y que obviamente no constituía delito en general ni delito contra la Constitución en particular. Ocurre, sin embargo, que, *además del contenido de las RROO y de la normativa que estamos contemplando*, sobre el concepto de orden (arts. 15 y 19 CPM y L.O. 8/98), *deben ponderarse las posibles infracciones a los derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad) y, en general, al ordenamiento jurídico* y la parte de la orden objeto de estudio que exigía los datos de la cónyuge del inculpado era contraria a la legislación analizada en materia de protección de datos y, a su vez, a la actual interpretación del T.C. sobre los apartados 1 y 4 del art. 18 CE, además de no afectar al servicio." (STS de 31 de marzo de 2004, FJ 3º, recurso nº 201/52/2003). La cursiva es mía. *Vid.* asimismo la postura de HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F.J., "Apuntes sobre la exención por obediencia jerárquica en el Código Penal Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 95-96, enero-diciembre 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, págs. 175-211. Señala al respecto el autor que "[l]a inexistencia de obediencia ciega en el ámbito militar lleva a que el deber de examen de la orden no se suprima nunca, ni siquiera en la orden «aparentemente legal» pues la fidelidad del inferior se sigue debiendo a la ley y no a la persona del superior. Los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, someten toda actuación de la administración pública a la juricidad sin excepciones, y el subordinado debe examinar siempre la orden. Si tras el examen el subordinado advirtiera que la orden

2.3.- El principio de neutralidad política como expresión de la subordinación al poder civil

En cuanto al principio de neutralidad política, se halla íntimamente conectado con la disciplina en su vertiente de respeto a las autoridades políticas e instituciones de la Nación, lo que impide el surgimiento de luchas, discusiones o manifestaciones públicas con una determinada orientación política por parte de los que forman parte de una organización que posee los medios para ejercer la coacción armada. En este principio, pues, encuentran su justificación, como veremos, las restricciones o la inexistencia de algunos DDFF y libertades públicas para los militares, como la libertad de expresión, manifestación o sindicación.[121]

Particularmente intensa resulta esta limitación (incluyendo las discusiones o disensiones políticas) en el interior de recintos militares. Así la STS de 23 de marzo de 2005 declara que "[l]*a cohesión interna de las Fuerzas Armadas y su neutralidad en materia de debates sociales y políticos legitiman en este caso una limitación de la libertad de expresión de sus miembros cuando la misma es –como en el caso examinado– proporcionada a las circunstancias concurrentes.*"[122]

---

es ilegal, no debe ejecutarla, y si por el contrario no repara en que es ilegal a pesar de serlo, no se le reprocharía su error aunque fuera vencible.

Es más, esta solución encaja enteramente en el campo militar pues permite amparar el principio de jerarquía en el margen en que éste debe de regir. Al liberarse al subordinado de responsabilidad cuando su error es sólo vencible, se relaja el deber de conocer la ilegalidad, se alienta a la obediencia y se refuerza el principio de jerarquía, y todo ello, teniendo presente que fuera de la ley no cabe principio de jerarquía sino en todo caso obediencia excusable." *Ibídem.*, pág. 200. El autor se manifiesta partidario pues de la eliminación de la eximente por obediencia del último inciso del artículo 21 del Código penal militar puesto que "resulta ya asonante y de conveniente erradicación." *Ibídem.*, pág. 177. En el mismo sentido, debemos aquí suscribir lo señalado al respecto por el informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la Ley Orgánica del Código Penal Militar de fecha 7 de octubre de 2013, cuando afirma que "se considera que esta circunstancia de obediencia debida debería desaparecer, por cuanto que, por una parte, es imposible la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho y por otra, las lesiones a un bien jurídico protegido por el cumplimiento de una orden podrían quedar amparadas por la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, si la orden es legal, o en el error en los supuestos de órdenes ilegales."(párrafo 65). El documento resulta accesible a través del enlace http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_la_Ley_Organica_del_Codigo_Penal_Militar. Visitado el 25 de enero de 2014.

[121] Aunque tendremos oportunidad de examinarlo más adelante al analizar cada uno de los derechos limitados, *vid*., entre otras, SSTS, Sala 5ª de 14 de septiembre de 2009, 11 de mayo de 2010 y 13 de septiembre de 2010.

[122] FJ 7º. Recurso nº 201/74/04. Debe resaltarse el término "*sociales*" puesto que con esta extensión de la limitación declarada por el Tribunal Supremo prácticamente queda vedado a los militares pronunciarse no ya sobre cualquier tema político sino de actualidad. Sin embargo, tanto los arts. 7 y 12 de la actual Ley Orgánica 9/2011 como el derogado art. 182 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley 85/1978 solo se refieren a actividades políticas o sindicales.

Aunque, como dice Pascua Mateo[123] "[e]l principio de neutralidad política, por su parte es perfectamente predicable de la Administración pública y sus agentes en general"[124] debe ser exigido con mayor intensidad en el ámbito de las FAS puesto que, como bien señala este autor "aparece ligado a la exigencia de subordinación del poder militar al poder civil establecida en el artículo 97 CE (...)"[125] Ahora bien, como

[123] Otros ámbitos donde resulta legítimo exigir la apoliticidad son la Carrera Judicial (art. 127 CE y 395 LOPJ) y el personal de las Cortes Generales (arts. 36 y 46.4 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales).

[124] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 142.

[125] *Ibídem.*, pág. 144. Supremacía civil que, según Cotino, "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. Pues bien, 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." Añade además este autor que pese a la subordinación de las FAS al Gobierno –político y partidista- en un estado democrático, la organización militar debe quedar al margen de los intereses particulares del mismo y sus dirigentes. COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 351. Según López Ramón, en inmediata conexión con el principio de separación entre autoridades civiles y militares, "surge en los Estados de Derecho el *principio de subordinación de la autoridad militar a la civil*", encontrándose "[d]esde el punto de vista jurídico, la más acabada recepción del principio (…) en la caracterización de las Fuerzas Armadas como parte de la Administración del Estado." LÓPEZ RAMÓN, F., "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 2548. La cursiva es del autor. Citando éste a Hauriou, la subordinación militar al poder civil se traduce en diversas medidas y precauciones como las siguientes: "el apartamiento del Ejército con respecto a la vida política, especialmente en lo que se refiere a la organización electoral; la no utilización ordinaria del Ejército para el mantenimiento del orden público; la regulación cuidadosa del sistema por el cual ciertas autoridades civiles pueden requerir, por escrito, la intervención de la fuerza armada, con la correlativa prohibición de que ésta actúe por propia voluntad; el reclutamiento de los soldados llevado a cabo directamente por las autoridades civiles…" *Ibídem*., pág. 2559. La cita del autor es de HAURIOU, M., *Principes de droit public*, 2ª ed., París, Larose et Tenin, 1916, págs. 441-457. Señala al respecto igualmente Vergottini que "[d]el principio de la supremacía del poder civil derivan, en fin, algunos importantes corolarios, universalmente aceptados hoy por las Constituciones europeas del Estado posliberal. En primer lugar, la fijación de los principios de la «constitución» militar en la norma fundamental del Estado (lo que supone inexistencia de autonormación en la institución militar, sometimiento de sus miembros a una regulación heterónoma y plasmación de estos principios en la predeterminación constitucional o legal de las reglas básicas de organización y funcionamiento en este campo). En segundo lugar, carácter apolítico de las fuerzas armadas (que no pueden ser portadoras, en cuanto cuerpo organizado, de orientaciones políticas propias) y, en ocasiones, limitaciones a la actividad política de sus miembros. Por último, el principio de que las fuerzas armadas no podrán tener intervención alguna directa o espontánea y sí sólo a requerimiento de los órganos constitucionales, tanto en el interior como en el exterior." VERGOTTINI, G., "La supremacía del poder civil sobre el poder militar…", ob. cit., págs. 31-32. Peñarrubia analiza la exigencia de neutralidad desde el punto de vista de la necesaria objetividad o imparcialidad de la Administración Pública, distinguiendo una primera acepción de neutralidad de los servidores públicos, "que significa una plena imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, pero no la restricción general de derechos y libertades fundamentales que implica la neutralidad en su segunda acepción, es decir, como abstención o como restricción…" Para el autor, en la función militar, frente a lo acaecido con los servidores civiles, la evolución ha sido más lenta, "por la especial vinculación que tienen las Fuerzas Armadas a la idea misma de soberanía. Esta idea ha motivado que para el personal militar el criterio de la neutralidad como restricción se haya mantenido como un presupuesto esencial para llegar a que se produzca como resultado el criterio de la neutralidad como imparcialidad." Sin embargo, concluimos con Peñarrubia en que la consolidación en nuestro país del ordenamiento democrático, unida a la percepción social sobre la eliminación del peligro del intervencionismo militar en política, junto con la enseñanza militar recibida por los integrantes de las FAS, ajustada a los valores y normas constitucionales "supone que la neutralidad como abstención debe aplicarse a la institución y no a cada militar, en su condición de ciudadano, a quien sólo deben restringirse

podremos observar, el tan mentado principio de neutralidad política está entre aquellos que podemos denominar indeterminados, y no ha tenido realmente una concreción o definición hasta la STS, Sala 5ª, de 17 de julio de 2006 que, al respecto, declara lo siguiente:

> "El concepto de neutralidad equivale, en lo que ahora interesa, a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto. De otro lado, las opciones políticas se identifican con la libertad o facultad que se tiene, para elegir entre diversas alternativas en lo concerniente a la organización y funcionamiento de la sociedad plural conformada como Estado. El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas si fuera necesario."[126]

Ahora bien, asimismo realiza el citado autor una relevante afirmación que nos será de utilidad más adelante por su importancia para el objeto de nuestro trabajo: "[E]l principio de neutralidad no ha de impedir necesariamente, al menos en tiempo de paz, toda participación política de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino tan sólo asegurar la objetividad de la Administración Militar en el cumplimiento de sus funciones, así como excluir cualquier presión política de ésta sobre los ciudadanos y los poderes públicos. Ello permitirá, en definitiva, al militar individual, cuando actúe como

---

los derechos en cuanto puedan afectar a la disciplina, pero sólo en la medida necesaria y, en consecuencia, acercarse en lo demás su régimen jurídico al de los funcionarios civiles…" PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., págs. 151-152. Para Blanquer "la objetividad de las Fuerzas Armadas no se identifica ni con la exclusión ni con la marginación de los militares de la participación en los asuntos públicos, sino con la explícita consagración del principio de supremacía del poder civil sobre el militar. Para que este principio adquiera efectividad y virtualidad práctica, la Constitución puede modular los derechos de los miembros de la Administración Militar, pero en tiempo de paz ese es sólo uno de los medios posibles; no es ni el fin ni el único medio." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 514. Añade el autor que "[u]na cosa es que en tanto que ciudadanos los militares puedan participar individualmente en los asuntos públicos en tiempo de paz, y otra distinta que las Fuerzas Armadas tengan una función política autónoma a la de los poderes civiles. *Quienes deben ser ineludiblemente neutrales son las Fuerzas Armadas, no los militares individualmente considerados.*" *Ibídem.*, pág. 515. La cursiva es del autor.

[126] FJ 4º. Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 204/26/2006. La sentencia resuelve el recurso interpuesto por el Teniente General, a la sazón Jefe de la Fuerza Terrestre del Ejército de Tierra en el momento de los hechos frente a la sanción de arresto que le impuso el Ministro de Defensa, a consecuencia de las palabras pronunciadas por el militar durante el discurso de la Pascua Militar, en el palacio de Capitanía de Sevilla, alocución en la que mantuvo un determinado posicionamiento en contra del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña, en ese momento en tramitación parlamentaria. *Vid. infra*, pág. 310 y ss.

un privado al margen de su condición profesional, desarrollar diversas actividades en tanto no comprometan la imagen de las Fuerzas Armadas."[127]

Esta afirmación, que va obteniendo confirmación en las diversas resoluciones judiciales examinadas, permite ratificar nuestra tesis inicial de que las limitaciones a los DDFF de los militares requieren cumplir, como sucede en el resto de los supuestos, y, ante la ausencia de una cláusula constitucional general[128] restrictiva de las libertades de los miembros de este colectivo, con los requisitos generales de toda limitación de los DDFF establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El principal problema, empero, con que nos enfrentamos, resulta ser el surgimiento de una intensa relación de sujeción especial que, a diferencia de otras, impregna en ocasiones toda la vida del sujeto, se halle o no de servicio.

Aunque esto es así, partimos asimismo de la premisa de que esas limitaciones que dan lugar a un "estatuto general de vida" requiere de adecuada justificación con arreglo a los requisitos establecidos por el Supremo intérprete de la Constitución y ello atendiendo al caso concreto, sin que pueda justificarse una extensión de ese estatuto especialmente intenso a todos los actos de la vida de la persona sin una justificación o finalidad razonable y respetando en todo caso el principio de proporcionalidad. Trataremos de proporcionar un análisis de estas cuestiones en el siguiente capítulo.

El principio de neutralidad política aparece ahora expresamente contemplado en la nueva ley orgánica de derechos y deberes. Así, su art. 7 dispone lo siguiente:

> "1. El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos.
>
> 2. El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos.

[127] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 144. En el mismo sentido, BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., págs. 510-512. La idea ha cobrado fuerza en Alemania, desarrollándose el concepto de "ciudadano de uniforme" (*Staatsbürger in Uniform*), de forma que las restricciones derivadas del principio de neutralidad política operan exclusivamente estando de servicio o en instalaciones militares, sin que ello afecte a las actividades políticas que desarrolle sin utilizar su condición militar. Véase al respecto el art. 15 de la Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (*Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten*), de 19 de marzo de 1956. En Francia, sin embargo, se pretende preservar la neutralidad de las FAS mediante su acantonamiento, estableciendo intensas limitaciones a los derechos de participación política del militar, como tendremos ocasión de comprobar más adelante. *Vid.* sobre todo ello NOLTE, G. (ed.), *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, págs. 88 y 89.

[128] *Vid.* nota 5.

> Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas."

Aparece además como un límite a la libertad de expresión y así el art. 12.2 dispone que "[e]n cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas."[129]

Estas prohibiciones impuestas por el principio de neutralidad hallan su reflejo disciplinario en el art. 7.31 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas[130], que contempla como falta leve "[e]*xpresar 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.*" Asimismo podemos considerar derivadas del principio de neutralidad las faltas leves tipificadas en el apartado 29 y 32 y las faltas graves contempladas en el art. 8.25, 32 y 34., además de la causa de sanción disciplinaria extraordinaria prevista en el art. 17.4.

[129] Los miembros de la Guardia Civil tienen reconocida la libertad de expresión en el art. 7 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que señala como límites a su ejercicio, entre otros, la observancia de la disciplina, así como *los deberes de neutralidad política* y sindical y de reserva. (art. 7.2). La cursiva es mía. Las derogadas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley 85/1978 disponían en su art. 182, en un sentido similar lo siguiente:

> "Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, ni tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos 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 […]"

[130] La Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil establece en su art. 7.2 como falta muy grave "[l]*a violación de la neutralidad o independencia política o sindical en el desarrollo de la actuación profesional.*" Obsérvese cómo este precepto se refiere a la vulneración de dicho principio pero en lo relativo a la actuación profesional, dado que se trata de una ley cuyo fundamental objetivo consiste en regular el régimen disciplinario de un cuerpo policial. Quizá se ajuste más a la preservación de la neutralidad política de los militares-guardia civiles la falta contemplada en el art. 7.3, a saber, "[l]*a promoción o pertenencia a partidos políticos o sindicatos, así como el desarrollo de actividades políticas o sindicales.*"

CAPÍTULO III:

LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES. UNA INTENSA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN

3.1.- Los límites a los derechos fundamentales de los militares y sus requisitos son los generalmente derivados del texto constitucional

Desde temprano resulta doctrina constitucional que los DDFF consagrados en la CE 1978 "*no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás.*"[131] Los DDFF encuentran sus límites en el propio texto constitucional. Así los militares tienen *ex Constitutione* expresamente limitados determinados DDFF, por ejemplo, el derecho de petición (art. 29), sin perjuicio de las previsiones de los arts. 25.3, 26 o 70.1 e).[132] La cuestión (y consiguiente controversia), como habíamos señalado más arriba, estriba en que la Norma Suprema no contiene una cláusula general que habilite una limitación general de los DDFF de los militares ni un estatuto peculiar de sus DDFF dando así lugar a una reforzada relación de sujeción especial.

Como ha resuelto con carácter general nuestro Tribunal Constitucional, –sin que sean admisibles excepciones, pues, en la doctrina de los límites a los DDFF- además de los límites expresamente previstos en la Constitución, los DDFF hallan limitaciones en los DDFF de los demás así como en otros bienes constitucionalmente protegidos.[133] Así, el Tribunal Constitucional español acude en primer lugar a la idea de los límites intrínsecos en la STC 5/1981[134], construcción que va a dejar paso poco después a la teoría de los límites inmanentes (en tanto que impuestos por otros bienes constitucionalmente protegidos en el entendimiento de que la unidad del texto

[131] STC 91/1983, de 7 de noviembre. En el mismo sentido, STC 2/1982, de 29 de enero.
[132] El derecho de sindicación no está expresamente limitado pero la Norma Suprema habilita al Legislador a que lo limite o exceptúe. (art. 28.1).
[133] STC 120/1990, FJ 8.
[134] Cuando en este pronunciamiento el Tribunal Constitucional dice que "[s]e trata en todos los casos de derechos que tienen *límites necesarios* que resultan de su *propia naturaleza*, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador" [FJ 7, la cursiva es mía] hay que entender que se refiere a los límites inmanentes, es decir, los derivados de otros DDFF u otros bienes constitucionalmente protegidos, recordando con Villaverde Menéndez en que no resulta posible hallar en esta temprana doctrina cobertura constitucional a lo que él llama "límites *implícitos* o inherentes por *definición* a los derechos fundamentales, latentes en la *naturaleza de las cosas.*" BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales*…, ob. cit., pág. 129. La cursiva es del autor.

constitucional impone la igualdad de rango de las normas constitucionales, por lo que un DF –contenido en una norma constitucional- no puede prevalecer sobre las restantes normas constitucionales) sobre la base de la limitabilidad general de los derechos fundamentales y la necesidad de conciliar éstos con otros bienes que el ordenamiento protege."[135] Alude a continuación el autor a los límites derivados no solo de otros DDFF sino de bienes con relevancia constitucional. Así ya la STC 11/1981, de 8 de abril declaró que "*en algunas ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.*"[136] En el ámbito que nos ocupa una reiterada jurisprudencia de la que ya nos ocupamos en el capítulo anterior considera bienes o valores constitucionalmente protegidos la disciplina y la jerarquía militares como factores para mantener la necesaria cohesión y unidad de las FAS en orden al cumplimiento de las misiones asignadas por el art. 8 CE.

Ahora bien, que esto sea así no significa que estos valores o principios supongan una incondicionada limitación de los DDFF de los militares. Esas restricciones encontrarán a su vez condiciones en el propio Texto Supremo, sistematizadas con carácter general por la doctrina del Supremo intérprete. Las hallamos perfectamente resumidas en la STC 219/2001, de 31 de octubre, a saber, en primer lugar, su establecimiento por Ley Orgánica. Pero, tanta trascendencia revisten otras de carácter material:

a) Que estén orientados a preservar otros DDFF o bienes con relevancia constitucional. (*ad ex.*, la disciplina o la necesaria unidad y cohesión jerárquica de las FAS).
b) Que la restricción sea cierta y previsible.
c) Que sea proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental. (FJ 7º).[137]

---

[135] *Ibídem.*, págs. 127 y 128.
[136] FJ 7.
[137] En el mismo sentido, STC 292/2000, de 30 de noviembre, de la que merece la pena extraer el siguiente pasaje ya que distingue (en cuanto a los DDFF) entre "desarrollo" y "regulación de su ejercicio":

> "Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La primera constatación que

Estas limitaciones a los DDFF de los militares son las que explican que la relación estatutaria de estos ciudadanos sea calificada como una relación especial de sujeción donde los poderes de la Administración se ven incrementados para intervenir en la esfera de de los derechos y libertades de aquellos que ostentan la condición militar, al igual que sucede con los funcionarios, los presos o los escolares.[138]

---

debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental." (FJ 11).

Así, como dice Villaverde Menéndez, "cuando se delimita el derecho fundamental con carácter general, esto es, cuando se pretende concretar con carácter general el objeto, contenido y límites (internos o externos) de un derecho fundamental se le está *desarrollando*, y este desarrollo debe realizarse siguiendo el procedimiento de la ley orgánica. Si el propósito es regular la forma en la que ese derecho fundamental se puede ejercer en la realidad, fijando reglas sobre el tiempo de ejercicio, sobre la forma en la que puede ejercerse y sobre su dimensión espacial, sólo la ley es competente para hacerlo, sin necesidad de que esa ley se apruebe por el procedimiento de la ley orgánica." BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales*…, ob. cit., pág. 154. La cursiva es del autor.

[138] Según López Benítez las relaciones especiales de sujeción "son las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación". LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, págs. 161 y 162. Gallego Anabitarte enunciaba en su ya célebre artículo sobre esta institución una serie de notas sobre las relaciones especiales de sujeción. Así éstas se caracterizarían por la acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones; estado general de libertad limitada; existencia de una relación personal; imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados; el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la Ley; el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo; la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento; el admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa. *Vid.* GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, nº 34, Madrid, 1961, pág. 25. En cuanto al elemento de la voluntariedad respecto a la inserción del administrado en una relación especial de sujeción, a mi juicio ello no puede determinar una renuncia anticipada o *ex ante* a la titularidad o ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Sostenemos en este sentido la posición de principio de Díez-Picazo que, aunque se pregunta si la inserción de una persona con carácter voluntario en una relación especial de sujeción como la militar implica una especie de renuncia tácita por la que son admisibles limitaciones de DDFF más intensas que las aplicables a la generalidad de los ciudadanos, culmina su razonamiento sosteniendo que el concepto de relación especial de sujeción carece de fundamento directo en la Constitución y postula su empleo "con mucha cautela a la hora de examinar la admisibilidad de restricciones a los derechos fundamentales." Pero, insisto, por eso mismo resulta a mi juicio mucho más atinada la postura de la que parte el autor respecto a la renuncia de los DDFF: "…es de crucial importancia subrayar que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales no pude hacerse jamás a favor del Estado: los poderes públicos no pueden imponer, favorecer o aceptar una renuncia de esa índole, porque ello equivaldría a admitir su desvinculación de los derechos fundamentales; derechos cuya función primordial es precisamente limitar a los poderes públicos." DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, tercera edición, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 150 y 151. En el mismo sentido se pronuncia García Macho cuando afirma que "[l]a entrada voluntaria, por otra parte, era una argumentación utilizada en los orígenes de este concepto para justificarlo, pero en la actualidad ya no es aceptable pues la voluntariedad no puede ser justificativa de restricción de derechos y, además, soldados y presos, por ejemplo, no aceptan voluntariamente tal relación." GARCÍA MACHO,

Ahora bien, la figura de las relaciones especiales de sujeción no aparece contemplada específicamente en la Constitución y la Administración –e incluso el propio Tribunal Supremo- la invoca con la finalidad de justificar de forma automática limitaciones a los derechos individuales debido a las dificultades de hallar apoyo mediante otros instrumentos jurídicos. Se trata de un "útil comodín para resolver los entuertos que el legislador provoca, especialmente en cuestiones de legalidad, evitando dictar sentencias que en una recta aplicación de los principios jurídicos o de la teoría del derecho, acarrearían consecuencias gravemente perjudiciales para la comunidad."[139]

No obstante, a pesar de la plena vigencia de los DDFF en las relaciones especiales de sujeción[140], los sujetos a las mismas se encuentran con restricciones que, con fundamento en determinados bienes constitucionales, no se presentan en las relaciones de general sujeción.[141] Pues bien, ese "útil comodín" –junto con el principio de la disciplina- al que alude Lasagabaster ha sido utilizado asimismo tradicionalmente de forma abusiva con la finalidad de justificar las más amplias inmisiones en los derechos de los militares. Ahora bien, no encontrando la categoría de las relaciones especiales de sujeción expresa cobertura constitucional ¿qué virtualidad reviste esta figura? Dicho de otra manera: ¿qué efectos podemos anudar a la inclusión de un determinado colectivo, como el de los militares, en una de estas categorías jurídicas?[142]

R., "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 72, octubre-diciembre 1991, Madrid, pág. 520.

[139] LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, ob. cit., pág. 171.

[140] Sí encontramos, sin embargo, que, según el Tribunal Constitucional, "se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales". (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 4). *Vid.* así SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 69/1989, de 20 de abril, FJ 1; 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 3 o 69/1989, de 20 de abril, FJ 1, y 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 2. No obstante, en estas dos últimas resoluciones el alto tribunal mantiene que incluso en el ámbito de una relación de sujeción especial una sanción carente de toda base normativa legal resultaría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 CE. En este sentido, ya en 1961 afirmaba Gallego Anabitarte que "en las relaciones especiales de sujeción el Principio de Legalidad de la administración exige que todas las intervenciones en la situación jurídica del individuo tengan como base una autorización legal". GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción...", ob. cit., pág. 50.

[141] *Vid.* BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales*…ob. cit., págs. 96 y ss. Asimismo, GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., págs. 61-120.

[142] Considera por otra parte García Macho que la entrada en vigor de la Constitución, lejos de significar la desaparición de las relaciones especiales de sujeción, las reconoce en diversos preceptos, "lo cual fue una decisión necesaria del poder constituyente para resolver la relación Administración-administrado en el ámbito de la autoorganización. Por otra parte, sin embargo, la Constitución tiene como consecuencia que los derechos fundamentales son válidos aún en la esfera de las RES y solamente podrán ser restringidos dentro de los límites que el precepto constitucional concreto establezca." GARCÍA MACHO, R., "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", ob. cit., pág. 518.

A mi entender, y siguiendo a Pascua Mateo, resulta precisa la invocación de otros títulos jurídicos para poder delimitar el estatuto normativo específico de determinados sujetos. De esta manera, coincidiendo con este autor, el Tribunal Constitucional no ha dictado ningún pronunciamiento en que fundamente las limitaciones a los DDFF de ningún colectivo exclusivamente en la existencia de una relación especial de sujeción.[143] Más al contrario "[e]s, por tanto, razonable admitir la utilidad del concepto de relación especial de sujeción, pero no tanto, repetimos, en su vertiente originaria, esto es, como título jurídico que habilita a priori a un poder público a restringir los derechos fundamentales de ciertas categorías de administrados y a prescindir de la reserva de ley, cuanto como simple concepto que explica a posteriori, una situación de restricción amparada en la necesidad de proteger fines o bienes constitucionalmente valiosos…"[144]

3.2.- Las "innominadas" restricciones procedentes de un estatuto de carácter permanente en el marco de una cualificada relación especial de sujeción

Son pues en el ámbito militar los valores y principios de la disciplina, jerarquía, unidad y neutralidad política los que acaban imponiendo límites a los DDFF de los militares, límites que, como veremos a continuación, conforman o definen una intensa relación especial de sujeción. Tal y como planteamos más arriba, y como tendremos oportunidad de comprobar a continuación, no son estrictamente dichas limitaciones -que podríamos denominar "restricciones nominadas" a cada uno de los DDFF contempladas ahora por ley orgánica- las que definen un estatuto más restrictivo para los militares sino la permanencia de las mismas y del mismo estatuto militar, lo que hace surgir una intensa relación especial de sujeción que extiende sus efectos tanto a las actividades del militar en acto de servicio cuanto a las realizadas fuera del mismo y hasta las propias de su vida íntima o privada, con la consiguiente limitación de los diversos derechos propios de ese ámbito. A continuación, por tanto, tendremos oportunidad de referirnos a

[143] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 97.

[144] *Ibídem.*, pág. 101. Así, como afirma Alli Turrillas "cierto es que en las FAS se presentan de un modo claro las relaciones de sujeción especial de sus miembros. Las peculiaridades históricas, las misiones que la Constitución les otorga, la organización y sus características, que son necesarias para el cumplimiento «de los altos fines que el artículo 8.1 de la CE les asigna» –es decir, la jerarquía y la disciplina- y todo lo que ello trae consigo, configuran un especial *status* para el militar. *Status* que ha generado una serie de peculiaridades conforme a los ciudadanos normales, como es lógico, pero, en lo que nos interesa, también con respecto al régimen jurídico-funcionarial general del Estado." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 89.

la legitimidad constitucional de cada uno de esos aspectos, aunque avancemos ya una posición de partida, fundamentada en dos afirmaciones:

a. El carácter permanente de la relación militar, es decir, el militar ostenta dicha condición (con las limitaciones consiguientes) durante todo el tiempo, sin que pueda ser invocada la no afectación de la conducta realizada al servicio o a la disciplina.
b. No obstante lo anterior, la necesidad de justificar caso por caso cada una de las limitaciones a los DDFF, especialmente las producidas respecto a actos fuera del servicio, examinando minuciosamente las condiciones impuestas por el Tribunal Constitucional, con particular hincapié en el respeto al principio de proporcionalidad.

Comenzando por el que podríamos denominar principio informador que impregna esta intensa relación especial de sujeción y cada uno de los aspectos de la vida del militar, aunque sean realizados fuera del servicio, a saber, su carácter permanente, hemos de decir que un primer indicio de la permanencia de dicha relación lo encontramos en el art. 22[145] de la de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes, que consagra la disponibilidad permanente para el servicio, así como la adaptación del horario, permisos y licencias de los militares a las necesidades del servicio.[146]

Vinculadas estas exigencias con el necesario cumplimiento por las FAS de sus misiones constitucionales, no pueden considerarse las mismas inconstitucionales, en el bien entendido de que será precisa la justificación caso por caso de esta disponibilidad en necesidades del servicio, así como en el entendimiento de que debe entenderse ilegítimo constitucionalmente la invocación de necesidades del servicio con la finalidad de imponer al subordinado sanciones encubiertas, es decir, sin seguir el procedimiento establecido.[147] El señalado carácter permanente se traduce así en la perenne relación entre superiores y subordinados (con la consiguiente posibilidad de comisión de los

[145]Hasta el momento contemplado en el art. 154 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

[146] Disponibilidad permanente que es calificada por Gómez Martínez como dedicación exclusiva, en el marco de lo que denomina acentuada situación de dependencia. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., págs. 92 y 93. Dependencia que, según este autor, llega a ser de tal intensidad que incluye decisiones sobre la propia vida y la de quienes le están subordinados. *Ibídem.*, pág. 97.

[147] En la línea mantenida por COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 583.

delitos de insulto a superior en cualquiera de sus modalidades –arts. 98 a 101 CPM- como de abuso de autoridad –arts. 103 a 106) tanto dentro como fuera de servicio.

Resulta clarificadora al respecto la reciente STS (Sala 5ª) de 17 de junio de 2010, donde, citando jurisprudencia consolidada de la propia Sala,[148] manifiesta que

"la doctrina de esta Sala es concluyente al respecto al afirmar que <<basta la relación jerárquica, ya que la relación jerárquica castrense es permanente y sitúa dentro de la misma a quienes sean superiores o inferiores en la esfera militar, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos>>, añadiéndose <<que la posición de superior o inferior no puede transmutarse en una simple disputa de carácter privado, pues el interés individual del sujeto ha de ceder mientras permanezca en los Ejércitos, al superior valor colectivo de la disciplina, sin el cual aquellos no podrían existir>>. En tal sentido, conforme al art. 12 del CPM, es indudable que la cualidad de superior es inherente a la persona y no al desempeño de sus funciones por lo que el ejercicio de la autoridad no se subordina a la circunstancia de que el superior actúe en acto de servicio. De lo expresado resulta claro que para esta Sala basta, a los efectos de apreciar o no el delito de maltrato, la condición de superior jerárquico sin ninguna otra connotación o exigencia legal (art. 12 CPM)".[149]

El mismo Tribunal Constitucional ha reconocido en la reciente STC 106/2011, de 20 de junio que "*no hay que olvidar que ésta* (la soldado que solicita amparo frente a sendas resoluciones del Tribunal Militar Central y del Juzgado Togado Central nº 1) *se halla sometida al rigor de una relación de sujeción especial que se deriva de su estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y subordinación proyectan sus efectos de forma permanente (art. 9 de las vigentes RROO para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero)…*"

Como podemos observar la relación superior-inferior, además de permanente, se traslada, en su caso, a los actos típicos realizados fuera del servicio (esencialmente, delitos militares de insulto a superior y abuso de autoridad) siempre que quede afectada la disciplina y sea conocida por el sujeto activo de la conducta la condición militar del otro sujeto. Es decir, lo que no adquiriría más relevancia punitiva (en el caso de civiles o *paisanos*) que una mera falta del Código Penal común en el marco de una discusión entre vecinos, tratándose de una relación de subordinación militar se puede convertir en un delito militar si existe afectación al valor de la disciplina ya que la infracción adquiere, según doctrina consolidada de la Sala 5ª, un carácter pluriofensivo.[150] Insiste

[148] Por todas, SSTS de 3 de marzo de 2006, 13 de enero de 2000, 23 de enero y 13 de septiembre de 2001, 27 de junio y 28 de noviembre de 2005.
[149] Recurso de casación penal 101/50/2009, FJ 5º.
[150] *Vid.* SSTS, Sala 5ª de 13 de julio de 2005 (recurso nº 101/43/2004), de 13 de enero de 2000 (recurso nº 1/74/99) y 23 de enero y 13 de septiembre de 2001(recursos núms. 1/33/00 y 1/8/2001).

este alto órgano judicial que el hecho de hallarse los militares fuera de servicio y de paisano no empece para la calificación de las conductas como un delito militar. Solo, y siguiendo la doctrina de la Sala de Conflictos de Jurisdicción[151], cuando la acción del superior [o del subordinado] aparezca totalmente desvinculada de las razones del servicio debe diferirse el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria por un delito o falta del Código Penal.

Comprobamos que la más notable especialidad de la relación de sujeción del militar viene dada por su extensión a los actos fuera del servicio, incluyendo los realizados de paisano y en locales ajenos al ámbito castrense. Así, la Sala de Conflictos de Jurisdicción atribuye a la Jurisdicción Militar el conocimiento de hechos –con la consiguiente, en lo que nos importa ahora, extensión de la relación especial de poder- tales como un altercado en un establecimiento público entre un soldado legionario y un sargento de la Guardia Civil que se hallaba de servicio –supuesto en que la Sala de Conflictos hace pesar más la afectación a la disciplina militar dado el carácter de la conducta típica por la que el legionario de forma consciente agredió a un superior militar, se encontrase o no en ejercicio de funciones policiales[152]-, los acosos en el ámbito laboral o *mobbing*[153], y, por supuesto, los delitos contra la libertad sexual, que en el ámbito militar toman un cariz pluriofensivo, integrando las previsiones del art. 106 CPM, que tipifica el abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante.[154]

Las señaladas conductas quedan únicamente extramuros del derecho punitivo castrense y, por ello, fuera de la relación especial de sujeción en la que se encuentran insertos los militares en los supuestos en que no exista afectación a la disciplina, bien por el carácter vecinal[155], doméstico de la disputa o, simplemente, debido a la razón del

[151] Sala especial incardinada en el Tribunal Supremo cuya función radica en la resolución de los conflictos entre los órganos de la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Militar.

[152] Reviste interés la argumentación de la Sala de Conflictos ya que, aunque admite que "*si bien es cierto que la conducta enjuiciada se produjo cuando el sargento de la Guardia Civil desempeñaba funciones policiales y no militares, por lo que el hecho podría calificarse conforme al Código Penal común como delito de atentado a agente de la autoridad, también lo es que en el enfrentamiento del soldado con el agente se introdujo un factor especial de insubordinación militar cuando el soldado, al parecer, despreció el grado superior del sargento, minusvalorándolo, injuriándole y afectando con ello al bien jurídico de la disciplina militar que constituye el fin esencial de la tipificación específica de estas conductas, y en concreto del art 99 del Código penal militar*." (Sentencia de la Sala de Conflictos de 12 de julio de 2002, FJ 3º). La cursiva es mía.

[153] Al producirse en el marco de una relación jerárquica de subordinación, la sala argumenta que el principio de especialidad impone la aplicación de los preceptos del CPM. (SS de la Sala de Conflictos de 15 de octubre y de 28 de junio de 2010).

[154] A título de ejemplo, SS de la Sala de Conflictos de 18 de diciembre de 2008 y de 29 de marzo de 2006.

[155] Reproducimos, por su interés, las razones dadas por la Sentencia de la Sala de Conflictos de 26 de junio de 2007 para desvincular de la relación jerárquica castrense el asunto conocido por la misma, esto es, un altercado o riña entre vecinos de un mismo edificio:

desconocimiento por el sujeto activo de la conducta de la condición militar del sujeto pasivo.[156]

Advertimos pues como esa intensa relación especial de sujeción que es la militar puede llegar a impregnar actos que exceden el ámbito del servicio y los locales, establecimientos o unidades militares y ello porque esa permanencia de la condición militar legitima constitucionalmente, a mi entender, –y como se encarga de justificar caso por caso tanto la jurisprudencia de la Sala 5ª como la Sala de Conflictos- que los militares, aun fuera de servicio, queden incursos en las previsiones del Código Penal Militar o de la Ley Disciplinaria cuando sus acciones afecten al bien jurídico protegido de la disciplina.

Admitida, como criterio rector, la legitimidad constitucional de la afectación permanente de la disciplina militar[157], incluso en actos que el militar realiza fuera del servicio, no obstante, a mi juicio resulta necesario hallar apoyo constitucional a cada una de las limitaciones del militar a sus DDFF, máxime cuando esa relación especial de sujeción aparezca extendida a actos fuera del servicio y más aún en los supuestos en que ello pueda repercutir en actos o espacios de la vida íntima del militar. Veamos sucintamente algunos de los casos –reflejo de la permanencia de su condición militar- en que un militar, en el marco de su relación especial de sujeción, ve restringidos sus DDFF por normas propias de su estatuto militar.

3.2.1.- Las normas sobre cortesía, disciplina y aspecto físico del militar

En primer lugar, nos encontramos con la obligación permanente del militar (dentro y fuera del servicio) de cumplimentar una serie de normas sobre cortesía, disciplina y policía (aseo, indumentaria, aspecto exterior, etc.). Esta obligación aparece

---

"dos datos esenciales nos hacen concluir en la inaplicabilidad de la legislación castrense:
A) En primer lugar, porque las circunstancias objetivas, tales como el motivo originario de la disputa (el incidente provocado con respecto al comportamiento de unos niños) o el lugar de acaecimiento de la misma (un patio vecinal) no pertenecían propiamente al repetido "ámbito castrense".
B) Así mismo, porque, desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, al menos del de quien fuera denunciado, sólo se conoce la condición de militar de superior graduación del otro implicado iniciada e, incluso, muy avanzada la disputa, precisamente cuando el denunciante se lo hace saber, tras haberse supuestamente producido la amenaza.
De este modo, cualquiera que fuere la calificación que pudieran merecer los hechos objeto de las presentes actuaciones dentro de la tipicidad prevista en el Código Penal Militar, a partir del único dato objetivo referente a la condición militar de ambos implicados en ellos, lo cierto es que, por las razones expuestas, los mismos han de ser considerados ajenos a esa legislación especial y, por ende, competentes para su enjuiciamiento los órganos penales ordinarios."

[156] *Ad. ex*., Sentencia de la Sala de Conflictos de 16 de octubre de 2002.

[157] La STC 179/2004, de 21 de octubre reconoce expresamente cuando define la disciplina militar la posibilidad de su extensión en determinados supuestos a actos fuera del servicio. (FJ 6).

concretada de forma sintética en el art. 52 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero cuando dispone que

"[p]ondrá gran cuidado en observar y exigir los signos externos de disciplina, cortesía militar y policía, muestras de su formación militar. Se esforzará en poner de manifiesto la atención y respeto a otras personas, sean militares o civiles, en destacar por la corrección y energía en el saludo y por vestir el uniforme con orgullo y propiedad. Tendrá presente que el saludo militar constituye expresión de respeto mutuo, disciplina y unión entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas."

Desde luego, resulta a mi juicio de dudosa constitucionalidad la imposición de deberes que limitan DDFF en una norma con rango de Real Decreto, ya que la originaria remisión del art. 4.3 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar (LCM) se nos antoja muy genérica.

El precepto reglamentario tiene su único basamento legal en los arts. 4.3 LCM y 6.2 de la ley orgánica de derechos y deberes. De manera que nos encontramos con que, entre otros aspectos, las Reales Ordenanzas de 2009 aprobadas mediante Real Decreto, inciden en DDFF de los militares, sin que, en mi opinión, resulte posible sostener en modo alguno la habilitación al reglamento con la genérica remisión a los señalados preceptos legales, por otra parte idénticos[158], para imponer obligaciones o deberes que exceden incluso el comportamiento propio de un militar en acto de servicio y que inciden en DDFF tales como el derecho a la intimidad personal o la propia imagen.[159] Aunque la jurisprudencia constitucional admita en las materias reservadas a la ley la colaboración reglamentaria, ello no puede suponer, como en el caso una deslegalización o simple remisión al reglamento (vía ROSFAS) para regular aspectos que son más propios de la cortesía ciudadana y que, en la medida que extravasan el ámbito castrense,

[158] Con la aprobación de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes, las reglas sobre comportamiento del militar, se incorporaron a su art. 6, modificándose así el art. 4 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, que continúa previendo el desarrollo por las Reales Ordenanzas de las FAS (ahora una norma reglamentaria) de dichos principios básicos, en similares términos a lo dispuesto en el art. 6.2 de la ley de derechos y deberes de 2011.

[159] No podemos compartir en este sentido la opinión de Oehling cuando afirma, respecto a la dignidad de la persona, que "[t]al límite en principio absoluto puede quedar a veces sometido a ciertos parámetros variables que se consideran normales dentro de las FAS y son aceptados con base en la especialidad del orden militar y en razón a las normas de cortesía en el Ejército. En este sentido, no se entiende que afecte a la dignidad de la persona situaciones típicas como, por ejemplo, el saludo militar respecto a los superiores de mayor grado, el rapado del pelo o la exigencia a las mujeres de llevarlo recogido..." OEHLING DE LOS REYES, A., "Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional", en *Estudios de Deusto*, segunda época, vol. 60/1, enero-junio 2012, Publicaciones de la Universidad de Deusto, págs. 239 y 240. Que, según el autor, se trate de obligaciones impuestas como *normales* o *típicas* en la vida militar no supone que ello permita su regulación al margen de las condiciones para limitar los Derechos fundamentales, de los que el ámbito castrense no queda exento, por mucha especialidad que se pueda predicar del mismo.

para entrar en la vida íntima, con la consiguiente afección a DDFF, deben ser regulados en su caso por norma con rango de ley orgánica.[160]

La antedicha norma sobre la compostura en el ámbito militar aparece desarrollada en las Reales Ordenanzas de los Ejércitos. Así, en las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, y bajo la rúbrica del Título XIII, "*De las manifestaciones externas de la Disciplina*" se contienen una serie de normas sobre el saludo entre militares, la uniformidad y policía, tratamientos así como presentaciones y visitas.[161] Este código de conducta constituye en realidad un conjunto de detalladas normas de cortesía de los militares elevadas a la categoría de normas jurídicas, susceptibles de ser exigidas y de dar lugar a responsabilidad disciplinaria militar o, incluso penal. De esta forma, constituye infracción disciplinaria leve con arreglo al art. 7 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas "[e]*l descuido en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad*" (apartado 6) así como "[l]*a omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan*" (apartado 20), además de la norma disciplinaria en blanco del apartado 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*", disposición que ampara al Mando para sancionar prácticamente

[160] En lo relativo a la reserva de ley y remisión reglamentaria *vid.*, por todas, SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 138/2000, FJ 6; y 292/2000, FJ 11. Un reciente ejemplo jurisprudencial de la tesis defendida lo encontramos en la atinada STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 17 de marzo de 2009 (nº recurso 9576/2004), que adquiere un especial significado en lo relativo a la posibilidad de incidir en los DDFF en el marco de la relación de especial sujeción de los internos en un establecimiento penitenciario mediante normas reglamentarias o incluso de inferior rango.

[161] Prácticamente las mismas normas (con unas mínimas adaptaciones a las peculiaridades de cada Ejército) se contienen en las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo (Título XIV, art. 448 y ss.) y en las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero (Título XVI, art. 318 y ss.). En el caso de la Guardia Civil se ha dictado la Orden PRE/1983/2012, de 14 de septiembre, por la que se declaran de aplicación a la Guardia Civil diversas normas del ordenamiento militar sobre mando, disciplina y régimen interior (BOE nº 228 de 21 de septiembre). Más en concreto, "[s]erán de aplicación a la Guardia Civil, excepto en aquello que contradiga o se oponga a su normativa específica, las disposiciones que sobre las manifestaciones externas de la disciplina, el saludo, la uniformidad y policía, los tratamientos y las presentaciones y visitas, establecen los artículos 279 a 319 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por el Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre." (art. 2.1 de la Orden PRE/1983/2012). Asimismo, "[p]ara los miembros de la Guardia Civil, la obligación de saludar a la bandera de los buques de la Armada al embarcar o desembarcar, establecida en el artículo 9.1 de la Orden Ministerial 31/1987, de 12 de junio, por la que se regula la ejecución del saludo militar, se hará extensiva a los patrulleros oceánicos de la Guardia Civil." (art. 2.2).

cualquier infracción, aunque se trate de una instrucción, circular o incluso norma de régimen interior.

El problema que se plantea aquí, en lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, radica en que estas normas sobre cortesía y policía militar son exigibles fuera del ámbito militar, es decir, en actos fuera del servicio, incluso propios de la vida íntima. Así, si atendemos a la dicción de los arts. 275 y 281 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra[162], comprobaremos que las normas sobre el saludo militar, cortesía, policía y uniformidad son exigibles hasta fuera de servicio e incluso se extiende a la obligación de saludar al superior de paisano fuera del recinto militar. Como bien dice Cotino Hueso, que determinados actos al margen del servicio alcancen una significación jurídica para el Derecho Militar no resulta en sí mismo inconstitucional, si bien, de acuerdo con este autor, parece un buen criterio exigir, al menos dos condiciones:

Primera, que la limitación u obligación (en forma de extensión de la relación especial de sujeción al ámbito privado, incluso íntimo) se justifique o conecte "a la eficacia de la defensa militar, o a otros bienes constitucionales como pueda ser la necesaria neutralidad política constitucionalmente exigible al servidor de las armas." Y segunda, la proporcionalidad de las medidas o de la extensión del ordenamiento castrense a la vida del militar más allá del servicio.[163]

A mi juicio, un elemento determinante de la legitimidad material de las limitaciones o inmisiones de la Administración Militar en los actos realizados fuera del servicio radicaría en la afectación al servicio por los motivos indicados o por su manifiesta incidencia en la imagen de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta respecto a este último elemento una serie de factores tales como la utilización del uniforme,

---

[162] Art. 275: "Cualquiera que sea su empleo, el militar observará las reglas de disciplina, incluso cuando no se encuentre de servicio, pues aún en este caso su conducta puede afectar a la dignidad de su condición y a la vida armónica y ordenada de las Unidades."

Art. 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." La cursiva es mía.
Art. 290: "Saludará a los superiores que vistan de paisano, cuando conozca su condición o aquéllos se den a conocer. Cuando no vaya de uniforme empleará la fórmula verbal de saludo, además de las normales de cortesía."

Parece importante destacar que estas normas, en su mayor parte, tienen rango de orden ministerial, después de la degradación normativa operada por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero que aprueba las nuevas Reales Ordenanzas para las FAS (Disposición Derogatoria Única. 2), olvidándose la norma de señalar el rango normativo de alguno de los preceptos de las Ordenanzas del Ejército de Tierra, entre ellos, el 275.

[163] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 586 y 587.

emblemas o insignias de las FAS o sus cuerpos, la relevancia, repercusión o gravedad de la conducta así como el cargo o puesto ocupado por el que la lleva a cabo.

Este autor realiza un excelente estudio prestando gran atención al momento y lugar de la conducta del militar, distinguiendo las realizadas en el establecimiento militar, dentro y fuera del servicio así como fuera de cualquier recinto militar en la vida privada del militar.[164] Pero cabe llamar la atención sobre la preceptiva aplicación de las normas de las Reales Ordenanzas de los Ejércitos más arriba señaladas sobre el saludo y la cortesía militar ("*De las manifestaciones externas de la Disciplina*") en un supuesto muy típico pero de la misma forma perteneciente al ámbito privado, sino íntimo: las relaciones entre vecinos dentro de los pabellones o viviendas militares insertas en el establecimiento militar o incluso fuera del mismo. Han de ser una vez más la proporcionalidad y, sobre todo, criterios de razonabilidad los que determinen la cortesía militar aplicable en estos aspectos, sin llegar a sobrepasar nunca los límites de la disciplina.

Dicho de otra manera, y coincidiendo una vez más con el citado autor, llegar a la negación del saludo entre militares puede suponer una clara quiebra de la disciplina. Imaginemos el supuesto en que, ante vecinos también militares, un militar omite deliberadamente el saludo a su superior jerárquico. La quiebra de la disciplina resulta evidente[165], aunque podría producirse asimismo en un ámbito privado donde el militar realizase la misma conducta y no se hallase presente una concurrencia de personas. Deben ser pues las circunstancias de cada caso las que nos hagan ponderar los bienes jurídicos en juego al objeto de determinar si el valor de la disciplina ha sido objeto de menoscabo.

Vuelve a estar atinado en mi opinión este autor cuando afirma que "[l]a 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 de que un insulto o una agresión a un superior en esa misma escalera habría de ser reprimido, bajo circunstancias particulares también resultará admisible una sanción por omisión de un saludo."[166]

---

[164] *Ibídem*., pág. 590 y ss.

[165] El menoscabo de la disciplina debemos entenderlo claramente producido si la acción del militar, aun en un reducido ámbito de un vecindario, tiene el público y pretendido efecto de ultrajar, agraviar o cualquier otro que suponga menoscabo de la conocida relación jerárquica existente entre militares y que debe estar caracterizada por el respeto mutuo (art. 52 ROSFAS 2009).

[166] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 599.

Pero quizá el aspecto más llamativo de estas normas sobre las "manifestaciones externas de la Disciplina" contenidas en las Reales Ordenanzas, y posiblemente el más significativo jurídicamente sean las prescripciones relativas a la llamada "policía personal" y aspecto físico del militar, es decir, las que le imponen un determinado corte de pelo, barba, bigote, la regulación de la posibilidad de lucir pendientes (solo se permite a las mujeres) u otros complementos, etc. Digo que seguramente sea uno de los aspectos de estas normas con mayor relevancia jurídica porque las señaladas prescripciones inciden no solo en la vida privada de la persona sino en su propio cuerpo y aspecto físico, que supone una de las más evidentes manifestaciones de la personalidad del ser humano.

Pues bien, la norma de la que parten las prescripciones sobre la policía y aspecto personal es el art. 294 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (degradado al rango de Orden Ministerial)[167], del siguiente tenor: "*El militar cuidará su aspecto, compostura y policía personal ateniéndose a las disposiciones que los regulan.*"[168] Significativamente, las disposiciones que regulan estas cuestiones son diversas instrucciones de los distintos Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos. No resulta irrelevante observar cómo, partiendo de una norma con rango de orden ministerial y descendiendo a simples instrucciones de las autoridades militares se impone el aspecto físico de los militares y, por ello, se incide una de las manifestaciones más patentes de su personalidad.[169]

Como detallaremos a continuación, simples órdenes o circulares, con el único sustento genérico de una orden ministerial (rango de las RROO de cada Ejército) inciden –y a mi juicio, como veremos, sin resistir las exigencias propias del principio de proporcionalidad y necesidad derivadas de la jurisprudencia constitucional- en el DF a la intimidad personal y a la propia imagen del art. 18.1 CE.[170]En concreto, en el Ejército

[167] *Vid.* notas 161 y 162.

[168] Idénticas disposiciones se contemplan en el art. 469 de las Reales Ordenanzas de la Armada y en el art. 333 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire.

[169] La técnica deslegalizadora otorgando un "cheque en blanco" al Reglamento o a simples instrucciones técnicas no parece compadecerse con el principio de reserva de ley, por lo que deberían hallarse en la ley una regulación de mínimos en tan relevantes materias, al efecto de su posterior desarrollo reglamentario. *Vid.* al respecto notas 186 y 187.

[170] Derechos íntimamente vinculados aunque totalmente autónomos y que resultarían vulnerados desde el momento en que se produce una intromisión carente de cobertura constitucional en el ámbito íntimo (DF a la intimidad personal) mediante una imposición por la Administración de las características debidas del aspecto físico de los sometidos a estatuto militar. Así se manifiesta la jurisprudencia constitucional cuando declara lo siguiente:

El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la

de Tierra la Norma General 3/96, de 19 de julio, dictada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra regula la policía personal y aspecto físico del Personal Militar.[171] Según su tenor, sus objetivos generales son "[h]*acer frente a los cambios sufridos en el seno del Ejército en estos últimos años, con carácter general, así como la incorporación de la mujer a éste*" además de "[c]*on objeto de unificar criterios sobre policía personal y aspecto físico de los componentes del Ejército de Tierra.*"

La norma en cuestión regula con minucioso detalle (incluso adjunta láminas anexas con aspectos de cabelleras masculinas y femeninas) el corte de pelo reglamentario de los pertenecientes al señalado Ejército, imponiendo diferentes "tocados" según se trate de personal masculino o femenino. En el caso del personal masculino reglamenta el uso del bigote, la barba así como de los complementos y el maquillaje en el caso de las mujeres (los pendientes y el maquillaje proscritos para los hombres), estando prohibidos ciertos complementos para ambos sexos. Diferentes finalidades pueden ser halladas a la hora de justificar la prohibición de ciertos complementos tales como determinados pendientes o colgantes así como respecto a la prohibición de llevar coleta o pelo largo en función de determinadas necesidades del servicio pero lo que necesitaría de una poderosa justificación es la imposición del pelo corto basada en razones de uniformidad o buena imagen y policía o aseo personal, dado

---

propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual." (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 5). Además, por todas, SSTC 156/2001, de 2 de julio y 206/2007, de 24 de septiembre.

En este sentido y, sin proceder la total extensión a los supuestos que analizamos, debemos traer a colación la STC 207/1996, de 16 de diciembre, relativa a las intervenciones corporales coactivas, en lo que afecta a la exigencia del principio de proporcionalidad –por otra parte exigido en la doctrina constitucional sobre las restricciones a los DDFF (*vid.* pág. 66 y ss. y nota 97)- y que supone el cumplimiento de tres requisitos: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (FJ 4), que, como podremos advertir, se encuentran ausentes en las llamadas normas sobre policía personal y aspecto físico de los militares. Por último hubiera tenido gran interés para nuestro estudio –por la similitud que presenta el caso con nuestro análisis- que el Tribunal Constitucional hubiera podido entrar en el fondo del asunto resuelto por la STC 84/2006, de 27 de marzo, en la que se solicitaba el amparo por vulneración de los arts. 14 y 18.1 CE tras la negativa de los órganos del orden jurisdiccional social a acoger la demanda de las trabajadoras de la empresa RENFE por la que se solicitaba que se declarasen nulas las órdenes de la empresa Renfe por las que se obligaba a las trabajadoras adscritas a la unidad de negocio de AVE a utilizar como prenda de uniforme la falda así como que se declarase el derecho de las trabajadoras de Renfe adscritas a dicha unidad a que, a su opción, puedan utilizar como prenda de su uniforme la falda o el pantalón. Pero, como indicábamos, el Tribunal Constitucional no llegó a entrar en el fondo del asunto, debido a la satisfacción extraprocesal de las pretensiones de las trabajadoras tras las instrucciones de la Presidencia de RENFE; no obstante lo cual, tienen gran interés jurídico las alegaciones del sindicato que concurre en el proceso de amparo así como las del Ministerio Fiscal.

[171] En el ámbito de la Armada, la Instrucción número 04/2004 del Almirante Jefe de Personal de la Armada sobre policía personal y aspecto físico. Asimismo, Instrucción General 60-26, del Ejército del Aire. Accesibles en la página corporativa de los ejércitos respectivos.

que los mencionados argumentos no son utilizados en el caso de las mujeres, que tienen permitido llevar coleta o trenza "[p]*ara actividades de Instrucción y Campaña o deportivas*"[172]

Evidentemente han pesado en estas normas sobre el aspecto físico de los militares (simples circulares a las que se remite la Ley Disciplinaria en su art. 7.6[173]) claras razones históricas de buena imagen estética de los miembros de las FAS[174], razones que en la actualidad deben sopesarse con arreglo a las exigencias constitucionales derivadas del respeto al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la propia imagen y el principio de proporcionalidad respecto de cualquier intervención o imposición de la Administración en el cuerpo de las personas, razones todas ellas que deben ser ponderadas, sin que pueda exigirse a mi juicio un determinado aspecto físico invocando sin más el mantenimiento de la adecuada policía personal en aras de una determinada uniformidad física o apariencia estética.[175]

Con buen criterio, a mi juicio, Blanquer apunta que "[s]i para señalar el fundamento objetivo, racional y proporcionado de la obligación de llevar el pelo corto bastara con invocar el poder de policía y la necesidad de mantener la disciplina, cabe preguntarse si esas razones son bastantes para justificar que se imponga a los soldados que se tiñan el pelo de rubio. ¿Por qué se puede imponer el corte al rape y no el teñido de rubio?; ¿por qué no obligar a los soldados a que se pongan lentillas azules para que todos tengan iguales los ojos? Si bastara con el recurso al poder de policía interna para

---

[172] Labores y funciones donde dicha cabellera puede ocasionar mayores problemas.

[173] Que considera infracción disciplinaria leve "[e]*l descuido en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad*"

[174] A título de ejemplo, Orden de 15 de noviembre de 1940 del Ministerio del Ejército (Colección Legislativa del Ministerio del Ejército nº 362), del siguiente tenor literal:

> "Por motivos de corrección y buena policía de las tropas, que tanto afectan a la disciplina, y de acuerdo con lo dispuesto en nuestras Ordenanzas, cuyos preceptos fundamentales tienden siempre a asegurar la eficaz existencia de aquélla, dispongo:
>
> Que todos los cabos y soldados del Ejército lleven el pelo cortado al rape, debiendo las autoridades militares exigir el más exacto cumplimiento de esta orden." La cursiva es mía.

[175] La Sala 5ª del Tribunal Supremo sigue justificando las exigencias sobre apariencia física en "*el deber de decoro y pulcritud en la presencia física que se impone a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil* [en el caso analizado por la sentencia]*; y finalmente el valor disciplina como elemento nuclear que está en la base misma de la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y que como tal resulta exigible a los militares.*" (FJ 2º). La sentencia resolvía un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero de 15 de febrero de 2002, que estimaba un recurso contencioso-disciplinario de un guardia civil por una falta disciplinaria leve en la que incurrió por llevar sin afeitarse varios días debido a una afección cutánea. La Sala 5ª confirmó la sentencia del Tribunal Militar puesto que concurría causa de justificación apoyada en informes médicos, que ya obraban en el expediente. (STS, Sala 5ª de 15 de julio de 2004, Recurso 211/2002).

el mantenimiento de la disciplina, no existiría ninguna dificultad para imponer el corte de pelo a los funcionarios de correos, o a los inspectores de Hacienda."[176]

En mi opinión, deben ser, una vez más, razones de proporcionalidad y, fundamentalmente, de razonabilidad las que determinen las exigencias de apariencia personal, de forma que no parece equilibrado permitir en campaña que las mujeres militares lleven trenza o coleta e imponer, sobre todo en ciertas unidades, un rapado de pelo a los soldados del sexo opuesto. Muestra de la relatividad de la fundamentación o apoyo constitucional en el bien constitucional de la disciplina (reflejadas en la apariencia física) de esas rígidas normas sobre la policía personal son las costumbres propias de alguna Unidad del Ejército tales como la Legión, donde es *costumbre* que a sus miembros se les permita una apariencia física singular como largas patillas, barba que no se ajusta a los cánones de la norma general sobre policía personal así como camisas o guerreras abiertas hasta el pecho. Todas estas peculiaridades de la Legión, unidad de élite de las FAS, no han supuesto ningún obstáculo para la realización de sus misiones ni el éxito de las mismas o el mantenimiento de la disciplina.[177]

La jurisprudencia (tanto de la Sala 5ª como de los Tribunales Militares) en torno a estas cuestiones es escasa.[178] Aunque sí aparece una curiosa Sentencia del Tribunal

[176] BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado,...* ob. cit., págs. 287 y 288.

[177] Al respecto, noticia de prensa aparecida en "*el confidencial.com*" el lunes, 28 de septiembre de 2009, que informa de la intención en el ámbito de la Fuerza Terrestre del Ejército de Tierra de dictar una Ordenanza eliminando los rasgos distintivos de la Legión en materia de aspecto personal y uniformidad. En concreto, señala que la instrucción "*conllevará la pérdida de rasgos distintivos de la Legión como las patillas largas, la famosa barba legionaria o la camisa abierta. La ordenanza, confeccionada bajo los auspicios del* [...] *jefe de la Fuerza Terrestre, está causando malestar entre los legionarios. Según fuentes consultadas por El Confidencial Digital, los legionarios consideran que esos distintivos exteriores tradicionales –patillas, barba, camisa abierta- que los distinguen de otros militares ayudan a formar el espíritu de cuerpo en la Legión.*" Accesible en http://www.elconfidencialdigital.com/politica/Adios-descubierto-Legion-aplicarse-ordenanza_0_1258074195.html Enlace visitado el 27 de enero de 2014.

[178] El único supuesto reseñable que llegó al Tribunal Supremo a través del recurso de casación se trata de la sanción impuesta a un suboficial de una unidad de Artillería del Ejército de Tierra, con base en Agoncillo (La Rioja) por infringir la más arriba señalada Norma General 3/1996 sobre Policía personal y aspecto físico del personal militar, al no llevar un corte de pelo reglamentario. Aunque, según la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto de A Coruña de 4 de mayo de 2000 (a la que tuve acceso gracias a la amabilidad del Auditor Presidente y el Secretario Relator del Tribunal), la resolución sancionadora precisaba "*las concretas características físicas que aquel Jefe militar apreciaba como inadecuadas al respecto*" (Antecedente de Hecho Cuarto), ese aspecto no era compartido por el recurrente, que mantuvo el carácter reglamentario de su corte de pelo; sin embargo la resolución judicial solo examina presuntas vulneraciones de los DDFF de carácter eminentemente procesal en lo que a la imposición de la sanción se refiere, resultando pacífico para el demandante, por tanto, el respeto de la norma sobre policía personal de las exigencias constitucionales ya que sostuvo en todo momento que su corte de pelo era reglamentario, admitiendo así la ordenanza, aunque no su aplicación por supuesta vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, la proscripción de la indefensión (art. 24.2 CE), el principio de presunción de inocencia, el de seguridad jurídica, de legalidad penal así como la igualdad ante la Ley.

Superior de Justicia de Valencia[179], que revoca la resolución del Director General de la Guardia Civil desestimatoria de la petición deducida en orden al uso de perilla por parte de un agente de la Guardia Civil. La argumentación de la sentencia, que invoca una circular de 1981 aporta una curiosa argumentación que merece la pena transcribir:

> "Conforme al Escrito de 2 de abril de 1.981 sobre normas de corrección, uniformidad y policía, modificado por la Circular de 19 de junio de 1.996, la barba, cuyo uso se encuentra permitido, se llevará recortada con una longitud máxima de 3 centímetros y no estará separada del bigote. Estas son las dos únicas condiciones que se imponen, además de que su crecimiento ha de tener lugar durante un permiso o convalecencia, no durante la prestación del servicio.
>
> Por consiguiente, la perilla, que no es otra cosa que media barba o ésta recortada de forma que quede separada de las patillas pero unida al bigote y alrededor de la boca, no queda incluida en las prohibiciones de la reglamentación de policía una vez que está crecida por lo que su uso no es contrario al Escrito de 2 de abril de 1.981 ni a la Circular de 19 de junio de 1.996, si bien ha de sujetarse a lo en ellos establecido en cuanto a longitud máxima, unión permanente al bigote, perfilado de los bordes y período de crecimiento.
>
> A todo ello ha de añadirse, *en cuanto a los usos sociales de la perilla* que en la demanda se citan, que *ha formado parte del atuendo que, en tiempos históricos, ha identificado ante la ciudadanía a ilustres próceres vinculados al Cuerpo en la época de su fundación, por lo que en su uso actual bien podría verse un deseo de mantener, siquiera sea en esa pequeña medida, aquella antigua costumbre, lo que, sin duda, constituye una legítima aspiración.*"[180]

[179] STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 26 de mayo de 1999, nº de recurso 366/1997.

[180] Resulta sorprendente cómo, una vez más, se utiliza el argumento histórico con la finalidad de interpretar las normas sobre policía personal, en este caso, al efecto de admitir una opción que no encaja exactamente en la norma. La cursiva es mía. Actualmente las normas sobre aspecto físico de los miembros de la Guardia Civil se hallan contenidas en la Circular 3/1996, de 19 de junio, del Director General de la Guardia Civil. Más llamativa resulta la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª), de 11 de abril de 2008, recurso nº 600/2008, que desestima la impugnación por un agente de la Guardia Civil de la Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil de fecha 7 de marzo de 2008 que le denegaba la autorización para llevar el cabello en idénticas condiciones que los miembros del sexo femenino del Cuerpo, invocando al respecto el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. La resolución, con cita de diversa jurisprudencia autonómica -que entiende "que los usos sociales y los patrones sociales en relación al cabello pueden tener reflejo en la normativa reguladora de la uniformidad de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, *no pudiéndose tildar las diferencias basadas en ellos en diferencias discriminatorias, por reflejar una realidad social unida a la imagen esmerada que se persigue para los miembros del cuerpo de la guardia civil y de los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado*" (STSJ de Cataluña 722/2002, de 18 de septiembre) – termina rechazando los argumentos del demandante "pues no se viola el principio de igualdad que sólo prohíbe las desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en *criterios o juicios de valor generalmente aceptados*; no deduciéndose tampoco que las consecuencias jurídicas desprendidas de la distinción sean desproporcionadas a la finalidad perseguida de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos." (FJ 3º). La cursiva es mía. A mi juicio, han de ser, como se expuso más arriba, y de acuerdo con la doctrina general sobre los límites a los derechos fundamentales, criterios de proporcionalidad y razonabilidad los que marquen la procedencia de las señaladas restricciones, y ello con independencia de lo aceptados que estén o no determinados usos o patrones sociales respecto a la apariencia de los miembros de ciertos cuerpos de funcionarios del Estado.

Evidentemente, si, desde la perspectiva constitucional, oponemos las antecitadas cautelas, basadas en razones de proporcionalidad y, fundamentalmente, de razonabilidad, a las exigencias de apariencia personal de las que se derive cualquier inmisión de la Administración militar en el aspecto físico del militar, y ello por afectar al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la propia imagen, menor cobertura constitucional revisten tales limitaciones cuando se refieren a los que carecen de la condición de militar.

Me refiero, más en concreto, a los requisitos impuestos en las más recientes convocatorias de procesos selectivos para el ingreso en los centros docentes militares de formación, por los que se exige a los aspirantes para ser admitidos a dichos procesos de selección "[c]arecer de tatuajes que contengan expresiones o imágenes contrarias a los valores constitucionales, Autoridades, virtudes militares, que puedan atentar contra la disciplina o la imagen de las Fuerzas Armadas en cualquiera de sus formas, que reflejen motivos obscenos o inciten a discriminaciones de tipo sexual, racial, étnico o religioso. Así mismo, no son permitidos los tatuajes que pudieran ser visibles vistiendo las diferentes modalidades de los uniformes de las Fuerzas Armadas, no especiales, cuya denominación, composición y utilización se recoge en la Orden Ministerial 6/1989, de 20 de enero."[181]

Dichos requerimientos parecen apoyarse, de acuerdo con lo informado por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa con carácter previo a las convocatorias, en el art. 11 c) del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, que simplemente autoriza a establecer entre los aspectos a regular por las bases comunes los *requisitos generales que deben reunir los aspirantes*, habilitación obviamente insuficiente, por excesivamente genérica, para imponer mediante una norma reglamentaria restricciones a los derechos fundamentales

[181] Base segunda, apartado 1.10 de la Resolución 452/38037/2013, de 13 de mayo, de la Subsecretaría, por la que se convocan los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, por la forma de ingreso directo, con y sin exigencia de titulación universitaria previa, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina y en la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil. En similares términos se establece en la Resolución 452/38040/2013, de 13 de mayo, de la Subsecretaría, por la que se convocan los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para incorporarse como militar de carrera o adscribirse como militar de complemento, en diferentes Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas, y se aprueban las bases comunes y específicas que los regulan. (BOE de 20 de mayo respecto a ambas convocatorias). En relación a ello, la prensa se hizo eco de las nuevas exigencias de apariencia física en los procesos selectivos para las FAS en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/11/actualidad/1373568764_839339.html

de los aspirantes a un proceso selectivo, que ni siquiera han alcanzado la condición de militares.

De hecho en el señalado dictamen de la Asesoría Jurídica de fecha 28 de febrero de 2013[182] viene a reconocer, tras referirse a las normas de policía personal de los ejércitos más arriba comentadas que "respecto de los elementos de susceptible eliminación rápida y económica, cual es el caso de los tintes de pelo, bigotes, barbas, anillos, pendientes, aros o incluso perforaciones (*piercings*), en principio no deben configurarse como causa de exclusión, ya que la estética personal sólo afectará a aquellas normas de policía y los principios y reglas que con ellas se pretenden salvaguardar cuando el afectado llegue a alcanzar la condición militar con su nombramiento como alumno, momento éste en el que ciertamente habrá de someterse íntegramente a tales normas, mas no durante el proceso de selección cuya final es incierto en cuanto a su selección."

Ahora bien, el centro asesor del Ministerio de Defensa llega a otra conclusión respecto a los tatuajes (*cuya eliminación, a fin de adecuarse a las citadas normas de policía, reviste mayores dificultades*), admitiéndolos como causa de exclusión atendiendo a las necesidades de uniformidad de las Fuerzas Armadas así como a "otras justificaciones a fin de motivar, de manera suficiente y razonable, la medida que se propone"[183], argumentos que –en parte- parecen obedecer a una justificación objetiva y razonable, siempre que la restricción se adopte de forma proporcionada, aclarando finalmente el informe "que el motivo de exclusión no puede redundar en la total prohibición de portar algún tatuaje, sino en el hecho de que el

[182] El informe se remite a la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, tras haber sido elevada consulta a la Asesoría Jurídica General con relación a la posibilidad de incluir en las resoluciones de convocatoria de procesos selectivos ciertas normas o exigencias de policía personal y aspecto físico. Al dictamen resulta posible acceder a través de la base de datos creada por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa *como parte fundamental del mantenimiento del principio de unidad de doctrina... para que el personal del Cuerpo Jurídico Militar, en funciones de asesoramiento jurídico, cuente con una herramienta técnica más que favorezca la necesaria coordinación en el ejercicio de aquella función asesora.* (Informe de la Asesoría Jurídica General de 26 de septiembre de 2012, accesible en la misma fuente).

[183] Enumera así el informe una serie de argumentos que justificarían las restricciones: "[r]azones de seguridad personal del militar profesional; artículo 52 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, en relación con la obligación del militar de mantener los signos externos de la disciplina, cortesía militar y policía; [l]a imagen neutral, homogénea y más discreta posible que puede reclamarse de un instituto armado, jerarquizado y disciplinado; [l]a necesidad de que el militar, como regla de comportamiento, adecúe éste a las características de las Fuerzas Armadas y, entre ellas, a la unidad que debe presidirlas; [e]l deber de neutralidad política y sindical, en su conexión con los tatuajes que incluyan símbolos contrarios a dicho deber o atentatoria de la obligación de respetar a las personas, el bien común y los derechos fundamentales y libertades públicas."

tatuaje sea visible con la uniformidad militar o, cualquiera sea su colocación o dimensiones, incluya motivos, frases, dibujos o símbolos que atenten contra los valores constitucionales o los deberes militares o, en fin, utilizando la terminología de las normas de policía en la Armada "reflejen motivos obscenos o inciten a discriminaciones de tipo sexual, racial, étnico o religioso y aquellos que puedan atentar contra la disciplina o la imagen de las Fuerzas Armadas en cualquier forma".”

Es por ello que, al margen de los tatuajes que atenten a los valores señalados, la neutralidad, homogeneidad o imagen de las FAS podría justificar a mi juicio solamente la exclusión de aquellos que superen ciertas dimensiones y perjudiquen la tan citada imagen o neutralidad de las Fuerzas Armadas, de forma que la visibilidad de un tatuaje con la uniformidad militar no legitima de por sí a la Administración a la inmisión en el desarrollo de la personalidad o el derecho a la propia imagen, cumplimentando las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que para tales límites exige el Supremo intérprete de la Constitución.

A ello debemos añadir además que si bien, en los términos expuestos, parece existir una fundamentación objetiva y razonable a tales requisitos de acceso a un proceso selectivo, estos, en atención a las limitaciones respecto a los derechos fundamentales que suponen, deben venir habilitados mediante ley orgánica, resultando de todo punto insuficiente al efecto las bases de una convocatoria apoyada en la genérica redacción del art. 11 c) de la norma reglamentaria de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas, máxime cuando se trata de exigencias que impiden a un ciudadano que no ha adquirido la condición militar –y que por ello no le vinculan las normas sobre aspecto físico y policía personal- el acceso a la función pública y, en consecuencia, el ejercicio del art. 23.2 CE.

3.2.2.- El régimen de vida de los alumnos de la enseñanza militar de formación y de los internos en un establecimiento disciplinario militar

Revisten estas dos situaciones particular relevancia dado el doble grado de intensidad o sujeción respecto a la Administración al que se encuentran sometidas estas personas puesto que, a su condición de militares se une el hecho de estar integrados en un específico régimen de vida regulado en sendas normas reglamentarias desarrolladas por normas reglamentarias menores, incluso instrucciones. Es posible, por ello, aludir a estas peculiares y reglamentadas condiciones de vida como una relación especial de poder en la que aparece inserta otra relación especial de sujeción.

Comenzando por el régimen de los alumnos de la enseñanza militar de formación, a diferencia de lo que sucede con las normas sobre las manifestaciones externas de la disciplina (saludo, uniformidad y policía, etc.), en estos casos la Ley ofrece una regulación algo más exhaustiva teniendo en cuenta la articulación de una auténtica relación especial de poder dentro del específico estatuto militar. Así, el art. 69 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, dentro del Capítulo V, "*Régimen del alumnado y profesorado*" se ocupa del "*Régimen interior de los centros docentes militares*", teniendo en cuenta la debida compatibilización de "*las exigencias de la formación militar y la progresiva adaptación del alumno al medio militar, con las requeridas para la obtención de titulaciones del sistema educativo general.*" En su último apartado el precepto introduce una habilitación al Ministro de Defensa para la aprobación de las normas generales de régimen interior de los centros docentes militares.

Este argumento (adaptación del alumno a la vida militar) sirve pues como apoyatura legal a una remisión expresa por la ley al reglamento, lo que supone una autorización para establecer un estatuto o acabado régimen de vida de los alumnos en un centro docente militar. La materia actualmente se encuentra regulada en la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los centros docentes militares de formación. Aunque la norma contiene los principios rectores del régimen de vida de los alumnos, no desarrolla un estatuto acabado sino que remite a instrucciones de los Directores de Enseñanza de los Ejércitos, si bien, ya introduce expresamente como principio varias notas que nos muestran una intensa relación de sujeción: régimen de internado con carácter general (art. 5), régimen de horarios así como de vacaciones, permisos y licencias integral (arts. 6 y 8) así como normas sobre la uniformidad, que se extienden incluso a los permisos y salidas del Centro[184], a lo que se une un sistema

[184] El art. 9.3 de la Orden 43/1993 establece una habilitación a los Directores de Enseñanza de los Ejércitos para determinar cuando los alumnos de los Centros docentes militares de formación podrán vestir de paisano, de acuerdo con lo que establece el art. 2 de la Orden 34/1987, de 16 de junio, precepto que autoriza prescindir del uniforme durante los permisos, aunque remite, durante las horas de paseo, a lo que establezca el régimen interno de los Centros, en función de la fase de formación en la que se encuentren los alumnos, ubicación de la Academia o Escuela y demás circunstancias que concurran.

Lo cierto, por ello, es que, aunque la Orden 43/1993 remite a un posterior desarrollo de la misma por el Secretario de Estado de Administración Militar, la posterior Orden DEF/1968/2006, de 14 de junio (Disposición Adicional Primera) la modifica en el sentido de permitir ciertas excepciones al régimen de internado, facultando al Subsecretario para unificar criterios, lo que lleva a cabo mediante la Instrucción 124/2006, de 10 de octubre, sobre normas relativas al régimen de vida de los alumnos de los Centros docentes militares de formación. Tanto esta norma como la Orden de 1993 admiten y consagran los regímenes interiores de cada centro, que regulan el régimen de vida de los alumnos con una exhaustividad pasmosa.

disciplinario académico, que se superpone al disciplinario militar, que también les es aplicable con peculiaridades (art. 17 y ss.).

Tal y como a pie de página damos cuenta, las diversas normas reglamentarias remiten –con respeto a la normativa anterior- a las propias normas de régimen interior de los centros. Estas instrucciones contienen la programación de la actividad del alumno desde que se levanta hasta que se acuesta sin espacio posible en muchas ocasiones a la discrecionalidad. Así existen en las normas de régimen interior de los centros disposiciones detalladas sobre el alojamiento, horario de aseo, desayuno, régimen de estudio, uniformidad en los cuarteles, régimen durante el fin de semana, hora de silencio y acostarse, salidas y regresos, permisos, desplazamientos fuera del horario de salida, utilización del vestuario de paisano durante las salidas, régimen de los alumnos sancionados, comportamiento social de los alumnos en el exterior, uso de vehículos, entre otras cuestiones, que afectan a la vida íntima de los alumnos. De manera que del Centro y de sus horarios depende la propia libertad deambulatoria de los sometidos a su régimen, pudiendo llegar a afectar a la misma cuestiones como son el deficiente rendimiento académico del alumno, al que le son programados estudios obligatorios tutorizados, tras ser calificado negativamente en varias asignaturas.[185]

El problema radica en que, aun existiendo justificación y cobertura constitucional al específico régimen de vida de los alumnos con la finalidad de contribuir a su formación y adaptación como futuros militares profesionales, parece precisa una mayor cobertura legal, en virtud del principio de reserva de ley[186], de tales

[185] A título de ejemplo, Libro de Organización y Régimen Interior (LORI) de la Escuela Naval Militar de abril de 2000.

[186] En efecto, aunque la jurisprudencia constitucional admite en las materias reservadas a la ley la colaboración reglamentaria, ello no puede suponer, como en el caso del art. 69 LCM, una deslegalización o simple remisión al reglamento (en este caso a través de Orden del Ministro de Defensa) para regular un completo régimen de vida de los alumnos de la enseñanza de formación, incidiendo en cuestiones que afectan a sus DDFF. (*Vid.* en este sentido nota siguiente). Así, por todas, STC 37/1987, de 26 de marzo. La misma postura se sostiene en COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 693. Un reciente ejemplo jurisprudencial de la tesis defendida lo encontramos en la atinada STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 17 de marzo de 2009 (nº recurso 9576/2004), que adquiere un especial significado en lo relativo a la posibilidad de incidir en los derechos de los internos en un establecimiento penitenciario (por ello, entiendo en el marco de cualquier otra relación de sujeción especial). En este sentido el pronunciamiento del Alto Tribunal anula otra sentencia de la Audiencia Nacional y declara que el apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, ya que este apartado es nulo de pleno derecho por vulnerar los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa. Tiene interés dar cuenta de algunos de los pasajes de la resolución del Tribunal Supremo ya que, en mi opinión, son perfectamente aplicables a la relación de sujeción especial de los alumnos en un centro docente militar. La Sala de instancia (que solo había anulado parte de la instrucción) encuentra justificada la Instrucción combatida por tratarse de un «reglamento administrativo o de organización», dictado en el marco de relaciones de «supremacía especial», en el que la Administración tiene un mayor poder de disposición y el administrado, en este caso

limitaciones, puesto que dan lugar a un completo régimen de vida o nueva relación especial de sujeción, sin que pueda pretenderse que sea precisamente la simple afirmación de la existencia de tal relación la que sirva de cobertura de las limitaciones impuestas por la misma, máxime teniendo en cuenta que, tras la regulación de mínimos –o simple deslegalización- del art. 69 de la Ley de la Carrera Militar, se produce a su vez un sistema de remisiones en cascada a normas reglamentarias que finalizan con instrucciones, circulares de las autoridades militares y con las propias normas de régimen interior de los centros.

Podemos observar, pues, que, a través de una simple remisión –más bien, como decimos, deslegalización- del art. 69 LCM a normas de rango ínfimo, se regulan aspectos que afectan a los DDFF a la libertad deambulatoria de las personas (art. 17 CE), a la intimidad personal, o a la propia imagen (art. 18 CE). La jurisprudencia constitucional sobre la reserva de ley en materia de regulación de DDFF en ese sentido es rotunda puesto que, aunque la colaboración entre la ley y reglamento es algo admitido con carácter general, la reserva de ley prohíbe al legislador "*disponer de la*

---

interno de un centro penitenciario, tiene obligaciones especiales, de manera que «el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos». La parte recurrente va más allá y en su recurso de casación entiende que una Instrucción de funcionamiento, a través de la que la Administración penitenciaria organiza sus servicios, no puede afectar derechos y deberes de los internos, porque no es ni puede ser fuente de derecho, al carecer de las garantías de elaboración de las normas jurídicas y de la imprescindible publicidad. Otro tanto podríamos decir de las normas de rango ínfimo –instrucciones, órdenes internas, etc.- a las que remite el desarrollo de la LCM en materia de régimen de vida de los alumnos en los centros docentes militares de formación. A todo ello merece la pena transcribir la breve pero contundente fundamentación de la Sala 3ª del Alto Tribunal al respecto:

"*Nosotros, en contra del parecer de la Sala sentenciadora y de los informes obrantes en el expediente administrativo, consideramos que esas circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios.* [...]

La plausible conveniencia de prestar el servicio con igualdad de criterio en todos los centros penitenciarios, a través de instrucciones y circulares de régimen interno, no permite completar las normas de control y prevención aplicables a los internos a través de tales reglamentos organizativos, que no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes de unos internos a los que la propia Instrucción incluye en un grupo determinado, aunque se diga que es a los meros efectos administrativos, ya que todo lo relativo a su clasificación y tratamiento está reservado a la Ley penitenciaria y al Reglamento que la desarrolla, cuya aplicación se ha de llevar a cabo a través de los concretos actos administrativos relativos a cada interno con el consiguiente control jurisdiccional.

El apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *contiene normas de carácter general* sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados, *que afectan a los derechos y deberes de éstos, de manera que se excede del cometido y finalidad de los denominados «reglamentos administrativos o de organización» para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece, razón por la que la sentencia recurrida conculca los principios recogidos en los preceptos constitucionales invocados* al articular ambos motivos de casación." (FFJJ 1º, in fine y 2º). Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate. La cursiva es mía.

Este pronunciamiento provocó –mediante el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo- la modificación del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva."[187]

A mi juicio, por ello, este incondicionado vaciamiento o deslegalización resulta contrario a las exigencias de los arts. 53.1 y 81.1 CE, por lo que debe concluirse la inconstitucionalidad del art. 69 LCM así como de las normas reglamentarias y administrativas a las que remite.

Como régimen especial de sujeción inserto a su vez dentro del estatuto militar nos encontramos con el de los que cumplen sanción privativa de libertad en establecimientos disciplinarios militares en virtud de la Ley 8/1998, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Dicha relación se encuentra regulada en la Orden Ministerial 97/1993, de 30 de septiembre, por la que se aprueban las Instrucciones de régimen interior de los establecimientos disciplinarios militares. El régimen de los internos de estos centros dista muy poco de la propia de un centro penitenciario, ya que la medida se trata de una auténtica sanción privativa de libertad.

La orden en cuestión establece varias normas básicas sobre derechos y deberes de los arrestados, sus comunicaciones, actividades, peticiones y quejas así como la posibilidad extraordinaria de autorizar salidas por un plazo máximo de setenta y dos horas, prorrogable por la autoridad que impuso la sanción (art. 20.2). Resulta curioso que, al tratarse de una unidad militar, los internos se encuentran sujetos durante su permanencia en el establecimiento a las órdenes de los mandos militares del mismo, "*quienes tendrán la competencia sancionadora establecida en la normativa disciplinaria militar.*" (art. 3.2). Es posible, por ello, que a los internos que se encuentran cumpliendo sanción de arresto en el establecimiento les sea impuesta una nueva sanción con arreglo a la ley disciplinaria; aunque, encontrándose ya privados de libertad, la virtualidad de una sanción a cumplir durante su internamiento parece

[187] STC 138/2000, FJ 6. La remisión al reglamento, por ello, no puede suponer una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. (STC 83/1984, FJ 6). En este sentido apunta, por ello, Villaverde Menéndez que la consecuencia que se sigue de la doctrina constitucional es que no es posible la colaboración entre normas legales e infralegales en la regulación de los derechos fundamentales. BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales*…, ob. cit., págs. 157 y 158. En el mismo sentido, BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 243, quien distingue entre reserva de ley de carácter absoluto y relativo.

dudosa, sin perjuicio de su anotación en la hoja de servicios del interesado. Todo ello confirma la doble relación de sujeción existente.

Por último, en virtud de la Disposición Adicional 2ª de la Orden 97/1993 se habilita a los jefes de establecimiento a desarrollarla mediante las correspondientes Normas de régimen interior, que deben ser sometidas a la aprobación de la autoridad militar regional, previo informe de su asesor jurídico.[188] Como vemos, una vez más se deslegalizan las normas sobre el cumplimiento de las medidas disciplinarias privativas de libertad.

Pues bien, aún tratándose de sanciones previstas en virtud de Ley Orgánica y quedando cubierto, al menos formalmente, el principio de reserva de ley *penal*, no estaría de más que en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario se contemplasen unos principios o bases a desarrollar por el reglamento que desarrolle el régimen de cumplimiento de los arrestos.[189]

3.2.3.- El honor militar: el plus de moralidad exigible a los militares debe establecerse con arreglo a los principios y normas constitucionales y los valores de la sociedad actual: de los tribunales de honor a los expedientes gubernativos

Desde antiguo, la milicia viene caracterizada por la exigencia de unos cánones éticos o morales de sus miembros más altos o elevados que los establecidos para el común de los ciudadanos[190], e incluso más severos que para el resto de los servidores públicos.[191]

---

[188] La referencia a la autoridad militar regional hay que entenderla efectuada ahora a la autoridad con competencia en el establecimiento tras la desaparición de la estructura territorial de las FAS operada por Real Decreto 912/2002, de 6 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura básica de los Ejércitos. Así las nuevas dependencias se establecen en la Orden Ministerial 73/2005, de 11 de mayo, por la que se determina la implantación territorial y la utilización conjunta de los establecimientos disciplinarios militares.

[189] En este sentido, resulta de plena aplicación la STS, Sala 3ª de 17 de marzo de 2009 referida en la nota 186.

[190] Dice al respecto Fernández Segado que "[l]a escala de valores de la institución militar, esto es, lo que se ha dado en denominar el *ethos militar*, se cimenta, se afirma, en una entrañable comprensión de la historia patria, en la cual gratitud social, lealtad, servicio, heroísmo y honor son ensalzados como valores destacados." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El perfil diferencial de la escala de valores...", ob. cit., pág. 107. Añade más adelante este autor que "estamos ante virtudes que, lejos de haber quedado obsoletas, siguen conservando plena vigencia, bien que se haga necesario, desde luego, una revisión de sus formulaciones clásicas al objeto de readaptar su contenido a las nuevas circunstancias existentes en la actualidad, pues la institución militar no puede ser un ente ajeno a la sociedad y al sentir social de cada momento." *Ibídem.*, pág. 124. Dice Losada, en referencia al código de honor militar durante la etapa franquista que "[q]uedaba claro que la condición militar estaba por encima del resto de actividades y profesiones y que sólo en parte era equiparable al sacerdocio." Señala asimismo que "[a]quel código de conducta no escrito, que obligaba a todo oficial, era muy estricto, tanto en lo privado como en lo profesional, y su incumplimiento, a ojos de los compañeros, podía conllevar la expulsión de la carrera

De manera que lo que antaño recibía un mero reproche social desde un punto de vista moral respecto a un ciudadano común, para el miembro de los ejércitos se convertía en una conducta deshonrosa[192] susceptible de ser enjuiciada por órganos de la

---

militar. Era un concepto del honor que iba mucho más allá de la disciplina pues, se argumentará, derivaba del Derecho Natural y de la propia conciencia. Se admitía que incluso iba más allá de la moral cristiana, aunque nunca en contradicción con ella. Este honor no era propio de soldados ni de suboficiales, dada su clara esencia aristocrática…" LOSADA, J.C., "Bases ideológicas del Ejército franquista", en VV.AA., *Los Ejércitos del franquismo (1939-1975)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010, págs. 419-422. La referencia que realiza este autor a la concepción existente en la época sobre el honor militar como exclusivo de la oficialidad se puede apoyar sin dificultad en las diversas disposiciones del Código de justicia militar de 1945. Así la concurrencia a tabernas o establecimientos de rango incompatible con su condición solo se castigaba en el caso de los oficiales (art. 443 CJM); solo podían ser sometidas a tribunales de honor las conductas deshonrosas cometidas por generales, jefes u oficiales (art. 1025) y, finalmente, el art. 595, referente a la forma de prestar juramento en un procedimiento judicial, disponía que "[l]os Oficiales y asimilados de los Ejércitos, cualquiera que sea el fuero del Tribunal ante el que comparezcan, prestarán juramento por su honor, y todos les demás en nombre de Dios." Moreno habla igualmente de "un catálogo de reglas morales, "ínsitas al ser militar", que han existido siempre, o lo que es lo mismo, desde que los Ejércitos se organizan como tales, ajenas a las concepciones políticas y culturales predominantes en un determinado momento o lugar geográfico." MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., "La desaparición de los Tribunales de Honor Castrenses en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 54, julio-diciembre 1989, pág. 229. Sobre la raigambre histórica de algunos valores militares, *vid.* COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 647-649. Asimismo, BERRIO ÁLVAREZ-SANTULLANO, F.J., "Valores institucionales de las Fuerzas Armadas", en *Cuadernos de Estrategia*, nº 89, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, 1997, pág. 130 y ss.

[191] *Vid.* COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., Madrid, pág. 31 y ss.

[192] Tras la promulgación de la Constitución aun encontramos declaraciones jurisdiccionales como la STS de 21 de septiembre de 1988 donde se afirma que "*dentro del Ejército, la trasmutación de la Moral en Derecho o, dicho de otra manera, el respaldo coactivo del Derecho a ciertas normas morales, es un fenómeno mucho más frecuente que en el resto de la sociedad*, sin que tal desigualdad –importa sobremanera advertirlo- suponga violación del principio fundamental consagrado en el art. 14 de la Constitución , en tanto está fundamentada en singulares circunstancias que la hacen justa y razonable: las especiales relaciones de rígida jerarquía e íntima convivencia que ineludiblemente se han de establecer entre los miembros de las Fuerzas Armadas, y la imagen irreprochable que han de proyectar «ad extra» quienes tienen el monopolio de la fuerza al servicio de los altos fines que se expresan en el art. 9.1 de la Norma Fundamental." FJ 4º, recurso contencioso-disciplinario nº 4/11 /88. La cursiva es mía. López Benítez cita así varios ejemplos de lo que la jurisprudencia ha señalado "como conductas gravemente atentatorias contra el honor militar: las prácticas homosexuales; la asunción de deudas injustificadas no cumpliendo las condiciones de amortización establecidas en la póliza; el tráfico de influencias; el endeudamiento por la práctica del juego; el comportamiento escandaloso o deshonesto o la realización de actos contrarios a la condición militar." LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 539-541. *Vid.* asimismo DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., "«De nuevo sobre los tribunales de honor» (la desaparición de los tribunales de honor militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)", en VV.AA., *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 133. Algunas de esas conductas no se enjuiciaban en tribunales de honor sino que recibían el correctivo correspondiente a una falta disciplinaria grave. Así, el Código de Justicia Militar de 1945 tipificaba la pernocta fuera del cuartel o buque, embriagarse no estando de servicio, asistir a juegos prohibidos, contraer deudas injustificadas o enajenar prendas o efectos militares cuyo valor no exceda de veinticinco pesetas. (art. 439, 4ª). Por su parte, el art. 443 contemplaba como faltas leves "la concurrencia de Oficiales a tabernas o establecimientos de rango incompatible con la calidad de los mismos; la estancia escandalosa o con desdoro del uniforme, de cualquier militar en casas de juego; actos contrarios a la dignidad militar; tomar parte en reyertas con compañeros o paisanos…" así como todas las demás que "infieran perjuicio al buen régimen de los Ejércitos o afecten al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura, aunque las mismas faltas tengan señalada

propia Administración militar -aunque no exclusivos de la misma[193], los llamados tribunales de honor, pudiendo determinar así la separación definitiva del servicio del profesional, y ello con absoluta quiebra de los más elementales principios y garantías propios de un Estado de derecho, a saber, legalidad sancionadora, seguridad jurídica, derecho de defensa o tutela judicial efectiva.[194]

Pero la principal tacha a denunciar respecto a dicho sistema de fiscalización de la moralidad de los integrantes de los ejércitos es en realidad constitutivo, ya que su esencia no venía determinada por la punición de concretos actos tipificados en la ley sino más bien por la fiscalización del modo de vida de una persona, enjuiciando así, con

---

corrección en el Código ordinario." Por lo chocante de su exposición y la singularidad de los hechos, traemos a colación aquí la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 30 de enero de 1974, que confirma la absolución de un guardia civil del delito de escándalo público del art. 431 del Código Penal común, pero considera incursa la acción del procesado, consistente en efectuar micciones en la vía pública, en la falta disciplinaria leve del art. 443 del CJM, "en el concepto de afectar al decoro con que las clases militares deben dar ejemplo de moralidad, decencia y compostura." No menos curiosa, cuando no cómica, resulta el relato de hechos probados de la sentencia, a la que puede accederse en la *Revista Española de Derecho Militar* nº 30, julio-diciembre de 1975, sección de jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, págs. 96-98.

[193] Se generalizaron así entre otros cuerpos de funcionarios y colectivos profesionales. En este sentido, DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., "«De nuevo sobre los tribunales de honor»…", ob. cit., págs. 122 y 123.

[194] Basta al efecto una somera lectura del último precedente normativo sobre este tipo de tribunales, a saber, los arts. 1025 a 1046 del Código de Justicia Militar de 1945 para percatarse de que el sistema y el procedimiento ante tales órganos administrativos sancionadores carecían de los más elementales derechos y garantías propios de un Estado de Derecho y aplicables al procedimiento administrativo sancionador, también al militar. *Vid.* al efecto la STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 10, que sienta de forma temprana la aplicabilidad del contenido básico del derecho de defensa al procedimiento disciplinario militar así como la STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3. La consideración de estos tribunales como órganos disciplinarios administrativos se deduce asimismo, además de la ubicación en la parte III del CJM de los preceptos que los regulaban, de la STC 151/1997, de 29 de septiembre, la única del alto tribunal que ha tenido ocasión de analizar el sistema y funcionamiento de dichos tribunales. En ella se estima el amparo solicitado por un excapitán de Artillería contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de fecha 31 de octubre de 1994, en el recurso contencioso-disciplinario militar núm. 2/59/93, por la que se desestimaba su pretensión de que se declarase la nulidad de la Orden del Ministerio de Defensa, de 13 de noviembre de 1979, en virtud de la cual se declaraba la separación del servicio del hoy recurrente en amparo, pasando a la situación de retirado, y ello con base en el fallo del tribunal de honor constituido al efecto el 21 de septiembre de 1979 en la Sala de Juntas del Regimiento de Artillería de Campaña núm. 25, con sede en Vitoria, para enjuiciar a dicho oficial por la imputación de consentimiento de adulterio de su mujer con un Teniente de Infantería, y de robo de 55.000 pesetas del Hogar del Soldado del Regimiento, acordando así proponer la separación del servicio del actor por entender que los hechos debían calificarse como deshonrosos. Los caracteres que hacen decaer a dichos tribunales tras la CE 1978 son expuestos brillantemente por Calafell Ferrá: A) *Los actos indecorosos no están tipificados*; B) *Los tribunales de Honor no juzgan de acuerdo con normas jurídicas*, sino que se pronuncian en conciencia; C) *La actuación del Tribunal de Honor es compatible con cualquier otro procedimiento por los mismos hechos*; D*) La finalidad del Tribunal de Honor es la separación del servicio de aquel cuya conducta resulte contraria al honor*; E) *El fallo del Tribunal de Honor no es susceptible de recurso alguno*. CALAFELL FERRÁ, J.V., "Reflexiones sobre los Tribunales de Honor militares a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/1.997, de 29 de septiembre", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 74, julio-diciembre 1999, Madrid, págs. 237-241. Finalmente de los arts. 1034 al 1036 se deduce la confusión en el mismo órgano de potestades acusatorias y de resolución, tratándose, en fin, de un órgano inquisitivo frente a cuyas decisiones en materia de prueba no cabe recurso alguno, y siendo todas sus actuaciones rigurosamente secretas (art. 1025).

inmisión en su intimidad personal y familiar, la "trayectoria" o "personalidad" del supuesto sujeto activo de la falta, dando lugar al llamado derecho penal de autor, contrario a la esencia misma del Estado de Derecho.[195]

Por lo dicho, la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y la eficacia directa de sus derechos y garantías, determinó a mi juicio la derogación del sistema de tribunales de honor, al menos en la forma en que estaba concebido en los arts. 1025 a 1046 del Código de Justicia Militar de 1945[196], aunque *contrario sensu* el art. 26 del texto constitucional permitiese dichos tribunales en el ámbito de la Administración militar, órganos que dejaron de contar con sustento jurídico expreso con la derogación de tales preceptos del antiguo código castrense, insertos en su tratado III, por la disposición derogatoria de la vigente Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, para finalizar con su expresa prohibición por el art. 21.2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

Las exigencias de eticidad que pesan a día de hoy igualmente sobre el comportamiento del militar se plasman actualmente, además de la aplicación de un específico régimen punitivo, reflejado en el Código Penal Militar, en la trascendencia disciplinaria de diversas conductas vinculadas en muchos aspectos con la vida íntima de

---

[195] Tales tipos disciplinarios de autor en relación al concepto de "dignidad militar" todavía parecen recibir cobertura en la STS de 18 de mayo de 1992, FJ 3º, recurso nº 2/68/1991, cuando afirmaba que "en el Derecho disciplinario militar ha logrado carta de naturaleza la existencia de dos clases de sanciones disciplinarias: unas ordinarias con las que se reprimen las faltas tipificadas como tales, y otras, llamadas extraordinarias, reservadas a los militares profesionales, que se conectan con conductas, no siempre definidas con toda precisión, que configuran lo que podríamos llamar un «tipo de autor», una personalidad cuyos rasgos no parecen compatibles, o lo son difícilmente, con su pertenencia a los ejércitos." *Vid.* al respecto *ad ex.* el contraste de la STS, Sala 5ª, de 18 de abril de 2005, que recoge la doctrina constitucional al respecto, que claramente se enuncia, y respecto a un supuesto similar, en la STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 6, que declara lo siguiente:

> "A la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniere fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta «tipología de autor». Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro. Para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido."

Señala Moreno que lo verdaderamente alarmante respecto a los tribunales de honor es que "sus integrantes se convierten, simultáneamente, en *legisladores*, determinando a su libre albedrío qué acto o conducta debe considerarse como deshonroso, *jueces* dictando al efecto la resolución de separación del servicio del inculpado; y *partes interesadas*, constituyéndose por compañeros del residenciado…" MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., "La desaparición de los Tribunales de Honor…", ob. cit., pág. 234.

[196] *Vid.* al respecto DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., "«De nuevo sobre los tribunales de honor»…", ob. cit., págs. 167-177. Asimismo, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 662-664.

los militares (en la que incide su relación especial de sujeción), y relacionadas con la moralidad, el honor o a la dignidad de la Institución militar[197], a lo que se añade una serie de consecuencias jurídico-administrativas derivadas de la comisión de un delito (común o militar) o falta disciplinaria, que conllevarán una serie de efectos desfavorables en la carrera del profesional.[198]

Además de un específico régimen punitivo aplicable a los militares[199], parece pues que adquieren respaldo jurídico la existencia de los conceptos de "honor militar" y "dignidad de la Institución militar" (a la que se refiere la Ley disciplinaria) como principios axiológicos que informan la actuación del militar y cuyo quebrantamiento puede determinar la comisión de un ilícito disciplinario, o incluso penal.[200]

Así, la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario, contempla varias faltas leves en que se reprochan conductas que afectan supuestamente a la moralidad o a la "*imagen de la Institución Militar*", "*al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas*".[201]

En el cuadro de faltas graves nos encontramos la sanción al consumo de determinadas sustancias cuando se realice vistiendo uniforme o públicamente "*cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, siempre que no constituya infracción más grave o delito*"[202], "*llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas*"[203], así como "*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.*"[204]

Pero, salvando las distancias, el paradigma actual de los tribunales de honor podemos comprobarlo con mayor claridad en la tipificación de lo que el art. 17 LORDFAS 1998 denomina causas de sanción disciplinaria extraordinaria, donde se

---

[197] Según Gómez Martínez, el militar debe, mediante el cuidado de su conducta, extremar tanto los aspectos formales externos como la conducta personal en orden a evitar la lesión de "bienes institucionales como son el decoro y la dignidad exigible a todo militar y el prestigio y buen nombre de las Fuerzas Armadas." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar,* ob. cit., pág. 96.

[198] A título ilustrativo, *vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, I., "Las consecuencias jurídicas del delito para los militares y su proporcionalidad", en *Revista General de Marina*, Ministerio de Defensa, tomo 265, diciembre 2013, págs. 885-896.

[199] El tratamiento desde la perspectiva del principio de igualdad del singular régimen punitivo militar se efectúa en COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., Madrid, pág. 31 y ss.

[200] Arts. 162 a 164, bajo la rúbrica del "*Capítulo VIII, Delitos contra el decoro militar*".

[201] Art. 7, aps. 23, 25 y 26.

[202] Art. 8.9.

[203] Art. 8.22.

[204] Art. 8.24.

contemplan diversas conductas del militar que denotan un mal comportamiento capaz de determinar su reprochabilidad desde el punto de vista disciplinario militar en atención al demérito, con arreglo a los cánones morales de la sociedad actual, que se produce en la imagen de las Fuerzas Armadas, bien por actos realizados en acto de servicio, o incluso por actos propios de su vida privada, en particular –por su incidencia- los que determinan una condena con arreglo a la legislación penal común, implicando así la apertura de un procedimiento disciplinario militar, llamado expediente gubernativo.[205]

[205] Así, es causa de sanción disciplinaria extraordinaria *ad. ex.* "[a]cumular en el expediente personal, durante un período no superior a cinco años, informes o calificaciones desfavorables que desmerezcan su cualificación o aptitud profesional" (art. 17.1); "[r]ealizar actos gravemente contrarios a la disciplina, servicio o *dignidad militar*, que no constituyan delito" (art. 17.2); "[e]mbriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad..." o "[h]aber 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." (art. 17.6). En el mismo sentido considera Fernández Benito que la dignidad militar es el bien jurídico protegido en todas las infracciones del art. 17 LORDFAS, de forma que "las conductas que pueden ser objeto de sanción extraordinaria (…) contradicen este valor de dignidad militar. En unas ocasiones, en cuanto a la exigencia de una conducta personal intachable; y en otras, en su especial lealtad a las instituciones." FERNÁNDEZ BENITO, A., "Sanciones disciplinarias extraordinarias y sus causas", en *Ejército*, noviembre de 2000, año LXI, nº 716, pág. 37. En todo caso, las *distancias* respecto a los antiguos tribunales de honor actualmente vendrían dadas por el hecho de que el reproche de las conductas contrarias a la dignidad militar tipificadas en el art. 17 LORDFAS ha sido llevado al ámbito disciplinario, asistiendo al encartado las garantías propias del procedimiento sancionador en el ámbito militar, por lo que, según Cotino, "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 Honor." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 664. Ya al margen del derecho sancionador, aunque con idéntica o mayor incidencia en su carrera, para los militares de tropa y marinería con compromisos temporales, es causa de resolución de su relación la condena por delito doloso o a la imposición de sanción disciplinaria extraordinaria por aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas [arts. 118.1 h) e i) de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar y art. 10.2 i) y j) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería]. Igualmente, los alumnos de los centros docentes militares de formación pueden causar baja como consecuencia de la imposición de sanción disciplinaria por falta grave de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas o, igualmente, de una sentencia firme condenatoria por delito doloso. [letras d) y e) del art. 71 de la Ley de la Carrera Militar]. Pero significativa por su paralelismo con el antiguo sistema de depuración de elementos o trayectorias deshonrosas para la imagen de las FAS es la causa de pérdida de la condición de alumno prevista en el art. 71.2 c) LCM, consistente en la "[c]arencia de las cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1.d) y f) acreditada en expediente personal extraordinario, mediante resolución motivada y previa audiencia del interesado." Se trata de procedimientos administrativos no sancionadores, al igual que los que se instan para acordar la baja de un alumno militar por pérdida de condiciones psicofísicas o no superar, dentro de los plazos previstos, las pruebas previstas en los planes de estudios [art. 71.2 LCM, letras a) y b)], que llevan aparejadas para los interesados las garantías del procedimiento administrativo común previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esto es, alegaciones, práctica de pruebas, vista del expediente, trámite de audiencia, etc. Así lo señala, por todas, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 25 de julio de 2011 (Rec. nº 1211/2005), que para deslindar estos

Los señalados requerimientos éticos que siguen pesando sobre el comportamiento del militar parecen tener su base en un plus de moralidad y una ejemplaridad en su actuación social "en atención a la delicada misión que les está encomendada y a la cuota de poder coactivo del Estado que les incumbe."[206]

Así viene pronunciándose la Sala 5ª del Tribunal Supremo desde la STS de 6 de octubre de 1989, al señalar que

> existen cuerpos y clases en el Estado, a cuyos miembros puede serles exigido un cierto honor; es decir, una más alta moralidad, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían. Situación, de especial exigencia, en la que se encuentran indudablemente los militares, cuyas Reales Ordenanzas configuran, en definitiva, la regla moral de la institución militar; vinculándoles jurídicamente durante su pertenencia a ellas.[207]

Como resulta evidente, las consideraciones sobre la noción de *honor* o *dignidad militar*[208] no pueden resultar ajenas a la existencia –o en algunos casos, pervivencia- de ciertos valores propios del ámbito castrense, cuya virtud restrictiva de los derechos de los miembros de la milicia se justifica hoy por la estrecha conexión de los mismos con la eficaz consecución de las misiones constitucionalmente atribuidas a las FAS.[209]

---

procedimientos de aquellos que tienen finalidad represiva utiliza la doctrina de la STC 48/2003, de 12 de marzo. (FJ 3º).

[206] Sentencia 994/2000, de 16 octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, FJ 3º

[207] Por todas, STS de de 29 de junio de 2012, recurso contencioso-disciplinario militar nº 3/2012, FJ 4º.

[208] Aparece definido este concepto desde la ya citada STS de 6 de octubre de 1989 cuando afirma que "[e]l honor, según la acepción más cabal de esta palabra, es «la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales». Tiene honor, en consecuencia, quien observa un comportamiento inspirado por unas exigencias morales más rigurosas que las que sirven de pauta al común de los hombres." Concluye la resolución circunscribiendo la definición al honor militar como "depurada actitud moral que ha de servir de presupuesto en el militar, junto al amor a la Patria, la disciplina y el valor, para el más exacto cumplimiento del deber." FJ 2º. Recurso contencioso-disciplinario 2/11/1988. Respecto a la llamada "dignidad militar", señala la misma resolución que "no es, en verdad, sino especificación de la más genérica de «honor militar». El término «dignidad» ha de ser interpretado (…) como «seriedad y decoro en la manera de comportarse», esto es, como la seriedad y el decoro que pueden esperarse del comportamiento habitual del militar." FJ 3º. *Vid.* en los mismos términos las SSTS de 18 de mayo de 1992, recurso contencioso-disciplinario 2/68/1991 y la STS de 31 de octubre de 1994, recurso nº 2/59/93, FJ 4º. La STS de 21 de julio de 1990 refiere el término no solo a la manera de conducirse el militar sino a la "lealtad a los poderes legítimamente constituidos que, por más de una razón, es exigible a los miembros de la Institución Militar…" (FJ 6º). En cuanto a las distintas acepciones del honor, véase MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., "La desaparición de los Tribunales de Honor…", ob. cit., pág. 229 y ss.

[209] Advierte así Cotino que "[e]n 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." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 644. Señala más adelante el mismo autor que "[t]ener 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

Así el supremo intérprete de la Constitución declara que "no cabe duda de que la realización de conductas deshonrosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes. Por ello resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico[210] de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales."[211]

Pues bien, el honor o la dignidad militar son, en realidad, conceptos jurídicos indeterminados que tienen su reflejo tanto en las Reales Ordenanzas como en la Ley Disciplinaria. Así la Ley Orgánica de derechos y deberes de 2011 en su art. 6, Regla Decimosexta dispone que el militar "[e]n el ejercicio de sus funciones, impulsado por el *sentimiento del honor* inspirado en las reglas definidas en este artículo, cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones."

Asimismo, las nuevas Reales Ordenanzas de 2009, que constituyen el código de conducta de los militares y definen sus principios éticos (art. 1)[212], siguiendo el precedente del texto de 1978[213] (aunque ahora con rango reglamentario), disponen, en su art. 16, como uno de los principios básicos del militar, el *cumplimiento del deber*. De

---

patrióticos sin dotarlos de contenido democrático deterioraría la fidelidad de los servidores de armas al resto de la Nación y sus autoridades políticas." *Ibídem.*, pág. 671.

[210] Debe dejarse claro que el honor militar no se trata de un derecho fundamental protegido en el art. 18.1 CE ya 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, máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado." (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2).

[211] STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 6.

[212] Así, las ordenanzas "[d]eben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor." (art. 1 ROSFAS 2009). Esta norma vuelve a referirse al honor en el art. 14, *Espíritu militar* (*Título I, Del militar*; *Capítulo I, Pri*ncipios básicos). Las ordenanzas se refieren asimismo al prestigio de las Fuerzas Armadas, entre otros, en su art. 22 de forma que "[e]l militar velará por el prestigio de las Fuerzas Armadas y por el suyo propio en cuanto miembro de ellas. Se esforzará en que con su aportación personal su unidad, de la que se sentirá orgulloso, mantenga los mayores niveles de preparación, eficacia, eficiencia y cohesión, con objeto de que merezca ser designada para las más importantes y arriesgadas misiones."

[213] Arts. 1 y 29. RROO de 1978.

manera que "*cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones impulsado por el sentimiento de honor inspirado en estas Reales Ordenanzas.*"

Ahora bien ¿quién establece las conductas íntimas o con una mayor trascendencia pública que pueden incidir en el honor o la dignidad de la institución militar? Y, ¿con arreglo a qué parámetros o reglas morales? Las reglas morales son algo cambiante de manera que no podemos afirmar que la ética imperante a mediados de siglo pasado siga vigente a día de hoy.[214]

Así, como precisa la STC 151/1997, de 29 de septiembre

"no cabe negar a priori que, en determinadas circunstancias, conductas íntimas (…) puedan realmente afectar al honor militar. Sin embargo, a la luz de las pautas o reglas éticas o morales socialmente imperantes en la actualidad -pautas desde las que debe delimitarse el alcance del honor de los distintos grupos profesionales, sin incurrir en autodelimitaciones endogámicas-, y a la luz también de los valores y principios constitucionales, hoy la concurrencia de estas circunstancias en el caso examinado no puede darse por supuesta, sino que debe justificarse con todo detalle. Dicho de otra forma: en la actualidad no es algo que se imponga como evidente y no requiera explicación alguna el hecho de que atente al honor militar la práctica o el mero consentimiento de determinadas conductas sexuales en el propio domicilio."[215]

---

[214] Dice al respecto Fernández Segado que "lo que desde luego hoy se presenta como cierto es que ha habido en las sociedades occidentales una verdadera ruptura de los marcos de referencia valorativos; cada cual entiende a su manera conceptos como los de libertad, honor, intimidad, bien común, con lo que resulta muy difícil la convivencia a todos los niveles, desde el familiar al político; y es que, como se ha apuntado, cuando fallan los *Grundwerte*, esto es, los valores fundamentales, es muy difícil llegar a un consenso social sobre lo que debe protegerse y lo que, por contra, debe ser desechado." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El perfil diferencial de la escala de valores...", ob. cit., págs. 84-85.

[215] FJ 6. Entiende Cotino que "[e]s 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 militar." "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." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 661. *Vid.* al respecto PRESNO LINERA, M.A., "Los límites a los límites de los Derechos Fundamentales de los militares", en *Boletín de información*, Ministerio de Defensa, núm. 278, año 2003. A este trabajo es posible acceder asimismo a través del siguiente enlace: http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/presno/Militares.html. Reflejo de esa concepción de la exigencia de rechazo social de la conducta para ser considerada contraria a la dignidad o al honor militar es la STS de 20 de marzo de 1997, contencioso disciplinario preferente y sumario nº 91/96, al declarar que "la dignidad exigible, en su conducta, a un miembro de la Guardia Civil, como a uno de las Fuerzas Armadas, consiste en un *grado de observancia más escrupuloso y estricto de la moral social vigente, lo que quiere decir «a contrario sensu» que no puede ser tachada de «indigna», a estos efectos, una conducta que no merezca, al menos, un mínimo de reproche social desde el marco de referencia de la moral.* Esto supuesto, hay que convenir en que el hecho de llevar un Guardia Civil varón pendientes en las orejas podrá ser estimado un acto -o un hábito, en su caso- frívolo e impropio de la seriedad que debe caracterizar al Cuerpo de la Guardia Civil -lo que justifica sobradamente que el Superior del recurrente le ordenase el día de autos quitarse los pendientes que portaba- pero no podrá ser considerado, sin distorsionar gravemente el sentido de las palabras, un comportamiento que quebrante o roce siquiera la moral social." (FJ 3º). La cursiva es mía. En el mismo sentido STS 32/1997, de 23 de abril, FJ 4. Asimismo, FERNÁNDEZ BENITO, A., "Sanciones disciplinarias extraordinarias y sus causas", ob. cit., pág. 40.

De esta forma, aunque admitamos con el Alto Tribunal 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[216], no pueden resultar de aplicación los parámetros morales propios de otras épocas, que sancionaban como deshonrosas, mediante tribunales de honor constituidos al efecto, conductas que hoy constituyen expresión del desarrollo de la personalidad o derechos fundamentales consagrados por el vigente texto constitucional.

Así, por ejemplo, la infracción disciplinaria consistente en mantener relaciones sexuales en establecimientos militares goza de cobertura constitucional basada en el desprestigio para la imagen de las FAS que suponen determinadas circunstancias concurrentes a las que alude el mismo art. 8. 24 de la Ley Disciplinaria como la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o cuando por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar. En este sentido, la publicidad de las acciones (sobre todo en medios de comunicación social), la intencionalidad de los participantes (de producir un daño a la imagen de las FAS o portando deliberada o conscientemente el uniforme militar) o su afectación al servicio serían, entre otros, elementos a tener en cuenta para valorar el límite entre la legitimidad constitucional de una sanción en este sentido y la vida íntima del militar, todo ello con independencia de la orientación sexual de los participantes en la conducta. A mi entender, por tanto, generalmente, esas conductas solo pueden merecer reproche disciplinario si son realizadas en el lugar y horario de servicio.[217] Por lo que respecta a la sanción de los hechos –o la mayor punición- únicamente cuando se trata de conductas homosexuales resulta, a mi juicio, a día de hoy, contraria al principio de no discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 CE), máxime si el reproche lo es por conductas realizadas fuera del servicio, sin perjuicio de la lesión de otros preceptos constitucionales[218]

[216] STC 151/1997, FJ 5.

[217] Aunque fácilmente puede llegar a nuestra imaginación algún supuesto de que –fuera del lugar y horario de servicio- algún militar difunda imágenes obscenas que tengan por propósito, o al menos lo consigan de forma consciente, dañar la imagen de las FAS; pongamos por caso, la captación de imágenes de unas relaciones sexuales en las que se utilicen elementos del uniforme militar y de las insignias o emblemas propios de la Institución militar.

[218] Ha quedado trasnochada pues la interpretación que en la Sentencia de 4 de junio de 1975 (Aranz. 3110) se realiza de los valores que configuran la institución militar.

Es por ello que, a mi juicio, la orientación sexual de los miembros de las FAS y su exteriorización en actos propios de la vida íntima no deben merecer reproche como conductas lesivas del "honor" o de la "dignidad" militares.[219]

Por raro que parezca, distinta hasta hace bien poco fue la realidad en otros ámbitos de Derecho comparado. Concretamente en Estados Unidos[220], ser homosexual,

---

[219] Lo que resulta sorprendente es que ya vigente la Constitución, así como sus valores y principios, se produjesen pronunciamientos del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional que daban carta de naturaleza punitiva a la censura moral relativa a la homosexualidad en el seno de las FAS. Así, SSTS de 5 de marzo de 1986 (Ponente: Tejada González) y de 21 de septiembre de 1988 (Ponente: Jiménez Villarejo). Merece la pena extraer la parte de un párrafo de las consideraciones jurídicas de esta última resolución (FJ 3º), que declara lo que sigue:

> "Y atenta a la dignidad militar -recuérdese que la dignidad se identifica con la seriedad y el decoro en el modo de comportarse porque a nadie se oculta que el comportamiento homosexual en un ámbito social como el militar en modo alguno puede ser tenido por serio o decoroso. Apenas puede discutirse que toda sociedad heterogénea, como lo es la española, tiende espontáneamente a ser tolerante y permisiva con la que podemos llamar «la conducta diversa», por lo que el Estado debe abstenerse de imponer coactivamente otras normas morales que las absolutamente indispensables para garantizar el disfrute pacífico de los derechos y la armónica convivencia de todos. Pero ello no basta para que a los miembros de determinados cuerpos profesionales, en los que, es preciso subrayarlo, vocacional y voluntariamente se ingresa, les sea exigido jurídicamente, por vía disciplinaria e incluso por vía penal, un grado de atenimiento 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."

Pero sorprende aún más la posición del supremo intérprete de la Constitución, quien en el ATC 446/1984, de 11 de julio, inadmite el amparo solicitado por dos militares contra el Auto de 22 de febrero de 1984, del Consejo Supremo de Justicia Militar, concediendo firmeza a la Sentencia del Consejo de Guerra reunido en Alcalá de Henares el 9 de noviembre de 1983, que condenó a los recurrentes por delito contra el honor militar, más concretamente por el delito que todavía contemplaba el en ese momento vigente art. 352 del Código de Justicia Militar, y que castigaba con un mínimo de seis meses y un día de prisión militar y la accesoria de separación del servicio al militar que cometiese "actos deshonestos con individuos del mismo sexo". En este sentido, el alto tribunal, además de una escueta y manida justificación de que en los "«delitos contra el honor militar», […] los bienes jurídicos protegidos guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense", despacha la cuestión de la invocada infracción del art. 14 CE señalando que "[c]laramente se percibe que la indicada alegación para fundar la desigualdad discriminatoria, no compara en abstracto situaciones iguales, pues los actos deshonestos tipificados, realizados entre individuos del propio sexo, han de referirse como parece obligado a las relaciones homosexuales, que tanto por los sujetos que las cometen, como por su mismo contenido y finalidad no son asimilables ni comparables con las relaciones heterosexuales entre personas de sexo distinto, por lo que en la prohibición de aquéllas y la permisión de éstas tiene razonable y bastante fundamento que no se puede desconocer, no siendo posible establecer entre estas situaciones una equiparación o similitud dentro de la que opere el artículo 14 de la C. E." FJ 6. Hubo que esperar a la STC 41/2006, de 13 de febrero para que el Tribunal Constitucional incluyese expresamente la discriminación por razón de orientación sexual como expresamente proscrita por la cláusula que prohíbe "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". "Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE." (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3). Asimismo, STC 198/2012, de 6 de noviembre, que valida la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que reconoce, mediante la reforma del art. 44 CC, la posibilidad de celebrarlo con los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. *Vid.* FJ 11 de la citada sentencia. La Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes proscribe expresamente este motivo de discriminación al disponer en su art. 4.1 que "[e]n las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, *orientación sexual*, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

declarar serlo o casarse con otra persona del mismo sexo, era causa de separación del servicio de las FAS, con el fundamento en "políticas de personal que excluyan personas cuya presencia en las fuerzas armadas podrían crear un riesgo inaceptable para los altos *standards* de moral, buen orden y disciplina, y cohesión de la unidad que son la esencia de la capacidad militar." La norma contiene unos supuestos que determinan la separación del servicio del militar así como determinadas excepciones.[221] Añade asimismo reglas interpretativas y definiciones de los términos "homosexual",

---

[220] *U.S. Code - Title 10: Armed Forces*, 654 - Sec. 654. *Policy concerning homosexuality in the armed forces.*

[221]Así, "un miembro de las fuerzas armadas será separado del servicio de acuerdo con las normas adoptadas por el Secretario de Defensa si se reúne una o más de las siguientes condiciones, siempre que se alcancen y aprueben de acuerdo con los procedimientos establecidos en tales normas: (**1)** Que el miembro ha participado, ha intentado participar, o ha solicitado a otro participar en un acto o actos homosexuales a menos que haya otras conclusiones, alcanzadas y aprobadas de acuerdo con los procedimientos establecidos en tales normas, siempre que se demuestre que (A) tal conducta es una desviación del comportamiento habitual del militar; (B) tal conducta, en cualquier circunstancia, es improbable que se repita; (C) dicha conducta no fue conseguida por el uso de la fuerza, coacción o intimidación; (D) en las circunstancias particulares del caso, la presencia continuada del miembro en las fuerzas armadas está en consonancia con los intereses de las fuerzas armadas, en la disciplina adecuada, buen orden y moral; y (E) el militar no tiene una propensión o intención de participar en actos homosexuales. **(2)** que el miembro ha declarado que él o ella es homosexual o bisexual, o se deduce de sus palabras en este sentido, a menos que haya otras conclusiones, alcanzadas y aprobadas de acuerdo con los procedimientos establecidos en tales normas, que el miembro ha demostrado que él o ella no es una persona que participa, intenta participar, tiene propensión a participar, o intenta participar en actos homosexuales. **(3)** que el miembro se ha casado o ha intentado casarse con persona conocida por ser de su mismo sexo biológico." Las negritas son mías.
Según Blanquer Criado, quien comenta estas normas, y la jurisprudencia en este sentido de los Tribunales norteamericanos, aunque recientemente éstos van introduciendo técnicas de control más severas por considerarse que existe una sospecha relativa o absoluta de que los homosexuales son víctimas de un trato discriminatorio, sin embargo, los órganos jurisdiccionales "siguen casi uniformemente el criterio de considerar que los homosexuales no son un grupo social perseguido, y por ello, basta con que exista un fundamento racional y un interés gubernamental legítimo que justifique la desigualdad de trato." Además detalla este autor que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la función pública civil, el llamado por la jurisprudencia norteamericana "control del fundamento razonable" tiene pocas posibilidades de éxito cuando se refiere a un servidor público que desempeña sus funciones en servicios que afecten a la seguridad del Estado o a la defensa nacional, o cuando se refiere al personal militar de las Fuerzas Armadas, buscando siempre las fundamentaciones y argumentaciones más peregrinas ("fundamento razonable") para justificar la exclusión de los homosexuales de las FAS como que con ello se exacerban "las reacciones contrarias a la homosexualidad de los demás miembros de las Fuerzas Armadas, lo que va en detrimento de la disciplina y es fuente de tensiones y hostilidades, provocando la falta de respeto o de confianza en los oficiales homosexuales." *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., págs. 158-160. Más contundente se muestra, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias *Lustig-Prean and Beckett v. Reino Unido* y *Smith and Grady v. Reino Unido*, ambas de 27 de diciembre de 1999, que han considerado que la expulsión del ejército británico de los actores a causa de su homosexualidad es una violación del art. 8 Convenio de Roma, rechazando argumentos tan invocados como la seguridad nacional o la moral de las Fuerzas Armadas. *Vid.* en este punto el trabajo de REY MARTÍNEZ, F., "Homosexualidad y Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, núm. 73, enero-abril 2005, Madrid, págs. 125. Para un exhaustivo estudio jurídico-constitucional sobre la cuestión, *vid.* COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 506 y ss. Realmente interesante es –por sus efectos- la distinción que realiza este autor, a estos efectos, entre discriminación por razón de sexo o género y discriminación por razón de orientación sexual. *Ibídem*., pág. 511.

"bisexual", "gay" o "lesbiana". Estas reglas han sido finalmente derogadas en diciembre de 2010.[222]

Podemos convenir, por ello, con lo declarado por la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 –aunque ello ya no puede en la actualidad fundamentar un mayor reproche de las prácticas homosexuales- que "[d]e las normas transcritas [RROO de 1978] y de otras muchas que es dable encontrar en las Reales Ordenanzas se desprende con suficiente claridad que, dentro del Ejército, la trasmutación de la Moral en Derecho o, dicho de otra manera, el respaldo coactivo del Derecho a ciertas normas morales, es un fenómeno mucho más frecuente que en el resto de la sociedad, sin que tal desigualdad –importa sobremanera advertirlo- suponga violación del principio fundamental consagrado en el art. 14 de la Constitución, en tanto está fundamentada en singulares circunstancias que la hacen justa y razonable: las especiales relaciones de rígida jerarquía e íntima convivencia que ineludiblemente se han de establecer entre los miembros de las Fuerzas Armadas, y la imagen irreprochable que han de proyectar <ad extra> quienes tienen el monopolio de la fuerza al servicio de los altos fines que se expresan en el art. 8.1 de la Norma Fundamental." [223]

De acuerdo con lo expuesto, tanto los límites impuestos por las leyes orgánicas como las que llamábamos restricciones "innominadas" hacen surgir una intensa relación especial de sujeción que proyecta sus efectos de forma permanente y extiende sus efectos tanto a las actividades del militar en acto de servicio cuanto a las realizadas fuera del mismo y hasta las propias de su vida íntima o privada, con la consiguiente limitación de los diversos derechos propios de ese ámbito.

El sistema se refuerza con un severo régimen penal y disciplinario propio del ámbito castrense, de cuya aplicación se derivan asimismo severas consecuencias administrativas en la carrera del militar, a lo que se une un sistema de evaluación permanente que permite un fuerte control por parte de la Administración respecto al profesional en cuanto a la progresión en su carrera así como para comprobar la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas (art. 85 LCM), tal y como tendremos oportunidad de comprobar en el capítulo VIII, pudiendo determinar así todo ello que la carencia o pérdida sobrevenida de alguna de las aptitudes o –como hemos visto- incluso virtudes configuradoras de la profesión militar suponga el fin de su trayectoria en las Fuerzas Armadas, bien a consecuencia de un

---

[222] '*Don't Ask, Don't Tell Repeal Act* of 2010'. Pub. L. 111-321, Dec. 22, 2010, 124 Stat. 3515.

[223] FJ 5º, Ponente: Jiménez Villarejo. *Vid.* al respecto asimismo LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 537-542.

expediente disciplinario o, simplemente, administrativo, en desarrollo de las previsiones de la Ley de la Carrera Militar, lo que basta para caracterizar una cerrada e intensa relación especial de sujeción en el ámbito castrense.[224]

La legitimidad constitucional de dichas restricciones ha de venir determinada, aunque sea en el marco de una relación especial de sujeción como la militar, además de un concreto apoyo –no solo genérico- en normas con rango legal (en algún caso, mediante ley orgánica) por el cumplimiento de los requisitos que sobre el particular ha sistematizado el supremo intérprete de la Constitución, y a los que nos referíamos más arriba, cuales son, fundamentalmente, además de la proporcionalidad de las restricciones con el contenido esencial del derecho, que estén orientadas a la protección de otros derechos fundamentales o bienes y valores con clara cobertura constitucional como la disciplina y la jerarquía militares en tanto que se trata de factores instrumentales para mantener la necesaria cohesión y unidad de las FAS en orden al cumplimiento de las misiones asignadas por el art. 8 CE.

Sin que proceda realizar en este momento unas conclusiones sobre lo que acabamos de analizar bajo la rúbrica de la relación especial de sujeción del militar, sí procede finalizar suscribiendo, al menos en parte, las palabras de Herbón Costas cuando señala que "[l]a caduca concepción de que «el militar lo es las veinticuatro horas del día» o que «la condición militar no se pierde cuando se desprende del uniforme y se viste de paisano», es cierta, qué duda cabe, en estados de guerra o excepción, o cuando se presta una misión de paz en territorio extranjero, pero parece trasnochada cuando se

[224] Cabe aquí traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 9ª), de 11 de diciembre de 2008 (Recurso nº 202/2006), en la que se fiscalizaba un expediente extraordinario de pérdida de la condición de alumno, al amparo del art. 83.1 c) de la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en relación con el art. 70.1 c) de dicha norma, a saber, carencia de las virtudes militares recogidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Este supuesto, ligeramente modificado, aparece ahora en el art. 71.2 c) LCM 2007, esto es, "[c]arencia de las cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1.d) y f) acreditada en expediente personal extraordinario, mediante resolución motivada y previa audiencia del interesado." Pues bien, declara la indicada resolución que "en lo que se contrae al supuesto objeto de este proceso se advierte con evidencia que *la pérdida de la condición de alumno de un centro de enseñanza militar*, además de poder revestir carácter punitivo o retributivo, dispone de otra justificación completamente ajena a la sancionadora, puesto que *también es el resultado adecuado y plenamente proporcionado ante la comprobación de que el alumno carece de las aptitudes básicas que exige la condición de militar. Estas aptitudes se despliegan en el aspecto psicofísico, intelectual y de los valores, por cuyo motivo la insuficiencia de condiciones psicofísicas, la no superación de las pruebas de los planes de estudios y la carencia de las virtudes militares elementales están igualmente configuradas como causas de la baja en los centros de formación*." (FJ 3º). La cursiva es mía. Culmina la resolución advirtiendo en su FJ 4º que "[s]in duda el consumo de drogas y la reiteración de infracciones son actos que pueden ser considerados contrarios a las virtudes militares en cuanto suponen el incumplimiento de obligaciones que pesan sobre el interesado en su faceta de militar. Asimismo, el mal resultado en los estudios y la mala conducta pueden igualmente ser tenidos en cuenta en trance de juzgar sobre las aptitudes militares del alumno."

trata de la vida civil cotidiana en períodos de normalidad constitucional en un país que se presume democrático y avanzado, como prueban los estatutos profesionales de los militares de la gran mayoría de regímenes de Derecho comparado estudiados, y como parece empezar a reconocer el propio Tribunal Constitucional al establecer que la disciplina militar no persigue al soldado en todos los ámbitos de su vida...''[225]

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

[225] HERBÓN COSTAS, J.J., *Los derechos de asociación política y sindicación de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Colección "Cuadernos y Debates", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pág. 140. La postura de este autor contrasta con las palabras de la Sra. Ministra de Defensa en el Pleno del Congreso de los Diputados, el 16 de diciembre de 2010 con motivo del debate de totalidad del Proyecto de Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas: "Pero, señorías, cuando hablamos de los derechos de nuestros militares también es necesario hablar de los límites de su ejercicio, porque si bien es cierto que la condición de ciudadano no desaparece cuando el militar entra en el cuartel, también lo es que *el militar no abandona su condición cuando se encuentra fuera del mismo; la condición de militar no depende solo del uniforme ni de un horario ni de un lugar definido, el militar siempre es militar, cuando está de servicio, pero también cuando no lo está.* La sociedad ha encomendado a nuestras Fuerzas Armadas la responsabilidad de garantizar la soberanía e independencia de España y de defender nuestro ordenamiento constitucional. Tan alta misión comporta una serie de deberes que obligan a nuestros militares a asumir un estatuto que determina sus específicos derechos como ciudadanos." Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2010, IX Legislatura, nº 213, sesión plenaria nº 202 celebrada el jueves 16 de diciembre de 2010. La cursiva es mía.

CAPÍTULO IV:
LA PROTECCIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

4.1.- La incidencia del Convenio en los derechos de los militares. Breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH) y ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979[226] constituye sin duda, tanto por la protección dispensada como por los mecanismos de garantía, el texto internacional que reviste mayor trascendencia en el ámbito europeo, con una evidente significación interna en virtud del art. 10.2 CE[227], ello sin perjuicio de su valor informador del mismo Derecho Comunitario reflejado en un principio en el Preámbulo del Acta Única Europea[228]; más tarde, en los Tratados de Maastrich de 7 de febrero de 1992, de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 y de Niza de 26 de febrero de 2001 y por último, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[229] asumida como

[226] BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

[227] Pese a la remisión del precepto constitucional a los textos internacionales, es doctrina reiterada del Supremo Intérprete que *"los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5)" (STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11), lo que no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Según hemos reiterado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, "esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado" (FJ 3)."* (STC 12/2008, de 29 de enero de 2008, FJ 2). Según Villaverde Menéndez ese valor hermenéutico en materia de DDFF sitúa a los tratados, a estos efectos, en el mismo plano que la Constitución, atribuyendo a dichos tratados "una posición superior y muy diferente de la que se desprende de la fuerza pasiva que posee cualquier tratado internacional en virtud del artículo 96 CE." De manera que, según este autor, "la teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada ha de ser también, por obra del bucle que realiza el art. 10.2 CE, una teoría adecuada a los tratados o convenios suscritos por España e incluso, según el TC, adecuada a la interpretación que de ellos lleven a cabo los tribunales internacionales competentes…" BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales…*, ob. cit., pág. 81.

[228] Con la pretensión de "*promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social.*"

[229] Elaborada, tras la celebración de una Convención, fue proclamada solemnemente en Niza, aunque sin valor vinculante, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000 (DOCE de 18 de diciembre). Decía así en 2001 el profesor Carrillo Salcedo que "[s]e ha ido formando así,

Parte II del fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa[230], suscrito en Roma el 29 de octubre de 2004 y, finalmente, en el Tratado de Lisboa[231], que la incorpora con plena eficacia vinculante al Tratado de la Unión Europea "*tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*" (art. 6 del Tratado de la Unión modificado[232]), manifestando en el Preámbulo la voluntad de reafirmar, "*dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*"

---

progresivamente, un complejo corpus iuris integrado por instrumentos jurídicos de distinta naturaleza y en cuya aplicación, interpretación y desarrollo progresivo la labor creadora del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que concierne al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha sido esencial. Aquél, como es notorio, ha ido configurando a través de su jurisprudencia los derechos fundamentales propios del ordenamiento jurídico comunitario utilizando como fuente de inspiración las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial el Convenio Europeo; esta jurisprudencia tuvo su reflejo en el artículo F.2 del Tratado de Maastricht y, sobre todo, en el Preámbulo y artículo 6 del Tratado de Amsterdam. Desde esta perspectiva, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aparece, en suma, como un instrumento jurídico que condensa y expresa las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, por lo que incluso sin haber sido incorporada formalmente al Tratado de la Unión y ser una solemne declaración política, tiene sin embargo innegable relevancia jurídica." CARRILLO SALCEDO, J.A., "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 5, nº 9 (Ejemplar dedicado a: Especial Tratado de Niza), 2001, págs. 18 y 19. En los mismos términos, SANZ CABALLERO, S., "Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, enero/abril 2011, pág. 101. Asimismo, ROLDÁN BARBERO, J., "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 16, septiembre-diciembre 2003, pág. 944 y ss.

[230] Aunque fue ratificado por España, tras la pertinente autorización de las Cortes Generales mediante la Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (BOE del 21), no manifestaron el consentimiento al mismo Francia y Holanda tras sendos referendos, lo que impidió la entrada en vigor del texto.

[231] Ratificado por nuestro país previa autorización de las Cortes Generales mediante la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

[232] DOUE de 17 de diciembre de 2007.

El Convenio de 1950[233] solo se refiere expresamente a la posibilidad de limitar los derechos de los militares en el art. 11.2, relativo al derecho de reunión y asociación, cuando después de su reconocimiento prevé que

> "el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. *El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.*"[234]

De forma algo más imprecisa se contiene asimismo la posibilidad de limitaciones en los arts. 9.2 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y en el 10.2 (libertad de expresión). Sin embargo, ya desde temprano, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene admitiendo en atención al fin último de la disciplina militar y a las necesidades de organización jerarquizada de las FAS restricciones a los derechos de sus miembros. Así se deduce de la sentencia del caso *Engel*, donde incluso postula una interpretación del Convenio ajustada a las peculiaridades de la disciplina y la vida en las FAS: "*al interpretar y aplicar las normas del Convenio en esta materia, el Tribunal debe tener en cuenta las características particulares de la condición militar y sus efectos en la situación de los miembros individuales de las Fuerzas Armadas.*"[235]

Sin embargo, aunque reconoce el principio de la disciplina militar y las limitaciones que encierra, las normas que la regulan no eximen a los respectivos Estados de cumplir las obligaciones del Convenio, por lo que el sistema disciplinario militar puede ser contrario a los derechos reconocidos por la Convención. Es por ello, que el sistema disciplinario de cada país y su régimen deben ser interpretados a la luz de los preceptos del Convenio de 1950.[236]

El Tribunal concede a cada Estado un amplio margen de apreciación para establecer su propio sistema de disciplina militar y –cuando se refiere a los arrestos disciplinarios- admite que los límites del art. 5 del Convenio no son los mismos para militares que para civiles. El tope infranqueable para el Tribunal estaría en las "*restricciones que se apartan netamente de las condiciones normales de vida en el seno*

[233] Que cuenta con catorce protocolos adicionales y un Protocolo 14 bis. El nº 14 ha entrado en vigor, el último en hacerlo, el 1 de junio de 2010.
[234] La cursiva es mía.
[235] Sentencia de 8 de junio de 1976, Caso Engel y otros contra Holanda, párrafo 54 *in fine*.
[236] Párrafo 57.

de las Fuerzas Armadas de los Estados contratantes." E introduce unos parámetros de control de la limitación –en este caso, una sanción disciplinaria "*tales como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de ejecución de la sanción o medida considerada.*"[237]

Ya respecto a la dicotomía entre sistema disciplinario y penal militar, el Tribunal, aunque reconoce a cada Estado libertad para fijar las infracciones disciplinarias y aquellas que merecen reproche penal, advierte que solo bajo ciertas condiciones.[238] La distinción no es baladí ya que, según el sistema del Convenio y la interpretación de la Corte, las garantías del proceso penal no son extensibles al procedimiento disciplinario militar.[239] El Tribunal asimismo justifica restricciones a la libertad de expresión de los militares basadas en el "*orden que debe reinar en el interior de un grupo social concreto*" Aclara que "*así es especialmente cuando, como en el caso de las Fuerzas Armadas, el desorden en este grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera.*"[240] Subordina el Tribunal, por ello, la libertad de expresión a la disciplina militar y funcionamiento eficaz de las FAS:

> "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…"[241]

El Tribunal ha ido confirmando, a lo largo de su dilatada jurisprudencia[242], las conocidas restricciones impuestas por la disciplina a los miembros de las FAS o institutos armados, concretando las limitaciones que el Convenio habilita de forma más o menos clarificadora.

---

[237] Párrafo 59.

[238] De manera que el Estado no tendría libertad absoluta, subvirtiendo los fines del Convenio, de incluir graves conductas que lleven aparejadas sanciones similares en gravedad a las penales en el sistema disciplinario militar.

[239] *Ibídem.*, párrafo 81 *in fine*. Por el contrario, en el ordenamiento jurídico español, las garantías del proceso penal son extensibles, con matices, al procedimiento administrativo sancionador. Así lo ha consagrado tempranamente el Tribunal Constitucional desde sus Sentencias de 30 de enero y 8 de junio de 1981.

[240] Párrafo 98. Interpreta que esas restricciones son legítimas en virtud de la habilitación a los Estados por el art. 10.2 del Convenio.

[241] Párrafo 100.

[242] Así, a título de ejemplo, Sentencia de 1 de julio de 1997, caso *Kalaç contra Turquía*, párrafo 28 y Sentencia de 20 de mayo de 1999, caso *Rekvénki contra Hungría*, párrafo 41, donde fundamenta "*la obligación impuesta a ciertas categorías de funcionarios, notoriamente a los policías, de abstenerse de actividades políticas*" en la necesaria neutralidad política dirigida así a "*despolitizar los servicios afectados y de este modo contribuir a la consolidación y al mantenimiento de la democracia pluralista en el país.*"

4.2.- Las reservas al Convenio formuladas por España

No podemos pasar por alto, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, que España, en virtud de la habilitación del art. 57 del Convenio de Roma, se ha reservado la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida en que resulte incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas españolas, en ese momento contenido en el Código de Justicia Militar.[243]

Con la promulgación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, España, mediante una declaración, mantenía expresamente la señalada reserva "*a los artículos 5 y 6 en la medida en que todavía fueran incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas…*"[244]

Pues bien, tras la promulgación de la nueva Ley de Régimen Disciplinario en 1998 España no procedió a notificar la innovación legislativa al Consejo de Europa, hasta que, finalmente, en el Boletín Oficial del Estado de 7 de noviembre de 2007, se publica una declaración similar a la formulada en 1986, por la que la reserva inicialmente depositada en 1979, ahora había que entenderla realizada en la medida en que los arts. 5 y 6 del Convenio fuesen incompatibles con la nueva ley disciplinaria de 1998.

La cuestión que se plantea es si las sanciones disciplinarias impuestas en el periodo 1998-2007 resultaron contrarias al Convenio de Roma debido a la actualización de la reserva. Tal cosa se pretendía en diversos recursos contencioso-disciplinarios que culminaron en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Ésta, en una larga argumentación procede, a mi juicio con buen criterio, a diferenciar entre reserva y actualizaciones de la misma debido a los cambios legislativos internos.[245] Pues bien, el

[243] La decisión del Reino de España se materializó en el Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979.

[244] BOE nº 234, de 30 de septiembre de 1986.

[245] Cuestión distinta es la referida al nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil aprobado por Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio , con el fin de cumplimentar la STC 194/1989, de 16 de noviembre, que declaró en su fundamento 4º que "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 1265/1988), 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." Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró en el asunto *Dacosta Silva c. España* que la actualización en 1986 de la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos no se puede extender al posterior régimen

Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina sentada en las SS de 13 de noviembre de 2008 y 19 de enero de 2009, declara lo siguiente en la Sentencia de 2 de abril de 2009[246]:

> "En efecto, las reservas (admitidas en el Convenio de Roma siempre que no sean generales) tienen como fin excluir en los términos que el Convenio autoriza la aplicación de algunos preceptos de este último. Por el contrario, las actualizaciones responden a otra finalidad: la de permitir un control a posteriori por parte del TEDH de que las modificaciones introducidas en la ley objeto de reserva se ajustan al Convenio, al no introducir un régimen jurídico diferente al anterior, salvo modificaciones, y, por tanto, no esencial.
>
> Pues bien, desde esta perspectiva, es decir, del fin de la norma, es claro que en el presente caso el hecho de que el Estado Español se retrasase varios años en la notificación del cambio legislativo realizado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no conlleva como se pretende, la nulidad del arresto impuesto al recurrente ya que la notificación de la aprobación de la ley permite al TEDH comprobar, aunque tardíamente bien es cierto, si la mencionada ley se adapta o no al Convenio, pudiendo ocurrir que el TEDH así lo considerase (lo que por otra parte parece improbable, pues como señalamos en nuestras sentencias anteriormente referidas, se trata de leyes, la anterior y la nueva, prácticamente idénticas), en cuyo caso la reserva hecha carecería de efectos respecto a la ley posterior, siendo de aplicación la integridad del Convenio, pero hasta que esta hipótesis no se dé, la reserva es válida en razón a que su eficacia no queda condicionada, como se sostiene de contrario, a su actualización ya que esta cumple una función distinta: la de propiciar en su caso que el TEDH pueda hacer un examen a posteriori respecto a la compatibilidad de la nueva ley con el Convenio. Efectuada esta actualización, habrá de ser el propio TEDH quien en su caso, declare incompatible la ley con el Tratado. Hasta que esta eventualidad no se produzca, la reserva inicialmente hecha por el Estado Español extiende sus efectos a la ley 8/98 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas".[247]

---

disciplinario de la Guardia Civil aprobado por Ley Orgánica 11/1991 ya que "[l]a reserva española tenía y tiene todavía por objeto el "régimen disciplinario de las fuerzas armadas". Aunque desde 1991 la Guardia Civil, "fuerza y cuerpo de seguridad del Estado", y no "fuerza armada", tiene por imperativo legal, recordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un régimen disciplinario específico, diferente al de las fuerzas armadas, y regulado por una Ley orgánica propia, la reserva no puede, en consecuencia, ampliarse a una norma cuya finalidad es la segregación del objeto reflejado en la reserva. Al ser esta pretensión contraria al Convenio, el Tribunal no puede admitirla." (párrafo 37 de la STEDH, Sección 5ª, de 2 de noviembre de 2006 en el asunto *Dacosta Silva c. España*). *Vid.* al respecto asimismo PÉREZ SOLA, N., "El Régimen Disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dacosta Silva v. España", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, números 71-72, enero-agosto 2008, págs. 677-699, y DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., "TEDH – Sentencia de 02.11.2006, Dacosta Silva c. España, 69966/01 – arresto domiciliario – inaplicabilidad de la reserva española al régimen disciplinario de la Guardia Civil", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, Madrid, mayo/agosto 2008, págs. 527-544.

[246] Nº de recurso 101/2008, ponente Fernando Pignatelli Meca.

[247] FJ 2º.

La Sala 5ª refuerza su argumento con la definición de reserva a un tratado según el Convenio de Viena[248] y la propia doctrina del Tribunal Constitucional[249]: "En definitiva, la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 1950 surte efectos indefinidamente en relación a éste último, puesto que forma parte del mismo, en tanto no se retire o revoque formalmente en los términos al efecto previstos en el artículo 22 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, como así lo demuestra, a mayor abundamiento, la práctica española al respecto (retirada, el 5 de enero de 1979 -BOE de 31 de julio de 1979-, de la reserva formulada por nuestro país, al momento de ratificar, mediante Instrumento de 4 de agosto de 1952, el Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en relación a la expresión "derecho internacional vigente" utilizada en el artículo 99 de dicho tratado, surtiendo efectos dicha retirada a partir de su comunicación al Depositario del Convenio el 10 de mayo de 1979), debiendo tal retirada o revocación, para surtir sus efectos tanto "in foro domestico" como en el ámbito internacional, llevarse a cabo de la misma forma en que se produjo la formulación de la reserva, es decir, por las Cortes Generales, en los términos previstos en los artículos 94.1 de la Constitución y 160 en relación con el 155.2, ambos del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 y concordantes del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994. No habiéndose retirado, pues, la reserva por el Estado español, ésta surtió sus plenos efectos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, hasta la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa, el 23 de mayo de 2007, de la modificación habida por dicha Ley Orgánica en la materia objeto de reserva, sin que, por tanto, pueda prosperar la pretensión de la recurrente de que los arrestos impuestos en tal lapso temporal al amparo de dicha Ley Orgánica fueren nulos."[250]

[248] Artículo 21.1 a) y b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

[249] La STC 141/1998, de 29 de junio declara que "*la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado multilateral, o al adherirse a él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado, según disponen los arts. 2.1d) y 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de1969 (cuyo Instrumento de adhesión fue publicado en el BOE de 13 de junio de 1980), la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma*>>."

[250] FJ 3º.

PARTE II: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR

CAPÍTULO V: LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, LA INTEGRIDAD Y LA LIBERTAD PERSONAL

5.1.- La dignidad de la persona como principio que irradia todos los Derechos Fundamentales. Su especial incidencia en los derechos de los militares.

La Constitución Española incluye la referencia a la dignidad de la persona en el art. 10.1, encabezando el Título I, de los derechos y deberes fundamentales, aunque sin llegar a formar parte de su Capítulo II, *Derechos y libertades*, y menos aún de la sección 1ª, dedicada explícitamente a los derechos fundamentales y libertades públicas. Esta colocación no es baladí ya que la dignidad de la persona, sin alcanzar la naturaleza jurídica de derecho fundamental[251], se irradia a los DDFF reconocidos en el Título I CE,

[251] A diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales como Alemania, donde el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn dispone lo siguiente: "La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es la obligación de todo el poder público". En ese sentido como señala Münch "[e]l Tribunal Constitucional Federal nunca ha manifestado ninguna duda sobre la circunstancia de que el derecho fundamental de la dignidad del hombre se trata de un derecho invocable frente a cuya lesión cabe apelar al Tribunal". V. MÜNCH, I., "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional Alemán", en *Foro, Nueva Época*, núm. 9/2009:107-123, pág. 110. Precisamente una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de febrero de 2006, BVerfGE 115,118 1BVR 357/05, declara la inconstitucionalidad del art. 14, párrafo 3º de la Ley de Aviación Civil, que posibilitaba en determinadas circunstancias el derribo de una aeronave cuando se presume que va a ser utilizado como arma, por infracción de los derechos a la vida y a la dignidad humana. Sobre este particular, *vid*. LUTHER, J., "Razonabilidad y Dignidad humana", en *ReDCE*, nº 7, enero-junio de 2007, 295-326, págs. 313- 316. Asimismo, PAREDES MONTIEL, M., "La Sentencia BVerfGE 115,118 1BVR 357/05 del 15 de febrero de 2006 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que declara inconstitucional el artículo 14 de la Ley de Aviación Civil. Un precedente sobre el respeto a la vida y a la dignidad humana", en *Cuestiones Constitucionales* núm. 19, julio-diciembre 2008, www.juridicas.unam.mx, págs. 367-374. Particularmente interesante es la crítica realizada a la sentencia constitucional alemana de 15 de febrero de 2006 por Doménech Pascual para el que, frente a la argumentación del tribunal alemán de que resulta contrario a la dignidad humana la ponderación del número de vidas que se salvarían dependiendo de que se tome una u otra decisión y ello por la cosificación o instrumentalización de las personas inocentes que viajan a bordo del avión secuestrado, mantiene el autor que "me parece que lo que el principio de igualdad de todas las personas en el disfrute de su derecho a vivir exige es justamente lo contrario: que se pondere la vida, que el Estado decida en función de las vidas que pueden salvar y las muertes que pueden provocar sus alternativas de decisión. Dicho principio exige que se atribuya el mismo valor a cada una de las vidas humanas, pero no dice nada acerca de si ese valor ha de ser finito o infinito." DOMÉNECH PASCUAL, G., "¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea", en *Revista de Administración Pública*, nº 170, mayo-agosto 2006, Madrid, pág. 410. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 28. En el ordenamiento alemán la Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (*Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten*), de 19 de marzo de 1956 (en su redacción dada por las leyes de 30 de mayo de 2005 y 14 de agosto de 2006) contempla precisamente la dignidad humana como uno de los límites al deber de obediencia a las órdenes militares. Así su art. 11.1 dispone lo que

constituyendo un elemento cualificado para la determinación de su objeto, contenido y límites. Esa función hermenéutica, entre otras,[252] ya se admite desde la STC 137/1990, FJ 3º, elevándose por algún autor a la categoría de principio rector supremo del ordenamiento jurídico.[253] Aunque, realizando esta función en cada derecho fundamental concreto, el reconocimiento de los mismos, según Fernández Segado, "no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la

---

sigue: "El militar tiene que obedecer a sus superiores. Debe ejecutar sus mandatos con la mayor eficiencia, de forma minuciosa e inmediatamente. No hay caso de desobediencia cuando no se cumpla una orden que lesione la dignidad humana o se ha impartido con fines ajenos al servicio." Compárese con las reglas 11ª y 12ª del art. 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (Reglas de comportamiento del militar). *Vid.* al respeto la interesante disertación en la excelente monografía sobre la dignidad humana de OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona, Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pág. 265. Encontramos asimismo en la jurisprudencia española una línea argumental que justifica la desobediencia a órdenes, que aún no incluidas en los supuestos delictivos del art. 21 CPM, "*lesione*(n) *manifiestamente el ordenamiento jurídico, vulnere*(n) *la Constitución o imponga*(n) *un comportamiento lesivo para la dignidad humana.*" (Sentencia del Tribunal Militar Central de 12 de marzo de 1997, Recurso contencioso-disciplinario 109/1995, ponente: Rodríguez-Villasante Prieto, caso de la negativa a rendir honores a la Virgen de los Desamparados, FJ 6º). La cursiva es mía.

Muy diferente al alemán es la realidad en el ordenamiento constitucional español donde la dignidad humana sirve al objeto de determinar el contenido de un DF pero "sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan." STC 120/1990, FJ 4). Asimismo STC 137/1990, FJ 3, aunque admite su virtualidad interpretativa y STC 57/1994, de 28 febrero, FJ 3, entre otras. Gutiérrez Gutiérrez aunque no coincide con los que conceden a la cláusula de la dignidad de la persona un mero valor interpretativo, pone en duda "que la dignidad de la persona ocupe en la Constitución española el mismo lugar central que se atribuye en Alemania a la dignidad humana, como norma fundante del propio Estado y de su orden constitucional. Pues en España la dignidad de la persona parece encarnar un valor no autónomo y supremo, sino, junto con otros, instrumental respecto del orden político y la paz social." GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 78 y 81.

[252] Así Ruiz-Jiménez le atribuye una función legitimadora del orden político, una función promocional y una función hermenéutica. RUÍZ-JIMÉNEZ CORTÉS, J., "Derechos fundamentales de la persona (Comentario al artículo 10 de la Constitución)", en VV.AA. (Óscar Alzaga, dir.), *Comentario a las Leyes Políticas*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 101-105. Asimismo, BATISTA J., F., "La dignidad de la persona en la Constitución Española: Naturaleza jurídica y funciones", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 14, enero-junio 2006, pág. 17.

[253] FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 524. Asimismo para Parejo Alfonso "resulta obligado concluir [en referencia al art. 10 .1 CE] que es también el fundamento, es decir, el criterio o la medida sustantivos del Estado, como poder y como Derecho, e, igualmente la referencia de los valores, incluidos los superiores del ordenamiento en su conjunto." Destacable es asimismo la afirmación de que solo desde la persona y su dignidad "adquieren sentido los derechos *de la persona*, el libre desarrollo *de ésta* (de su personalidad) y, a través de este último, la precisión del respeto a la Ley y a las *otras personas* y sus derechos." PAREJO ALFONSO, L., "Temas básicos de Derecho Constitucional", Tomo I, en VV.AA. (Aragón Reyes, M., Coord.), Civitas, Madrid, 2001, pág. 33. Asimismo, Batista quien le atribuye el carácter de valor superior del ordenamiento jurídico situándolo por encima incluso de los reflejados en el art. 1.1 CE. BATISTA J., F., "La dignidad de la persona en la Constitución Española…", ob. cit., pág. 16.

persona humana, al que se vincula íntimamente el libre desarrollo de la personalidad".[254]

Como apunta Presno Linera "[l]a dignidad alude a la idea de una igualdad "mínima" de toda persona que es expresión de los valores "igualdad" y "justicia", mientras que el libre desarrollo de la personalidad se refiere a la tutela de la libertad "máxima", donde se reflejan los valores "libertad" y "pluralismo". Y merced a este papel nuclear que asumen la dignidad y el libre desarrollo personal, lo que se hace es colocar a los derechos fundamentales en el eje sobre el que han de girar todas las normas del ordenamiento -dimensión objetiva de los derechos- y cuyo respeto se impone a todos, particulares y poderes públicos, frente a los que despliegan una eficacia directa."[255]

Entendemos así con Bastida Freijedo que "[s]e produce, así, una relación recíproca entre esos derechos y la dignidad humana reconocida en el artículo 10.1 CE. Ésta se irradia a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y que el intérprete de la CE estime inherentes a la persona pero a su vez el concepto constitucional de dignidad queda circunscrito en la CE a los términos en los que dichos derechos están establecidos en su Título I."[256]

Aunque en nuestro ordenamiento no quede configurada como un Derecho Fundamental, "nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos *puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.*"[257] El Tribunal Constitucional entiende, por ello, determinados

[254] FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 163.
[255] PRESNO LINERA, M. A., "El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español", en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 17, 2013, págs. 4-5.
[256] BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales…*, ob. cit., pág. 39.
[257] STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8. Fernández Segado define la dignidad de la persona como "calidad ínsita a todo ser humano y exclusiva del mismo, [que] se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales...", ob. cit., pág.518.

DDFF íntimamente vinculados a la dignidad humana y especialmente el derecho a la vida, otorgándole, junto a la dignidad humana –con el que establece una íntima conexión- la consideración de valores superiores del ordenamiento jurídico-constitucional:

> "Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. *Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales*, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que *muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*."[258]

Así, aunque creemos con Fernández Segado que "con mayores o menores matices o inflexiones, la dignidad del ser humano se manifiesta, se proyecta, de una u otra forma, con distintos niveles de intensidad, en todos y cada uno de los derechos que el Título I de la Constitución enuncia, bien se presenten bajo el rótulo de auténticos derechos, bien bajo el de principios rectores"[259] existe ciertamente una gradación respecto a la intensidad de la vinculación de los DDFF con la dignidad humana. Así, efectivamente, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, después de reiterar que existen derechos que corresponden a la persona en cuanto tal con independencia de su nacionalidad, declara lo siguiente:

> "Estos derechos son los que "pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos "inherentes a la dignidad de la persona humana" (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos

[258] STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8. Las cursivas son mías. Esta controvertida declaración del Tribunal Constitucional califica a mi juicio erróneamente la dignidad humana como un *valor jurídico fundamental*, coincidiendo en este sentido con Presno Linera en que la dignidad humana se trata de un fundamento del orden político y de la paz social y alude a una igualdad mínima (expresa los valores igualdad y justicia del art. 1.1 CE). *Vid.* al respecto PRESNO LINERA, M. A., "El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español", ob. cit., pág. 4 y ss.

[259] FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales...", ob. cit., pág. 537.

> expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva."[260]

Constituyendo pues la noción de dignidad humana un relevante criterio hermenéutico para la determinación de los DDFF que corresponden a la persona en cuanto tal, el Alto Tribunal admite que existen dificultades para su determinación "*por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana.*" Sin embargo, viene a concluir el Tribunal que aun alzándose la dignidad en el contenido mínimo o invulnerable, clave a la hora de determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, existe una especie de jerarquía en atención al "*grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho* dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos "imprescindibles para la garantía de la dignidad humana".[261]

Para establecer esa "jerarquía" o escala de gradación de los distintos DDFF por su grado de conexión con la dignidad el Supremo intérprete proporciona determinadas pautas. De esta forma

> "El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración

[260] FJ 3.

[261] Este criterio o escala jerárquica entre DDFF, según su conexión con la dignidad humana, no está exenta de críticas. Así, mantiene acertadamente Vidal Fueyo que "todo derecho fundamental, por definición, guarda una estrecha conexión con la dignidad de la persona y que establecer «grados» de «dignidad» nos aleja del terreno de la seguridad jurídica y nos coloca en el campo de la subjetividad.

¿No es demasiado arriesgado afirmar —como hace el Tribunal Constitucional— que degrada más tal dignidad» la privación del derecho a asociarse, que la del derecho a circular libremente por el territorio nacional, a residir o a trabajar en condiciones de igualdad?

En mi opinión, [apunta la autora] la «mera» condición de persona es, de acuerdo con el artículo 10.1 CE, el único requisito para estar en posesión del tal «dignidad» y para ser un potencial titular de todos los derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución." Añade a continuación que "[c]osa distinta es que la adquisición de la concreta titularidad jurídica de un derecho fundamental y, por ende, la condición de beneficiario del mismo para hacerlo valer frente a poderes públicos y, en su caso, frente a particulares, pueda depender en ocasiones, y porque así lo exige la propia Constitución, de determinados requisitos o condiciones (por ejemplo, la condición de español para ser titular del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones a Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas), lo que nada tiene que ver, creo, con una mayor o menor vinculación de ese derecho con la dignidad humana, ¿o es que tiene una mayor conexión con la dignidad humana el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, que en las autonómicas o en las generales?" VIDAL FUEYO, M.C., "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril de 2009, Madrid, págs. 363 y 364.

universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE."[262]

Pues bien, en nuestro análisis nos corresponde, a la hora de examinar los DDFF de los militares, tener en cuenta el criterio de la dignidad humana en la exposición y tratamiento de los mismos, destacando asimismo que este fundamento del orden político[263], como ya avanzamos, adquiere una especial relevancia, por su incidencia, en el ámbito militar y en los DDFF de los que forman parte del mismo. Sin perjuicio de que sea a la hora de analizar el contenido y límites de cada uno de los derechos cuando tendremos oportunidad de comprobar la trascendencia del principio, avancemos ya varias razones del particularizado tratamiento del mismo:

1. La primera, obvia en esta introducción, acaba de ser puesta de manifiesto: su irradiación a todos los DDFF por cuanto todos, de alguna forma, están vinculados a la dignidad humana.
2. En segundo lugar, no podemos perder de vista, como ya se ha insistido a lo largo de este trabajo, que el estatuto del militar se caracteriza por su inserción en una intensa relación especial de sujeción caracterizada por la permanencia y la disciplina, ligazón que no debe suponer mengua alguna en el valor de la dignidad de la persona.[264] Así lo declara la STS, Sala 5ª de 3 de noviembre de 2008:

[262] En los fundamentos jurídicos siguientes de la mencionada sentencia constitucional de 2007, el Alto Tribunal examinará, al objeto de determinar la constitucionalidad de diversos preceptos de la de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la conexión con la dignidad humana de los distintos derechos regulados en los preceptos cuestionados a la luz de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España.

[263] No se trataría pues la dignidad humana, sin embargo, de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados por la vía del art. 1.1 CE descartando, con Ignacio Gutiérrez, que este valor "ocupe en la Constitución Española el mismo valor central que se atribuye en Alemania a la dignidad humana, como norma fundante del propio Estado y de su orden constitucional. Pues en España la dignidad de la persona parece encarnar un valor no autónomo y supremo, sino, junto con otros, instrumental respecto del *orden político* y *la paz social*." *Vid.* GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 81.

[264] "…dignidad personal y profesional -que, como dice nuestra Sentencia de 18 de noviembre de 2005, "integra también el patrimonio de su integridad moral, que se lesiona cuando un inferior, como ocurre en este caso, es tratado como simple objeto de la apetencia y capricho del superior"." (STS, Sala 5ª, de 10 de noviembre de 2008, FJ 3º).

> "El inferior debe respeto y obediencia a su superior, pero también el superior tiene el inexcusable deber militar de respetar la dignidad del inferior, tal como legalmente se proclama para cualquier miembro de los Ejércitos en el antes mencionado *artículo 171 de las Reales Ordenanzas, y tras su derogación por la Ley 39/2007*, en el *artículo 4, regla quinta*, de ésta.[265] […] estribando la singularidad del ámbito castrense que se concreta en el aludido *artículo 106*, según la Sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2007, en que, dada la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares, resulta preciso que el poder otorgado al mando aparezca limitado, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, pues "otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona".'[266]

3. Es por ello, en tercer lugar, que el maltrato, hostigamiento psicológico y cualquier clase de acción que suponga acoso sexual, laboral o, en definitiva, trato degradante, tiene, al igual que sucede en otros sectores del ordenamiento[267], un reflejo directo en las leyes penales y disciplinarias militares[268], por cuanto uno de los bienes jurídicos protegidos en la tipificación de las mismas, además de la disciplina, son los DDFF del art. 15 CE, delimitados aquí por el valor

[265] Actualmente en el art. 6.1, regla quinta de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

[266] Nº recurso 3/2008. FJ 3º. Se trata de la controvertida sentencia de la Sala 5ª sobre la aplicación de la Instrucción OTAN conocida como "STANAG" sobre trato a prisioneros. La STC 106/2011, de 20 de junio, lo reconoce de la siguiente forma: "no hay que olvidar que ésta [en referencia a la militar, demandante del amparo] se halla sometida al rigor de una relación de sujeción especial que se deriva de su estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y subordinación proyectan sus efectos de forma permanente (art. 9 de las vigentes RROO para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), habiendo denunciado a unos mandos respecto de los que se encuentra subordinada **y** sobre los que recae la importante misión de realizar los informes correspondientes en que se ha de basar la renovación o no de su compromiso con el Ejército." FJ 3. En este mismo sentido, la STS de 3 de mayo de 2006 que recordaba que "*la subordinación reduce de modo innegable la capacidad de reacción del militar jerárquicamente inferior por razón de empleo*". La cursiva es mía. La permanencia en esa relación jerárquica se confirma, por todas, en las SSTS de 3 de marzo de 2006, 13 de enero de 2000, 23 de enero y 13 de septiembre de 2001, 27 de junio y 28 de noviembre de 2005.

[267] *Vid*. al respecto el art. 173 CP que castiga con una pena de seis meses a dos años de prisión a "los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima." Igualmente, el acoso sexual en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios aparece castigado en el art. 184 CP común con un máximo de un año de prisión. Ello contrasta con las previsiones del CPM puesto que el tipo básico de abuso de autoridad establece un abanico de penas de tres meses y un día a cuatro años de prisión, pudiendo alcanzar la conducta el castigo de hasta cinco años de prisión en caso de trato inhumano o degradante (art. 106 CPM). Por su parte, la 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público tipifica como faltas muy graves tanto *el acoso laboral* [art. 95.2 o)] como "[t]oda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo. [art. 95.2 b)]."

[268] Arts. 98 a 106 CPM. *Vid.* asimismo arts. 8.13, 23 así como 17.7 LORDFAS. Ejemplos de la protección penal en sede jurisdiccional son las SSTS, Sala 5ª de 23 de septiembre de 2011, 22 de junio de 2011, 17 de junio de 2010, 21 de octubre de 2009, 23 de octubre de 2007, 3 de mayo de 2006 y 17 de marzo de 2003.

supremo de la dignidad humana[269] con el que se encuentran íntimamente conectados.[270]

Bajo este corolario, el art. 10, *Derecho a la intimidad y dignidad personal*, de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas[271], incorpora, al menos en apariencia, como un nuevo derecho (art. 10.1) lo que, a través de la vía penal y disciplinaria militar, ya se venía tutelando como principio que inspira, irradia y sirve de fuente en la delimitación del contenido de los DDFF más vinculados al ser humano como tal.

Pero es que, como decía, la realidad, a mi juicio, termina siendo muy distinta de la apariencia ya que la formulación del art. 10 LODDFAS no permite considerar la dignidad de la persona como un derecho subjetivo. Para llegar a esta tesis nos basta, además de tener en cuenta la posición que a este principio se atribuye en nuestro sistema constitucional, con la atenta lectura del art. 10.1 LODDFAS:

---

[269] Baste a título de ejemplo el caso analizado por el Tribunal Constitucional en la STC 106/2011, de 20 de junio. Así, según el Tribunal "la demandante de amparo invoca como vulnerado el derecho fundamental reconocido en el art. 15 CE, por el trato degradante y hostigamiento psicológico que dice haber sufrido en la unidad militar donde estaba destinada. Refiere, así, una situación de acoso moral en el ámbito castrense, materializado a través de una serie de arrestos y otras medidas adoptadas indebidamente por sus mandos directos, según su versión, que han conducido a su baja en el servicio por un trastorno psicológico adaptativo relacionado con su situación laboral. *En definitiva, la recurrente, al atribuir al Coronel y al Capitán mencionados la presunta comisión de un delito de abuso de autoridad (art. 103 CPM) o exceso arbitrario en el mando (art. 138 CPM), está denunciando un ejercicio abusivo o denigrante en el uso de sus atribuciones por parte de los referidos oficiales, con la exclusiva intención de humillarla o acosarla psicológicamente.*

Esta queja, con independencia de que resulte o no convenientemente acreditada a lo largo del procedimiento penal, *se ha de enmarcar necesariamente en el ámbito del art. 15 CE, no sólo por la referencia que hace este precepto a la integridad moral, siendo incuestionable que el acoso denunciado afectaría a la dignidad profesional de la persona*, en este caso de una militar, sino también en relación a la integridad física, por los efectos que se describen haberse derivado para la salud de la recurrente." FJ 3. Las cursivas son mías.

[270] De hecho, la Sala 5ª alude a la "naturaleza pluriofensiva del delito del *art. 106*, que afecta a bienes jurídicos militares, singularmente en la disciplina, además de a la dignidad humana". (SSTS de 5 de diciembre de 2007 y de 3 de noviembre de 2008, FJ 3º, caso "STANAG").

[271] El texto del precepto que reconoce el derecho a la dignidad de la persona del militar, curiosamente insertado junto al reconocimiento del derecho a la intimidad, es del siguiente tenor: "...Se deberá respetar la dignidad personal y en el trabajo de todo militar, especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo como profesional." A mi juicio el trasfondo del precepto hay que buscarlo en la protección frente a otras conductas o situaciones que, sin llegar a alcanzar trascendencia penal o disciplinaria –vías por las que el militar ya es actualmente tutelado, vulneren el –no lo olvidemos- nuevo derecho, ya no solo principio, aunque se haya consagrado por ley orgánica.

"Se deberá respetar la dignidad personal y en el trabajo de todo militar, especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo como profesional."

Dicho de otra forma, no se enuncia el derecho a la dignidad de la persona de forma autónoma sino que el señalado principio sirve para delimitar o fijar el mínimo de protección que han de revestir el resto de derechos fundamentales; particularmente, por mandato expreso del legislador, en lo que ahora nos interesa, los destinados a proscribir cualquier conducta relacionada con el acoso sexual o profesional. Es por ello, que estas acciones y su reproche penal serán objeto de nuestra atención en el epígrafe dedicado al derecho a la integridad física y moral, consagrada en el art. 15 CE.

Por otra parte, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional respecto a los textos legislativos (Estatutos de autonomía) que declaran el derecho a la dignidad personal no alcanza a dotarles más que un significado reiterativo de lo ya dispuesto en el art. 10.1 CE. Ése es el valor que le otorga el Alto Tribunal al pronunciarse sobre el derecho consagrado en el art. 15.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, y del siguiente tenor literal:

"Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal."[272]

Al respecto, advierte el Supremo intérprete que

> "Con todo, es evidente que una proclamación tan genérica y abstracta como la que reconoce el "derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación" y el "derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal" no hace del art. 15.2 EAC sino el mero enunciado redundante de las palabras del art. 10.1 CE y de las proclamaciones internacionales de derechos más principales. Ni siquiera puede hablarse aquí del caso de los preceptos estatutarios que reproducen normas dictadas por el Estado en el ejercicio legítimo de una competencia que no corresponde a la Comunidad Autónoma; tampoco del supuesto en el que se reiteran preceptos constitucionales referidos a derechos fundamentales específicos, pues se trata únicamente del enunciado de los valores y principios en los que la Constitución fundamenta el orden político y la paz social. No hay, por tanto, declaración alguna de derechos subjetivos y sí, únicamente, la expresión formal de la voluntad de comunión del Estatuto con el fundamento declarado del orden de convivencia ordenado desde la Constitución."[273]

[272] Idéntico precepto se consigna en el art. 12.1 del Estatuto de autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril. Similar disposición se inserta en el art. 17.1 del Estatuto de las Islas Baleares, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero.

[273] STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 18. En el mismo sentido, Expósito Gómez dice de estas normas con una "formulación más cercana a un principio" (…) "que a pesar de aparecer formulados como no puede identificarse en ellos ningún elemento propio de un derecho, ni siquiera un contenido cierto por lo que se

No obstante, constituye un trascendental avance que la nueva LODDFAS consagre rotundamente la dignidad de la persona como el principio informador que ha de regir el catálogo de derechos de los miembros de las FAS y exija el respeto al valor de la dignidad como una regla esencial que debe definir el comportamiento del militar. (Art. 6.1, regla quinta).

5.2.- El derecho a la vida y a la integridad física y moral. Los tratos degradantes en el ámbito castrense.

Encabezando la sección 1.ª *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas* del Capítulo II, dentro del Título I de nuestra Norma Fundamental, se encuentra el art. 15, del siguiente tenor:

> "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."[274]

---

hace complicado, en muchas ocasiones, visualizar su virtualidad de vincular a los poderes públicos a un contenido que ni siquiera el estatuyente es capaz de concretar." EXPÓSITO GÓMEZ, E., "Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, 2011, pág. 495. *Vid*. en este sentido sobre la constitucionalidad de las declaraciones estatutarias de derechos la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15. Una visión crítica de esa jurisprudencia se encuentra en el interesante artículo de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., "Una vez más sobre las declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales) en los Estatutos de Autonomía", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 13, 2009, págs. 145-164. Asimismo, PRIETO SANCHÍS, L., "Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía", en *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, nº 49, 2010, págs. 125-150. Muy distinta es la protección que reviste la dignidad humana en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Preámbulo y Parte II del Tratado constitucional europeo de 2004) ya que "observamos que la dignidad se constitucionaliza como valor y derecho (explícito) de la Unión a un mismo tiempo, lo que no deja también de ser una importante novedad con posibles y trascendentes consecuencias jurídicas." *Vid*. GARCÍA NINET, J.I. y DE VICENTE PACHÉS, F., "El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 57, 2005, pág. 152.

[274] Respecto a la protección internacional, cabe destacar la siguiente selección realizada en el comentario al art. 15 CE por Luis Gálvez Muñoz: "la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículos 26 y 27) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte de 15 de diciembre de 1989; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 14 de diciembre de 1979; los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de 17 de diciembre de 1990; los diversos Convenios y Protocolos de Ginebra sobre heridos, enfermos, población civil, víctimas o prisioneros en tiempo de guerra (por ejemplo, el Convenio relativo a la protección debida a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949); la Convención sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 y su Protocolo de modificación de 23 de octubre de 1953; la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956; el Convenio sobre trabajo forzoso de 28 de junio de 1930; el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 25 de junio de 1957; el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de septiembre de 1948; la Convención sobre la

Esa vinculación a la dignidad humana de los DDFF y, en especial, o de forma más intensa, del derecho a la vida[275] de la que venimos hablando desde el epígrafe anterior, se comprende si prestamos atención a la STC 53/1985, de 11 de abril, que coloca tanto al DF a la vida como a la dignidad humana como elementos básicos o nucleares, al servir de presupuesto para el ejercicio de otros DDFF[276] a cuya cabecera se sitúan:

> "Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos."[277]

Una vez abolida la pena de muerte para tiempos de guerra de las leyes penales militares[278], se trata de unos DDFF[279] que, en apariencia, no ofrecen limitaciones para

---

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968; el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 2 de diciembre de 1949; y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias de 24 de mayo de 1979." GÁLVEZ MUÑOZ, L., "Sinopsis del artículo 15 de la Constitución", accesible en http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2, visitado el 25 de enero de 2014.

[275] La STC 57/1994 establece una estrecha vinculación con la dignidad humana de los DDFF de los arts. 15 y 18.1 CE, "por cuanto ambos son proyección de la dignidad de la persona que como valor jurídico fundamental consagra el art. 10.1 CE." *Vid*. asimismo GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 101 y ss.

[276] Como acertadamente manifiesta Peñarrubia Iza es "el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos, porque sin vida humana no existe titular de derechos." PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 163. En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* págs. 121 y 122. En palabras de Gutiérrez Gutiérrez "[l]a dignidad de la persona sirve así no sólo para aglutinar determinados derechos fundamentales, sino para dotarles de *mayor peso* en el momento de la ulterior *ponderación*." GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 102.

[277] FJ 3.

[278] Esto ha sucedido en España mediante la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra. Aunque autores como Peñarrubia Iza entienden que la abolición no es absoluta mientras siga contemplándose la posibilidad de su establecimiento en el art. 15 CE, las obligaciones internacionalmente asumidas por España hacen jurídicamente imposible la ejecución de la pena de muerte con arreglo al ordenamiento jurídico español. Así el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece en su art. 2.2 la siguiente interdicción: "*Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.*" Por si fuera poco, resulta revelador el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, con la siguiente literalidad: "A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo

los militares, lo que parecen convertir en inútiles nuestras disquisiciones. Sin embargo, la realidad es muy otra en atención a los peculiares principios configuradores de la profesión castrense, que obedecen, entre otras, a máximas como la disponibilidad permanente, el sacrificio, la disciplina o la unidad y cohesión. No obstante, observaremos que en el caso del derecho fundamental a la integridad moral no encontramos en realidad peculiaridades con el objeto de limitarlo sino, más al contrario, de ofrecer una tutela, podríamos decir, reforzada penal y disciplinariamente, teniendo en cuenta que nos hallamos en un ámbito donde *la subordinación reduce de modo innegable la capacidad de reacción del militar jerárquicamente inferior por razón de empleo.*[280] Ello, lejos de convertir a la cuestión en algo exento de interés jurídico-constitucional, propiciará nuestro análisis a la luz de la jurisprudencia, fundamentalmente, la emanada de la Sala 5ª del Tribunal Supremo en vía casacional al fiscalizar las sentencias de los tribunales militares en lo que a la aplicación de los delitos militares contra la disciplina (abuso de autoridad, en especial, el trato degradante, art. 106 CPM) se refiere.[281]

---

10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación:" *Vid.* PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 169. En el mismo sentido, Gómez Martínez considera que la posibilidad constitucional para el retroceso continúa abierta. *Vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* págs. 128. No puedo compartir la opinión de estos autores ya que, además de las obligaciones contraídas en el ámbito comunitario en el sentido manifestado España se ha comprometido internacionalmente a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia ya que, si bien el Protocolo n° 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 contemplaba en su art. 2 la posibilidad de excepcionar la aplicación del instrumento (siempre que se previese en la legislación interna) en tiempo de guerra, la ratificación por España del Protocolo n° 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia (Vilna, 3 de mayo de 2002) supone la asunción por nuestra Nación del compromiso de abolir la pena de muerte en cualquier clase de coyuntura, sin admitir excepciones, derogaciones ni reservas, incorporando con ello esta obligación al derecho interno (art. 96 CE).

[279] Bajo la rúbrica del art. 15 CE en realidad encuentran cobijo dos DDFF diferenciados: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral. En este último, Canosa Usera, con buen criterio, con la finalidad de que quede abarcada la protección de las tres dimensiones (física, psíquica y moral) de la integridad, habla de "integridad personal", considerando que la misma "abarcaría el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo, por tanto, la identidad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral" CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 89.

[280] STS de 3 de mayo de 2006.

[281] Peñarrubia Iza enumera hasta tres aspectos jurídicos de interés al objeto de la cuestión que nos ocupa: la protección de la vida y de la integridad física, la obligación de exponer la propia vida o la integridad

Comenzando por el derecho a la vida, si bien no existen aparentes limitaciones, como decíamos, si analizamos someramente los principios básicos que regulan el comportamiento del militar, aparecen las primeras peculiaridades. Así la primera regla esencial definida en el art. 6 de la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas prescribe lo siguiente:

> "La disposición permanente para defender a España, *incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario*, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley."[282]

Resulta a todas luces evidente que los mencionados principios configuradores de la profesión militar –y que son libremente asumidos- como la disciplina o el sacrificio de la propia vida[283] chocan con los DDFF del art. 15 CE[284], colisión que podría

---

física y, por último, la legitimidad constitucional y la abolición de la pena de muerte. PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 164.

[282] Asimismo art. 3 de las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. Esta intensidad del sacrificio se contempla asimismo, entre otros preceptos, en el art. 90 de esta misma norma que dispone lo siguiente: "*El que tuviere orden de conservar su puesto a toda costa, lo hará.*" Esta norma tiene un precedente directo en las antiguas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley 85/1978 – a su vez inspiradas en las Reales Ordenanzas de Carlos III-, con una redacción similar: "*El militar que recibiere orden de resistir a toda costa lo hará.*" En la vigente Ley 39/2007, de la Carrera Militar, su art. 7, *Juramento o promesa ante la Bandera de España*, aparece con la siguiente dicción:

> "1. Todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España. Este juramento o promesa se efectuará durante la enseñanza de formación de acuerdo con lo que se establece en este artículo y será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y de militar de tropa y marinería.
> 2. El acto de juramento o promesa ante la Bandera de España será público, estará revestido de la mayor solemnidad y se ajustará a la siguiente secuencia:
> El jefe de la unidad militar que tome el juramento o promesa ante la Bandera pronunciará la siguiente fórmula: «¡Soldados! ¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado, obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca y, *si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?*».
> A lo que los soldados contestarán: «¡Sí, lo hacemos!».
> El jefe de la unidad militar replicará:
> «Si cumplís vuestro juramento o promesa, España os lo agradecerá y premiará y si no, os lo demandará», y añadirá: «Soldados, ¡Viva España!» y «¡Viva el Rey!», que serán contestados con los correspondientes «¡Viva!».
> A continuación, los soldados besarán uno a uno la Bandera y, posteriormente, como señal de que España acepta su juramento o promesa, desfilarán bajo ella.
> 3. El término «soldados» podrá sustituirse por el que convenga para su adecuación a los que vayan a prestar el juramento o promesa."

[283] Peñarrubia Iza entiende que "la obligación de exponer la propia vida o la integridad física, es algo tradicional por cuanto se estima consustancial al hecho de estar bajo la disciplina militar." PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 165. De idéntica forma opina Gómez Martínez. *Vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* págs. 125 y 126. La otra cara de la moneda de este deber se sacrificio de su propia vida o integridad al que se encuentran expuestos los militares –pero también los miembros de Fuerzas y Cuerpos de seguridad- son las normas de uso proporcionado de las armas en el ejercicio de sus funciones. Así, frente a la llamada por García de Enterría, "vieja regla sobre la facultad y el deber del centinela", contemplada en el art. 34 de las antiguas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, y que habilitaban al centinela a usar el arma si tenía

resolverse con la aplicación de las eximentes, llegado el caso, del art. 20 del Código Penal, a saber, el estado de necesidad y el miedo insuperable. Vamos a detenernos en la dicción de estas normas. Dispone así el art. 20 CP[285]:

> "Están exentos de responsabilidad criminal:
>
> ... 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:
>
> Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
>
> Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
>
> Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.
>
> 6.º El que obre impulsado por miedo insuperable."

En el caso del estado de necesidad, si bien parece factible la aplicación de la eximente para evitar un mal propio o ajeno, aunque con ello se incumpla un deber, no parece tan claro que el militar "necesitado" cumpla el tercero de los requisitos de la eximente, esto es, que no tenga, por su profesión, obligación de sacrificarse.[286] De hecho, la colisión se suele dar entre el deber de presencia del militar (en atención al

---

"fundada sospecha de que resulta amenazada su persona o la seguridad de su puesto" las nuevas Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, en su art. 25.3 disponen lo siguiente: "Cuando resulte amenazada la seguridad de su puesto, su persona o el cumplimiento de la consigna, previa las conminaciones dirigidas al potencial agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un centinela, podrá hacer *uso gradual y proporcionado* de su arma, *procurando causar el menor daño posible*." Estos principios de actuación de los que ejercen la *vis coactiva* del Estado se encuentran previstos ya en la artículo 5.2 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero resulta lapidario al respecto el art. 17, Respeto a la integridad física y moral, de Ley la Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, del siguiente tenor: "Los miembros de la Guardia Civil están obligados a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza, debiendo tener siempre presente el respeto a la vida y a la integridad física y moral de la persona." La infracción de esta norma se traduce en la falta grave prevista en el art. 8.23 de la Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario del Instituto Armado: "La ostentación o utilización de armas sin causa justificada, así como su uso en acto de servicio o fuera de él infringiendo los principios y normas que regulan su empleo." *Vid.* al respecto, por todas, SSTS, Sala 5ª, de 22 de diciembre de 2010 y de 11 de febrero de 2011. Igual deber se establece en la nueva Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las FAS en su art. 6, regla sexta. Asimismo, art. 42 de la Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. *Vid*. respecto al uso de las armas en el ámbito de las potestades de coacción directa del Estado, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, págs. 783-787. Asimismo, BARCELONA LLOP, J., "El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica", en *Revista de Administración Pública*, nº 113, mayo-agosto 1987.

[284] Quizá ésa sea la causa de que echemos en falta en el texto de la nueva ley orgánica la referencia a los derechos del art. 15 CE, tras haber consagrado el principio de disposición permanente del militar con la intensidad que dispone el art. 6 del nuevo texto.

[285] Eximentes aplicables a los delitos militares en virtud del art. 21 CPM.

[286] Esta obligación de sacrificarse que impera en la profesión castrense se declara, entre otras, en las SSTS de 31 de enero de 2003, FJ 1º; 2 de diciembre de 2004, FJ 3º y 18 de marzo de 2010, FJ 5º.

principio de disponibilidad permanente) y el derecho a la salud o integridad física del militar (art. 15 CE), fundamentalmente en situaciones de enfermedad del profesional. Con la finalidad de conciliar estos bienes y derechos, con el oportuno control por los mandos militares de las bajas médicas concedidas se aprobó la Instrucción 169/2001, de 31 de julio, del Subsecretario de Defensa, por la que se dictaban normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional[287], que ha sido sustituida por otra similar en 2013; de forma que el incumplimiento por los militares de la correspondiente circular en cuanto a la forma de tramitar las bajas médicas que justifiquen la ausencia de su destino da lugar habitualmente a la imputación penal de los mismos como autores de un delito de los arts. 119 o 120 del Código Penal Militar[288] debiendo el militar probar la justificación de su ausencia al margen del marco normativo impuesto por la señalada instrucción, ya que

> "[l]o que resulta relevante para la justificación típica, es la demostración no solo de la situación de enfermedad, sino que al margen de la citada Instrucción, se observaron no obstante los deberes inherentes a la plena disponibilidad; esto es, que el sujeto activo estuvo localizable, disponible para el mando y sometido a control militar dentro del plazo legalmente establecido (Sentencias 03.11.2010, 11.11.2010, 21.01.2011 y 27.01.2011)"[289]

[287] BOD nº 158, de 13 de agosto de 2001. Según su apartado primero.1 la norma tiene por objeto "establecer las normas para acordar las bajas temporales para el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas del personal militar profesional y *seguir su evolución*." Observemos que se pone atención en el control militar por parte de los mandos del militar que se encuentra de baja. Significativo es que la competencia para acordar las bajas es del jefe de la unidad, aunque sea previo informe de los órganos médicos competentes (apartado cuarto). Esta circular, como indicábamos, ha sido sustituida recientemente por la Instrucción 1/2013, de 14 de enero, de la Subsecretaria de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio del Personal Militar (BOD nº 11, de 16 de enero), cuya principal novedad es que, como parece razonable, el dictamen o informe preceptivo que emiten los facultativos y órganos médicos correspondientes tiene ahora carácter vinculante.

[288] Art. 119, *abandono de destino o residencia*: "El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.

[...] Art. 120, *deserción*: "Comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años."

[289] El marco normativo y jurisprudencial sobre el deber de presencia y las consecuentes consecuencias penales en el ámbito militar aparecen compilados por todas en la STS de de 27 de septiembre de 2011, FJ 4º. Asimismo, SSTS de 22 de febrero de 2008 y 2 de noviembre de 2011.

Dicho de otra forma, el espíritu de la norma es el control por los mandos del deber de disponibilidad permanente, de forma que corresponde al individuo acreditar que no le fue posible cumplir con el deber de presencia debido a la enfermedad o las concretas exigencias impuestas por la instrucción en el momento de tramitar su baja. Cuando se acredita pues una colisión entre el deber de presencia o disponibilidad permanente y el DF a la integridad física o derecho a la salud, la Sala 5ª hace primar este último, fundamentalmente si la comparecencia, presencia o participación del militar en el servicio era prescindible o sustituible; tomemos como buen ejemplo la interesante Sentencia de la Sala de lo Militar de 21 de enero de 2005 donde, y por su interés –la resolución razona mediante un juicio de ponderación sobre la posible comisión de un delito de abandono de destino de un militar que, por haber sido sometido a una intervención quirúrgica no autorizada por sus mandos, no se incorporó a la navegación en el buque en que estaba destinado para la realización de unos ejercicios- extraemos lo siguiente:

> Pero como ese derecho [el DF a la integridad física] entraba en conflicto con el cumplimiento de los fines que la Constitución española atribuye a las Fuerzas Armadas, es preciso ponderar ambos valores a fin de establecer cuál debía ceder. Y de esta ponderación resulta, por lo que luego se razona, que la legitimidad del ejercicio del derecho del recurrente queda definitivamente incontestable.
>
> La presencia, como valor en conflicto, de la misión que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas ha de concretarse en cada caso especificando el servicio asignado. No basta la referencia abstracta. Para que los valores en conflicto sean ponderados en términos reales es preciso materializarla con el concreto servicio que debe ser cumplido, siendo necesario además que esta concreción vaya acompañada de la referente al perjuicio que el servicio sufriría.
>
> Pues bien, en el caso presente la única referencia que en la sentencia obra sobre el servicio asignado a la fragata es que tenía previsto navegar en determinados días: en el relato de hechos probados el Tribunal de instancia recoge que el Comandante de Brigada comunicó al recurrente, cuando este informó el día 10 de diciembre que tenía prevista la intervención para el siguiente día 12, "que el buque tenía previsto navegación del 16 al 23 de diciembre de 2002 y del 6 al 13 de enero de 2003".
>
> Y por lo que atañe al perjuicio que la ausencia del recurrente produciría al servicio asignado, la sentencia no hace examen alguno. Según resulta del relato de hechos probados, el Comandante de la Fragata puso su atención en el estado de la plantilla: cuando el recurrente comunicó la fecha de la intervención quirúrgica, el Comandante de Brigada le dijo que "debido al estado de la plantilla sería conveniente posponer [la]...”
>
> Pues bien, ni existe una valoración de la plantilla, ni se concreta el perjuicio que la ausencia causaría, ni cabe reprochar al recurrente que sorprendiera a los mandos al comunicarles la fecha de la intervención quirúrgica (informó seis días antes del comienzo de la navegación, en cuanto concertó con su médico la fecha), ni parece difícil que pudiera hacerse frente a la ausencia (sustitución del marinero, reparto de su tarea), *ni, por último, ha sido aportado dato alguno referente a que el servicio de la fragata resultara frustrado o al menos perjudicado.*
>
> [...]En definitiva, como, según resulta de todo lo anterior, *el recurrente, al decidir someterse a la intervención quirúrgica en la fecha prevista, ejerció legítimamente, sin extralimitación ninguna, su*

> *derecho fundamental a su integridad física, preservando su salud*[290]*, sólo cabe concluir con arreglo a derecho que su ausencia de la Unidad estuvo justificada*, lo que conduce a casar la sentencia de instancia y dictar otra con arreglo a derecho, bien por no concurrir todos los elementos del tipo (el legislador ha incluido en su descripción el término "injustificadamente"), bien por concurrir la circunstancia eximente 7ª del artículo 20 del Código penal."[291]

Respecto a la circunstancia de obrar "impulsado por miedo insuperable" podemos señalar que existe una evolución jurisprudencial desde la negación de la aplicación de la mencionada eximente para los profesionales de la milicia[292] hasta su admisión en determinado tipo de delitos militares, como el abandono de destino, cuando concurren los requisitos de la citada causa de justificación o exculpación, como lo declara la STS de 30 de enero de 2009 respecto a un soldado del Ejército de Tierra, no incorporándose a su Unidad por el fuerte temor a seguir sufriendo las vejaciones y humillaciones de sus compañeros.[293] Sin embargo, en la línea de lo que declara la STS de 2 de octubre de 2002 parecen a mi juicio existir ciertas obligaciones militares impuestas al que asume voluntariamente el servicio de las armas, en virtud del principio de disposición permanente –incluso poniendo en juego los DDFF del art. 15 CE-, de cuyo cumplimiento el militar no podrá exonerarse invocando el estado de necesidad o el miedo insuperable "porque *como miembro de un cuerpo armado, se le supone un valor y una templanza de ánimo necesarios para afrontar los peligros inherentes al desempeño de sus funciones, lo que parece inconciliable con la alegada eximente*."[294] Muestra de ello serían los bienes jurídicos que se protegen en el Capítulo I del Título VI

---

[290] Cabe concluir en este sentido con Canosa Usera que no es necesario que el riesgo de la salud física se traduzca en un menoscabo efectivo de la salud, ya que el riesgo grave constituye en sí mismo el hecho lesivo del derecho a la integridad física. CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pág. 90. Este autor alude atinadamente, por ello, a la virtualidad del consentimiento del titular del derecho ya que la ausencia de éste, aún sin producirse incidencia en la incolumidad corporal, lesionaría su derecho a la integridad. (STC 207/1996, FJ 2). *Ibídem*., págs. 89-91.

[291] Recurso de casación nº 101-1/2004, FJ 5º. Las cursivas son mías; en el mismo sentido las SSTS de 29 de octubre de 2007, FJ 3º y 22 de noviembre de 2006, FJ 2º. Sin embargo, curiosamente en estas resoluciones no se invoca el art. 20. 5º CP sino el 20. 7º: "El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo."

[292] Ilustrativa al respecto resulta la STS 1/1997 de 10 enero, Recurso Contencioso-Disciplinario Militar núm. 59/1996, FJ 6º, de la que merece destacarse lo siguiente:

> "Además de que la alegada circunstancia, bien como eximente o como atenuante, resulta incompatible -atendida la cualidad de militar que corresponde a todos y cada uno de sus miembros, y a tenor de lo dispuesto en la denominada «cláusula de salvaguardia» que se contiene en el art. 5.º del Código Penal Militar - con el mandato legal expresado en términos positivos por el art. 113 de dicho Código, que exige a los que han abrazado la carrera de las armas afrontar el peligro y superar el miedo con el fin de cumplir aquellos de sus deberes cuya naturaleza así lo exija, como serían aquí los de obedecer la obligación de ejemplaridad que a cualquier militar impone, entre otros, el art. 42 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, la de decoro que a todo Guardia Civil exigen los arts. 3 y 10 del Reglamento para el Servicio del Cuerpo, y, en suma, las exigencias de integridad y dignidad que se previenen en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para los miembros de estas últimas."

[293] *Vid.* en este sentido, STS de 30 de enero de 2009, recurso nº101-57/08, FJ 6º.

[294] STS de 2 de octubre de 2002, Recurso nº 74/2001, FJ 3º. La cursiva es mía.

del Código Penal Militar, *Delitos contra los deberes del servicio*, donde se castigan los delitos de *cobardía*.[295] Aunque los preceptos del capítulo distinguen, a efectos de pena, las conductas según tengan lugar en "tiempo de guerra" o "frente al enemigo; rebeldes o sediciosos" (lo que implica una situación de conflicto armado aunque no exista guerra declarada) se introduce un precepto o cláusula de cierre (el art. 113) que dispone lo siguiente:

> "Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años."

Ello supone, así, que aun en tiempo de paz y circunstancias de normalidad, existirá algún deber militar a cuyo cumplimiento está obligado en virtud de los principios inherentes a su profesión y que no será susceptible de exoneración en aplicación de las circunstancias eximentes 5ª y 6ª del Código Penal Común, aun cuando incidan en los DDFF del art. 15 CE. Llegar a determinar ahora con carácter general cuáles sean esos deberes y, por ello, cuál la posible infracción penal cometida no resulta posible sin examinar en cada deber o regla concreta las circunstancias existentes, puesto que no es lo mismo ni puede serlo la existencia de tiempo de guerra o de paz; la incardinación del militar en un teatro de operaciones, incluso en un conflicto bélico o las circunstancias de normalidad; la realización de una misión internacional en el extranjero para el mantenimiento de la paz o el cumplimiento del servicio en el territorio nacional; hallarse bajo una situación de anormalidad constitucional prevista en los arts. 55, 116 y 117 CE o no existir tales circunstancias; y en fin, la afectación al servicio o no o la fácil sustitución del militar en el caso concreto.[296] Ha de ser, en definitiva, en mi

[295] Arts. 107 a 114 CPM. Afortunadamente, muy lejos han quedado estas figuras penales del antiguo art. 338 del Código de Justicia Militar de 1945, vigente hasta el CPM 1985, y que disponía, pero dentro del capítulo relativo a los delitos contra el honor, que "[e]l que por cobardía sea el primero en volver la espalda al enemigo incurrirá en la pena de muerte y podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás."

[296] En la línea de lo apuntado en la citada STS de 21 de enero de 2005, FJ 5º, *vid.* nota 291. Muestra de que ese deber de entrega hasta de la propia vida si fuera preciso no está reñido con la adecuada protección de la salud es la nueva tendencia legislativa orientada a la aplicación también para los militares de la legislación de prevención de riesgos laborales, consagrada primero para la Guardia Civil en el art. 31de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, siempre *con las peculiaridades propias de las funciones que tienen encomendadas.* Asimismo ahora en el art. 27 de la nueva ley orgánica de derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas. Recordemos asimismo que ya en 1998 se dictó el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de los Capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares. *Vid.* asimismo, sin ánimo de exhaustividad, el Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil así como el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención

opinión, una operación de delimitación de los DDFF en juego la que, teniendo en cuenta, entre otras, esas circunstancias determine si han de pesar más los DDFF del art. 15 CE o los principios de entrega y disposición permanente a defender España, que el militar ha asumido libremente, y que configuran *ex* art. 8 CE su profesión.[297] Concluimos pues con Blanquer Criado que, aunque para un profesional de la milicia, que ha aceptado voluntariamente el estatuto militar, con sus principios y sus deberes, el sacrificio en algunos supuestos de los DDFF del art. 15 CE puede tener justificación constitucional, "[l]os bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados y armonizados en la medida de lo posible, de tal forma que, en caso de conflicto, sólo resulten menoscabados de modo proporcional, en la medida indispensable para que todos ellos conserven su núcleo esencial; la interpretación debe perseguir, pues, la optimización de la concurrencia de todos los bienes constitucionalmente protegidos."[298] Sin olvidar, como recordábamos al principio del epígrafe la nuclear posición, en íntima conexión con la dignidad humana, del derecho fundamental a la vida puesto que "*constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.*"[299]

Respecto a la protección penal y disciplinaria de estos DDFF (dice la STS, Sala 5ª, de 18 de noviembre de 2011) "en cuanto el militar resulta ser titular del derecho

---

del Ministerio de Defensa. En este sentido, resulta preciso traer a colación las atinadas palabras de Labajos Fernández que atiende –como criterios para paralizarla en atención a la prevención de riesgos- a que la actividad que genera el riesgo, sea meramente administrativa o de preparación de las operaciones o ejercicios, resulte clave para preservar las funciones de Defensa Nacional o, incluso de Protección Civil, que tiene encomendadas el profesional militar. "Pero no puede afirmarse lo mismo [la presencia del principio de restricción de la prevención] cuando la situación de riesgo grave e inminente se produce por factores ajenos a la citada naturaleza de la función y la tarea que desempeña el personal militar, puede tener incluso un carácter puramente administrativo, de tal forma que si se paraliza su labor, aunque puede verse menoscabada en cierto modo la citada función, el perjuicio que se puede derivar de la ausencia de paralización de su labor que puede llegar a perder su vida no es comparable con el que se ocasiona para la seguridad ya que puede ser reparado." LABAJOS FERNÁNDEZ, D., "La prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *Jurisdicción Militar, Riesgos Laborales y Operaciones Militares Internacionales. Una aproximación técnico-jurídica*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Escuela Militar de Intervención, Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales, Madrid, 2010, pág. 45.

[297] En el mismo sentido, BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 308.

[298] *Ibídem.*, págs. 303 y 305.

[299] STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3. En este sentido, coincidimos con Gutiérrez Gutiérrez en la necesidad de ponderación resultando determinante al efecto el contenido esencial del Derecho Fundamental en cuestión, ayudándonos para su concreción del superior valor de la dignidad de la persona, *minimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar* (STC 120/1990, FJ 4), aunque solo se utilice de forma excepcional según el autor. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 110 y 116.

reconocido en el artículo 15 de la Constitución, el artículo 106 (lo mismo podría aplicarse al art. 104) del Código Penal Militar viene a configurarse, según señalan nuestras Sentencias de 25 de noviembre de 1998 , 20 de septiembre de 2002 , 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre de 2011 , "*como una de las protecciones penales dentro de nuestro derecho positivo, del derecho reconocido en el artículo 15 de la Constitución , cuando establece que <<todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes>>", estribando la singularidad del ámbito castrense* que se concreta en el aludido artículo 106, según las Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2007 , 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre de 2011 , *en que, "dada la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares, resulta preciso que el poder otorgado al mando aparezca limitado, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, pues <<otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona*>>". Esa necesidad de garantía plena y obligada, en una convivencia social que es casi permanente y que está estructurada con base a la subordinación a las órdenes legítimas es la que justifica la oportunidad y necesidad de la previsión legal señalada, que se podría verificar en parte bajo la tutela de los tipos que contempla el Código Penal pero que, según dichas Sentencias de 05.12.2007, 03 y 18.11.2008 y 23.09.2011, "el legislador ha entendido que es preciso regular con las tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses y por la naturaleza pluriofensiva del delito del art. 106, que afecta a bienes jurídicos militares, singularmente en la disciplina, además de a la dignidad humana".”[300]

Conviniendo con Peñarrubia Iza en que, dentro de los aspectos que revisten interés en este análisis del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del militar, además del primero, es decir, la vinculación de toda la organización pública a la idea de la menor lesión para quienes están sometidos a la disciplina militar, “hay también un aspecto activo de absoluta prohibición para el Estado de infligir castigos que lesionen la integridad física de quienes están sometidos a la especial relación que

[300] Nº de recurso 101/45/2011, FJ 8º. Las cursivas son mías.

implica el servicio militar, sea voluntario o forzoso. En este sentido, la interdicción de los castigos corporales, tradicionales en el ámbito militar, es absoluta."[301] Ello ha de determinar la proscripción total de las vías de hecho como medio de restablecer la disciplina.[302] En palabras de Gómez Martínez, "el Estado ejercerá la debida vigilancia articulando la necesaria protección penal y disciplinaria frente a las agresiones ilegítimas y, en general, procurará que los efectos sobre la vida e integridad física derivada del ejercicio profesional del militar sean los menores posibles."[303]

Dentro del señalado ámbito jerárquico y, en el marco de esa imperativa protección estatal "confluyen hasta tres bienes jurídicos objeto de protección que son la integridad física y corporal, la dignidad personal y la disciplina como elemento estructural de cohesión dentro de las Fuerzas Armadas"[304] a los que se les otorga protección en el Título V, *Delitos contra la Disciplina*, Capítulo III CPM, *abuso de autoridad*, arts. 103 a 106. Además de lo dispuesto en el art. 104 CPM[305] (delito de maltrato de obra a inferior) donde el bien jurídico protegido es la vida y la integridad

[301] PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 164. Los castigos corporales en el ámbito castrense no siempre han estado proscritos. Más al contrario, el profesor Blanco Valdés proporciona varios ejemplos de la propia dureza de los castigos así como de la arbitrariedad del mismo sistema de justicia militar imperante según las antiguas Ordenanzas Militares de Carlos III. Así, según el tratado II, título I, artículo 6 de las mismas estaba prohibido "bajo severísimo castigo al soldado toda conversación que manifieste tibieza o desagrado en el servicio, ni sentimiento de la fatiga que exige su obligación [...]" y en virtud del tratado II, título I, artículo 21 "todo inferior que hablase mal de su superior será castigado severamente [...]" De forma que, según el señalado autor, "se establecía todo un complejo mecanismo tendente a mantener la disciplina, que se caracterizaba por dos notas esenciales: a) su extrema dureza, y b) su completa arbitrariedad. De su dureza pueden dar idea las diversas normas sancionadoras de la indisciplina que se encontraban desperdigadas en las Ordenanzas Militares y en otras reales disposiciones posteriores. La dureza era, además, doble, pues se podía referir tanto al tipo y amplitud extraordinaria de las conductas prohibidas como a las penas y correcciones que podían imponerse para la represión de las mismas. [...] Sobre la brutalidad de las penas que, como ocurría en general en el Antiguo Régimen, no tenían ni una función rehabilitadora, ni siquiera una función retributiva, sino una trascendencia básicamente ejemplarizadora, o sería más exacto decir, amedrentadora, base con mencionar que en las Reales Ordenanzas se contemplaban, entre otras, las de mordaza, mutilación de una mano, baquetas, atravesamiento de lengua, grilletes, etcétera." Así este autor cita como ejemplo el título X, tratado VIII de las Ordenanzas así como una Real Orden de 26 de octubre de 1776 en las que se imponían penas a los reincidentes en la falta de "malgastar el dinero de los ranchos", a los que se enviaría durante cinco años al servicio de las armas en uno de los regimientos fijos de los presidios de África (Ordenanzas Militares, tratado II, apéndice al título XIV. BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada…*ob. cit., págs. 44 y 45. *Vid.* asimismo nota 295.

[302] Es reveladora en este sentido la STS, Sala 5ª, de 17 de diciembre de 2013, recurso 101/56/2013, que declara al respecto que "desde nuestra Sentencia 23.02.1998, hasta las más recientes 17.02.2003; 28.02.2013 y 09.04.2013, [venimos diciendo] que el medio de restablecer la disciplina afectada no es el empleo de malos tratos o vías de hecho que la ley no autoriza, sino la aplicación de las previsiones contenidas en la legislación penal y disciplinaria aplicable a las Fuerzas Armadas." FJ 4º, 2.

[303] GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* pág. 121.

[304] STS de 3 de noviembre de 2008, caso STANG, nº recurso 3/2008, FJ 3º. Asimismo, por todas, STS de 3 de diciembre de 2007. *Vid.* asimismo, ATC 63/2004, de 24 de febrero.

[305] "El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años,[...]".

física o psíquica, en el tipo del art. 106 CPM el bien jurídico protegido es la integridad moral. El precepto aparece con el siguiente tenor literal:

> "El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión."

Lo que distingue a las figuras típicas contenidas en los artículos 104 y 106 CPM es la existencia de un acometimiento o agresión física, independientemente del resultado. Así la STS de 3 de noviembre de 2008 enumera los requisitos siguientes:

> "1º) la condición de militares en el momento de la comisión de los hechos de quien abusa y de su víctima; 2º) la existencia de una relación jerárquica de subordinación y 3º) que se haya producido un maltrato de obra al inferior, consistente en una agresión física o varias" susceptibles de causar perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma."

Definiendo, el delito, ya desde la STS de 4 de abril de 1990 como

> "toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas"; más recientemente, nuestra Sentencia de 26 de junio de 2008, trayendo a colación la doctrina de la Sala sobre el concepto de maltrato de obra recogida en múltiples Sentencias, concluye que "de conformidad con las mismas por maltrato de obra ha de considerarse toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión".[306]

El delito del art. 104 no exige dolo específico ni prevalimiento alguno de autoridad, señalando la Sentencia de 17 de febrero de 2003 que "el elemento subjetivo de la infracción debe estimarse que concurre siempre que el sujeto activo realice la acción de maltrato con conocimiento de la condición de inferior del maltratado y con voluntad de efectuarla (Ss. Sala 5ª T.S. de 30 de noviembre de 1992, 9 de mayo de 1996, 23 de febrero de 1998 y 15 de noviembre de 1999 , entre muchas)".[307]

Por el contrario, y coincidiendo con Álvarez Roldán, "el maltrato del superior al subordinado, que no se traduzca en vías de hecho físicamente padecidas o recibidas por el inferior, integrará este delito, si suponen un trato degradante o inhumano, es decir un acto vejatorio, cruel, despiadado y denigrante, sin violencia física grave; una cierta violencia física no excluye este tipo, cuando lo preferente en la acción es lo denigrante para el ofendido más que la lesión física."[308] Como declara la jurisprudencia de la Sala

[306] En el mismo sentido, SSTS de 30.03.1992, 07.02.1995, 14.03.1996, 15.02.1997, 29.12.1999, 23.02.2003, 17.11.2003, 13.05.2005, 30.11.2006, 03.12.2007 y 18.01.2008.
[307] STS de 3 de noviembre de 2008, caso STANG, nº recurso 3/2008, FJ 3º.
[308] ÁLVAREZ ROLDÁN, L.B., "El «abuso de autoridad, delito militar»", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 77, enero-junio 2001, Madrid, pág. 217.

5ª[309] la protección del art. 15 CE podría abordarse igualmente en parte desde las previsiones del Código Penal, pero, dadas las especiales circunstancias de subordinación y jerarquía que caracterizan el ámbito castrense, a las que nos venimos refiriendo, "el legislador ha entendido que es preciso regular con las tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses y por la naturaleza pluriofensiva del delito del art. 106 , que afecta a bienes jurídicos militares, singularmente en la disciplina, además de a la dignidad humana"[310] lo que justifica "[e]sa necesidad de garantía plena y obligada, en una convivencia social que es casi permanente y que está estructurada con base a la subordinación a las órdenes legítimas".[311]

El elemento que cobra en este tipo penal relevancia típica, traduciendo la especial protección del art. 15 CE y los Convenios internacionales[312] en una expresa protección penal militar, lo constituye la expresión o mención "trato inhumano o degradante". A estos efectos, la jurisprudencia de la Sala 5ª realiza un completo resumen de la doctrina emanada respecto al particular por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así la STS de 23 de septiembre de 2011 distingue ambas nociones, de acuerdo con la doctrina de la Corte. De esta forma

> "entre los tratos inhumanos o degradantes, como afirman las antes citadas Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2007, 3 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre de 2011, en primer lugar, los que causan deliberadamente un sufrimiento físico o mental. En su Sentencia de 18 de enero de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido- el TEDH delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana; además de en la citada Sentencia, en las de 25.04.1978 , 25.02.1982 , 27.08.1992 , 09.12.1994 , 28.11.1996 y 10.05.2001 el TEDH perfila el concepto de trato degradante, en los supuestos de afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima."

Podemos, en efecto, comprobar que la noción de trato degradante conlleva un plus de envilecimiento en la conducta del sujeto activo del delito con la afectación a la dignidad humana de la víctima, lo que supone una determinada gravedad de la conducta para determinar la lesión del señalado valor fundamental, determinando con ello una

[309] Por todas, STS de 3 de noviembre de 2008, caso STANAG, nº recurso 3/2008 y STS de 23 de septiembre de 2011.
[310] STS de 5 de diciembre de 2007.
[311] STS de 3 de noviembre de 2008, caso STANG, nº recurso 3/2008, FJ 3º.
[312] La STS de 23 de septiembre de 2011, FJ 8º, realiza una exhaustiva cita de los instrumentos internacionales cuya ratificación han supuesto para España la asunción de compromisos en la materia, sin perjuicio de su carácter hermenéutico, de acuerdo con el art. 10.2 CE.

grave violación de los DDFF del art. 15 CE. La Sala 5ª, siguiendo al TEDH, indica varios criterios para determinar la gravedad de la conducta. Así

> "En contraste con las demás disposiciones del Convenio está redactado en términos absolutos, no previendo ni excepciones ni condiciones, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio no cabe en él ninguna excepción>>, además de que para que pueda apreciarse el trato inhumano o degradante a que se refiere dicho artículo 3 los malos tratos han de revestir un mínimo de gravedad, indicando que la apreciación de ese mínimo es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc. (Sentencias, entre otras, de 9 de junio de 1998 -caso Tekin contra Turquía -, 10 de febrero de 2004 -caso Gennadi Naoumenko contra Ucrania - y 26 de septiembre de 2006 -caso Wainwright contra el Reino Unido-). Junto a esa exigencia de gravedad, la jurisprudencia del TEDH señala otro requisito que debe concurrir en el trato degradante, a saber (párrafo 67 de su Sentencia de 18 de enero de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido -), que pueda crear en la víctima <<sentimientos de temor, de angustia e inferioridad, susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral>>, así como que<<el sufrimiento y la humillación infligidos deben en todo caso ir más allá de los que comporta inevitablemente una forma concreta de trato o pena legítimos>> (Sentencias en los casos Labita contra Italia, Valasinas contra Lituania y Alver contra Estonia, entre otras), añadiendo que el trato degradante es aquel cuyo objeto es<<humillar y rebajar públicamente>>, de forma que se apodere de la víctima <<un sentimiento de terror e inferioridad>>, sin que, por otro lado, la ausencia de la intención de humillar y degradar a la persona afectada excluya de forma concluyente la estimación de una vulneración del artículo 3 del Convenio (Sentencia de16 de diciembre de1997 -caso Raninen contra Finlandia -)".”[313]

A mayor abundamiento, siguiendo jurisprudencia reiterada de la Sala[314], considera "que la apreciación del mínimo de gravedad de los malos tratos "es cuestión relativa por su propia naturaleza, que depende del conjunto de los datos del caso, y especialmente de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, de la edad, del estado de salud de la víctima, etc., debiendo analizarse también el hecho de que los tratos degradantes creen en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral".”[315]

[313]STS de 23 de septiembre de 2011, FJ 9º
[314] SSTS de 25 de noviembre de 1998, 28 de marzo y 12 de diciembre de 2003 , 1 de diciembre de 2006, 11 de junio , 23 de octubre , 14 de noviembre y 5 de diciembre de 2007, 3, 10 y 18 de noviembre de 2008 y 22 de junio y 23 de septiembre de 2011.
[315]STS de 23 de septiembre de 2011, FJ 9º.

Canosa Usera prefiere acudir a la noción de libre desarrollo de la personalidad[316] ya que es más amplia y permite considerar lesionada la integridad aunque no haya habido humillación, entendiendo que hay lesión del derecho a la integridad, en este caso, psíquica, si se produjo menoscabo del libre desarrollo de la personalidad, no siendo necesario que el sujeto activo tenga el propósito de humillar ni que el sujeto paciente se haya sentido humillado, puesto que lo determinante es la producción de un trastorno en la psique de la víctima que le impida el libre desarrollo de su personalidad.[317] Este autor distingue entre lesión de la integridad psíquica y lesión de la integridad moral, siendo la segunda mención la que parece conectar con los tratos degradantes.[318] Sin embargo, la Sala 5ª del Tribunal Supremo ya desde antiguo viene conectando la lesión de la integridad moral con el trato degradante. Así, la STS de 25 de noviembre de 1998 declara que

> "los atentados contra la integridad moral son objeto de protección en diversos tipos penales -- amenazas, coacciones-- que no pueden considerarse, en sí, como tratos degradantes. El ataque a esa integridad se constituye como bien jurídico penalmente protegido en el art. 106 del Código Penal Militar--lo mismo que en el art. 173 del Código Penal-- solo cuando suponga también una humillación o vejación para el sujeto que la padece. Así lo exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a que acabamos de aludir y la del Tribunal Constitucional (sentencias de 29 de enero de 1982, 11 de Abril de1985, y 27 de Junio de 1990) al interpretar aquel concepto de integridad moral en la Constitución; y así aparece reconocido por esta Sala de lo Militar

[316] "Se trata del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales..." [STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8, b)] constituye "la base de nuestro sistema de derechos fundamentales." (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4). Para Díez-Picazo se trata de una "auténtica cláusula general de libertad que preside el entero ordenamiento jurídico" *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 66 y ss. Ignacio Gutiérrez advierte que, de la misma forma que sucede con la dignidad humana, no existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y que "[e]l constituyente español, que mostró una preocupación seguramente explicable por precisar un régimen diferenciado de garantías para los derechos fundamentales, no incluyó en el catálogo de los mismos estos dos principios, cuyo procesamiento jurídico resulta quizá particularmente complejo." GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 91.

[317] CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pág. 94.

[318] *Ibídem.*, pág. 95. Pero, como reconoce el autor, "estos argumentos no son suficientes para desbaratar la tendente equiparación entre integridad moral e integridad psíquica, que sólo en supuestos concretos cabe identificar separadamente." *Ibídem*, ob. cit. Pérez Machío va más allá cuando señala que "actualmente ya no se habla de integridad física y psíquica, debiendo constituir ambas un global concepto de salud, que encuentra suficiente reconocimiento constitucional en la integridad física a la que alude el artículo15 de la Constitución y, en segundo lugar, porque si la integridad moral (en cuanto anímica) constituye un elemento esencial de la integridad psíquica, integrada en el concepto general de integridad física, su ubicación en el artículo 15 de la Constitución supondría una reiteración innecesaria que debiera solventarse con el exclusivo reconocimiento de la integridad física como concepto global de todo." PÉREZ MACHÍO, A.I., "Concreción del concepto jurídico de "mobbing", bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-06 (2004), pág. 31. Accesible asimismo en http://criminet.ugr.es/recpc

> en numerosas sentencias (30-10-90, 14-9-92, 23-3-93, 12-4-94 y 29-4-97) que han hecho hincapié en la humillación o degradación del inferior y en el desprecio del valor fundamental de la dignidad humana, para la configuración del tipo delictivo del art. 106 del Código Penal Militar en su modalidad de trato degradante."[319]

El Tribunal Constitucional considera asimismo que "«Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente."[320]

Sin embargo, como dice Pérez Machío, "la medición de los niveles de humillación, degradación y envilecimiento no se puede hacer depender de valoraciones subjetivas que impidan que dos situaciones similares adquieran distinta calificación (una tipificada como trato degradante y la otra no) en función de la sensación personal de envilecimiento. Es decir, si bien es cierto que el concepto de trato degradante vendrá delimitado por la provocación de sentimientos de humillación y degradación, su configuración habrá de tener en cuenta criterios objetivos que permitan la delimitación entre aquello que es vejatorio y humillante de lo que no alcanza tal consideración, evitándose, de esta forma, que la calificación de un comportamiento como trato degradante dependa (yo diría, exclusivamente) de la concreta sensación de humillación y envilecimiento que experimente la víctima."[321]

En el ámbito castrense, encontramos en la jurisprudencia distintos ejemplos o muestras de conductas que podemos considerar constitutivas de trato degradante. Pérez Machío nos proporciona distintos ejemplos asimismo del ámbito laboral que considero aquí de plena aplicación como "no asignar tareas; asignar tareas innecesarias, [...] o repetitivas; asignar tareas imposibles de cumplir; medidas de aislamiento social;

---

[319] FJ 3º. Asimismo la STS de 3 de noviembre de 2011, FJ 9º, cuando declara que "para que la conducta del superior llegue a constituir trato degradante incardinable en el artículo 106, el atentado a la dignidad de la persona que dé lugar a la lesión de su integridad moral ha de llevarse a cabo, según las Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2007 , 3 , 10 y 18 de noviembre de 2008 y 23 de septiembre de 2011 , "de forma lo suficientemente grave hasta el punto de generarle sentimientos de humillación o vejación..."

[320] STC 120/1990, FJ 9. En el mismo sentido, STC 137/1990, FJ 7. Más recientemente la STC 5/2002 concreta aún más los términos cuando, en lo que nos importa, señala que "...aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que pueda considerarse como tal en razón de los medios utilizados..." FJ 4.

[321] PÉREZ MACHÍO, A.I. (2004), Concreción del concepto jurídico de "mobbing", bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal..., ob. cit., pág. 17. *Vid.* asimismo CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pág. 179 y ss.

impedir las relaciones con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra; medidas de ataque a la persona de la víctima; críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones; medidas de violencia física y agresiones verbales, insultos, críticas permanentes, amenazas, rumores sobre la víctima; reírse de la trabajadora cuando se ha impugnado judicialmente esas decisiones empresariales; individualizar en la actora casi todas las modificaciones planteadas, sanciones para amedrentarla, acosarla y agobiarla; humillación y burla."[322]

De esta forma se integran en las previsiones del art. 106 CPM los delitos contra la libertad sexual del subordinado, en cualquiera de sus formas típicas. Encontramos así numerosos ejemplos en la jurisprudencia de la Sala 5ª. El ataque a los DDFF de los arts. 15 y 18 CE, con menoscabo de la dignidad humana hasta el punto de degradar a la víctima lo describe perfectamente la STS de 18 de noviembre de 2008[323]:

> "Como afirman nuestras Sentencias de 1 de diciembre de 2006 y 10 de noviembre de 2008, entre otras, "la jurisprudencia de la Sala Quinta ha considerado de manera reiterada, en doctrina que podemos calificar como consolidada, que los actos de connotación sexual llevados a cabo por superiores jerárquicos con sus subordinados pueden constituir una modalidad de trato degradante en la forma en que este se define en el *art. 106 del CPM*." En el caso de autos, este repetido comportamiento vejatorio, en ningún momento deseado o tolerado por la destinataria del mismo, obligada a soportar -latente en ella el temor a eventuales represalias del procesado contra su persona y la vergüenza que los hechos le ocasionaban- una situación intrínsecamente desagradable, vejatoria y humillante, que la rebajaba y envilecía como ser humano, y que tuvo que aguantar con evidente menoscabo de su dignidad y estima, se llevó a cabo por el recurrente aprovechando la superioridad derivada de la posición que el mayor empleo militar le confería con carácter permanente y en cualquier circunstancia sobre su víctima, sobre la que impuso su voluntad arbitraria amparándose en la realidad de una relación de servicio dentro de cuya estructura, como dice nuestra Sentencia de3 de mayo de 2006 , "la subordinación reduce de modo innegable la capacidad de reacción del militar jerárquicamente inferior por razón de empleo"."

De forma que las conductas tipificadas como delito de acoso sexual tipificadas en el art. 184 del Código Penal Común integrarían las previsiones del delito militar de abuso de autoridad del art. 106 CPM puesto que

> "En nuestro sistema el acoso de tal naturaleza constituye un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada y está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el art. 18.1 CE, constituyendo su acción típica (cfr., por todas S. de la Sala Segunda de 23/06/00) la solicitud de favores de naturaleza sexual; que el sujeto se prevalezca de una situación de superioridad y que anuncie de modo expreso o tácito al sujeto pasivo que de no acceder puede causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de la relación laboral, docente o análoga. Dichas situaciones adquieren una especial relevancia y gravedad cuando entra en juego la relación jerárquica militar de subordinación, toda vez que la misma tiene una especialísima singularidad derivada de que el valor de la disciplina y la exigencia de la obediencia dentro del servicio puede dar lugar a una especial más perversa utilización de lo que pudiéramos denominar entorno ambiental en las Unidades o Acuartelamientos, que posibilita y

[322] *Ibídem.*, pág. 18.
[323] Recurso de Casación nº 101/25/2008, FJ 3º.

> caracteriza las acciones antijurídicas y el prevalimiento en dicho marco. Y es precisamente desde ese prisma desde el que ha de enfocarse la incidencia y gravedad de las expresiones, comportamientos o actitudes de quién ostenta la jerarquía sobre las víctimas para que se desprenda, como ocurre con el relato fáctico realizado en este caso por el Tribunal Militar Territorial Tercero, la concurrencia de varios tratos degradantes que a nuestro juicio resultan evidentes en la conducta del actor."[324]

En gran parte de los debates procesales que se suscitan con ocasión del enjuiciamiento de las conductas del art. 106 CPM, reúnan o no los caracteres de acoso sexual o simplemente profesional, los Tribunales sentenciadores y el de casación se ven en la obligación de distinguir términos duros, desconsiderados o groseros de las acciones que integran las previsiones del art. 106 CPM y las faltas disciplinarias de los arts. 7.16 y 17 y 8.22 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas[325]; de forma que se han de rechazar los argumentos utilizados en ocasiones de que las frases o acciones se califiquen

---

[324] STS de 28 de marzo de 2003, recurso nº 1/118/2002, FJ 3º. En los hechos declarados probados en la Sentencia se producen en diversas ocasiones expresiones, contactos, proposiciones y situaciones de persecución y acoso que además en dos casos - concretamente los relativos a la Cabo Ángela y a la Soldado Nieves - se acompañan por el inculpado de la amenaza intimidatoria concreta de que si las acosadas no aceptan, a través de su comportamiento, las propuestas del ofensor, al ser éste su tutor, ello se reflejará en las calificaciones que determinarán la posibilidad de la continuidad del compromiso por parte de las informadas. Señala así la sentencia que "[t]odos los supuestos descritos encajan de una manera plena jurídicamente en el tipo penal del art. 106 del Código Castrense conforme a la jurisprudencia de esta Sala analizada sobre tratos degradantes y con la especificidad de que en dos de los casos citados, no solo se trata del superior de la acosada sino de la persona encargada, como tutor, de su formación y de las calificaciones que pueden hacer posible su permanencia en las Fuerzas Armadas y la consolidación de su futuro profesional, aludiendo constantemente a tales extremos el inculpado para provocar el forzoso convencimiento de sus subordinadas, minando y sometiendo su voluntad ante el riesgo de las bajas puntuaciones." FJ 3º. En el mismo sentido, por todas, SSTS de 21 de octubre de 2009, nº de recurso 101/42/2009; 3 de mayo de 2006, nº de recurso 101/16/2005; 22 de junio y 23 de septiembre de 2011, nº de recurso 101/16/2011 y 101/25/2011. Pero quizá el caso más grave de trato degradante por su ataque a la libertad sexual de las víctimas, el prevalimiento del que se aprovecha el superior, la condición de éste de tutor o instructor y la continuidad delictiva presente en el caso es el narrado en la STS de 23 de octubre de 2007, nº de recurso 101/33/2007.

[325] "16. Corregir a un subordinado de forma desconsiderada.

17. Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas."

Art. 8.22: "Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros..." Aunque se refiere a la falta disciplinaria de la derogada Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de La Guardia Civil, el criterio de la STS de17 marzo de 2003, recurso nº 1/49/2002, resulta válido en Fuerzas Armadas:

> "el deslindar si determinada conducta ha de ser incardinada en estos supuestos descritos como ilícitos disciplinarios, o, por el contrario, encontrar su encaje en el tipo penal descrito en el artículo 106 del Código Penal Militar sólo puede venir determinado precisamente por la trascendencia y gravedad de dicha conducta. Asimismo en la sentencia, también de esta Sala de 12 de abril de 1994 para que los hechos de tal naturaleza puedan ser considerados como delito «es preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad o que la humillación determinada por el maltrato llegue a un determinado nivel, conceptos de naturaleza circunstancial empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»." FJ 2º. En el mismo sentido, por todas, SSTS de 23 de enero de 2001, recurso nº 1/33/2000 y de 9 de mayo de 2011, recurso nº 201/142/2010.

Vid. asimismo ROJAS CARO, J., "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios", en VV.AA. (coord. de José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2000, págs. 213-216 y 475-476.

simplemente como duros y empleados para hacer reflexionar al subordinado y restablecer la disciplina cuando los términos empleados tienen un contenido injurioso, despectivo o vejatorio.[326]

Pero basta para apreciar el delito del art. 106 CPM (aunque no resultan necesarias varias acciones para integrar las previsiones del tipo) la creación de un ambiente hostil hacia la víctima que resulta objeto de una mofa, burla o descalificación continuada y sistemática, produciendo en la víctima sentimientos de vejación y humillación.[327]

En otras ocasiones el trato degradante resulta expresión de un ejercicio abusivo de la potestad de mando, cuando las órdenes revisten una finalidad desviada o arbitraria.[328] Más complejo resulta el supuesto de que varias manifestaciones del ejercicio del mando que si bien aisladamente tendrían lugar de forma legítima, efectuadas en conjunto, se realicen con propósito de acosar y dé lugar a un delito de los arts. 103 o 106 CPM. Podemos así pensar en que el supuesto hostigamiento constitutivo del delito venga determinado por una serie de decisiones adoptadas sin justificación, como diversos arrestos disciplinarios, cambio de destino y ordenación de un análisis clínico para detectar un también supuesto consumo de estupefacientes por su parte, tal y como se plantea en la STC 106/2011, de 20 de junio en la que se otorga el amparo a una soldado frente a sendas resoluciones de dos órganos judiciales militares que decretan (o confirman) el archivo de las diligencias previas por delitos de abuso de autoridad. Así el Alto Tribunal abona esa tesis cuando señala que

> "… en una interpretación acorde con los derechos fundamentales implicados o vinculada con la naturaleza de la decisión adoptada, no se trataba tanto en esta causa de comprobar mediante la investigación judicial si cada uno de los arrestos sufridos por la soldado estaban dentro de las

[326] En este sentido, *vid.* SSTS de 17 de marzo de 2003, 3 de mayo de 2006 y 10 de noviembre de 2008.

[327] Así merece la pena transcribir el siguiente pasaje de la STS de 18 de noviembre de 2011, nº de recurso 101/45/2011:

> "La meritada actuación viene enmarcada en un contexto de patente hostilidad del actor hacia la víctima, a la que ridiculiza y escarnece de forma pública haciendo burla de su voz y de su pretendida falta de energía al trasmitir órdenes, hecho este que, aunque no sea esa la opinión del Tribunal "a quo", también podría, dicho sea en términos meramente hipotéticos, estimarse de gravedad suficiente como para integrar, por sí solo, el tipo penal del trato degradante configurado en el artículo 106 del Código Penal Militar , dada la prolongación en el tiempo y la reiteración de la permanente descalificación pública de que fue objeto la víctima, a través de una sistemática vejación o humillación, al ser objeto de mofa, en diferentes ocasiones, por parte de su superior jerárquico, ante la propia víctima y otro personal de la Unidad de que ambos formaban parte, por causa de su voz marcadamente aguda y su imagen de timidez, en razón de que, al desempeñar el puesto de Cabo de Control, no emitía las órdenes verbales a gusto del entonces Cabo Primero Eladio -y ello, como dice nuestra Sentencia de 22 de junio de 2011, […] en el que la expresión pública de las descalificaciones efectuadas por el superior jerárquico dotaba a estas de mayor trascendencia puesto que habían de resultar mucho más humillantes y envilecedoras para la víctima a quien con ellas repetidamente se zahería o mortificaba-, de la condición de los sujetos activo y pasivo de los mismos, del sexo de la víctima y de los efectos que los hechos ocasionaron a esta." FJ 10º. En similar sentido, STS de 10 de julio de 2006, nº de recurso 101/26/2006.

[328] *Vid.* STS de 5 de mayo de 2004, nº de recurso 101/45/2011.

> competencias disciplinarias de los oficiales que las impusieron o si la denunciante fue informada o no de la posibilidad de recurrirlos, o si el cambio de destino sobrevenido era una facultad del Jefe que lo acordó, o si el análisis de orina que se le practicó siguió los "protocolos operativos previstos", sino si todas estas iniciativas en su conjunto fueron impuestas o no por sus mandos en desarrollo de un previo plan de instigar psicológicamente a la recurrente. Es evidente que estas actuaciones están previstas en principio como opciones legales para los oficiales que las acuerdan, pero pueden resultar ilegítimas si se comprueba posteriormente que están movidas por un propósito de presionar a la soldado recurrente, debiendo ser éste el objeto de una investigación judicial de estas características." [329]

En definitiva, nos encontramos con unos DDFF, los del art. 15 CE, que alcanzan una posición central en el ordenamiento jurídico, derechos, como hemos tenido oportunidad de analizar, íntimamente conectados con la dignidad de la persona, máxime en el ámbito castrense "*dada la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares, [por lo que]resulta preciso que el poder otorgado al mando aparezca limitado, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, pues <<otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona*>>"[330] Ello determina una tutela reforzada en el ámbito disciplinario y penal militar, pero también en sede jurisdiccional. Así, resultan varias exigencias constitucionales en el caso de decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes. De esta forma

> "En primer lugar, ha de tenerse en cuenta -como destacábamos en la STC 69/2008, de 23 de junio, FJ 2-, que el correcto encuadramiento de las quejas de la recurrente en amparo requiere su conjunta consideración, debiendo consistir nuestro enjuiciamiento en determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Efectividad y suficiencia de la tutela judicial que, en estos casos, coincide con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no sólo de que las decisiones de sobreseimiento libre y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental a no sufrir torturas, ni tratos inhumanos o degradantes. "El derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE" (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 4)."[331]

En el ámbito castrense resulta paradigmática una vez más la ya reseñada STC 106/2011, de 20 de junio, por la que se resuelve el recurso de amparo de una soldado

[329] FJ 5.
[330] STS de 18 de noviembre de 2011.
[331] STC 63/2010, de 18 de octubre de 2010, FJ 2. En el mismo sentido, por todas, SSTC 123/2008, de 20 de octubre; 107/2008, de 22 de septiembre y 63/2008, de 26 de mayo.

contra el Auto del Tribunal Militar Central de 24 de octubre de 2008, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 de 3 de septiembre de 2008, que acordaba el archivo de las diligencias previas núm. 1/04/08, incoadas por un presunto delito de abuso de autoridad.

El Alto Tribunal, tras exponer su doctrina sobre el particular, recuerda que la demandante de amparo invoca como vulnerado el derecho fundamental reconocido en el art. 15 CE, por el trato degradante y hostigamiento psicológico que dice haber sufrido en la unidad militar donde estaba destinada, por lo que la queja se ha de enmarcar necesariamente en el ámbito del art. 15 CE, no sólo por la referencia que hace este precepto a la integridad moral, siendo incuestionable que el acoso denunciado afectaría a la dignidad profesional de la persona, en este caso de una militar, sino también en relación a la integridad física, por los efectos que se describen haberse derivado para la salud de la recurrente.[332] Y, en este caso, el Tribunal Constitucional realiza una declaración que resulta clave para calibrar la trascendencia e incidencia de estas conductas en los DDFF del militar, lo que pone de relieve en este aspecto la necesidad de una tutela más reforzada si cabe de estos DDFF en el ámbito castrense:

> "Además de los derechos fundamentales que la recurrente pretende defender a través de la investigación judicial que ha promovido, *no hay que olvidar que ésta se halla sometida al rigor de una relación de sujeción especial que se deriva de su estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y subordinación proyectan sus efectos de forma permanente* (art. 9 de las vigentes RROO para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), habiendo denunciado a unos mandos respecto de los que se encuentra subordinada y sobre los que recae la importante misión de realizar los informes correspondientes en que se ha de basar la renovación o no de su compromiso con el Ejército. *Esta cualificación profesional de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial en la investigación frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, debiendo practicarse cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos.*"[333]

5.3.- El derecho a la libertad personal. El régimen disciplinario militar

La Constitución Española contempla el derecho a la libertad personal en su art. 17, del siguiente tenor:

> "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
>
> 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo

[332] FFJJ 2 y 3.
[333] FJ 3.

de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional."

Mucho más parco resulta el art. 8 de la nueva Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes, que dispone al respecto que "[l]os miembros de las Fuerzas Armadas sólo podrán ser privados de su libertad en los casos previstos por las leyes y en la forma en que éstas dispongan."

Debido a la peculiaridad del sistema disciplinario militar, éste, a diferencia de lo proscrito para la Administración civil *ex* art. 25.3 CE, contempla un elenco de sanciones disciplinarias o administrativas que implican limitación o privación de libertad, y que, previo el procedimiento legalmente previsto y dotado de las debidas garantías, atribuyen a la Administración Militar, a través del mando militar, la competencia y potestad sancionadora, con la consiguiente posibilidad de incidir en el derecho fundamental del art. 17 CE.

Por ello, además del sistema penal castrense, actualmente contemplado en la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar –objeto de aplicación esencialmente a través de la Jurisdicción Militar en los límites del art. 117.5 CE, y con arreglo a los procesos judiciales previstos en la ley[334]-, debemos analizar como principal peculiaridad afectante a los derechos del art. 17 CE en el ámbito castrense, la posibilidad de que sea la Administración la que imponga un correctivo disciplinario que incide en el derecho a la libertad personal.

Así, el poder punitivo del Estado en ese ámbito aparece con una doble vertiente: la penal que solo se materializa a través de los órganos judiciales militares, tras el proceso debido, y la disciplinaria que, aunque debe respetar, como veremos, con matices, las garantías exigidas para los procedimientos administrativos sancionadores, reviste un carácter no judicial y puede terminar con una resolución del mando militar imponiendo una sanción privativa o restrictiva de libertad, que, obviamente es

[334] El marco jurídico procesal básico lo constituyen la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

susceptible de impugnación jurisdiccional ante los órganos judiciales castrenses mediante el recurso contencioso-disciplinario militar.[335]

Ya en la temprana STC 21/1981, de 15 de junio, que enjuicia las garantías procedimentales del régimen disciplinario militar contenido en el Código de Justicia Militar de 1945 se declara lo siguiente:

> "La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar." […] En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar."[336]

---

[335] Regulado en el art. 448 y ss. de la LOPM 2/1989. Cuando los actos de la Administración sancionadora afecten al ejercicio de los DDFF se establece un procedimiento de cognición limitada contencioso-disciplinario militar preferente y sumario *ex* art. 53.2 CE (art. 518 y ss. LOPM).

[336] FFJJ 8 y 9. La cursiva es mía. Hay que traer aquí a colación la STC 18/1981, de 8 de junio, donde se declara que "ha de recordarse que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" (FJ 2). En este sentido conviene resaltar que parte de la doctrina discute que el Derecho disciplinario militar sea un verdadero Derecho administrativo y no un híbrido con el Derecho penal, en el sentido de estar más cercano al segundo que al primero, aunque con el substrato común de que todos son parte del «ius puniendi» o Derecho público sancionador común. *Vid.* así en este sentido PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 197. No obstante, la doctrina mayoritaria considera que el derecho disciplinario militar se encuentra sometido a las garantías básicas del derecho administrativo sancionador. Así, ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, ob. cit., págs. 121 y 122. Asimismo GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* pág. 267. Así el Tribunal Constitucional "se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador las garantías esenciales reflejadas en el art. 24.2 de la C.E. en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, pues esta operación no puede hacerse de forma automática, dadas las diferencias existentes entre uno y otro procedimiento. De modo que la aplicación de dichas garantías a la actividad sancionadora de la Administración sólo es posible en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador" (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7). De acuerdo con esas cautelas la Sala 5ª declara, de acuerdo con la doctrina constitucional, que "si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española, no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías que rigen el proceso, debiendo, no obstante, responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa y dicho contenido incluye además de la garantía de contradicción, el derecho a ser informado de la acusación, el de ser presumido inocente y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como el derecho a no declarar contra sí mismo." (Sentencia de 12 de diciembre de 2008, recurso nº 63/2008, FJ 2º). En el mismo sentido, por todas, Sentencia de 23 de marzo de 2009, recurso nº 51/2008. Interesante resulta la posición de Alli Turrillas, para quien lo penal y disciplinario resultan ser dos ramas del mismo árbol: el régimen punitivo militar. Así, según este autor, se produce una bipartición de lo que hasta 1985 (fecha de la derogación del Código de Justicia Militar de 1945) estaba unido. "Y por ello se dividen los delitos militares…, las faltas gubernativas…y las faltas graves y leves que se queden –mediante un complejo juego de potestad y competencia sancionadora- en manos de los mandos militares del infractor. Lo penal se va al juez penal militar y lo demás se queda en manos administrativas; pero incluso su revisión jurisdiccional pertenece al juez penal militar. Y esto, que parece una novedad de la LOPM, encuentra su explicación en la raíz común de ambas ramas." ALLI TURRILLAS, J.C, *La profesión militar*, ob. cit., pág. 393. Téngase en cuenta que en el Derecho Militar histórico la potestad de sancionar –bien disciplinaria o penalmente- era una facultad ligada tradicionalmente al Mando, llegando a estar prácticamente confundidos el régimen disciplinario y el penal como los dos pilares coactivos en que el Jefe Militar se apoyaba para el mantenimiento de la Disciplina. En este sentido, con anterioridad a la reforma de la Justicia Militar

Sin embargo, el ATC 375/1983 ya declara a la organización jerárquica militar y a la disciplina como bienes constitucionalmente protegidos en orden al cumplimiento de las misiones que a las FAS asigna el art. 8 CE, todo ello en el marco de una intensa relación especial de sujeción. Así declara que

> "[n]o 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 los 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203 de las Reales Ordenanzas.
>
> Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos..."[337]

Como dice Mozo Seoane "en este último sentido, la disciplina, la jerarquía, el cumplimiento del deber, en definitiva el funcionamiento de la institución militar y, por tanto, su propia existencia como organización, constituyen el fundamento inmediato de su ordenamiento disciplinario."[338] El autor califica al mismo de "último resorte para el aseguramiento de los valores...que protege."[339] Aunque finalmente debemos convenir con el mismo en que "es ciertamente común a cualquier régimen o sistema disciplinario, como mecanismo de reacción frente al eventual incumplimiento de sus deberes por quien se integra en una determinada organización formalmente estructurada."[340]

---

impuesta por la Constitución las sentencias de los Consejos de Guerra –que ni por sus características ni por su potestad eran auténticos órganos jurisdiccionales- pasaban al Capitán General de la Región militar o autoridad militar-*judicial*, al que le correspondía su aprobación, previo informe de su Auditor (un Oficial del Cuerpo Jurídico Militar). En caso de disenso, las actuaciones se elevaban al Consejo Supremo de Justicia Militar.

[337] ATC 375/1983, de 30 de julio, FJ 2º. La cursiva es mía.

[338] MOZO SEOANE, A., "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)", en VV.AA. (coord. de José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 2000, pág. 35. En el mismo sentido ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, ob. cit., pág. 121.

[339] MOZO SEOANE, A., "Comentarios a la Ley Disciplinaria…", ob. cit., pág. 36.

[340] *Ibídem.* La potestad disciplinaria como instrumento último para la garantía del principio de jerarquía "como garante de una eficacia organizativa de la Administración Pública" se presenta como un poder o capacidad que no es exclusivo de la Administración militar sino de cualquier Administración pública para el logro eficaz de sus fines. *Vid.* LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *Derechos Fundamentales de los Funcionarios de la Administración: Nuevos Retos en las Organizaciones Burocráticas*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 81 y 82. En el mismo sentido ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario*

Pues bien, la principal peculiaridad, como decíamos, del régimen disciplinario militar viene constituida por la posibilidad de imposición por órganos administrativos de sanciones privativas o restrictivas de libertad, que, sin perjuicio del recurso en vía administrativa y la eventual tutela judicial, son inmediatamente ejecutivas.[341] Esta singularidad de nuestro sistema disciplinario castrense ha provocado la necesidad de que España haya reservado la aplicación de los arts. 5 y 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales[342], hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 en la medida en que resulten incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas españolas, en ese momento contenido en el Código de Justicia Militar.[343]

Con la promulgación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, España, mediante una declaración, mantenía expresamente la señalada reserva "*a los artículos 5 y 6 en la medida en que todavía fueran incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas…*"[344]

Pues bien, tras la promulgación de la nueva Ley de Régimen Disciplinario en 1998 España no procedió a notificar la innovación legislativa al Consejo de Europa, hasta que, finalmente, en el Boletín Oficial del Estado de 7 de noviembre de 2007, se publica una declaración similar a la formulada en 1986, por la que la reserva inicialmente depositada en 1979, ahora había que entenderla realizada en la medida en que los arts. 5 y 6 del Convenio fuesen incompatibles con la nueva ley disciplinaria de 1998, lo que ha provocado la controversia doctrinal y jurisprudencial estudiada más arriba sobre la legitimidad de las sanciones disciplinarias impuestas por los mandos militares españoles en el periodo 1998-2007.

Militar, ob. cit., pág. 121 y PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 87.

[341] Art. 67 LORDFAS: "Las sanciones disciplinarias serán inmediatamente ejecutivas y comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se le imponen. (…)"

[342] De no haberse producido la reserva respecto a nuestro régimen disciplinario militar, éste resultaría contrario a las exigencias del Convenio de Roma. *Vid.* en este sentido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), *Caso Pulatli contra Turquía*, de 26 de abril de 2011, que enjuicia el arresto en celda de un cuartel militar durante siete días, declarando que "el recurrente cumplió el arresto de siete días en una celda disciplinaria de la comandancia de la gendarmería de Diyarbakir. Fue privado de su libertad en el sentido del artículo 5 de la Convención. Esta detención se ordenó por su superior jerárquico militar. Este ejerció su autoridad en el seno de la cadena de mando. A este respecto, está sometido a la autoridad jerárquica militar y no goza por consiguiente de independencia. Por otra parte, el procedimiento para recurrir la sanción disciplinaria que se resuelve ante el superior militar no tiene las garantías judiciales requeridas por el artículo 5 de la Convención." (párrafo 32).

[343] La decisión del Reino de España se materializó en el Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979.

[344] BOE nº 234, de 30 de septiembre de 1986.

Pese a que la legitimidad del sistema disciplinario militar quede salvada tanto en virtud del art. 25.3 CE como del sistema del Convenio de Roma, integrado, en su aplicación a España, con las reservas formuladas a sus arts. 5 y 6, se postula por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una interpretación restrictiva de las mismas. Así la controversia se vuelve a plantear una vez más respecto al régimen disciplinario de la Guardia Civil puesto que, siguiendo la STC 194/1989, de 16 noviembre, así como las previsiones del antiguo art. 15.1 de la Ley orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Legislador aprueba una específica ley sancionadora para la Guardia Civil: la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que, pese a organizar un sistema disciplinario propio para el Instituto armado, seguía previendo sanciones privativas de libertad.

La polémica sobre las reservas al Convenio de Roma formuladas por España y su aplicación al régimen disciplinario de la Guardia Civil llegó a suscitar el pronunciamiento en este sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en la conocida como Sentencia "Dacosta Silva contra España" de 2 de noviembre de 2006, realizó al respecto una trascendente declaración:

> "Pretender que la reserva española, basada en el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, sea aplicable a una norma posterior, que precisamente tiene por objeto regular el régimen disciplinario de la Guardia Civil en tanto que régimen disciplinario y, en consecuencia, diferente del aplicable a las fuerzas armadas, en opinión del Tribunal, difícilmente sostenible. […]
> La reserva española tenía y tiene todavía por objeto el "régimen disciplinario de las fuerzas armadas". Aunque desde 1991 la Guardia Civil, "fuerza y cuerpo de seguridad del Estado", y no "fuerza armada", tiene por imperativo legal, recordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un régimen disciplinario específico, diferente al de las fuerzas armadas, y regulado por una Ley orgánica propia, la reserva no puede, en consecuencia, ampliarse a una norma cuya finalidad es la segregación del objeto reflejado en la reserva. Al ser esta pretensión contraria al Convenio, el Tribunal no puede admitirla."[345]

Esta jurisprudencia ha tenido su reflejo en la del supremo intérprete español en materia de garantías constitucionales que, en su STC 73/2010, de 18 de octubre, de carácter interpretativo declara que "el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora." Aunque la nueva Ley 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil ha eliminado las sanciones privativas de libertad la

[345] Párrafos 36 y 37.

sentencia constitucional de 2010, de carácter interpretativo, ha considerado que el cuestionamiento constitucional de una norma derogada (la Ley Orgánica 11/1991) no hacía perder el objeto al procedimiento y declara respecto a la posibilidad de imposición de sanciones privativas de libertad a los miembros de la Guardia Civil que

> "de acuerdo con la previsión del art. 10.2 CE, en consonancia con lo que dispone el art. 25.3 CE, el procedimiento disciplinario aplicable a la Guardia Civil, en su consideración de fuerza de seguridad del Estado (esto es, fuera de su actuación como fuerza armada), ha de quedar sujeto a las determinaciones de los arts. 5 y 6 CEDH, y, en concreto, en lo que aquí nos interesa, a la del art. 5.1 a), conforme al cual, la privación de libertad ha de derivar de una Sentencia judicial, debiendo ser impuesta por un Tribunal competente que goce de independencia con respecto a la Administración y en un procedimiento seguido con las debidas garantías.
>
> Pues bien, la interpretación del art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 ha de partir de estas premisas, conforme a las cuales, podemos llegar a la conclusión de que el art. 25.3 CE no permite a las autoridades o mandos de la Guardia Civil a que se refiere el art. 19 de la Ley Orgánica 11/1991 imponer sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la ley les encomienda. O dicho de otro modo, el art. 25.3 CE no permite, a la luz de la singular configuración de la Guardia Civil que, previendo el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica -que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad-, se imponga una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar.
>
> En definitiva, para que la previsión legal cuestionada de una sanción privativa de libertad pueda ampararse en el art. 25.3 CE, debe quedar acreditado que la sanción de arresto ha sido impuesta por la Administración militar, no solamente en sentido formal, sino en sentido material, es decir, siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desenvuelto estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado."[346]

Actualmente el régimen disciplinario militar se regula en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que contempla un cuadro de faltas leves (art. 7), graves (art. 8) y aquellas de dan origen a una sanción disciplinaria extraordinaria (art. 17). En el elenco de sanciones por faltas leves y graves se contemplan diversas sanciones privativas o restrictivas de libertad.[347] Así, según el art. 9 de la Ley

> "1. Las sanciones que pueden imponerse por faltas leves son:

[346] FJ 5.

[347] Según el art. 18:

> "Son sanciones disciplinarias extraordinarias:
>
> La pérdida de puestos en el escalafón.
> La pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica.
> La suspensión de empleo.
> La separación del servicio."

Reprensión.

Privación de salida de la Unidad hasta ocho días.

Arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad.

2. Las sanciones que pueden imponerse por faltas graves son:

Arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar.

Pérdida de destino.

Baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación.

3. La imposición de sanciones se entiende siempre sin perjuicio de las acciones que correspondan al perjudicado."

La privación de salida supone la permanencia del sancionado en su Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento, fuera de las horas de servicio, con supresión de salidas hasta ocho días como máximo. (art. 12).

El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale. El sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo. (art. 13).

El arresto de un mes y un día a dos meses consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El militar sancionado no participará en las actividades de la Unidad durante el tiempo de este arresto. (art. 14).

Ahora bien, en el sistema disciplinario militar la aplicación de las sanciones previstas en la Ley debe ser siempre el último instrumento –máxime si se trata de sanciones privativas o restrictivas de libertad- para la garantía del ordenamiento militar establecido; de manera que solo cuando todas las alternativas resulten inútiles, deberá el mando utilizar la potestad sancionadora[348], puesto que del concepto amplio de disciplina

[348] La LORDFAS de 1998 basa la imposición de sanciones disciplinarias en los requisitos de la potestad y la competencia sancionadora, definidos respectivamente en los arts. 5 y 27 de la Ley, precepto este último que establece una serie de autoridades con potestad sancionadora, en un escalonamiento o gradación respecto a la imposición de las sanciones más graves (que se corresponde igualmente con la autoridad competente para imponerlas) hasta las más leves o de menos cuantía. El criterio para determinar la competencia se basa en tres elementos: la dependencia orgánica del infractor, la gravedad de la sanción a

forman parte el "deber de corrección" así como la "persuasión, la racionalidad y el espíritu de iniciativa".[349] En este sentido, "[l]os que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento." (art. 55 de las ROSFAS de 2009). Podemos concluir por ello que el ejercicio de la disciplina contempla varios escalones, de los cuales la imposición de una sanción, sobre todo si afecta al derecho a la libertad, debe ser siempre el último remedio a utilizar. El derecho disciplinario (aunque no solo sancionador) abarca todas esas posibilidades, incluyendo el arresto o corrección preventiva o cautelar por quien carece de potestad sancionadora y que implica una clara privación de libertad, contempladas en la LORDFAS.[350] Así el art. 26 de la Ley Orgánica 8/1998 contempla distintas expresiones de la disciplina, aunque no todas las podamos calificar como sanciones, al disponer que

> "Todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el Ejército o Cuerpo al que pertenezcan. Si además las juzga merecedoras de sanción, lo hará por sí mismo si tiene potestad sancionadora y, si no, dará parte inmediatamente a quien la tenga.
> Si se trata de una falta que por su naturaleza y circunstancias exige una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación, podrá ordenar el arresto del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada, de modo inmediato."

Coincidiendo con Alli Turrillas entendemos pues que la LORDFAS determina el deber de corrección por parte de todo militar ante una determinada infracción disciplinaria. Ahora bien, ese deber se materializará de distintas maneras, sin que todas lleguen a constituir sanción aunque sí, en algún caso, privación de libertad. Así

a. Bastará la mera corrección verbal si no se trata de una infracción merecedora de sanción.[351]

---

imponer así como su empleo militar. Esta pirámide de autoridades competentes en la LORFAS abarca desde el Ministro de Defensa hasta los jefes de pelotón (art. 27).

[349] ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, ob. cit., pág. 39. Este autor encuentra así el fundamento de la distinción entre corregir y sancionar ya que "[l]imitar, como hace la Ley, la facultad de sancionar a sólo aquellas personas determinadas a las que la Ley otorga potestad y competencia en un caso concreto puede dar lugar –y así ocurre de hecho- a supuestos de flagrante impunidad, con serias repercusiones para la disciplina y la ejemplaridad. Eso trata de evitarlo el legislador a toda costa, y por ello, al lado de las sanciones –que tienen carácter ejecutivo (…) y están reservadas a aquellos mandos que en los términos descritos tengan potestad y competencia- establece las correcciones que tienen más bien carácter cautelar o preventivo y no reservadas normalmente a determinadas autoridades, sino que pueden utilizarlas todos los militares respecto de sus inferiores jerárquicos." *Ibídem.*, pág. 139.

[350] Opiniones a favor de un concepto amplio del derecho disciplinario las encontramos en Alli Turrillas para quien mientras que "el Derecho sancionador se encarga de las sanciones, su procedimiento, fundamentos y principios que las rigen, etc. (…) el Derecho disciplinario, al menos el militar, cuenta con un objeto más amplio. En él se incluyen las sanciones –el carácter punitivo, sancionador- por el incumplimiento de la disciplina, en este caso la castrense; pero también se incluye la actividad premial que recompensa, estimulando por tanto, la disciplina." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 383. En el mismo sentido, ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, ob. cit., pág. 63.

[351] Ese deber de corregir (verbalmente), en palabras de García Labajo, "no consiste en otra cosa ni autoriza ordinariamente a más que amonestar verbalmente el superior al autor de la infracción

b. Si la gravedad de la misma lo impone, debe sancionarla si es competente y si no, debe dar el oportuno parte al mando con potestad sancionadora.
c. Sin embargo, y como corrección cautelar, ante hechos que producen una quiebra flagrante de la disciplina, podrá disponer *el arresto del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria*.[352]

Como no resulta posible desde el punto de vista de las previsiones del art. 5 del Convenio de Roma de 1950[353] acordar la sanción privativa de libertad si no es en virtud de *sentencia dictada por un tribunal competente*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el conocido caso *Engel*[354], además de tener en cuenta las peculiaridades del régimen disciplinario militar para establecer la existencia de una privación de libertad (párrafo 59) distingue los arrestos agravados de los arrestos simples para aludir a estos como simple restricción de libertad, salvándolos así de las previsiones del art. 5 del Convenio. (Párrafos 60-65). Aunque en el régimen constitucional español no resulta necesaria tal distinción puesto que la privación de libertad como sanción administrativa en el régimen disciplinario militar viene admitida *ex* art. 25.3 CE –habiendo España reservado la aplicación de los arts. 5 y 6 del Convenio, como es sabido- las leyes disciplinarias han venido distinguiendo entre *permanencia* del sancionado en su unidad, *restricción* y *privación de libertad* respecto a las sanciones de privación de salida,

---

disciplinaria flagrante", de forma que, como venimos señalando, al no constituir ejercicio de la potestad sancionadora, "constituye un acto de ejercicio de la facultad de corregir que no está sujeto a formas ni garantías procedimentales ni genera ulteriores efectos jurídicos." GARCÍA LABAJO, J.M., "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios", en VV.AA. (coord. de José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2000, pág. 773.

[352] ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 409.

[353] Cuya dicción es la siguiente:

"Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición."

[354] Sentencia de 8 de junio de 1976, Caso Engel y otros contra Holanda.

arresto, y arresto en centro disciplinario militar (respectivamente, arts. 12, 13 y 14 LORDFAS 1998).

Estas diferencias han sido asumidas por la Sala 5ª del Tribunal Supremo quien distingue asimismo entre privación y restricción de libertad en razón a que la sanción permita la participación del militar castigado en las actividades de la unidad (ahora art.13 LORDFAS). Así, en alusión a la sentencia *Engel,* bajo la vigencia de la antigua LORDFAS de 1985

> "Deducíamos de esta doctrina, de innegable importancia en tanto la mencionada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido, sin duda alguna, tenida en cuenta en la elaboración de la vigente normativa sobre el particular que nos ocupa, pese a la reserva hecha en el momento de la ratificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que si al imponer un arresto leve se excluyese al sancionado de la realización de los actos de servicio, se le estarían imponiendo, con la obligación de no abandonar para nada el lugar del arresto, condiciones distintas de las normales en la vida castrense, lo que significaría la instauración de un auténtico "encierro", es decir, de una privación y no simple restricción de libertad. Por ello, debe entenderse que, cuando el artículo 14 LORFA se dice, una vez definido el arresto restrictivo de libertades, que "el sancionado podrá participar en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo", lo que se ha querido decir no es que la participación en las actividades de la Unidad sea facultad del Mando sancionador -tampoco, claro está, del militar sancionado-, sino que la exclusión de dicha participación no forma parte de los efectos restrictivos de la sanción». Entendemos, por lo tanto, que al imponerse una sanción de arresto, por la comisión de una falta leve disciplinaria, no puede excluirse al sancionado de participar en las actividades de la Unidad, como derecho que le reconoce el artículo 14 mencionado y como deber de prestación del servicio que le imponen las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (artículos 26 y siguientes), y de producirse dicha exclusión se transformaría una sanción meramente restrictiva de libertad (solamente durante los tiempos libres de servicio) en privativa de libertad absoluta por el tiempo del arresto, en el domicilio o en la Unidad."[355]

Esta configuración del arresto previsto para las faltas leves como restricción que no afecta significativamente la libertad de los miembros de la Fuerzas Armadas (STS 37/1995 de 15 de septiembre[356]) servía a los tribunales militares y a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en última instancia para negar la tramitación del procedimiento contencioso-disciplinario preferente y sumario a la hora de la revisión jurisdiccional de las sanciones por faltas leves impuestas. Esta posición (recordemos que hasta la STC 202/2002 resultaba vedado en la Ley Procesal Militar el recurso judicial frente a las sanciones por faltas leves si no era por la vía del contencioso preferente y sumario *ex* art. 53.2 CE) impedía la revisión jurisdiccional de las sanciones impuestas por faltas leves así como la tramitación en algún caso del *habeas corpus* in *limine litis*, lo cual hubo de ser corregido por el Tribunal Constitucional.[357]

---

[355] Sentencia de 10 de octubre de 1995, FJ 4º. Recurso núm. 41/1994.

[356] FJ 3º.

[357] *Vid.* en este sentido esencialmente SSTC 208 y 209/2000, de 24 de julio. FJ 5:

> "Pues bien, si se cumplen los requisitos formales y se da el presupuesto de privación de libertad, no es constitucionalmente lícito denegar la incoación del hábeas corpus. Es evidente la improcedencia de declarar la inadmisión cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido,

Pues bien, a nuestro juicio son irrelevantes las condiciones del arresto[358], privación de salida[359] o arresto en centro disciplinario militar (que ya implica la

---

precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada es el de determinar la licitud o ilicitud de la detención (SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7; 86/1996, de 21 de mayo, FFJJ 10 y 11; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5). El enjuiciamiento de la legalidad de ésta, en aplicación de lo prevenido en el art. 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el art. 7 LOHC (SSTC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 232/1999, FJ 4). Si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la privación de libertad, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias en el juicio de fondo (SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 6; 66/1996, de 16 de abril, FJ 3; 86/1996, FJ 11)."

[358] En este sentido no cambia la calificación de sanción privativa de libertad el hecho de que el sancionado pueda fuera de su horario de trabajo asistir a prácticas religiosas o recibir la asistencia médica que necesite. *Vid.* sobre esto GARCÍA LABAJO, J.M., "Comentarios a la Ley Disciplinaria…", ob. cit., pág. 589. Resulta particularmente interesante asimismo la posición del Tribunal Constitucional sobre la prisión atenuada prevista en la Ley Orgánica Procesal Militar (art. 225 y ss.). Pese a las diferencias con la prisión ordinaria o rigurosa mantiene el Alto Tribunal que "desde la perspectiva constitucional lo decisivo no son tanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la prisión preventiva rigurosa cuanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la situación de libertad. Desde dicha perspectiva forzoso es concluir que la prisión atenuada no es una situación de restricción de libertad, sino una situación de privación de libertad en el sentido del art. 17.1, inciso segundo, y consiguientemente 4, inciso segundo, CE. Pues en este caso, sencillamente, la perspectiva se invierte. Mientras en las medidas cautelares restrictivas de la libertad, esta libertad es la regla y la medida personal la excepción, en el régimen de la prisión atenuada que prescriben los arts. 226 y 227 LOPM la sustracción de la libertad personal es la regla y su atenuación, como ya su propio nombre indica, la excepción. […]

En suma, la persona no recupera su situación de libertad porque el Juez Togado le pueda autorizar a acudir a su trabajo habitual o a asistir a sus prácticas religiosas (art. 227 LOPM). Sostener que la persona se encuentra en situación de libertad desde el momento en que puede ser autorizado a acudir a su trabajo o a cumplir sus obligaciones religiosas es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 de la Constitución Española)." (STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 10).

[359] Aunque esta sanción disciplinaria, actualmente solamente aplicable a los alumnos de la enseñanza militar de formación, tras la desaparición el servicio militar obligatorio, solo implica la permanencia del sancionado en la unidad, teniendo éste libertad de movimientos, supone una auténtica sanción que afecta al art. 17 CE. No puedo coincidir en esto con la doctrina que duda que se trate de una auténtica restricción de libertad. *Vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 265 y GARCÍA LABAJO, J.M., "Comentarios a la Ley Disciplinaria…", ob. cit., pág. 584. Asimismo LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 515 y 516. Este autor alude al régimen de salidas del acuartelamiento como una concesión discrecional del jefe militar atendiendo a las necesidades del servicio, lo que hace, según el autor, que difícilmente pueda considerarse el correctivo como una auténtica restricción de libertad. En la actualidad, insisto, desaparecido el servicio militar obligatorio, esta sanción solo resulta aplicable a los alumnos de la enseñanza militar de formación. Aunque, como hemos visto más arriba esta clase de militares están sujetos a una relación de sujeción especial más intensa que el resto de los miembros de las FAS, ello no permite encubrir una auténtica sanción afectante al art. 17 CE bajo el conocido como régimen de internado de los alumnos. En este sentido la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los centros docentes militares de formación establece en su art. 5.5 (*Régimen de vida*) que "[l]os alumnos de los centros docentes militares de formación podrán ausentarse de los mismos al concluir sus actividades diarias, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones militares y/o académicas que se les asignen, y regresar al centro conforme a lo que disponga el régimen interior que rija su funcionamiento." Aunque la Instrucción 9/2011, de 4 de abril, del Subsecretario (BOD de 8 de abril), aprobada para el desarrollo de la orden de 1993, aunque establece un específico régimen de vida para los alumnos en régimen de internado, con la posibilidad de ausentarse de los centros el viernes desde el fin de actividades hasta las 12 de la noche del domingo (apartado quinto), debe distinguirse claramente de los supuestos en que la imposibilidad de que el alumno abandone el centro venga impuesta no en razón a la específica relación de sujeción que tiene establecida con la Administración, por muy estricta que sea,

separación del sancionado de las actividades de la unidad y su ingreso en un régimen similar al penitenciario) para determinar la clara incidencia de las sanciones de los arts. 12 a 14 LORDFAS en el derecho a la libertad personal del art. 17 CE puesto que según ya reiterada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional no existen zonas intermedias entre la libertad y la privación de la misma, con la consiguiente protección jurisdiccional lo que incluye el procedimiento de *habeas corpus*.[360] Aunque bien es cierto que la dicotomía o polémica generada en el ámbito del Convenio de 1950 por la distinción privación-restricción de libertad es irrelevante a los efectos de determinar la legitimidad del régimen sancionador militar español[361], puesto que encuentra su cobertura constitucional en el art. 25.3 CE (STS, Sala 5ª de Sentencia de 30 de mayo de 2000[362]), de manera que el sistema de garantías para la tutela o revisión jurisdiccional de sanciones que afectan al derecho fundamental del art. 17 CE debe quedar incólume.

Distinta consideración debe merecer a mi juicio la corrección preventiva o cautelar prevista en el art. 26 LORFAS así como el llamado arresto preventivo previsto durante la tramitación de los procedimientos por falta grave (art. 55.1 LORDFAS[363]). Se trata en ambos casos de medidas cautelares y limitadas en el tiempo (48 horas en el primer caso y un mes en el segundo) que se adoptan bien por cualquier militar de empleo superior, aunque carezca de potestad disciplinaria, en el caso del art. 26 LORDFAS, bien por la autoridad competente que hubiera ordenado la incoación del procedimiento por falta grave en el segundo caso, medidas cautelares que solo pueden ser adoptadas en caso de faltas que exijan una acción inmediata para mantener la disciplina.

---

sino a causa de una privación de salida como sanción del régimen disciplinario militar afectante al derecho a su libertad personal (art 12 LORDFAS), con todas las consecuencias que ello implica.

[360] Por todas, SSTC 31/1985, de 5 de marzo; 98/1986, de 10 de julio; 61/1995, de 29 de marzo (FJ 4) y 24/1999, de 8 de mayo. Igualmente García Morillo entiende que al no existir entre privación y restricción de libertad "una diferencia esencial, la distinción entre ambas pierde importancia relativa." Mantiene asimismo el autor que "al no existir tal distinción esencial, las garantías entran en juego *siempre* que se produce restricción o privación, y el hecho de que se trate de una u otra sólo aparejará la –ciertamente, importante, pero no nuclear- consecuencia de que sean o no de aplicación las garantías específicas de la privación de libertad" GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, Valencia, 1995, pág. 94. Resulta lapidaria asimismo la frase de este autor cuando afirma que "no existen, en lo que aquí nos interesa, más que dos situaciones posibles, la libertad y la detención." *Ibídem.*, pág. 17.

[361] *Vid.* asimismo LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 513-515. Igualmente, GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* págs. 263.

[362] FJ 3º.

[363] La dicción del precepto es la siguiente:

"Cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exijan una acción inmediata para mantener la disciplina, la autoridad que hubiera acordado la incoación del procedimiento, podrá ordenar el arresto preventivo del presunto infractor en un establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe. En ningún caso podrá permanecer en esta situación más de un mes y le será de abono para el cumplimiento de la sanción que le pueda ser impuesta."

La posibilidad del arresto o corrección preventiva plantea a mi juicio dudas sobre su constitucionalidad puesto que se legitima la privación de libertad como medida cautelar adoptada por una autoridad administrativa[364] lo que, al menos en su estricta literalidad, parece en principio compadecerse mal con las previsiones del art. 25.3 CE que solo autoriza *contrario sensu* a la Administración militar a la privación de libertad cuando se trate de *sanciones*.[365]

Sin embargo, alcanzamos distinta conclusión de una lectura del citado precepto constitucional en conexión con el art. 17 CE, que autoriza como medidas cautelares la detención gubernativa y la prisión provisional, lo que nos lleva a mantener la constitucionalidad de estas medidas por los siguientes motivos:

1.- la singularidad del ámbito disciplinario militar, ámbito fuertemente jerarquizado, donde el mantenimiento de la disciplina resulta esencial para el cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas, en el entendido de que las señaladas medidas adoptadas con el carácter de cautelares solo deben ser adoptadas en supuestos extraordinarios de faltas que exijan una acción inmediata para mantener la disciplina o subordinación.[366]

2.- se trata de medidas cautelares que, al igual que sucede en el ámbito de un proceso penal, tienen por fin (como sucede con la detención gubernativa) asegurar la eficacia de la decisión que en el futuro pueda adoptarse.[367]

3.- Son medidas privativas de libertad que se adoptan *en los casos y en la forma previstos en la ley* (art. 17.1 CE), en este caso, la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

---

[364] Se refuerzan las medidas adoptadas con la tipificación como falta grave del incumplimiento de las mismas. Así en el art. 8.36 LORDFAS se prevé como falta grave "[q]uebrantar una sanción o *medida preventiva disciplinaria* o facilitar su incumplimiento."

[365] Jiménez Villarejo mantiene, sin embargo, que la posibilidad de privar preventivamente de libertad al militar acusado de una simple falta disciplinaria no es sino consecuencia de la admisión, en el art. 25.3 CE, de sanciones a imponer por la Administración militar que implique privación de libertad. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Derechos y deberes del militar profesional...", ob. cit., pág. 459.

[366] Advierte al respecto García Labajo que del art. 26 LORDFAS se deduce una doble exigencia para que pueda ser adoptada por un militar de superior empleo esta excepcional medida: en primer lugar, referida a la "naturaleza" del ilícito, de forma que "serán tales (…) aquellos en los que el bien jurídico objeto de específica protección disciplinaria esté constituido, precisamente, por la «disciplina y la subordinación», es decir, el respeto al orden jerárquico…" Además, añade el autor, que "es menester además que la falta se presente en la praxis («…y circunstancias») en un acontecer tal que la corrección verbal se muestre insuficiente y exista el peligro de que, de no ser inmediatamente castigados sus autores, continúen padeciendo la disciplina y la subordinación, bien porque ellos mismos persistan en su ataque, bien porque la simple advertencia o amonestación verbal denote lenidad y pueda producir efectos desejemplarizantes entre otros inferiores que hayan sido también testigos de los hechos, directos o de referencia." GARCÍA LABAJO, J.M., "Comentarios a la Ley Disciplinaria…", ob. cit., pág. 775.

[367] Similar postura al respecto véase en LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., pág. 526.

No obstante, debe recordarse que, al igual que mantuvo el Tribunal Constitucional cuando enjuició la inadmisión de recurso contencioso-disciplinario contra la adopción de un arresto preventivo por tratarse de un acto de trámite (art. 465 LOPM), que "[l]a extensión de los derechos fundamentales a todos como inherentes a la personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» propia de ciertos grupos de ciudadanos sólo sean admisibles cuando resulten estrictamente indispensables y sólo hasta ese límite, para el cumplimiento de la función que impone aquella situación especial."[368]

En ese sentido, no podemos perder de vista que la facultad del mando militar de llegar a imponer cautelarmente, en el seno de un procedimiento por falta grave, el arresto preventivo del supuesto infractor en un centro disciplinario militar, supone una clarísima privación de libertad adoptada por una autoridad administrativa en ausencia de un procedimiento previsto al efecto y, mucho menos, sin que, de momento, se haya arbitrado en las leyes procesales militares un control judicial de la misma.[369] Similar postura hemos de sostener respecto a la corrección preventiva o cautelar por un plazo máximo de 48 horas que cualquier militar –sin procedimiento o audiencia previa- puede ordenar respecto a otros de empleo inferior y que incide asimismo en el derecho del art. 17 CE. En este sentido hemos de recordar que ya en la STC 24/1999 se declaró que

> "En efecto, pese al carácter instrumental y provisional del arresto preventivo, de su engarce en un expediente principal y de su dimensión temporal, no cabe ignorar que también ofrece una consistencia propia y trasciende tales aspectos por incidir directa e inmediatamente en un derecho fundamental de quien lo ha de padecer, en este caso nada menos que la libertad, cuya pérdida irreversible puede causar aunque sea por un breve tiempo. Tal incidencia directa e inmediata determina precisamente que estos actos, fueren o no de mero trámite, disyuntiva taxonómica constitucionalmente irrelevante, deben recibir el mismo trato que los actos definitivos y las mismas garantías a la hora de su impugnación y, por tanto, de su acceso a la justicia."[370]

Aunque el Supremo intérprete parezca admitir la impugnación judicial directa de tales medidas –al menos, del arresto preventivo acordado durante un procedimiento por falta grave- ninguna reforma de la Ley Procesal Militar ha sido hasta el momento acometida. Es por ello, que, en la línea de lo que hemos sostenido y más adelante tendremos oportunidad de defender en el correspondiente capítulo, resulta de *lege*

[368] STC 24/1999, de 8 de marzo, FJ 4.

[369] Igualmente crítico se muestra Fernández Segado para el que la corrección cautelar se caracteriza por su patente ausencia de garantías. Lo mismo mantiene respecto al arresto preventivo del actual art. 55 LORDFAS, a lo que añade lo desmesurado del tiempo máximo de su duración y "lo disparatado de que una medida cautelar que clarísimamente entraña una privación de libertad pueda prolongarse sin que medie procedimiento alguno durante un mes". FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva…", ob. cit., págs. 115 y 116.

[370] FJ 4.

ferenda la inclusión en las leyes procesales militares[371] de procedimientos sumarios y de cognición limitada en orden a la adecuada garantía de los DDFF ahora reconocidos en la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes de los militares. Así, podrían, en este caso concreto fiscalizarse judicialmente, mediante un procedimiento rápido, las medidas cautelares adoptadas por la Administración militar cuando afecten al derecho a la libertad personal, en concreto los supuestos previstos en los arts. 26 y 55 LORDFAS, si es que se mantienen en las anunciadas reformas de la ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas.[372]

Todo lo anterior sin perjuicio del procedimiento de *habeas corpus* que, naturalmente, se extiende a las sanciones propias del régimen disciplinario militar cuando afecte al derecho fundamental a la libertad personal[373], puesto que, siguiendo a Gude Fernández, se trata de una garantía procedimental al servicio de uno de los más importantes derechos, la libertad personal.[374] No se trata como, con buen criterio sostiene esta autora, de un proceso penal, administrativo o contencioso-administrativo

[371]Aunque la disposición final octava de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes ordena *realizar las necesarias adaptaciones de las leyes procesales militares*, debemos recordar el actual tenor literal del art. 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar:

> "La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y *demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense*, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración del estado de sitio."

[372] En el decaído proyecto de ley orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, remitido al Congreso en la IX Legislatura se contemplaba un complicado sistema de correcciones: Así conservaba la facultad de la autoridad que ordena un procedimiento por falta grave o muy grave de acordar el arresto preventivo del presunto infractor un tiempo máximo de 30 días. (art. 50). Se eliminaba sin embargo la llamada corrección cautelar de 48 horas por parte de cualquier militar de empleo superior limitando su adopción como una medida previa que solo podría adoptar el militar respecto del infractor que le esté subordinado por razón del cargo, destino, guardia o servicio "cuando la falta cometida pudiera ser calificada de grave o muy grave y sea necesaria tal medida para restablecer de manera inmediata la disciplina." (art. 30). Se mantenía en el proyecto el genérico deber de corrección por parte de todo militar de empleo superior de las infracciones que observe en los de inferior empleo, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el ejército o cuerpo al que pertenezcan. Ahora bien, el arresto cautelar de 48 horas que está facultado a ordenar todo militar respecto a los de empleo superior cuando la falta cometida afecta a la disciplina o subordinación quedaba sustituido por el requerimiento al presunto infractor para que se presente de manera inmediata en su unidad solo si se tratase de una falta grave o muy grave que por su naturaleza y circunstancias exija una acción inmediata para mantener la disciplina o evitar un posible perjuicio grave al servicio. (art. 29 del proyecto ya caducado). (*BOCG* nº 129-1, Congreso de los Diputados, de 10 de junio de 2011, IX Legislatura, año 2011).

[373] Debemos tener en cuenta, como hemos indicado más arriba, que las sanciones privativas de libertad son inmediatamente ejecutivas, lo que, como atinadamente observa Gude Fernández, ha provocado que "muchos de los militares sancionados acuden al habeas corpus para obtener en un breve espacio de tiempo una declaración judicial acerca de la medida privativa de libertad impuesta, sin perjuicio de que posterior mente dispongan de la posibilidad de impugnarla acudiendo a la vía contencioso militar" GUDE FERNÁNDEZ, A., *El habeas corpus en España, Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Tirant monografías 563, Valencia, 2008, pág. 103.

[374]*Ibídem.*, págs. 57 y 58. En el mismo sentido GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 253.

ni de un recurso sino de un proceso constitucional de amparo ordinario cuya tutela, por contraste con lo que sucede con el resto de procesos de esta naturaleza, se limita exclusivamente a la protección de la libertad personal, asimilándose al procedimiento previsto en el art. 53.2 CE.[375]En efecto, el art. 17.4 CE lo destina a "*producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*."

En la doctrina constitucional se confirma la indicada naturaleza jurídica del instituto. Así, según la STC 44/1991, el procedimiento de habeas corpus "*no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes*". Con mayor precisión lo ha descrito la STC 263/2000, de 30 de octubre:

> "como hemos tenido ocasión de afirmar en bastantes ocasiones, el procedimiento de habeas corpus es un medio de defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad, sino sobre su regularidad o legalidad, y cuya finalidad fundamental es la de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención, en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial (SSTC 98/1996, de 21 de mayo, FJ 1, y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4)."[376]

Ahora bien, aunque la finalidad de la institución consista en la fiscalización jurisdiccional de la legalidad de una detención –y también de las privaciones de libertad derivadas de sanciones disciplinarias militares-, el Juez del *habeas corpus* no puede entrar a conocer de cuestiones de fondo sobre legalidad ordinaria o incluso aspectos relativos a los derechos fundamentales que se vean afectados por la sanción, cuyo conocimiento corresponde –en el caso de las sanciones disciplinarias militares- a los órganos judiciales militares competentes a través del procedimiento contencioso-disciplinario establecido en la Ley Procesal Militar. Se trata, según la jurisprudencia constitucional, por ello, de un procedimiento sumario y de cognición limitada.[377]A mi

---

[375] *Ibídem.*, págs. 60-62. De igual forma Gómez Martínez sostiene que "[e]l procedimiento de habeas corpus no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o hecho que privó de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre un eventual delito de detención ilegal...sin que sea su misión revisar el acto administrativo, sino la conformidad a derecho de esa situación de privación de libertad." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 259. Curiosamente, en el mismo sentido, GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO PAGÉS, J.L., "Temas básicos de Derecho Constitucional", Tomo III, en VV.AA. (Aragón Reyes, M., Coord.), Madrid, 2001, pág. 151. Añaden los autores en relación al carácter sumario y de cognición limitada del *habeas corpus* que este procedimiento no puede sustituir tampoco "al proceso civil (como camino para lograr el resarcimiento de los daños causados."

[376] STC 37/2005, FJ 3.

[377] Características que le atribuye asimismo Gude Fernández. Afirma la autora que "[s]e trata de un procedimiento sumario porque como éste tiene limitado su objeto, los medios de prueba y, dispone, de unos plazos muy breves para su tramitación, sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los procesos sumarios, las resoluciones que ponen fin al procedimiento estudiado producen el efecto de cosa juzgada material..." GUDE FERNÁNDEZ, A., *El habeas corpus en España*...ob. cit., págs. 59 y 60. En similar sentido, Fernández Segado, para quien se trata además de un procedimiento de carácter especial, al que se

juicio, solo resulta posible examinar en él aspectos que afecten de modo patente o notorio a la legalidad de la detención (por ejemplo, sanción de plano, impuesta manifiestamente sin seguir el procedimiento establecido, que sea claramente desproporcionada o arbitraria, dictada por autoridad manifiestamente incompetente, condiciones de la detención o arresto, etc.). Así, la STC 194/1989 señala respecto a los procedimientos de *habeas corpus* que

> "conforme a su específica naturaleza y a su cognición limitada (de la que este Tribunal ya se ocupó en el fundamento jurídico 1.º de la STC 93/1986), sólo permitían determinar si la pérdida de libertad derivada de las sanciones impuestas comportaba una detención ilegal a los efectos del art. 1 de la L.O. 6/1984, de 24 de mayo, pero no una revisión plena de las sanciones, para lo que hubiera sido preciso intentar [en el concreto caso al que se refiere la sentencia de amparo], previo agotamiento de la vía administrativa ante el Ministerio de Defensa (art. 50 L.O. 12/1985), el recurso contencioso disciplinario militar (art. 52 L.O. 12/1985), o, en su caso, el contencioso-administrativo ordinario o especial de la Sección segunda de la Ley 62/1978."[378]

En cuanto a la competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de estos procedimientos, debemos partir del art. 17 LOCOJM, que dispone lo que sigue:

> "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…"

Más en concreto, el art. 61.3 atribuye a los Juzgados Togados Militares Territoriales "*el conocimiento de la solicitud de habeas corpus*", en conexión con el art. 2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *Habeas Corpus*, que atribuye el conocimiento de estos procedimientos en el ámbito de la Jurisdicción Militar al Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención. La competencia de la Jurisdicción Castrense respecto a los procedimientos de habeas corpus iniciados a raíz de una sanción disciplinaria militar fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia 194/1989, al decir que "el habeas corpus corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, y tal afirmación, que en principio se desprende con naturalidad lógica de los anteriores razonamientos, es algo más que eso, pues se deriva también inequívocamente del art. 2, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de habeas corpus, y del art. 61.3 de la L.O. 4/1987, que se remite al anterior."[379] Esta doctrina constitucional fue reiterada por la STC 44/1991.

---

refiere como "técnica jurídica que se nos presenta como la última salvaguarda de la libertad personal." FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, ob. cit., págs. 250 y 251.

[378] FJ 1.

[379] FJ 5.

Respecto al *habeas corpus* como medio de revisión jurisdiccional de las sanciones disciplinarias militares, ya hemos dicho que dicho procedimiento se caracteriza por ser de cognición limitada y que no es posible erigirlo en un medio de revisión plena de la legalidad de las sanciones disciplinarias, ya que ello conduciría a la sustracción de las competencias atribuidas a los órganos judiciales militares predeterminados por la Ley para conocer de las acciones judiciales frente a las sanciones disciplinarias militares mediante el procedimiento establecido para este fin, a saber, el recurso contencioso-disciplinario militar en sus diferentes modalidades. La plenitud revisora en este ámbito del Juez del *habeas corpus* llevaría a un solapamiento, interacción o entrecruzamiento de las atribuciones de aquél con los órganos judiciales militares antes mencionados, por lo que el Tribunal Constitucional ha delimitado claramente las la naturaleza de los distintos procedimientos y la competencia al respecto de los distintos órganos jurisdiccionales castrenses. Así, este procedimiento no tiene como finalidad tanto el enjuiciamiento de la legalidad de la sanción disciplinaria cuanto el ajuste al Ordenamiento Jurídico de la situación de privación de libertad. Dicho de otra manera: el Juez del *habeas corpus* no debe enjuiciar la legalidad de la sanción disciplinaria impuesta sino en la medida en que ello afecte a la situación del sancionado privado de libertad, lo que, por lo general, solo ocurrirá en los supuestos de contravención más notoria, evidente o patente del Ordenamiento Jurídico, cualquiera que sea la interpretación efectuada del mismo. Esta delimitación respecto a los medios impugnatorios de las sanciones disciplinarias militares es la que se deriva de la jurisprudencia constitucional. En este sentido la STC 194/2001, de 1 de octubre, declara lo siguiente, resumiendo su doctrina al respecto, que

> "[e]n efecto, en la STC 208/2000, de 24 de julio, hemos recordado que "de la regulación legal del procedimiento de hábeas corpus se desprende, en una delimitación conceptual negativa, que no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre la eventual comisión de un delito de detención ilegal. El que ha sido privado de su libertad puede reaccionar contra tal privación optando por una cualquiera de estas tres vías, de naturaleza distinta y sin que se confundan entre sí, o incluso por varias o todas ellas, ya que no se excluyen mutuamente. Esta selección del sistema de impugnación se puede efectuar con plena libertad, ya que es a los ciudadanos a quienes corresponde elegir la vía de reacción más conveniente contra la detención sufrida (STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 9). Ahora bien, el que elige el procedimiento de hábeas corpus ha de saber, en una aproximación positiva al concepto, que se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad no acordada por órganos judiciales. *El Juez del hábeas corpus no tiene por misión revisar el acto administrativo, lo que corresponderá a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino la conformidad a Derecho de esa situación de privación de libertad. Expresado en otros términos, hemos afirmado que en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del hábeas corpus dictar la primera, en tanto*

> *que los Tribunales de lo contencioso ostentan la última y definitiva palabra*[380] (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6). Pero lógicamente esta separación de funciones no exonera totalmente a dicho Juez del hábeas corpus de su obligación de analizar, si bien de modo provisional, el presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad (SSTC 12/1994, FJ 6; 232/1999, FJ 3)."'"[381]

Como peculiaridad del Derecho procesal militar afectante al derecho a la libertad personal de los militares se encuentran las específicas previsiones de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar para la detención de militares, de honda raíz histórica[382] y ahora contenidas en los arts. 205 a 214 LOPM. Aunque según el primero de los preceptos de esta norma "[l]a detención de un militar en actividad, dispuesta por Autoridad judicial de cualquier jurisdicción, miembros del Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, funcionario o agente, se efectuará conforme dispone el ordenamiento común para la detención, en especial si se trata de flagrante delito" la norma contempla especialidades en materia de detención, traslado de detenidos y su custodia consistentes básicamente en que la detención se efectuará a través de los jefes del militar, sobre todo si el militar se encuentra desempeñando un servicio de armas. No obstante, ello no supone a mi juicio ningún privilegio puesto que "[l]a Autoridad o Jefe Militar de quien se interese la detención de un militar, dará cumplimiento inmediato al requerimiento en los exactos términos en que éste se exprese." (art. 206). En cuanto a su custodia "[l]a detención de un militar en actividad acordada por quienes señala el primer párrafo del artículo 205 se cumplirá en establecimiento penitenciario militar de la localidad donde se produzca la detención y si no existiere, en otro establecimiento militar" (art. 208) y durante su estancia en tales dependencias deberá permanecer separado de los demás detenidos. (art. 210). Finalmente el traslado de los militares detenidos se efectuará siempre por militares de igual o superior empleo al del interesado. (art. 213). Gómez

[380] La referencia a los "Tribunales de lo Contencioso" hay que entenderla realizada a los Tribunales Militares competentes para conocer del recurso contencioso-disciplinario militar.

[381] FJ 3. Las cursivas son mías. En el mismo sentido, las SSTC 208/2000, de 24 de julio y 37/2005, de 28 de febrero, entre otras. Sobre las dos funciones esenciales de la Jurisdicción Militar, esto es, la contencioso-disciplinaria y la penal, se pronuncia Peñarrubia atribuyendo a la primera carácter tuitivo y a la segunda, represivo. La paradoja aparece cuando comprobamos que, en realidad, se atribuyen al Juez Togado Militar –que ostenta fundamentalmente competencias de instrucción penales- el conocimiento del procedimiento de *habeas corpus* en el ámbito castrense que es esencialmente tuitivo. *Vid.* PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 374.

[382] Aunque los antecedentes sobre la cuestión se remontan, entre otras, a las conocidas como Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768 (Tratado VIII), las especialidades para la detención de un militar, en su sentido más estricto, se contemplaron, hasta la promulgación en 1989 de la Ley Procesal Militar, en el Código de Justicia Militar de 1890 primero; más tarde en el de 1945 y, fundamentalmente, en el Decreto de 11 de julio de 1934 disponiendo que siempre que se acuerde por las Autoridades judiciales o gubernativas la detención o prisión de militares o marinos en servicio activo, se interese la ejecución de dichos acuerdos de las Autoridades superiores de quienes respectivamente dependan y sufran la detención o prisión en los cuarteles, castillos, prisiones, buques y demás lugares prevenidos en las disposiciones que se indican. (Gaceta de Madrid: Diario Oficial de la República núm. 193, de 12 de julio de 1934).

Martínez sintetiza estas especialidades señalando que "la detención de un militar en activo debe hacerse a través de la Autoridad militar, cuando esté desempeñando un servicio de armas o cometido específico y siempre que esté al alcance de sus jefes. En caso de detención por Autoridad no militar, por estar fuera de alcance, razones de urgencia o flagrante delito, deberá comunicarse esta detención inmediatamente a la Autoridad militar, sin que pueda retenerse al detenido más allá de lo indispensable para las diligencias o atestado".[383] Estas especialidades, lejos de configurar hoy un privilegio[384] obedecen a la particularidad del ejercicio de sus funciones en aras del cumplimiento de las misiones que constitucionalmente tienen asignadas las Fuerzas armadas en el art. 8 CE[385], precepto que constitucionalmente determina asimismo, como sabemos, un conjunto de restricciones a los DDFF de los miembros de la milicia.

Resulta asimismo pertinente siquiera de forma somera aludir a los principios que, aunque derivados del art. 25 CE, muestran peculiaridades en el ámbito sancionador militar. El principio de legalidad en materia sancionadora es así recogido en la paradigmática STC 42/1987, de 7 de abril, cuando declara que

> "El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora."[386]

El Alto Tribunal llega no obstante a admitir la modulación del principio de legalidad –aunque no su desconocimiento- para las relaciones especiales de sujeción, como la militar:

> "Más aún, y hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del ius puniendi genérico del Estado (STC 2/1987, citada), puede afirmarse que la reserva de la Ley contenida en el art. 25.1 de la Constitución despliega una eficacia semejante a las que establecen otras normas constitucionales. Es decir, que, como ha señalado este Tribunal con relación a alguna

[383] GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 251.
[384] *Vid.* en este sentido, GUDE FERNÁNDEZ, A., *El habeas corpus en España...*ob. cit., pág. 97.
[385] Otros autores justifican estas especialidades "como expresión de su permanente disponibilidad para el servicio al que se dedica, en razón de las peculiares funciones y de la propia naturaleza de las Fuerzas Armadas" *Vid.* GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M.M. y NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La detención en el ámbito jurídico militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 68, julio-diciembre 1996, pág. 89. Asimismo, DE QUEROL LOMBARDERO, J. F., "Medidas cautelares personales en el proceso penal militar", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 1619.
[386] FJ 2.

> de ellas, la reserva de Ley no excluye «la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» -STC 83/1984, de 24 de julio -, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes."[387]

Sin embargo, para Blanquer Criado "teniendo en cuenta que su ejercicio (de la potestad disciplinaria militar) puede implicar la imposición de sanciones privativas de libertad sin intervención judicial alguna deberían exigirse las mismas garantías que se requieren en el ámbito de las sanciones penales." Defiende el autor en este sentido la existencia de una reserva de ley absoluta en esta materia.[388]

Antes de abordar las distintas peculiaridades que presenta el régimen sancionador militar respecto al principio de legalidad debemos recordar que "debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras." (STC 42/1987, FJ 2).

Así, el principio de legalidad despliega una doble garantía:

> "En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, F. 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, F. 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre (RTC 1997, 151) , F. 3; 124/2000, de 19 de julio, F. 4; y 113/2002, de 9 de mayo, F. 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo, F. 5).
> En cuanto a la garantía formal, que nos remite al alcance de la reserva de Ley en el ámbito sancionador, este Tribunal tiene dicho que, en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, dicha reserva no puede ser tan rigurosa como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales «stricto sensu», «bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias – STC 2/1987, de 21 de enero–, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad» (STC 42/1987, F. 2). Se abre así la posibilidad de que las Leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, F. 2; 101/1988, de 8 de junio, F. 3; 61/1990, de 29 de marzo, F. 8; 341/1993, de 18 de noviembre, F. 10; y 25/2002, de 11 de febrero, F. 4)."[389]

[387] *Ibídem.*
[388] BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 640 y 641.
[389] STC 100/2003, de 2 junio, FJ 3.

Aun admitiendo modulaciones del principio de legalidad en el ámbito de la relación especial de sujeción de los militares "[l]a existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990)."[390]

Entre esas peculiaridades que merecen nuestra atención del sistema sancionador militar en lo que al principio de legalidad se refiere nos encontramos con las leyes penales o sancionadoras en blanco, las expresiones genéricas o conceptos jurídicos indeterminados y el principio *non bis in idem*, cuya aplicación se muestra tradicionalmente peculiar en el ámbito de las relaciones de sujeción especial.

Respecto a las normas sancionadoras en blanco es admitida su utilización cuando por la naturaleza de la materia delictiva se haga preciso acudir a este recurso. Así lo sostiene acertadamente Suárez-Mira para el que aunque la institución "en ocasiones es susceptible de poner en entredicho la indeclinable división de poderes (...) con una utilización racional del mismo se elude este riesgo. Para conseguirlo, lo sustancial de la valoración debe contenerse en la ley penal, desplazando lo accesorio a la regulación extrapenal."[391] De esta forma el Supremo intérprete en la STC 62/1994, de 28 de febrero ya manifestó que "no siempre las llamadas normas penales en blanco son contrarias al principio de legalidad. Según hemos declarado [STC 127/1990, fundamento jurídico 3] «las leyes penales en blanco son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la Ley además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el

[390] STC 188/2005, de 7 de julio, FJ 2.
[391] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., "Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte general", cuarta edición, en VV.AA. (Suárez- Mira, coord.), Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 104.

complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada».”[392] Como atinadamente señala Blanquer Criado, “[p]ara que se respeten los principios de legalidad y de seguridad jurídica, la Ley debe contener una previsión tanto respecto a la infracción o supuesto de hecho, como respecto a la sanción o consecuencia. Ahora bien, con esa simple previsión no basta. Además es necesario que esa previsión tenga un determinado grado de detalle.”[393]

En la LORDFAS de 1998 hallamos diversos tipos disciplinarios castigados como falta leve cuya adecuada integración exigen al menos la remisión a otra norma de rango reglamentario e incluso a circulares, instrucciones o normas internas.

En orden a determinar si dichas previsiones remitentes a normas penales en blanco vulneran el principio de legalidad hemos de señalar que el Tribunal Constitucional, tras referirse a la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado declara que “[j]unto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra «de carácter material y absoluto», que «refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, F. 4; 218/2005, de 12 de septiembre, F. 2; 297/2005, de 21 de noviembre, F. 6). En los términos de la STC 242/2005, de 10 de octubre, F. 2, la garantía esencial de lex certa, que es en torno a la que gira el presente proceso de amparo, impone que «la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, *lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador*.”[394]

[392] FJ 3.
[393] BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 642.
[394] STC 283/2006, de 9 octubre, FJ 5.

Descendiendo al análisis de las concretas disposiciones ubicadas en la Ley Disciplinaria, nos encontramos con que el art. 7.2 castiga como falta leve "[l]a inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior", precepto que para respetar las exigencias de la predeterminación normativa que impone el principio de legalidad con el suficiente grado de certeza exige la remisión directa a una norma donde claramente se determinen las obligaciones del militar en cuestión, cuyo desconocimiento es susceptible de determinar la correspondiente sanción por falta leve. El problema estriba, más allá de la remisión a simples instrucciones que carecen siquiera de rango reglamentario, en que en ocasiones resulta muy difícil la adecuada identificación, conocimiento y comprensión por el destinatario de la norma de las consecuencias del incumplimiento debido a que las instrucciones suelen remitir a su vez a normas internas mediante un sistema en cascada que provocan una difícil conciliación de tales preceptos de la ley disciplinaria –o al menos, de su aplicación- con las exigencias de seguridad jurídica inherentes al principio de legalidad en materia sancionadora.[395] Lo mismo cabe decir de la falta leve tipificada en el art. 7.6 LORDFAS: "El descuido en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad."

Pues bien, como ya pusimos de manifiesto más arriba, la norma de la que parten las prescripciones sobre la policía y aspecto personal en los ejércitos (incluso después

[395] En este sentido, y respecto a una infracción similar en el ámbito del régimen disciplinario de la Guardia Civil, no podemos compartir la conclusión de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, que declara que

> "los supuestos de infracción recogidos en los números 9.º y 10.º mencionados (la derogada Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil), se concretan en una inexactitud en el cumplimiento de órdenes o de normas, y entonces, evidentemente, se trata de normas en blanco, que deben ser complementadas con la concreción de las órdenes impartidas o de las normas de régimen interior, pues de no conocerlas previamente, no podemos decidir y admitir si es exacta o inexacta su observancia. Pero en nuestro caso, las obligaciones generales que informan el comportamiento, en relación al servicio de todo Guardia Civil, se presupone que las conoce, y si se le informa en qué sentido ha omitido una actuación o se ha desentendido de una forma de prestar el servicio, como es la de permanecer en contacto con la Central Cota, no puede alegar ignorancia sobre la imputación de negligencia en esa forma de prestar el servicio. No es, por lo tanto, una norma en blanco la que se contempla en el apartado 2.º del artículo 7.º mencionado, y ninguna sentencia de esta Sala ha reconocido ese carácter de norma incompleta, que pretende la parte recurrente, por lo que cabe concluir que al concretar la resolución sancionadora, y después la sentencia recurrida, cuál fuera la actuación del presunto infractor en relación al servicio, calificándola de negligente, no infringió el principio de legalidad, sino que acertó en la tipificación de la conducta del luego sancionado." (Sentencia 29/1998, de 19 de mayo, FJ 5º).

Coincido en este sentido con Blanquer Criado cuando afirma que "[e]l principio de seguridad jurídica sólo se satisface si el soldado puede conocer tanto la Ley orgánica como los Reglamentos a que ésta se remite para describir la infracción que se tipifica (Reglamentos de seguridad militar, de régimen interior...)" BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 643. Igualmente se pronuncia López Benítez cuando señala respecto a los tipos disciplinarios que prevén sanciones para el incumplimiento de las normas de uniformidad que la finalidad de estas normas de uniformidad "no es, desde luego, configurar ilícitos, sino regular uno de los aspectos más esenciales de la vida en el cuartel; es la Ley disciplinaria la que incorpora o se apropia del contenido de estas normas para prever un concreto ilícito." LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 324 y 325.

de las nuevas normas sobre mando y régimen interior) es el parco art. 294 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (degradado al rango de Orden Ministerial), del siguiente tenor: "*El militar cuidará su aspecto, compostura y policía personal ateniéndose a las disposiciones que los regulan.*"[396] Significativamente, las disposiciones que regulan estas cuestiones son diversas instrucciones de los distintos Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos. No resulta irrelevante observar cómo, partiendo de una norma con rango de orden ministerial y descendiendo a simples instrucciones de las autoridades militares se impone el aspecto físico de los militares y, por ello, se incide en una de las manifestaciones más patentes de su personalidad[397], afectando –y a mi juicio, como pusimos de manifiesto más arriba, sin resistir las exigencias propias del principio de proporcionalidad y necesidad derivadas de la jurisprudencia constitucional- en el DF a la intimidad personal y a la propia imagen del art. 18.1 CE.

Pero, en lo que ahora nos interesa, el hecho de que la doble o, en ocasiones triple remisión en cascada a simples órdenes o circulares, con el único sustento genérico de una orden ministerial (rango de las RROO de cada Ejército), en concreto, en el Ejército de Tierra la Norma General 3/96, de 19 de julio, dictada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra sobre policía personal y aspecto físico del Personal Militar[398], pueda determinar una sanción disciplinaria vulnera totalmente las exigencias de certeza y seguridad jurídica aparejadas al principio de legalidad en materia sancionadora. A mi juicio, esa indubitada conclusión, resulta posible extraerla de la propia doctrina constitucional. Así encontramos varias resoluciones donde se revisan condenas por delitos de intrusismo profesional al amparo del art. 403 del Código Penal, que exigía la remisión a un real decreto que a su vez exigía acudir a otra disposición administrativa reguladora de los planes de formación para concretar los perfiles de actividad de la especialidad de médico especialista en cirugía plástica reparadora. Pues bien, el Tribunal –con plena aplicación al presente supuesto, declaró que "nos hallamos ante una suerte de «remisión normativa en cadena», debiendo acudir, para determinar el contenido de la prohibición, en primer lugar al Real Decreto 127/1984, y descender después hasta una resolución administrativa reguladora de los planes de formación para

[396] Idénticas disposiciones se contemplan en el art. 469 de las Reales Ordenanzas de la Armada y en el art. 333 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire.

[397] La técnica deslegalizadora otorgando un "cheque en blanco" al Reglamento o a simples instrucciones técnicas no parece compadecerse con el principio de reserva de ley, por lo que deberían hallarse en la ley una regulación de mínimos en tan relevantes materias, al efecto de su posterior desarrollo reglamentario.

[398] En el ámbito de la Armada, la Instrucción número 04/2004 del Almirante Jefe de Personal de la Armada sobre policía personal y aspecto físico. Asimismo, Instrucción General 60-26, del Ejército del Aire.

con ella concretar los perfiles de actividad de la especialidad correspondiente." (...) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo … porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de Ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE» (F. 3)."[399] (STC 24/2004, de 24 de febrero).

El ejemplo prototípico de cheque en blanco a favor de la Administración o incluso el mando militar lo hallamos en la falta leve tipificada en el at. 7.34 LORDFAS: "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." Este precepto supone un auténtico cajón de sastre o cheque en blanco, de forma que basta con el supuesto incumplimiento de cualquier peregrina o rebuscada instrucción o norma interna que el mando sancionador en cuestión tenga intención de desempolvar para que ello, careciendo de la más elemental certeza o seguridad jurídica sobre cuáles hayan de ser esas disposiciones, que no se concretan la LORDFAS, integre una falta disciplinaria leve.[400] De *lege ferenda* resulta pues que, aun teniendo en cuenta que resulta imposible descender al detalle técnico en una ley orgánica, se concreten al menos las disposiciones y el núcleo básico de las conductas cuyo incumplimiento genere responsabilidad disciplinaria, como las previstas en las reglas de comportamiento del militar definidas en la Ley de derechos y deberes y su desarrollo en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, y sin que resulte admisible, a su vez, un sistema de remisiones por escalones a diversas normas e instrucciones internas que dificultan o convierten en imposible el conocimiento de las obligaciones susceptibles de incumplimiento por el militar supuestamente destinatario de las mismas, garantizando así el principio de legalidad sancionadora en su vertiente de estricta tipicidad impuesto por el art. 25 CE.

[399] STC 283/2006, de 9 octubre, FJ 8. En el mismo sentido, STC 181/2008, de 22 de diciembre.

[400] Aunque la jurisprudencia de la Sala 5ª no es prolífica sobre esta cuestión, según el máximo órgano de la Jurisdicción Militar basta con que "en la resolución sancionadora se exprese y refleje el deber infringido y la referencia o cita de la norma que impone tal deber, o sea ha de concretarse el deber incumplido señalando el precepto de Ordenanza, Reglamento o Disposición en que se contenga tal deber que se estima conculcado, pormenorizando en el relato de hechos en qué consistió la inobservancia, qué deber concreto se infringió o indicando también la norma en que se impone dicho deber". STS de 17 de marzo de 2005, FJ 1º.

Encontramos igualmente tipificados en la Ley Disciplinaria como falta leve diversos supuestos susceptibles de incidir en el principio de legalidad, al contener expresiones genéricas o conceptos jurídicos indeterminados. Así, ejemplos como los arts. 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"; 7.12: "La falta de *respeto* a superiores y, en especial, las *razones descompuestas* o réplicas *desatentas* a los mismos"; 7.16: "Corregir a un subordinado de forma *desconsiderada*"; 7.17: "Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras *indecorosas* o *indignas*"; 7.26: "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*"; 8.22: "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*" o la prevista en el 8.24: "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 podemos observar, el catálogo de faltas tipificadas en la LORDFAS se nutre de numerosos tipos cuya determinación debe realizarse por el intérprete; es decir, como tan atinadamente indica García de Enterría, "con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto." Dicho de otra manera, frente al ejercicio de la potestad discrecional, según este autor, aunque "[l]a Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas..." se está refiriendo a "supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias" de manera que "la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una «unidad de solución justa» en cada caso..."[401]

[401] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, pág. 451. Frente a lo señalado para los conceptos jurídicos indeterminados "el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho." *Ibídem.*, pág. 452.

Aunque admitiendo la unidad de "solución justa" ésta sin duda variará al interpretarse el concepto o expresión por los distintos intérpretes u operadores jurídicos, que darán inevitablemente distintas "soluciones" al intentar definir qué se entiende por tibieza o disgusto en el servicio, lo irrespetuoso o lo indigno o cuándo se entiende que una acción u omisión es contraria a la *dignidad militar* o susceptible de producir el *descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas*. De igual forma cabe preguntarse cuál es el concreto *decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas*. Se trata de conceptos, como podemos advertir, que dependen no solo de la concreta interpretación del operador jurídico, aunque solo se admita una "unidad de solución justa" sino del concepto de moralidad existente en la sociedad "militar" en un momento determinado.

El Tribunal Constitucional entiende al respecto que

> "no vulnera la exigencia de lex certa que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues, como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones [STC 62/1982, de 15 de octubre, de 16 de octubre, entre otras resoluciones], dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados."[402]

El problema constitucional *ex* art. 25 CE de los conceptos jurídicos indeterminados no estriba pues exclusivamente en su legitimidad sino además, como acertadamente apunta Blanquer, en "su aplicación práctica por los órganos investidos de potestad sancionadora (los cuales vienen obligados a subsumir con la debida concreción y detalle la conducta realizada por el sujeto sancionado en el supuesto de hecho prescrito por la norma que describe el tipo)..."[403] Esto último, esto es, la adecuada subsunción de concretos actos realizados por el sujeto activo de la infracción en cada una de las categorías o expresiones genéricas, es realmente trascendente para evitar que lo que realmente se califique como conducta típica no sean actos concretos sino la "trayectoria" o "personalidad" del supuesto sujeto activo de la falta. Esos problemas, cuyo desconocimiento afecta a la esencia misma del Estado de Derecho, al conllevar un

[402] STC 69/1989 de 20 abril, FJ 1. En el mismo sentido, SSTC 69/1989, de 20 de abril, F. 1; 305/1993, de 25 de octubre, F. 5; 26/1994, de 27 de enero, F. 4; 184/1995, de 12 de diciembre, F. 3 y ATC 100/2001 de 26 de abril, FJ 4.

[403] BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 651 y 652. Por otra parte, como apunta Suárez-Mira, "no siempre se puede evitar el empleo de *términos valorativos*, pues hay materias en las que sólo estos términos permiten dotar de significado al correspondiente tipo". SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., "Manual de Derecho Penal...", ob. cit., pág. 107.

derecho penal de autor y no de resultado, se plantean de forma paradigmática con las expresiones como la *dignidad militar*[404], el *decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas* o la *imagen de la Institución Militar*.

Declara así la Sala 5ª en la STS de 18 de abril de 2005 que "por ello, no pueden aceptarse entre los fundamentos de hecho de la calificación jurídica de una falta muy grave que contiene en su descripción típica expresiones de carácter genérico que exigen de quien ejerce el «ius puniendi» disciplinario su concreción en actos precisos e individualizados, pues solo así interpretado el precepto aplicado satisface debidamente el requisito de taxatividad que es consecuencia necesaria del aludido principio de legalidad al que ha de sujetarse la actividad sancionadora de la Administración.

Despojado así el relato de esas connotaciones, hemos de señalar que también infringiría ese principio de legalidad la admisión de un derecho disciplinario «de autor», que conminara las sanciones disciplinarias en atención a la personalidad del encartado y no según la culpabilidad de éste en la comisión de hechos concretos. Al ser el derecho disciplinario emanación del «ius puniendi» del Estado, al igual que el derecho penal, resulta plenamente legítimo aplicar a la esfera administrativa sancionadora, y en este caso al ámbito disciplinario militar, como fundamento de la punición, el principio de culpabilidad que ha llevado al Tribunal Constitucional a proscribir (SSTC 65/1986, 14/1988 y 150/1991) un derecho penal «de autor» de las características mencionadas."

Mantiene asimismo el supremo órgano judicial militar que

> "Esos conceptos jurídicos, no pueden, en sí mismos, estimarse incompatibles con la exigencia de «lex certa» que se deriva del alegado principio constitucional, pero esa indeterminación, para que no desemboque en la inadmisible sanción de un mero tipo de autor, sino que se dirija a la corrección de los concretos e individualizados hechos de que se estime culpable a un determinado sujeto, ha de

[404] A la dignidad militar como decoro, probidad y honradez se refiere en el ámbito de la Guardia Civil la STS, Sala 5ª de 24 de enero de 2005 cuando declara los siguiente:

> "La dignidad militar en general, cuyo sentido se ha precisado por esta Sala en diversas sentencias, es, como dice la de 11-6-1996, una especificación de la más amplia categoría del honor al que se refiere el art. 1º del Reglamento Militar de la Guardia Civil que lo proclama como divisa del Cuerpo. Representa, pues, el decoro que debe esperarse del comportamiento habitual del Guardia Civil. Y la dignidad de la Institución de la Guardia Civil es la honorabilidad alcanzada por su actuación en el tiempo, ampliamente mayoritaria, de ejemplar comportamiento y abnegado servicio en el cumplimiento de las misiones y fines que determinaron su creación. A esa dignidad de la Institución ha de acomodarse la de sus miembros en cuanto al propio decoro de su conducta.". FJ 2.

"Y este decoro, que es concreción del honor, representa una segura salvaguardia contra el descrédito y menosprecio que, desde el punto de vista personal e institucional, llevan consigo los comportamientos indignos.

Esto sentado, hemos de decir que, en el ámbito de los actos ajenos al servicio, como es el que ha dado lugar a la sanción, aquellos comportamientos de los militares que se estimen contrarios a su dignidad han de fundamentarse en un básico reproche social, aunque este reproche se haga más exigente para ellos por ese plus ético a que nos hemos referido." (STS 32/1997, de 23 de abril, FJ 4). En el mismo sentido, Sentencias de 21 de septiembre de 1988 , 21de noviembre de 1988, 6 de octubre de 1989, 5 de diciembre de 1990, 24 de junio de 1991, 18 de mayo de 1992 y 1 de octubre de 1996.

> estar, por así decirlo, compensada por la precisión de la Autoridad sancionadora señalando concretamente que actos se integran –y de qué modo– en la falta que recoge aquellos conceptos indeterminados."[405]

En cuanto al principio *non bis in idem* "significa (dice Gómez Martínez) la prohibición de aplicar doble sanción (penal y administrativa)[406] cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento".[407]

Aunque en la legislación preconstitucional el principio resultaba naturalmente vulnerado, tras la CE 1978, si bien no se formula expresamente, "[s]egún una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo, el principio non bis in idem tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE , en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos […] protegiendo «al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer

[405] FJ 4. Con mayor claridad se expresa la STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 6, que declara lo siguiente:

> "A la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniere fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presencia de una cierta «tipología de autor». Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro. Para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido."

[406] El principio opera asimismo respecto a las posibles sanciones dictadas administrativamente por los mismos hechos. Así "[a]unque es cierto que este principio «ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos», esto no significa, no obstante, «que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos» (STC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3). Y es que en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in idem opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente." STC 188/2005, de 7 de julio, FJ 2.

[407] GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 326.

procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo» (STC 2/2003, de 16 de enero, FF. 2 y 8).”[408]

Añade el Alto Tribunal que

> “El principio non bis in idem tiene, en otras palabras, una doble dimensión: a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto «en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento», y que «tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; 177/1999, de 11 de octubre, F. 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, F. 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente» [SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. 3 a); y 229/2003, de 18 de diciembre, F. 3]; y b) la procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción «la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal» [SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. 3 c); y 229/2003, de 18 de diciembre, F. 3. SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso Franz Fischer contra Austria; y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sallen contra Austria].”[409]

Ahora bien, como afirma Gómez Martínez, ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero se admite una posible excepción en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, “que se justifica en la no coincidencia de fundamento, es decir, en la diversidad de bienes jurídicos tutelados aun cuando coincidan los otros dos elementos (sujeto y hecho)”.[410]

Así, ya admitida en la LORFAS 1985 (art. 4), la excepción al principio basada en la diversidad de bienes jurídicos tutelados se mantiene en el mismo precepto de la Ley Disciplinaria de 1998 al disponer lo siguiente, no obstante la imperativa prejudicialidad penal respecto a la declaración de hechos probados:

> “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.”

En el ámbito penal y disciplinario militar son así varios los supuestos que pueden dar lugar al *bis in idem*:

1.- Sanción penal y disciplinaria por los mismos hechos.

De esta forma son numerosos los ejemplos del catálogo de faltas leves y graves de los arts. 7 y 8 de la LORDFAS, cuya comisión puede asimismo integrar un delito

[408] STC 188/2005, de 7 de julio, FJ 2.
[409] *Ibídem.*
[410] GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 327.

tipificado en el Código Penal Militar. En esos casos parece que se aplica lo que Gómez Martínez llama el principio non bis idem en forma atenuada[411] puesto que para el cumplimiento de condena se abonará el tiempo de prisión preventiva rigurosa o atenuada, haciéndose también extensivo el abono al tiempo de detención y al de arresto disciplinario, si se hubiesen sufrido por los mismos hechos (art. 27 CPM)[412]. Sin embargo, lo cierto es que el militar infractor ha de soportar dos eventuales sanciones por los mismos hechos (una penal y otra disciplinaria) por mucho que se le abone el tiempo sufrido de privación de libertad, con una evidente infracción del principio *non bis in idem* tanto en su vertiente material como procesal o formal. Ya prácticamente desde su creación la Sala 5ª viene ofreciendo una sorprendente justificación al *bis in idem* en esos supuestos. Quizá la resolución paradigmática en este aspecto sea la Sentencia de 26 de junio de 1993, que aporta dos razones en ese sentido: la primera, que el antiguo art. 4 de la ley disciplinaria, cuando aludía a la obligación de no resolver el expediente disciplinario hasta la finalización de la causa penal, no se refería al procedimiento por falta leve (preferentemente oral y para el que no se nombra instructor ni secretario) sino al expediente por falta grave, instruido documentalmente y que consta de varias fases. La segunda razón para justificar una doble sanción penal y disciplinaria por un mismo hecho estriba para el Alto tribunal en que lo contrario equivaldría a privar al mando militar de una herramienta esencial para el restablecimiento inmediato de la disciplina.

Ello sigue manteniéndose en la constante y recientísima doctrina de la Sala 5ª, afirmando la compatibilidad de la duplicidad punitiva "en función del fin que cumple aquella reacción sancionadora para restablecer cuanto antes la disciplina como valor esencial a preservar dentro de la organización castrense, con abono a efectos de cumplimiento de la condena penal del tiempo correspondiente al arresto disciplinario sufrido por los mismos hechos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 27 CPM y 85 LPM."[413] Por otra parte, como podemos observar, el Tribunal Supremo acude al expediente de que la excepción al principio constitucional se halla consagrada legislativamente sin plantearse acaso la constitucionalidad de tales preceptos del Código Penal y Ley Procesal Militares. En este sentido la reciente STS, Sala 5ª, de 2 de julio de 2012 (FJ 12º), acude además al útil comodín de la relación de sujeción especial del

[411] *Ibídem.*, pág. 333.

[412] Referencias jurisprudenciales en este sentido las encontramos en las SSTS de 16 de abril, 28 de mayo de 2001, 10 de octubre de 2003, 27 de febrero, 20 y 22 de junio y 20 de diciembre de 2004 y 20 de mayo y 25 de diciembre de 2005.

[413] Más recientemente, por todas, Sentencias de 16 abril de 2001, 18 de enero de 2010 y 27 de enero de 2011, así como la de 2 de julio de 2012 (FJ 12º).

militar (FJ 13º), contradiciendo su propia jurisprudencia[414] y la doctrina constitucional, que afirma rotundamente que

> "La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección» (STC 234/1991, de 10 de diciembre, F. 2)."[415]

2.- Doble sanción disciplinaria por los mismos hechos.

Este supuesto se plantea fundamentalmente en los supuestos en que se aprecie la posible comisión de una falta grave a un militar ya sancionado por falta leve. Así, según el art. 63.1 LORDFAS "[d]entro de los quince días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución por la que se imponga una sanción por falta leve, la autoridad disciplinaria ordenará, si a su juicio los hechos sancionados pudieran ser constitutivos de una falta grave o de una de las causas del artículo 17 de esta Ley, la apertura del procedimiento correspondiente, o dará parte a la autoridad competente para ello." No obstante, parece que vuelve a aplicarse el principio *non bis in idem* en forma atenuada ya que, si se aprecia la existencia de una falta grave o causa de sanción extraordinaria *se acordará la nulidad de la sanción anterior, imponiéndose la sanción disciplinaria que corresponda, y abonándose, si ello fuera posible, la sanción ya cumplida*. (art. 63.3 LORDFAS).

Sin embargo, el supuesto más espinoso tiene lugar, en mi opinión y coincidiendo con Blanquer[416], con el supuesto de la falta grave tipificada en el art. 8.37 LORDFAS: "Cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas sancionadas con arresto", así como con la causa de sanción disciplinaria extraordinaria

---

[414] Basta la cita de la STS, Sala 5ª, de 22 de junio de 2004, que declara lo siguiente:

> "Para que se dé la interdicción de doble sanción que garantiza el «non bis in idem» es preciso que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Identidad que debe darse, incluso, en el caso en que exista una relación de especial sujeción entre el sujeto y el Estado. La reiteración del ius puniendi del Estado resulta inadmisible también en esos casos de supremacía especial de la Administración. Lo que ocurre es que en esas relaciones de especial sujeción existen deberes y obligaciones de los sometidos a ellas que se relacionan con específicos bienes jurídicos en cuya protección y tutela frecuentemente se encuentra el diverso fundamento del ejercicio de la potestad sancionadora, que justifica la doble sanción sin detrimento alguno del referido principio, que, como hemos ya dicho, es parte integrante del derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora." (FJ 2).

[415] STC 188/2005, de 7 de julio, FJ 2.

[416] *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 667 y ss.

del art. 17.5: "Cometer falta grave teniendo anotadas y no canceladas al menos dos faltas graves". La constitucionalidad de estos tipos disciplinarios, que castigan la reincidencia, no puede sostenerse en base al distinto fundamento o bien jurídico protegido vulnerado puesto que, como declara el Tribunal Constitucional en un supuesto muy similar, [la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, al tipificar como falta disciplinaria muy grave el «[h]aber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año»] "las sanciones indicadas se enmarcan dentro de la potestad disciplinaria de la Administración policial y, consecuentemente, se encuentran dirigidas a asegurar –de manera directa o indirecta– el orden organizativo interno y el correcto funcionamiento del servicio público policial, al objeto de permitir una adecuada realización de las funciones constitucional y legalmente atribuidas a los cuerpos y fuerzas de seguridad, por lo que todas las referidas sanciones tienen un idéntico fundamento, esto es, protegen un mismo interés jurídico. En otras palabras, el castigo de la reincidencia o de la reiteración de los ilícitos contra la disciplina policial perseguido por la infracción disciplinaria muy grave tipificada en el artículo impugnado (y la sanción a ella ligada) no tiene como objeto la protección de un interés jurídico distinto al defendido a través del resto de infracciones (leves, graves o muy graves), y sus correspondientes sanciones, que (tipificadas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, y en lo que aquí interesa en el Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por el Real Decreto 884/1989, de 14 de julio, integran sustancialmente el régimen disciplinario de los diferentes cuerpos de policía (además de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, para este instituto armado). Y ello, por supuesto, con independencia de que mediante la sanción de la reincidencia pretenda castigarse el plus de desvalor que para el mantenimiento del orden organizativo interno o de la disciplina tenga el reiterado incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas para asegurar el normal funcionamiento doméstico de la Administración policial y, en definitiva, para la correcta prestación del servicio público que ésta tiene encomendado."[417]

La misma argumentación sustenta en mi opinión la inconstitucionalidad de los arts. 8.37 y 17.5 LORDFAS, sin perjuicio de la apreciación de la reincidencia,

[417] STC 188/2005, de 7 de julio, FFJJ 5 y 6.

teniéndola en cuenta como agravante en el momento de la graduación de la sanción a imponer.

3.- Sanción disciplinaria con base en una previa sanción penal de un orden distinto.

Distinto es el supuesto en que "los hechos" que dan lugar a la sanción disciplinaria extraordinaria sean exclusivamente "[h]aber 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." (art. 17.6 LORDFAS).[418]

En este caso, no existen unos hechos que dan lugar (antes o después) a un doble procedimiento o sanción sino que, dicho de otra manera, la misma infracción consiste en haber sido previamente condenado en sentencia firme a pena de prisión y se fundamenta en ciertos mínimos de moralidad y ejemplaridad exigibles a los miembros de la institución militar, que quedarían así quebrantados por la imposición al profesional de una previa condena penal.

Se apela así por el Tribunal Supremo al "sentimiento del honor y de la recta conciencia, es decir, la honradez, como virtudes principales de todos los militares, imponiéndoles el deber de velar por el buen nombre de la colectividad militar y por el suyo propio, en cuanto miembros de ella, y de manifestar con su forma de proceder los principios que animan su conducta y el propósito de no dar motivo alguno de escándalo (arts. 29 y 42 de las Reales Ordenanzas)."[419]

No se incurre así, según el supremo órgano de la justicia militar, en vulneración del principio *non bis in idem*, puesto que la sanción obedece a un distinto fundamento o bien jurídico protegido.

---

[418] Respecto al régimen disciplinario de la Guardia Civil, la Ley Orgánica 12/2007 desdobla la previa condena penal por infracción dolosa en sentencia firme en sendas infracciones disciplinarias muy graves y graves, dependiendo, respectivamente, de que esté "relacionado con el servicio, o cualquier otro delito que cause grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica." (art. 7.13) o que "no constituya infracción muy grave, o por una falta dolosa cuando la infracción penal cometida esté relacionada con el servicio, o cause daño a la Administración o a los administrados." (art. 7.29). Parece, a la vista de los preceptos sancionadores, que se ha eliminado el plus de moralidad exigible aun a los miembros de las FAS para los que cualquier condena de reclusión por delito doloso o por delito imprudente cuando la condena fuera superior a un año de prisión conlleva automáticamente la apertura de un expediente gubernativo, que ofrece muchas posibilidades de finalizar con la carera del profesional en cuestión.

[419] STS de 22 de junio de 2004, FJ 4º.

Así (dice el Alto Tribunal, en el caso de una previa condena a un guardia civil), la causa de la sanción disciplinaria se anuda a la contemplación de la condena penal, no desde la perspectiva del ataque al bien jurídico que se ha tenido en cuenta al imponerse la pena a los recurrentes como autores de un delito de contrabando, agravado por el prevalimiento de su carácter público, sino desde el prisma de la infracción de esa potenciada exigencia de integridad en su conducta para preservar el prestigio del Cuerpo al que pertenecen, que constituye el interés tutelado mediante la imposición de la sanción disciplinaria, en cuanto su comportamiento, declarado delictivo en la resolución judicial, representa un deterioro de esa integridad y compromete el buen nombre de la Institución. Y, en consecuencia, como el bien jurídico protegido y el interés tutelado por una y otra respuesta sancionadora son diversos, no entraña su coexistencia conculcación ninguna del alegado principio «non bis in idem», aunque la sentencia penal haya tenido en cuenta la condición de Guardias Civiles de los autores para la punición, al apreciar la concurrencia de la agravante dicha, porque, a pesar de esa agravación, de ninguna forma puede admitirse que la pena impuesta abarque el desvalor de la conducta derivado de esa conculcación de los deberes militares a que hemos hechos mención, con el consiguiente ataque al bien jurídico que representa el prestigio y buen nombre del Benemérito Instituto.[420]

A mayor abundamiento declara el Tribunal Supremo, ya bajo la vigencia de la Ley Orgánica 12/2007, que

> "La doble respuesta sancionadora queda proscrita en los casos en que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos, pero no cuando existiendo las dos primeras identidades la reacción contra el mismo infractor se produzca en el seno de una relación de supremacía o de sujeción especial, de la que se deriven deberes y obligaciones asimismo infringidos cuya protección no quedaría cubierta meramente con la pena precisando además de la reacción disciplinaria, para que la sanción de esta clase abarque la totalidad de la actuación antijurídica protagonizada por el mismo sujeto", añadiendo que "de nuestra jurisprudencia forma parte asimismo que la condena penal constituye la razón de ser de la sanción disciplinaria y no los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento, cuya doble sanción desde la misma perspectiva resultaría entonces lesiva del esencial principio obstativo del <<bis in idem>> (SS. 10.02.2006 (RJ 2006, 880); 20.02.2006; 11.07.2006; 19.10.2006; 26.01.2007 (RJ 2007, 679); 29.03.2007; 24.04.2007 y 15.05.2007, entre otras)".
>
> Por su parte, nuestra Sentencia de 22 de septiembre de 2009 indica que "la causa que determina la apreciación de la falta disciplinaria muy grave prevista en el apartado 13 del artículo 7 de la Ley Orgánica 12/07, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil no radica, en puridad, en la mera comisión de los referidos delitos, que fueron castigados mediante la imposición de las correspondientes penas de prisión y sus accesorias, sino en el hecho de haber sido un funcionario el condenado penalmente por los mismos unido a la relación de sujeción especial que vincula al funcionario con la Administración y a la relación del delito cometido con el servicio, o a que su comisión por un funcionario policial cause grave daño a la administración, a los ciudadanos o al cuerpo al que pertenece. (…) En la medida en que ambos reproches obedecen a la vulneración de distintos bienes jurídicos objeto de protección y que, por ello, la dualidad pena-sanción

[420] *Ibídem.*

> administrativa se revela necesaria para abarcar la totalidad del injusto penal y disciplinario, no cabe conceptuar la sucesión de dichas respuestas de excesiva, desproporcionada y lesiva del derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), en que se inscribe el referido principio…"[421]

Si bien, como opina Jiménez Villarejo, aunque esta construcción argumental resulte tan sólida de manera que su aceptación no resulte problemática[422] de conformidad con el principio de legalidad ex art. 25 CE (más concretamente, desde el punto de vista del principio *non bis in idem*) sí ofrece, a mi juicio, problemas de constitucionalidad desde el prisma del principio de proporcionalidad ya que, aparejar la apertura de un expediente gubernativo que puede finalizar con la carrera del profesional (art. 18 LORDFAS) a la comisión –sin ninguna clase de graduación o distinción- de un previo delito doloso o imprudente que supere la pena de un año de prisión (algo a lo que desgraciadamente todos nos podemos ver expuestos) supone, en mi opinión, desbordar los límites del principio que igualmente impone el art. 25 CE respecto a la proporcionalidad de las sanciones, incluso teniendo en cuenta el plus de moralidad exigible a los militares. Resulta así paradójico que profesionales con una excelente hoja de servicios y bien conceptuados por sus jefes comprueben cómo se les inicia un expediente disciplinario por falta muy grave debido a una previa condena penal.[423]

En relación al derecho comparado, todos los sistemas de nuestro entorno

---

[421] STS de 31 de marzo de 2011, FJ 1º. García de Enterría prefiere justificar el *bis in idem* en la necesidad de "una actuación disciplinaria que tutele o depure el propio aparato interno" administrativo, antes que acudir a la doctrina de la "relación de sujeción especial" a la cual opone "serias reticencias" Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob. cit., pág. 180.

[422] JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Algunas consideraciones sobre el principio "non bis in idem" y su vigencia en el ordenamiento sancionador militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 65, enero-junio 1995, Madrid, pág. 30. Autores como Alli se muestran, sin embargo, contrarios a excepcionar el principio *non bis in idem* ni siquiera en supuestos en que el bien jurídico protegido o fundamento resulte distinto, con la posibilidad de sancionar una condena penal en un orden distinto como falta disciplinaria militar, ya que "dado que todo delito penal, militar o civil, atenta contra la disciplina interna de las FAS para eso están las medidas accesorias y cautelares: suspenso de empleo, etc., previstas tanto en la LODFAS como en la LRPFAS." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., págs. 401-404.

[423] Resulta así habitual el inicio de expedientes gubernativos por condenas de delitos contra la seguridad vial, infracciones penales dolosas que se cometen con la conducción superando en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente. (art. 379 del Código Penal común). Aun más habitual, aunque ya fuera del ámbito sancionador, resulta la resolución del compromiso de los militares de tropa y marinería con compromisos temporales, debido igualmente a la condena por delito doloso o a la imposición de sanción disciplinaria extraordinaria por aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas [arts. 118.1 h) e i) de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar y art. 10.2 i) y j) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería]. Igualmente, los alumnos de los centros docentes militares de formación pueden causar baja como consecuencia de la imposición de sanción disciplinaria por falta grave de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas o, igualmente, de una sentencia firme condenatoria por delito doloso. [letras d) y e) del art. 71 de la Ley de la Carrera Militar].

establecen, con más o menos diferencias respecto al nuestro, en su legislación disciplinaria militar sistemas sancionadores que contemplan sanciones privativas de libertad del militar[424], como consecuencia de un expediente administrativo, salvo en

[424] Así, el catálogo de sanciones a imponer, según Nolte, "normalmente consisten en alguna clase de amonestación, la pérdida de ciertos privilegios, confinamiento en la Unidad y ciertos arrestos. Aunque muchos de los países analizados también imponen multas, Bélgica, Italia y España consideran que imponer multas como sanción es incompatible con la condición de militar." NOLTE, G. (ed.), *European Military Law Systems*, ob. cit., pág. 130. Debemos, sin embargo, añadir que en el caso español la sanción de haberes o multa pecuniaria ya se contempla en la Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Así, como sanción por falta leve (Pérdida de uno a cuatro días de haberes con suspensión de funciones, arts. 11.3 y 16) y como sanción por falta grave (Pérdida de cinco a veinte días de haberes con suspensión de funciones, arts. 11.2 y 16). El legislador fue tradicionalmente reticente en algunos sistemas, entre ellos el nuestro, al establecimiento de sanciones económicas en el régimen disciplinario militar. Nolte, quizá de forma atinada, considera que la razón se debe a que en "estos países se considera contrario a la idea del honor militar la imposición de sanciones pecuniarias: se presume que los militares desempeñan su función por alguna motivación más que la económica; por ello, la imposición de multas no se contempla como un castigo para retribuirlas faltas." *Ibídem.*, pág. 138. Por lo demás, la mayor parte de los sistemas suelen distinguir una gradación en las sanciones disciplinarias, que van desde la simple reprensión hasta la restricción o privación de libertad con distintos límites temporales (hasta 8 días en Holanda, que distingue entre arresto atenuado o *vigorous arrest*; entre tres días y tres semanas en Alemania o hasta 40 días en Francia). El sistema disciplinario francés distingue tres grupos posibles de sanciones: de primer, segundo y tercer grupo. Las sanciones aplicables según el primero, en el que se hallan las privativas o restrictivas de libertad (caracterizadas igualmente por la menor afectación a la libertad personal), son las siguientes: Advertencia, arresto, reprimenda, reprobación, arresto (asimilado a prisión) y reprobación del ministro. Las sanciones de segundo grupo son: Exclusión de funciones con una duración máxima de cinco días con privación de toda remuneración; privación del ascenso. Las sanciones de tercer grupo pueden consistir en: Deposición de empleo, de acuerdo con las disposiciones del artículo L.4138-15 del *Code de la défense*; o la separación del servicio en la escala activa o la resolución del compromiso. (art. L4137-2 del *Code de la défense*). Entre las sanciones del primer grupo se encuentran, en su distinta intensidad, las afectantes al derecho a la libertad personal. Así, la llamada detención (similar a la privación de salida) se impone por jornadas, que no pueden ser superior a veinte, de forma que "[u]na jornada (*tour*) de detención corresponde a la privación de una mañana, del mediodía, o la salida de una tarde. La privación de un día entero sin salir equivale a tres jornadas de detención. El número de jornadas de detención susceptibles de ser impuestas por una misma falta o una misma infracción no puede ser superior a veinte. Pendiente la ejecución de sus jornadas de detención, el militar está privado de salir y de todo permiso, salvo por circunstancias familiares. La detención supone que los permisos dejan de tener efecto, pero los permisos en curso no son suspendidos, mientras no se produzca la notificación de la detención." (art. R4137-27, incorporado por Decreto nº 2008-392, de 23 de abril de 2008). Respecto a los denominados arrestos "se computan en días. El número de arrestos susceptibles de imponer por una misma falta o infracción no puede ser superior a cuarenta. [...] El militar sancionado con días de arresto efectúa su servicio en las condiciones normales [...y] puede obtener permisos por circunstancias familiares. (art. R4137-28, incorporado por Decreto nº 2008-392, de 23 de abril de 2008). Si una sanción de arresto está motivada por una falta o infracción que se traduce en un comportamiento peligroso para el mismo o para otros, la autoridad militar de primer nivel puede decidir que el arresto conlleve un período de aislamiento en lugar cerrado [...] *En el transcurso de este periodo, el militar en aislamiento deja de participar en el servicio*. [...]" (art. R4137-29, incorporado por Decreto nº 2008-392, de 23 de abril de 2008). Similar gradación existe en el sistema italiano donde "las sanciones disciplinarias *di corpo* (aquellas que no afectan al estatuto del militar) pueden consistir en la reprimenda, en el arresto [consistente en la simple privación de salida por un máximo de 7 días consecutivos] y el arresto de rigor", caracterizado éste último por la reclusión en lugar determinado, vivienda, buque o cuartel por un tiempo máximo de 15 días. (art. 14 de la Ley italiana de disciplina militar de 11 de julio de 1978). El ordenamiento portugués contempla un cuadro de sanciones disciplinarias muy similar a la LORFAS española. Así las sanciones disciplinarias aplicables "por orden creciente de gravedad son: a) Reprensión; b) reprensión agravada; c) prohibición de salida; d) suspensión del servicio; e) prisión disciplinaria" (art. 30.1 de Ley Orgánica 2/2009, de 22 de julio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Militar). Por lo que respecta a los correctivos afectantes a la libertad personal, de forma muy similar a lo que sucede en el sistema español, la privación de salida consiste en la permanencia continuada del militar sancionado en el

Dinamarca y Reino Unido, cuyos sistema punitivos no distinguen entre sanciones penales y disciplinarias.[425]

Suelen establecerse distinciones en la legislación comparada según la gravedad de las sanciones impuestas disciplinariamente. Así, las leves, pueden ser impuestas por los mandos militares, mientras que las estatutarias o afectantes a la relación profesional o estatutaria del militar requieren mayores garantías, llegando en algún ordenamiento, como el alemán, a la necesidad de que sean impuestas tras un procedimiento y ante unos órganos asimilables a los jurisdiccionales. [426]

Otra característica común a los distintos sistemas disciplinarios de derecho comparado, es que la previsión de las sanciones se establece en virtud del rango o empleo militar del infractor. Así, el cuadro de sanciones (incluidas las privativas de libertad) no es el mismo según que el infractor sea un soldado o un oficial; un militar de

---

acuartelamiento o buque, con duración no superior a 20 días, y sin perjuicio del servicio. (art. 33 de la Ley disciplinaria); sin embargo, la llamada prisión disciplinaria consiste en la privación de libertad del infractor de uno a treinta días en establecimiento militar al efecto, sin que, evidentemente, pueda desarrollar las tareas propias del servicio. (art. 35).

[425] En este sentido, el art. 37 de la Ley danesa de Administración de Justicia Militar (MRPL) establece que el derecho penal y el disciplinario no son sistemas separados. Al respecto, esta norma establece tres tipos de sanciones: sanciones penales, sanciones disciplinarias y castigos sin proceso o sanciones de plano (*punishment without criminal trial*). El llamado "castigo sin proceso", según Nolte, se usa para infracciones menores (artículos 29-36 MRPL). Es una mezcla de medidas disciplinarias y penales. Por una parte, siguiendo a este autor, estas medidas están previstas como castigos a imponer en un proceso penal, mientras por otro lado los superiores disciplinarios pueden imponerlas sin proceso. *Vid.* al respecto, NOLTE, G. (ed.), *European Military Law Systems*, ob. cit., pág. 129 y ss. En cuanto al sistema británico se halla actualmente contenido en la nueva *Armed Forces Act, 2006* (Capítulo 52). Esta norma regula de forma conjunta el arresto de militares por la policía y las sanciones, sean impuestas por un Tribunal Militar o por los mandos militares (*commanding officer*) quienes pueden imponer las siguientes sanciones: Retención o arresto por un máximo de 90 días, multa de acuerdo con la antigüedad, reducción en el rango o clasificación, reprensión severa o indemnizaciones compensatorias (secc. 132). Establece la ley británica asimismo numerosas facultades administrativas que chocan con nuestro modelo de Estado de Derecho y con nuestra conciencia jurídica latina. Así se atribuyen a la policía facultades de arresto del militar "que razonablemente es sospechoso de cometer o haber cometido una falta por razón del servicio" (sección 67) o de quien razonablemente sospeche que está a punto de cometer una falta por razón del mismo (secc. 69). Asimismo, aunque la regla general es que la entrada y registro en lugares y alojamientos debe ser autorizada por el *judge advócate*, resulta posible en los supuestos determinados en la sección 87, subs. 3ª que el *commanding officer* autorice la entrada y registro en determinados lugares, incluyendo alojamientos y residencias militares, siempre que el oficial tenga motivos razonables para creer: " a) que existen las condiciones mencionadas en sección 83 (1) (b) (i) a (v) en relación con el lugar y, b) que es probable que el propósito del registro se pueda ver frustrado o perjudicado si no se realiza a tiempo de acuerdo con subsección (2)" (secc. 87). En Portugal sí que se diferencia con claridad el procedimiento disciplinario del proceso penal en la Ley Orgánica 2/2009, de 22 de julio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Militar. Así el art. 8.1 (*Autonomia do procedimento disciplinar*) dispone lo siguiente: "A conduta violadora de algum dever militar que seja tipificada como crime é passível de sanção disciplinar, independentemente da punição criminal a que houver lugar." Y el art. 9.1 (*Princípio da independencia*): "O procedimento disciplinar é independente do procedimento criminal." Dejan clara la separación entre las dos esferas punitivas del Estado respecto a los militares portugueses.

[426] Sería algo similar a la distinción que se establece en la Ley italiana de disciplina militar de 11 de julio de 1978, que distingue entre medidas disciplinarias *at corpus* (*di corpo*) y *at status*. (art. 14).

carrera o permanente o uno temporal; y, en fin, un profesional o un alumno de la enseñanza militar de formación.[427]

Independientemente de que consideremos la legitimidad constitucional (desde el punto de vista del principio de proporcionalidad) de las sanciones, así como de las medidas preventivas, afectantes al derecho a la libertad personal existentes en nuestro sistema disciplinario militar, que pueden llegar a alcanzar los dos meses de privación de libertad (30 días en el caso del arresto preventivo en establecimiento disciplinario militar), lo cierto es que su establecimiento resulta plenamente conforme a la Constitución (art. 25.3 CE), siendo que además, como hemos tenido oportunidad de comprobar, los sistemas disciplinarios contemporáneos y próximos al nuestro (los que efectivamente distinguen el sistema disciplinario del penal) establecen igualmente sanciones administrativas privativas o restrictivas de libertad similares tanto en su naturaleza como duración, dejando a salvo, obviamente, la legítima opción del legislador de eliminar las sanciones privativas o restrictivas de libertad de nuestro sistema disciplinario militar, decisión que (en lo que respecta a las faltas leves) ya formó parte del decaído proyecto de nueva ley orgánica de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.[428]

[427] Así sucede, por ejemplo que, según la británica *Armed Forces Act, 2006* la detención, reducción de rango o ciertos castigos más leves no resulta posible imponerlos a oficiales. Asimismo el reglamento italiano para el desarrollo de la ley disciplinaria permite que los militares de tropa, suboficiales y oficiales que posean alojamiento propio cumplan la sanción en el mismo. (art. 64.4 del Decreto del Presidente de la República de18 de julio de 1986, por el que se aprueba el reglamento disciplinario). De igual forma, el art. 30.3 de la Ley Orgánica 2/2009, de 22 de julio, que aprueba el Reglamento portugués de Disciplina Militar dispone que a los militares en régimen de voluntariado o con compromisos temporales, además de las sanciones del art. 30.1 (a los militares permanentes o de carrera resulta posible imponerles además la "reforma compulsiva" o la separación del servicio) es posible sancionarlos con la baja forzosa en las FAS. En el artículo 30.5, al igual que sucede en España, se prevén especialidades sancionadoras para los alumnos de la enseñanza militar de formación.

[428] De ello daba cuenta la Exposición de Motivos del proyecto caducado: "Uno de los elementos más destacados del nuevo sistema disciplinario se refiere a las sanciones de arresto, que no podrán imponerse por falta leve sino que quedan limitadas a las infracciones de carácter grave y muy grave y se cumplirán en un establecimiento disciplinario militar. Cabe que la autoridad que imponga el arresto por falta grave acuerde su cumplimiento en la unidad del sancionado, con participación en las actividades que se determinen." (IV). Así, por falta leve su art. 11.1 preveía las siguientes sanciones: Reprensión, reprensión agravada y suspensión de actividad de uno a diez días. Los correctivos previstos por la comisión de una falta en el proyecto eran los siguientes: Suspensión de actividad de once a veinte días, arresto de ocho a treinta días así como pérdida de destino. (art. 11.2). Por falta muy grave (ahora conocidas como causas de sanción disciplinaria extraordinaria): Arresto de treinta y uno a sesenta días, suspensión de empleo de dos meses a un año, pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica, separación del servicio o, finalmente, resolución de compromiso. (art. 11.3). *Vid*. el proyecto decaído en *BOCG* nº 129-1, Congreso de los Diputados, de 10 de junio de 2011, IX Legislatura, año 2011.

5.4.- El derecho a la libertad de residencia y circulación de los militares. El deber de presencia y la disponibilidad permanente.

La Constitución de 1978 en su art. 19 reconoce a los españoles[429] el "derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos."

"El art. 19 CE reconoce a "los españoles" cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional. A pesar de que el tenor literal del mencionado precepto constitucional aluda de forma expresa únicamente a los ciudadanos españoles como titulares de dichos derechos fundamentales, la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado que de dicha regulación no puede extraerse la conclusión de que los extranjeros no puedan ser titulares de derechos fundamentales garantizados en la mencionada norma constitucional: "la dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE" [SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4 a)], cuyo apartado 1 dispone que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley." (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 5).[430]

El contenido del derecho fundamental a la libertad de circulación, como afirma Bastida, "es en definitiva la libertad de ir y venir, la libertad de movimientos, y tiene una delimitación geográfica precisa: el territorio nacional [...] La libertad de circulación

[429] Aunque la Constitución limite el derecho a los españoles "los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 C.E., aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE." (STC 94/1993, de 22 de marzo, FFJJ 2 y 3). Asimismo, por todas, SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 4 y 72/2005, de 4 de abril.

[430] En el mismo sentido, González-Trevijano, quien desglosa este derecho "en tres principales facultades:
a) La facultad de circular por todo el territorio nacional, principalmente a pie o por vehículos de motor.
b) La facultad de fijar la propia residencia en cualquier parte del territorio estatal.
c) La facultad de salir definitiva (emigración) o temporalmente del territorio, así como de entrar en el mismo." GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1991, pág. 19.

es por todo el territorio nacional, pero no incluye el derecho a abandonarlo o a entrar en él. Éste último es un derecho de los llamados «de configuración legal», pues su delimitación se remite al legislador sin otro condicionamiento que el de no limitarlo por motivos políticos o ideológicos..."[431]

"[L]a libertad de residencia, reconocida en el art. 19 C.E., supone, ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar. Y, en este sentido, el domicilio es siempre, precisamente, lugar en el que se habita, si bien tal habitación, para determinar la existencia del domicilio, ha de hallarse cualificada por la presencia de determinadas notas. Cuáles sean esas notas dependerá de la concreta consideración del domicilio en cada caso, pudiendo hacer referencia, por ejemplo, a la habitualidad, como vendría a ser lo propio del concepto de domicilio del Código Civil (art. 40), a constituir el lugar donde se establece la sede jurídica de la persona o, en fin, a aquel donde se desarrolla la vida privada de la persona física, como es lo característico del concepto de domicilio cuya inviolabilidad está protegida por el art. 18 C.E. (STC 22/1984 ó 50/1995). En cualquier caso, lo que no puede discutirse es que el derecho a habitar en un determinado lugar, "el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente" (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2º) que el art. 19 C.E. proclama, implica el reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio, con lo que resulta que es también un derecho a la libre elección del mismo."[432]

---

[431] BASTIDA FREIJEDO, F.J., "Temas básicos de Derecho Constitucional", Tomo III, en VV.AA. (Aragón Reyes, M., Coord.), Madrid, 2001, pág. 153. En este sentido cabe decir que el derecho a entrar en España lo ostentan solamente los españoles "pero -a diferencia de lo que sucedía con el sufragio pasivo en las elecciones municipales- el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la ley. Que de la Constitución no se derive un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España no significa, evidentemente, que el derecho del extranjero a entrar en nuestro país conforme a lo regulado por la ley carezca de protección: se tiene la protección que el ordenamiento dispensa a los derechos que concede la ley y, en concreto, sí que tienen los extranjeros -aunque no hayan entrado (en el sentido jurídico estricto) en España, sino que sólo se encuentren fácticamente en territorio español, en situación, por tanto, de "sometimiento ... a un poder público español" [STC 53/2002, 27 de febrero, FJ 4 a)]- el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva -art. 24.1 CE- (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 115/1987, de 7 de julio, FJ 4) para la defensa del derecho del que se consideren asistidos ante los Jueces y Tribunales españoles." (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 8).

[432] STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7. Para quien está fuera de España (...) el derecho a entrar en el territorio nacional protege la conducta consistente precisamente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en el territorio nacional. La libertad de residencia, por su parte, protege la conducta del individuo consistente en "elegir libremente su residencia en territorio español": es "el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente" en España (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7, que cita el ATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2). [...]El extranjero que (...) no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia -el derecho a elegir el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente en el territorio español- para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto: el de entrar en el territorio nacional. Para ese extranjero la circunstancia de encontrarse

Los límites que el derecho positivo impone a este derecho fundamental en el caso de los militares vienen determinados por el deber de presencia del militar así como la disponibilidad permanente para el servicio; sin embargo, la obligación de residir en la localidad del destino así como el consiguiente deber de presencia no resultaron tradicionalmente ajenos a los propios de cualquier funcionario público, más adelante suavizados por la jurisprudencia constitucional[433]; en este sentido, el art. 77.1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado establecía la obligación del funcionario de *residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios* (apartado 1), aunque "[p]or causas justificadas, el Subsecretario del Departamento podrá autorizar la residencia en lugar distinto, siempre y cuando ello sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo." (apartado 2).[434]

Bien es cierto, no obstante, que en el caso de los militares los límites impuestos por los mentados deberes de disponibilidad y permanencia son más intensos que en el resto de los empleados públicos, toda vez que la ausencia del destino durante más de tres días –que en el caso de un militar profesional llega a constituir una conducta delictiva *ex* art. 119 CPM- para otro funcionario público no pasa de una falta leve.[435]

Actualmente, los DDFF objeto de comentario son desarrollados para los miembros de las Fuerzas Armadas, en el art. 11 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes, *Libertad de desplazamiento y circulación*, que aparece con la siguiente dicción:

> "1. El militar podrá desplazarse libremente por el territorio nacional sin perjuicio de las limitaciones derivadas de las exigencias del deber de disponibilidad permanente a que se refiere el artículo 22.

---

ya en España constituye un presupuesto lógico -y, en este caso, también cronológico- para que pueda entrar en juego la libertad de residencia en el territorio nacional. Mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia ni, por tanto, cabe aceptar que los eventuales impedimentos u obstáculos del poder público a las pretensiones del extranjero constituyan vulneraciones de la libertad de residencia garantizada por el art. 19 CE. (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 4). Cuestión aparte es la de los ciudadanos de la Unión Europea, a los que el art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 garantiza el derecho a circular libremente por el espacio comunitario:

"La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia." Versión consolidada 2010/C 83/01, Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

La libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la Unión se consagra asimismo en el art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[433] *Vid.* en este sentido STC 90/1995, de 9 de junio.

[434] Esta norma hay que entenderla solo derogada en la medida de lo establecido en la disposición final 4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

[435] Ese plus de reproche o severidad con que se limita a los militares los señalados derechos constitucionales es puesta de manifiesto en JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Derechos y deberes del militar profesional...", ob. cit., págs. 460 y 461.

> 2. En los desplazamientos al extranjero se aplicarán los mismos criterios que a los que se realicen en territorio nacional. En función de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior, será preceptiva una autorización previa de conformidad con lo que se establezca por orden del Ministro de Defensa."

Por otra parte, en el art. 23, *Residencia y domicilio,* dispone lo siguiente:

> "1. El lugar de residencia del militar será el del municipio de su destino. También podrá ser uno distinto siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que se establezcan por orden del Ministro de Defensa.
>
> 2. El militar tiene la obligación de comunicar en su unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal, así como cualquier otro dato de carácter personal que haga posible su localización si las necesidades del servicio lo exigen."

Como podemos observar, y frente al régimen de las antiguas Reales Ordenanzas de 1978, aunque se presume que el lugar de residencia del militar es el de su destino, puede ser otro, siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones y que se comunique en su destino para asegurar la disponibilidad del militar. El mismo límite opera, al igual que en las derogadas ROSFAS de 1978, para desplazarse por el territorio nacional y al extranjero, salvo que por circunstancias derivadas de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior se exija previa autorización, de acuerdo con lo que establezca una orden ministerial. En el art. 175 de las Ordenanzas derogadas se imponía, sin embargo, para los desplazamientos al extranjero la previa autorización de sus superiores.[436] Debemos aclarar, sin embargo, que el señalado precepto de las ordenanzas de 1978 ya había sido derogado por la disposición

[436] El art. 175 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, disponía lo siguiente:

> "El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino. Por circunstancias atendibles podrá autorizársele 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 precepto ya había sido derogado por la Disposición derogatoria única.1 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar. Para los miembros de la Guardia Civil la Ley Orgánica 11/2007 establece en su art. 6 una regulación similar de la libertad de desplazamiento y circulación, solo matizada en lo que a los desplazamientos al extranjero se refiere, que deberán ser previamente comunicados a sus superiores (art. 6.2). En lo que respecta al régimen de horario de servicio de los miembros de la Guardia Civil, se contempla en el art. 28 igualmente el deber de disponibilidad permanente para el servicio. Sí parece más restrictiva, frente a la ley orgánica de derechos de los militares de las FAS de 2011, la obligación de los miembros de la Guardia Civil de fijar su domicilio en el municipio de su destino ya que la elección de otro lugar debe autorizarse "[s]iempre que se asegure el adecuado cumplimiento de las obligaciones profesionales […], en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan…" En cuanto al deber de encontrarse localizable así como de comunicar el domicilio habitual o temporal, la redacción del art. 21.2 de la Ley Orgánica 11/2007 es muy similar a la Ley Orgánica 9/2011, de derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas. (art. 23.2).

derogatoria única 1 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, por lo que, en realidad, al momento de entrada en vigor de la nueva ley de derechos y deberes de 2011, ya no resultaba exigible al militar la residencia en el lugar de su destino sino que la cuestión pasaba a estar regulada exclusivamente por el mismo art. 19 CE, con las mismas limitaciones que el resto de los ciudadanos, lo que, en la práctica vino a vaciar de contenido el tipo penal de abandono de residencia tipificado en el art. 119 CPM.[437]

Podemos pues concluir que, salvo en el marco de operaciones en el exterior o derivadas de la coyuntura internacional –debidamente previstas por orden ministerial-, el militar goza del mismo derecho a la libertad de residencia y circulación que cualquier ciudadano, con las obvias limitaciones del deber de disponibilidad permanente, lo que implica que podrá ejercer estos DDFF, siempre que la distancia derivada del desplazamiento o residencia en otro lugar distinto al del destino no le impidan cumplir con sus obligaciones laborales –al igual que sucede con cualquier otro servidor público- o estar disponible para llevarlas a cabo, cuando a ello sea requerido, por lo que se impone el deber de la comunicación previa al objeto de estar localizable. Ésa se

[437] Así se declara en la STS de 20 de diciembre de 2009 (Recurso nº 101-7/2009), que confirma la absolución a un cabo de la Legión de este tipo delictivo por parte del Tribunal Militar Territorial Segundo. Declara en este sentido el Alto Tribunal que, derogado el art. 175 ROSFAS 1978 por la Ley 39/2007, resulta asimismo inaplicable el tipo penal de abandono de residencia del art. 119 CPM ya que "[l]a tipificación de la acción de ausentarse de la residencia estaba construida sobre la existencia no del derecho a elegirla libremente, sino del deber de tenerla en el lugar impuesto: el de su destino. Si una ley no hubiera impuesto ese deber, la acción de irse del lugar elegido libremente para residir no habría constituido delito porque no sería ilícita, sino inequívoco ejercicio del derecho fundamental a elegir libremente el lugar donde estar transitoria o permanentemente. Esta hubiera sido la valoración de la acción de ausentarse si no hubiese estado vigente el artículo 175 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Y derogado, ésta es la valoración actual. Y frente a esta conclusión no cabe invocar el artículo 119 porque -debe insistirse- inexistente toda ley que imponga el deber de residir en un determinado lugar, resulta obligado concluir, como hizo el Tribunal de instancia, que el militar tiene derecho a elegirlo libremente, bien al incorporarse a la Unidad, bien después por decisión libre de cambiarlo. El irse de la residencia libremente elegida no es una acción punible, sino un lícito cambio del lugar en que el militar quiera estar o vivir. (Cuestión distinta es que al hacerlo el militar tenga en cuenta sus deberes profesionales: entre otros, cumplir el horario de su jornada laboral e incorporarse a la Unidad en los plazos que indique el jefe de la UCO)." FJ 4º. Resulta asimismo interesante la lectura del voto particular formulado a la sentencia por el Magistrado don Ángel Calderón Cerezo ya que, si bien no discute la libre elección de residencia por parte del militar, sí resalta el deber del militar de disponibilidad permanente y en este sentido de estar localizable, por lo que discrepa de la sentencia de 20 de diciembre de 2009, puesto que el militar absuelto, según él, aunque estaba de baja debió haber comunicado el cambio de residencia para la convalecencia de su enfermedad, en orden a la efectividad del deber de localización y, por ende, de disponibilidad permanente. Esta obligación de comunicar el domicilio sí aparece ahora de forma explícita en el nuevo art. 23 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, lo que, a mi juicio, podría llevar a plantearnos de nuevo la subsistencia del tipo penal de abandono de residencia cuando el militar permaneciese ilocalizable por más de tres días –aun estando de baja- debido a un cambio de domicilio o residencia que no haya sido previamente comunicado a sus superiores. Con posterioridad a la citada STS de 20 de diciembre de 2009, y con la finalidad de unificar criterio, se dicta por la Sala 5ª el Acuerdo no jurisdiccional de 26 de octubre de 2010 que declara que "[e]l delito de Abandono de residencia previsto en el art. 119 del Código Penal Militar, sigue siendo aplicable tras la derogación del art. 175 de las RR.OO para las FAS."

convirtió en la línea de conducta marcada por el derecho positivo antes de la derogación del art. 175 ROSFAS 1978, incluso para los desplazamientos al extranjero, desde 1996, fecha en que se dictó la Orden Ministerial 170/1996, de 15 de octubre, por la que se regulan las notificaciones de salida a otros países del personal militar profesional. En virtud de esta norma, surgida tras el Tratado de la Unión Europea de 1992 –que consagraba un espacio único europeo libre de fronteras interiores-, se concedía, a efectos del art. 175 de las ROSFAS 1978, una general autorización a todo el personal militar profesional a desplazarse fuera del país donde se encuentre destinado, salvo en casos excepcionales motivados por situaciones de conflicto. (art. 1), bastando la simple notificación al jefe de su unidad con siete días naturales de antelación (art. 3). Tras el nuevo art. 22 de la ley orgánica de derechos y deberes de 2011, los desplazamientos de los militares al extranjero se rigen por los mismos criterios que los aplicables a los realizados por el territorio nacional, es decir, plena libertad de circulación. Sin embargo, el deber de localización, presencia y disponibilidad permanente del militar aconsejan la previa comunicación a la superioridad, sin perjuicio de que *en función de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior, será preceptiva una autorización previa de conformidad con lo que se establezca por orden del Ministro de Defensa.* (art. 22 LODDFAS 2011).

Estas exigencias impuestas por el deber de disponibilidad permanente para el servicio (consagrado así en el mismo art. 22.1 de la nueva ley de derechos y deberes[438]), como decíamos más arriba, sí se exteriorizan de una forma más intensa que en el resto de los empleados públicos ya que el adecuado cumplimiento por las Fuerzas Armadas de las misiones que constitucionalmente tienen asignadas (art. 8 CE) depende en gran parte de la disponibilidad permanente de los miembros que las componen, y que llega a afectar al mismo régimen de horarios, permisos y licencias. Derivado del deber de permanencia y disponibilidad del militar emerge el concepto de necesidades del servicio[439], como parámetro básico al momento de determinar el deber de disponibilidad

[438] Añade el art. 22.1 de la nueva ley orgánica que "[l]as exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación." Deber igualmente contemplado en el art. 20 de las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que prescribe –dentro del capítulo I del Título I, como un principio básico del militar- lo siguiente: "Estará en disponibilidad permanente para el servicio, que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupe y a las circunstancias de la situación, y realizará cualquier tarea o servicio con la máxima diligencia y puntualidad, tanto en operaciones como para garantizar el funcionamiento de las unidades."

[439] De esta forma, Gómez Martínez sostiene que "[l]a clave para las limitaciones a la libertad de circulación y residencia en el ámbito militar, hay que buscarla en el concepto «necesidades del servicio»." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., págs. 303.

del militar y, por consiguiente, la posibilidad de disfrutar de descansos, permisos y licencias para las que, si bien, como norma general, al militar le es aplicable el mismo régimen que la del resto del personal al servicio de la Administración General del Estado (art. 22. 2 y 3 LODDFAS), "[l]as necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas."[440]

Dicho con otras palabras, la peculiaridad del estatuto del militar en lo que a estas cuestiones se refiere, en virtud del principio de disponibilidad permanente al que están sometidos para el adecuado cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las FAS, estriba en una mayor intensidad del deber de permanencia, en virtud de las necesidades del servicio, marco jurídico cuya infracción da lugar a consecuencias disciplinarias[441] o penales, a través de los delitos de abandono de destino y deserción tipificados en los arts. 119 o 120 del Código Penal Militar.[442]

De esta forma la jurisprudencia de la Sala 5ª habla de "deberes esenciales que forman parte de su estatuto jurídico, como sucede con la *presencia* -que se excluye en los casos de enfermedad- y de *localización* y *disponibilidad permanentes* para cuya verificación se conciben las facultades de control de los mandos a las que se concede carácter instrumental sin que tal control constituya un fin en sí mismo."[443]

Existe pues, tal como hemos señalado, una justificación constitucional a esos límites o, si se prefiere, a la intensidad de los límites, en un bien o interés constitucionalmente protegido ya que para que las Fuerzas Armadas puedan desarrollar las funciones que el art. 8 CE les asigna es preciso que sus miembros estén

---

[440] La Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, aprueba las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los militares profesionales de las Fuerzas Armadas.

[441] Así, constituye falta leve según el art. 7.10 de la Ley Orgánica 8/1998 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. Para los alumnos de un centro docente militar de formación constituye falta leve la ausencia por plazo inferior a cinco días (art. 7.11). Constituye falta grave 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. (art. 8.27). Los alumnos cometen falta disciplinaria grave por la ausencia injustificada de cinco a quince días. (art. 8.28).

[442] Art. 119, *abandono de destino o residencia*: "El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.

[...] Art. 120, *deserción*: "Comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años."

[443] STS de 28 de septiembre de 2011, FJ 3º. Recurso nº 101/46/2011. Las cursivas son mías.

permanentemente disponibles y, por ello, localizables[444], lo que alcanza igualmente a las situaciones de enfermedad, al menos en cuanto al control por los mandos de los militares a sus órdenes en situación de baja médica.[445] Con la finalidad de conciliar estos bienes y derechos (incluyendo el de la integridad física y psíquica), con el oportuno control por los mandos militares de las bajas médicas concedidas se dictó la Instrucción 169/2001, de 31 de julio, del Subsecretario de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional, circular sustituida recientemente, aunque con idéntica finalidad por la Instrucción 1/2013, de 14 de enero, de la Subsecretaria de Defensa (BOD nº 11, de 16 de enero), cuya principal novedad es que, como parece razonable, el dictamen o informe preceptivo que emiten los facultativos y órganos médicos correspondientes tiene ahora carácter vinculante.[446] Al respecto hallamos en la jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo una consolidada doctrina al respecto dictada al enjuiciar los delitos contra los deberes de presencia

[444]Declara así la STS de 19 de febrero de 2001 (Recurso nº 98/2000) que la obligación de estar en disponibilidad permanente para el servicio "lleva consigo otra, sin la cual quedaría en una mera e ineficaz declaración formal. Esta otra obligación, de carácter instrumental, consiste en estar localizable. Sin ella la disponibilidad sería inoperante, pues no se podría transmitir al ausente la necesidad de reincorporarse." FJ 2º.

[445] Esa disponibilidad del militar no se exteriorizará, en casos de enfermedad o imposibilidad, en la presencia física del mismo en la unidad de destino pero sí al menos en la sumisión al control de sus mandos y la posibilidad de ser localizado (*vid*. nota anterior). En ese sentido, declara la STS de 3 de noviembre de 2010 que "la justificación de la ausencia o la imposibilidad de presentarse en el destino por razón de enfermedad, requiere la constancia de este hecho en la Unidad acompañada de la correspondiente baja médica, lo que excluye el deber de presencia pero no el de permanente disponibilidad, localización y control por los mandos de la Unidad y por la Sanidad Militar en los términos previstos en la reiterada Instrucción 169/2001, cuya observancia vinculada a aquella prueba del dicho elemento negativo del tipo, corresponde al militar que no se atiene a las previsiones de esta reglamentación." Asimismo STS de 4 de marzo de 2011, FJ 2º.

[446] El apartado primero.1 de la norma de 2001 determinaba que era su objeto "establecer las normas para acordar las bajas temporales para el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas del personal militar profesional y *seguir su evolución*." No obstante, se sigue poniendo gran atención en el control por parte de los mandos del militar que se encuentra de baja. Significativo es que la competencia para acordar las bajas es del jefe de la unidad, aunque sea previo informe, ahora ya no solo preceptivo sino además vinculante, de los órganos médicos competentes (apartado cuarto). Sobre la incidencia penal de estas circulares del Ministerio de Defensa advierte la STS de 26 de marzo de 2012 que "la figura penal de Abandono de destino, que puede cometerse en las situaciones de ausencia por razón de enfermedad, no es delito formal que se perfeccione por el mero incumplimiento de las previsiones normativas que se contienen en la tan citada Instrucción, […] pues si bien es cierto, como venimos declarando, que su observancia constituye el marco normativo a que ordinariamente deben ajustarse las situaciones de enfermedad para que la ausencia se considere justificada, también hemos insistido en que el seguimiento de este marco normativo no agota las posibilidades de justificación de tal ausencia cuando se demuestre el hecho de la enfermedad durante todo el período de ausencia, y asimismo que entretanto el ausente observó los deberes de localización y de disponibilidad respecto de sus mandos (Acuerdo Cuarto de los adoptados por el Pleno doctrinal de la Sala celebrado el 13.10.2010) "." FJ 2º.

tipificados en los arts. 119 y 120 CPM.[447] Un buen resumen de la base constitucional a esos límites así como a las consecuencias penales de su transgresión lo encontramos en la STS de 4 de marzo de 2012:

> "Sin embargo el tipo delictivo de abandono de destino previsto en el artículo 119 del Código Penal militar sanciona no sólo el incumplimiento del deber de presencia en la Unidad de destino, sino también la infracción del deber de disponibilidad permanente para el servicio en que se coloca el militar que, injustificadamente, con infracción del marco legal o reglamentario correspondiente, queda fuera del control de sus mandos. Hemos sostenido constantemente que ambos deberes son básicos para los militares y para el buen funcionamiento de la Institución y el cumplimiento de las transcendentales misiones que constitucional y legalmente tienen encomendadas las Fuerzas Armadas, y que, como recordábamos recientemente en Sentencia de 6 de mayo de 2010 , "justifican la relación de sujeción especialísima en que se encuentran los militares frente al resto de servidores públicos y que, obviamente, no tiene parangón respecto de otros ámbitos laborales o de actividad extraños a las unidades castrenses y a sus requerimientos".
>
> Y tales deberes de presencia y disponibilidad subsisten para el militar mientras mantenga su vinculación con los Ejércitos y esté en situación de actividad, aunque ocasionalmente pueda encontrarse de baja para el servicio por enfermedad, como recientemente hemos confirmado en Sentencias de 3, 11, 17 y 25 de noviembre y 1 y 9 de diciembre de 2010 , que recogen el Acuerdo de la Junta General de la Sala, celebrada el 13 de octubre de 2010, en el que se reitera que "la relación jurídica que vincula al militar con las Fuerzas Armadas, no desaparece ni se suspende por el hecho de que aquel se encuentre en situación de enfermedad o lesión que le impida prestar el servicio propio de éstas".
>
> Efectivamente la situación de baja médica, en que transitoriamente puedan encontrarse los militares, podrá producir sus efectos en cuanto a la prestación efectiva de los servicios, pero no les excusa necesariamente del deber de presencia y, en ningún caso, de la permanente disponibilidad y sumisión al control de sus mandos, que constituye el presupuesto elemental para la observancia de otros deberes. En este sentido, en Sentencia de 4 de febrero de 2010 citábamos las Sentencias de 4 de marzo y 25 de mayo de 2005, en las que se afirmaba que "el control del militar, en cualquier situación, incluida la baja temporal, corresponde a la Autoridad militar, que en todo momento debe conocer la situación de disponibilidad inmediata o los plazos en que se podrá producir, control éste que verificará a través de la sanidad militar, así como de los partes de baja de la sanidad concertada, pudiendo requerir la presencia inmediata del personal del militar de baja, ya sea por razones administrativas o de estricto control, que deberá ser atendida por el subordinado en todos los casos en que la enfermedad no lo impida".[448]

La nueva Instrucción 1/2013 de la Subsecretaria sobre la determinación y control de las bajas temporales para el servicio *configura ahora expresamente como un derecho-deber del militar el de residir*

> "durante el tiempo que dure la baja *en el lugar donde tenga autorizado su domicilio habitual*, salvo dictamen o informe desfavorable de la Sanidad Militar o del facultativo correspondiente en el ámbito de protección social que corresponda.
>
> Cuando la baja temporal se produzca en una plaza diferente a ésta, tendrá derecho a residir en su domicilio habitual siempre y cuando el dictamen o informe médico no lo desaconseje o imposibilite.
>
> Durante la realización de navegaciones, ejercicios u operaciones, cuando la situación y necesidades del servicio lo requieran y a propuesta del servicio médico de la unidad, se permanecerá en los servicios de sanidad de la Base, Acuartelamiento o Establecimiento, Red Sanitaria Militar de la plaza o lugar habilitado.

[447] El marco normativo y jurisprudencial sobre el deber de presencia y su reflejo penal en el ámbito militar aparecen compilados por todas en la STS de de 27 de septiembre de 2011, FJ 4º. Asimismo, SSTS de 24 de enero, 22 de febrero y 24 de noviembre de 2008; 29 de junio y 2 de noviembre de 2011; 1 de diciembre de 2010 y 13 de marzo de 2012.

[448] Recurso nº 90/2010, FJ 2º. Asimismo STS de 4 de marzo de 2011, FJ 2º.

> *Durante el periodo de baja se podrá residir en lugar distinto del domicilio habitual con la autorización expresa del Jefe de la UCO*."[449]

Como pone de manifiesto la problemática en relación a estas cuestiones respecto a la justificación de las ausencias en estos casos, y de la que se hace eco la doctrina que venimos reflejando de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, resulta aconsejable fijar claramente las obligaciones y derechos del militar en estas situaciones. Ahora bien, una instrucción interna del Ministerio de Defensa carece indudablemente del rango preciso para abordar estas cuestiones, cuyo marco debe ser la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes, debiendo recordar que la misma si bien establece como regla general respecto al lugar de residencia del militar que será el del municipio de su destino, habilita a que sea "uno distinto siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que se establezcan por orden del Ministro de Defensa", bastando la simple comunicación en su unidad del lugar de su domicilio habitual o temporal (art 23 LODDFAS), por lo que mal se compadece con la nueva Ley Orgánica 9/2011, en su desarrollo de los derechos del art. 19 CE, la necesidad de autorización del jefe de la unidad para residir en lugar distinto del domicilio habitual, incluso aunque el militar se encuentre de baja médica, sin que el hecho de encontrarse en situación de convalecencia o enfermedad deban hacer al militar en estas circunstancias de peor condición respecto al ejercicio de sus derechos fundamentales.

Importa ahora realizar unas mínimas referencias de derecho comparado en cuanto a lo examinado en el presente epígrafe. Así, comenzando por Francia, la permanente disponibilidad del militar y su incidencia en las libertades de circulación y residencia aparece reflejada en el art. L4121-5 del *Code de la défense*, al disponer lo siguiente:

> "Los militares pueden ser llamados a servir en todo tiempo y lugar.
> En la medida en que resulte compatible con el buen funcionamiento del servicio, los cambios tendrán en cuenta la situación familiar de los militares, particularmente cuando, por razones profesionales, están separados:
> 1º De su consorte
> 2º O de la pareja con la que están unidos por un pacto de civil de solidaridad, siempre que se acredite el sometimiento a la obligación de tributación conjunta prevista por el código general de impuestos.
> La libertad de residencia de los militares puede ser limitada en interés del servicio.
> Si las circunstancias lo exigen, la libertad de circulación de los militares puede ser restringida."[450]

[449] Apartado segundo e).

[450] Redactado por Ley nº 2008-493, de 26 de mayo de 2008, art.3. El desarrollo reglamentario lo encontramos en el art. D 4121-4, aprobado por Decreto n°2008-393, de 23 de abril , art. 5, que dispone lo siguiente:

> "Fuera de servicio y cuando no están sujetos a una sanción relacionada con la ejecución del servicio o la disponibilidad propia de su formación, los militares son libres de moverse:
> 1 ° por el territorio nacional, los países de la Unión Europea y los que figuren en una lista elaborada por el Ministro de Defensa;

En Portugal, la obligación de disponibilidad del militar aparece recogida en similares términos en el art. 14 del Decreto-Ley 236/99, de 25 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de los Militares de las Fuerzas Armadas, donde se consignan los límites a la libertad de circulación y residencia en los siguientes términos:

> "1- El militar deben mantener disponibilidad permanente para el servicio, incluso con sacrificio de los intereses personales.
> 2- El militar está obligado a notificar su residencia habitual u ocasional.
> 3- El militar está obligado, en caso de ausencia por permiso o enfermedad, a comunicar a sus superiores el lugar donde pueda ser hallado o localizado.
> 4- En situación de estado de sitio o de estado de guerra, el militar, en los términos de la ley respectiva, puede ser designado para el ejercicio de funciones compatibles con su puesto y aptitudes.
> 5- El militar tiene el deber de informar inmediatamente a sus superiores cuando fuese detenido por cualquier autoridad, debiendo ésta habilitarle los medios necesarios para al efecto."

Igualmente, el art. 12 de la italiana Ley núm. 382 de 11 de julio de 1978[451], por la que se aprueban las normas de principio sobre la disciplina militar establece que por imprescindibles necesidades del servicio al militar se le puede eliminar o reducir el margen de incorporación y la distancia respecto a la localidad de servicio; en la misma forma, se prescribe que los militares que pretensan viajar al extranjero, aunque sea por breve tiempo, deben obtener una autorización especial.

Parecidas disposiciones encontramos acerca del deber de los militares de residir en determinado lugar en la alemana Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (*Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten*), de 19 de marzo de 1956 (arts. 18 y 46.2, ap. 8).

En el *United States Code*, el incumplimiento del deber de disponibilidad aparece sancionado, de forma similar a nuestro CPM 1985, como deserción (art. 85) o bien como ausencia no autorizada del lugar de destino (*Absence without leave*, Sec. 886. Art. 86.)[452] de forma similar a lo establecido en las británicas *Armed Forces Act* de 2006 (*Desertion and absence without leave*).[453]

En suma es común en el derecho comparado restringir al militar de forma más intensa, en atención a su deber de disponibilidad, sus libertades de circulación y residencia, contándose nuestro ordenamiento, tras la evolución legislativa consagrada

---

2 ° a lo largo del área de *stationnement* en el que están sirviendo en el extranjero distinto de los mencionados en el punto 1.
Cuando las circunstancias lo exijan, el Ministro de Defensa podrá limitar el ejercicio de la libertad de movimiento."

Añade el art. D 4121-5 que "[e]n interés del servicio, el ministro o el mando puede imponer al militar a sus órdenes la residencia en un ámbito geográfico determinado, o bien dentro de una zona militar delimitada."

[451] *Gazz. Uff.*, de 21 de julio, n. 203.

[452] Título 10, Parte II.

[453] Capítulo 52, parte 1ª, arts. 8 y 9.

ahora en la nueva ley de derechos y deberes, entre aquellos que menos límites conserva en relación a los derechos del art. 19 CE.

CAPÍTULO VI: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN SU ÁMBITO PRIVADO

6.1.- Los derechos fundamentales del art. 18 CE: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

El art. 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Por otra parte el apartado segundo declara lo siguiente:

> "El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito."

La nueva Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas dedica a estos DDFF su art. 10, con la siguiente dicción:

> "1. El militar tiene derecho a la intimidad personal. En el ejercicio y salvaguarda de este derecho se tendrán en cuenta las circunstancias en que tengan lugar las operaciones.[454]
> También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.

[454] La redacción originaria de este primer párrafo en el proyecto de ley orgánica era la siguiente:
> "1. El militar tiene derecho a la intimidad personal, dentro de las posibilidades que permitan las características de las distintas unidades y a las circunstancias en que tengan lugar las operaciones."

Esta norma formaba parte de art. 9 del proyecto. *Vid*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Proyecto de Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, Serie A., nº. 82-1, pág. 6, IX Legislatura, 23 de julio de 2010. Esta referencia restrictiva en función de las características de las distintas unidades y las circunstancias en que tengan lugar las operaciones no ha pasado inadvertida a Cristina Amich para quien "el propio texto del Proyecto opta por matizar las posibilidades reales/físicas que el militar tiene de disfrutar del derecho a la intimidad, dadas las circunstancias en las que puede verse abocado a realizar su función, matización que podría interpretarse como excesivamente precavida, y fundamentalmente orientada a coartar cualquier intento de interpretación expansiva y abusiva del derecho." AMICH ELÍAS, C., "La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil como base de una futura Ley de Derechos y Deberes del militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 95-96, enero-diciembre 2010 , Madrid, págs. 63 y 64. Como podemos observar la redacción definitiva de la norma solo incluye *las circunstancias en que tengan lugar las operaciones*. En el ámbito de la Guardia Civil el régimen es similar. Así el art. 5 de la Ley Orgánica 11/2007, *Derecho a la intimidad y a la vida privada*, dispone lo siguiente, con expresa referencia a los "pabellones" de los miembros del instituto armado:

> "1. Los miembros de la Guardia Civil tienen garantizados los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.
> A estos efectos el pabellón que tuviera asignado el Guardia Civil en su unidad se considerará domicilio habitual.
> 2. El jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en los mismos, cuando lo exija la investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo.
> 3. Los datos relativos a los miembros de la Guardia Civil estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal."

> Se deberá respetar la dignidad personal y en el trabajo de todo militar, especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo como profesional.
>
> 2. Las revistas e inspecciones deberán respetar en todo caso los derechos contenidos en el apartado anterior.
> Como norma general, el registro personal de los militares, de sus taquillas, efectos y pertenencias que estuvieren en la unidad requerirá del consentimiento del afectado o resolución judicial. No obstante, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar tales registros de forma proporcionada y expresamente motivada. Estos registros se realizarán con la asistencia del interesado y en presencia de al menos dos testigos o sólo de éstos, si el interesado debidamente notificado no asistiera.
>
> 3. Los datos relativos a los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal. A tal efecto los poderes públicos llevarán a cabo las acciones necesarias para la plena efectividad de este derecho fundamental, especialmente cuando concurran circunstancias que pudieran incidir en la seguridad de los militares."[455]

Nos encontramos con tres DDFF: honor, intimidad y propia imagen que, aunque fuertemente interrelacionados, revisten autonomía propia. "Ha de recordarse que los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, al igual que el derecho al honor reconocido en el mismo precepto constitucional, tienen sustantividad y contenido propio en nuestro ordenamiento, de modo que ninguno queda subsumido en el otro (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, F. 2; y 156/2001, de 2 de julio, F. 3)."[456] Como aprecia Rebollo Delgado "[l]os tres derechos junto con otros que no tienen un reconocimiento constitucional directo, como el derecho al nombre o la fama, son parte de un todo que denominamos derechos de la personalidad, pero realizan la función de proteger ámbitos distintos, responden a finalidades y necesidades todas ellas de la persona, pero actúan en planos diferentes."[457] Coincido con este autor cuando señala

---

[455] Hasta su derogación por la Ley orgánica 9/2011, el art. 174 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) disponía lo siguiente:

> "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."

La referencia a la autoridad militar junto a la judicial con competencias, según las antiguas ROSFAS, para decretar la entrada y registro domiciliario, hay que entenderla de acuerdo con la antigua organización y competencias de la Jurisdicción Militar, donde, en virtud del Código de Justicia Militar de 1945 el Capitán General de la Región Militar, Naval o Aérea era también autoridad judicial, al que, entre otras funciones, le correspondía aprobar, en su caso, las sentencias dictadas por los consejos de Guerra. En este sentido asimismo FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas; cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional", en *Estudios de Derecho Militar 2008*, *Colección de Estudios jurídicos y Fiscales de la Defensa*, Centro de Investigación y doctrina legal, Catálogo general de publicaciones oficiales, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009, pág. 31. Asimismo, AMICH ELÍAS, C., "La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes…", ob. cit., pág. 63.

[456] STC 12/2012, de 30 enero, FJ 5.

[457] REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, S.L., Madrid, 2000, pág. 121.

que nuestro constituyente no ha optado por el reconocimiento del derecho a la vida privada. De haberlo hecho, cabría entender como derecho ésta y manifestaciones de la misma al honor, a la intimidad y a la propia imagen.[458] Así parece suceder con el Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas, que en su art. 8 dispone lo siguiente:

> "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporciona una noción amplia de "vida privada":

> "El Tribunal recuerda que la noción de «vida privada» es una noción amplia, sin una definición exhaustiva que cubre la integridad física y moral de la persona (Sentencias Pretty contra el Reino Unido, núm. 2346/2002, ap. 61, TEDH 2002-III e Y.F. contra Turquía, núm. 24209/1994, ap. 33, TEDH 2003-IX). Engloba, por tanto, numerosos aspectos de la identidad física y social de una persona (Sentencia Mikulic contra Croacia, núm. 53176/1999, ap. 53, TEDH 2002-I). Algunos elementos como, por ejemplo, la identificación sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual pertenecen a la esfera personal que protege el artículo 8 (ver, entre otras, Sentencias Bensaid contra Reino Unido, núm. 44599/1998, ap. 47, TEDH 2001-I y las referencias citadas en la misma y Peck contra Reino Unido, núm. 44647/1998, ap. 57, TEDH 2003-I). Además del nombre, la vida privada y familiar puede englobar otros medios de identificación personal y vinculación a una familia (ver, mutatis mutandis, Sentencias Burghartz contra Suiza, 22 febrero 1994, ap. 24, serie A núm. 280-B y Ünal Tekeli contra Turquía, núm. 29865/1996, ap. 42, TEDH 2004-X (extractos). La información relativa a la salud de una persona constituye un elemento importante de su vida privada (Sentencia Z contra Finlandia, 25 febrero 1997, ap. 71. El Tribunal estima, además, que la identidad étnica de una persona se debe también considerar un elemento importante de su vida privada (ver, concretamente, el artículo 6 de la Convención sobre protección de datos, citado en el párrafo 41, que incluye los datos de carácter personal que revelan el origen racial, junto a otra información sensible sobre la persona, entre las categorías particulares de datos que no pueden ser conservados sin las garantías apropiadas). Además, el artículo 8 protege el derecho al pleno desarrollo personal y el de entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior (ver, por ejemplo, Sentencias Burghartz, previamente citada, opinión de la Comisión, pg. 37, ap. 47 y Friedl contra Austria de 31 enero 1995, serie A no 305-B, opinión de la Comisión, pg. 20, ap. 45). La noción de vida privada comprende asimismo elementos relacionados con el derecho a la imagen (Sentencia Sciacca contra Italia, núm. 50774/1999, ap. 29, TEDH 2005-I)."[459]

Los DDFF del art. 18 CE aparecen pues, en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del

[458] *Ibídem.*
[459] STEDH (Gran Sala) de 4 diciembre 2008, Caso S. y Marper contra Reino Unido, párrafo 66.

patrimonio moral de las personas, sin perjuicio de su entidad propia, estrechamente relacionados (STC 156/2001 de 2 de julio, FJ 3).[460]

Respecto al derecho fundamental a la intimidad, Rebollo lo define como el derecho a la independencia y a la diferencia, es el núcleo de la soberanía del individuo. La intimidad no es solo un ámbito espacial, es sobre todo una expresión de soberanía, con un contenido físico y psíquico.[461] El Supremo intérprete de la Constitución lo tiene así declarado en numerosas resoluciones. Un buen compendio de la doctrina constitucional al respecto, con cita de la del Tribunal de Derechos Humanos lo encontramos en la reciente STC 12/2012, de 30 enero, que afirma lo siguiente:

> "En relación con el derecho a la intimidad, este Tribunal ha reiterado que se funda en la necesidad de garantizar «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz» (STC 77/2009, de 23 de marzo, F. 2). Con unos u otros términos, nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F. 3; 236/2007, de 7 de noviembre, F. 11; y 60/2010, de 7 de octubre, F. 8), y, en consecuencia, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido» (...)
>
> La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004 [TEDH 2004, 55], Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44). La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994 , Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69)."[462]

Teniendo en cuenta esta doctrina, y aunque, como apunta Jiménez Villarejo, "los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18

[460] Además, por todas, SSTC 70/2009, de 23 marzo, FJ 2; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3; 196/2004 de 15 noviembre, FJ 5; STC 107/1984, FJ 3. Asimismo REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, ob. cit., págs. 104 y 108.

[461] *Ibídem.*, pág. 107.

[462] FJ 5. Además, por todas, SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2.

CE, no presentan ninguna singularidad cuando sus titulares son militares profesionales"[463] la realidad no es del todo así. En este sentido, apreciamos diversas incidencias en la vida personal –incluso íntima- del militar que fueron puestas de manifiesto al abordar la materia bajo el prisma de la intensa relación especial de sujeción militar en el capítulo III. Cuestiones como el aspecto físico, las normas de cortesía entre militares o ciertos cánones de moralidad, en la medida en que afectan a la dignidad u honor de la Institución militar, han sido abordadas ya sin dejar de advertir que gran parte de esas limitaciones "innominadas" se imponen en normas reglamentarias o de inferior grado como instrucciones o circulares de carácter interno y, en el mejor de los casos, a través de la defectuosa técnica de proceder a la delimitación de los DDFF de los militares a través de las leyes penales y disciplinarias y no mediante la técnica legislativa que les debe ser propia, esto es, la ley orgánica de derechos y deberes.[464] Se analizaban pues en el señalado capítulo las más evidentes restricciones a

[463] JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Derechos y deberes del militar profesional…", ob. cit., pág. 460.

[464] Así sucede, por ejemplo, con la obligación permanente del militar (dentro y fuera del servicio) de cumplimentar una serie de normas sobre cortesía, disciplina y policía (aseo, indumentaria, aspecto exterior, etc.) que aunque aparece concretada de forma genérica en el art. 52 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, tiene su respaldo más directo en las Reales Ordenanzas de cada uno de los Ejércitos, ahora con rango de simple orden ministerial, en virtud de la Disposición Derogatoria Única.2 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las nuevas Reales Ordenanzas para las FAS. *Vid.* en este sentido las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, y bajo la rúbrica del Título XIII, "De las manifestaciones externas de la Disciplina" que contienen una serie de normas sobre el saludo entre militares, la uniformidad y policía, tratamientos así como presentaciones y visitas. Sin embargo, la verdadera concreción de esta incidencia en la vida personal del militar se realiza en una Circular interna, en concreto, para el Ejército de Tierra, la Norma General 3/96, de 19 de julio, dictada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra regula la policía personal y aspecto físico del Personal Militar. Prácticamente las mismas normas (con unas mínimas adaptaciones a las peculiaridades de cada Ejército) se contienen en las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo (Título XIV, art. 448 y ss.) y en las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, aprobadas por Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero (Título XVI, art. 318 y ss.). Por otra parte, el art. 50.1 de la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, por la que se aprueban las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra establece que "[s]*e observará y exigirá el cumplimiento riguroso de la normativa vigente sobre uniformidad, policía y aspecto físico del personal.*" Para la Guardia Civil serán de aplicación "excepto en aquello que contradiga o se oponga a su normativa específica, las disposiciones que sobre las manifestaciones externas de la disciplina, el saludo, la uniformidad y policía, los tratamientos y las presentaciones y visitas, establecen los artículos 279 a 319 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por el Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre." (art. 2.1 de la ya citada Orden PRE/1983/2012, de 14 de septiembre, por la que se declaran de aplicación a la Guardia Civil diversas normas del ordenamiento militar sobre mando, disciplina y régimen interior, BOE del 21 de septiembre). En igual forma, debemos reiterar aquí que la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario contempla varias faltas leves en que se reprochan conductas que afectan supuestamente a la moralidad o a la "imagen de la Institución Militar", "al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas". (art. 7, aps. 23, 25 y 26.) En el cuadro de faltas graves nos encontramos la sanción al consumo de determinadas sustancias cuando se realice vistiendo uniforme o públicamente "cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, siempre que no constituya infracción más grave o delito" (art. 8.9.), "llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas" (art. 8.22) , así como "[m]antener relaciones sexuales en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos

la intimidad –pero también al derecho a la propia imagen o al desarrollo de su personalidad- que impregnan la vida del militar al resultar integrado en esa relación de poder imperante en el ámbito militar y cuyos efectos se imponen, en gran parte, tanto dentro como fuera de servicio y en el establecimiento militar o fuera del mismo.

Dejando sentado lo anterior, y remitiéndonos a lo ya dicho en el citado capítulo en cuanto al llamado honor militar para evitar reiteraciones innecesarias[465], a lo que debemos añadir que los titulares del derecho fundamental al honor son los individuos y no los poderes públicos[466], procede que examinemos ahora determinadas peculiaridades que aparecen en el derecho fundamental –entre otros- a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio[467] de los militares, reducidas en su aplicación al ámbito castrense. Nos referimos así a la entrada y registro en los alojamientos, pabellones y residencias militares y a las revistas y el registro de taquillas, destinadas a que el personal militar guarde sus efectos de trabajo o incluso personales (uniforme, ropa civil, calzado, etc.). Analizaremos si, teniendo en cuenta las circunstancias del alojamiento, y su ubicación en un establecimiento militar, procede, y en qué casos, considerar o no los anteriores lugares como domicilio con la consecuente protección y garantías derivadas del art. 18

---

militares cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo, o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar."(art. 8.24.). A ello debemos añadir lo ya comentado en el capítulo III respecto al catálogo de las llamadas causas de sanción disciplinaria extraordinaria tipificadas en el art. 17 LORDFAS, *ad. ex*. la consistente en "[r]ealizar actos gravemente contrarios a la […] dignidad militar, que no constituyan delito." Si repasamos los distintos tipos disciplinarios, observamos cómo en ellos se introducen conceptos jurídicos indeterminados como el honor, la dignidad militar o la imagen de las Fuerzas Armadas, entre otros.

[465] Dicho concepto jurídico indeterminado puede provocar restricciones en el ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar, tal y como se puso de manifiesto en el análisis, entre otras declaraciones jurisdiccionales, de la STC 151/1997, de 29 de septiembre.

[466] Siguiendo el razonamiento de la STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1, es indiscutible que, "en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos", careciendo de sentido pues afirmar la titularidad de un derecho al honor por parte de la institución militar. Excepcionalmente se ha reconocido a las personas jurídico-públicas la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, como sucede en la resolución constitucional, así como al derecho a la igualdad en el proceso (100/1993, FJ 2). Asimismo, a la libertad de información de acuerdo con lo declarado en el FJ 3 de la STC 190/1996. En referencia al honor militar, *vid.* las SSTC 107/1988, de 8 de junio y 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2. Ello no resulta óbice evidentemente a la protección del derecho al honor del militar individualmente considerado. En este sentido, *vid.* COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 649-653.

[467] Advierte así Gómez Martínez que "[e]l posible peligro específico para la inviolabilidad del domicilio del militar, procede de la circunstancia de que su domicilio esté ubicado en el interior de recintos militares y la relación que puedan tener las actividades desarrolladas en éste con la dignidad militar, por ejemplo." Habla así el autor de "distorsiones por la razón objetiva de la existencia de una relación individuo-Administración más intensa, ya que la vida en recintos militares es un factor mediatizador de la intimidad personal y familiar, lo que exige delimitar con nitidez conceptos como «acto de servicio» y «domicilio»." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., *vid.* pág. 82.

CE. Debemos así dejar sentado que estas particularidades se producen en los espacios que se hallan en el ámbito de una unidad militar y que –una vez eliminado el servicio militar obligatorio[468], al menos, como era entendido- el militar profesional[469] es muy libre de poseer su residencia o domicilio fuera del establecimiento, donde ostenta los DDFF propios de cualquier ciudadano, en ese ámbito.

Deben asimismo ser objeto de nuestro estudio los reconocimientos médicos así como las pruebas psicológicas y físicas integrantes del expediente de aptitud psicofísica

[468] La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional ha derogado la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar. En su exposición de motivos la Ley de la Defensa Nacional afirma que "[l]a desaparición del servicio militar obligatorio exige que se prevea con mayor relevancia el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el artículo 30 de la Constitución, para lo que se refuerza y actualiza la posibilidad de incorporación de los ciudadanos, como reservistas, a las Fuerzas Armadas." En este sentido la propia Ley Orgánica, en la parte relativa a la contribución de recursos nacionales (capítulo V) se refiere a la incorporación "de los reservistas que se consideren necesarios." [art. 29 a)]. La Ley 39/2007, de la Carrera Militar establece la posibilidad y el procedimiento para la declaración general de reservistas obligatorios, que afectará a los que en el año cumplan una edad comprendida entre diecinueve y veinticinco años. (art. 136 y siguientes).

[469] No sucede así con los alumnos de la enseñanza militar de formación, que, con carácter general, están sometidos a régimen de internado, con la consiguiente obligación de residir en el propio centro militar de formación. En este sentido el art. 69 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, dentro del Capítulo V, "*Régimen del alumnado y profesorado*" se ocupa del "*Régimen interior de los centros docentes militares*", teniendo en cuenta la debida compatibilización de "*las exigencias de la formación militar y la progresiva adaptación del alumno al medio militar, con las requeridas para la obtención de titulaciones del sistema educativo general.*" En su último apartado el precepto introduce una habilitación al Ministro de Defensa para la aprobación de las normas generales de régimen interior de los centros docentes militares. Este argumento (adaptación del alumno a la vida militar) sirve pues como apoyatura legal a una remisión expresa por la ley al Reglamento, lo que supone una autorización para establecer un estatuto o acabado régimen de vida de los alumnos en un centro docente militar. La materia actualmente se encuentra en la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre régimen del alumnado de los centros docentes militares de formación. Aunque la norma contiene los principios rectores del régimen de vida de los alumnos, no desarrolla un estatuto acabado sino que remite a instrucciones de los Directores de Enseñanza de los Ejércitos, si bien, ya introduce expresamente como principio varias notas que nos muestran una intensa relación de sujeción: régimen de internado con carácter general (art. 5), régimen de horarios así como de vacaciones, permisos y licencias integral (arts. 6 y 8) así como normas sobre la uniformidad, que se extienden incluso a los permisos y salidas del Centro. Aunque la Orden 43/1993 remite a un posterior desarrollo de la misma por el Secretario de Estado de Administración Militar, la posterior Orden DEF/1968/2006, de 14 de junio (Disposición Adicional Primera) la modifica en el sentido de permitir ciertas excepciones al régimen de internado, facultando al Subsecretario para unificar criterios, lo que lleva a cabo mediante la Instrucción 124/2006, de 10 de octubre, sobre normas relativas al régimen de vida de los alumnos de los Centros docentes militares de formación, derogada por la Instrucción 19/2011, de 4 de abril, del Subsecretario. (BOD de 8 de abril). Esta norma establece en su apartado tercero las condiciones para solicitar el régimen de externado. Lo otorga con carácter general [letra a)] a quienes eran militares de complemento o pertenecían a las escalas de suboficiales. Sin embargo, para los alumnos que al ingresar en el centro pertenecían a las escalas de tropa o marinería lo deja al criterio que establezcan los Directores de Enseñanza respectivos [letra b)], para terminar señalando que "los demás alumnos... solo podrán acceder al régimen de externado si concurren circunstancias personales o familiares extraordinarias que deberán acreditar en orden a justificar la necesidad de vivir fuera del centro docente." [letra c)]. Circunstancias, que obviamente, se valoran de forma discrecional y que dan muestra de que la residencia del alumno se integra en un régimen de internado con carácter general (lo que no sucederá fundamentalmente en aquellos casos en que se acredite una relación matrimonial o análoga o exista una vinculación previa a las FAS que haya supuesto la compenetración con los valores y el modo de vida militar) que posibilite que el alumno se impregne de los principios y valores propios de la vida castrense.

a que se refiere el art. 83 de la Ley de la Carrera Militar. Estos reconocimientos y pruebas, en la medida en que podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio (art. 83.2), incidirán en varios DDFF, el derecho a la intimidad entre ellos.

6.2.- El derecho a la inviolabilidad domiciliaria. En especial, la entrada y registro en los alojamientos, pabellones y residencias militares. Las revistas y el registro de taquillas.

Comenzando por la entrada y registro en los alojamientos, pabellones y residencias militares así como las revistas y el registro de taquillas del personal militar, y como afirma Pascual Sarriá, "[l]a especialidad de las misiones que constitucionalmente le han sido encomendadas a las Fuerzas Armadas y a sus miembros, así como la singularidad de los destinos del personal militar, con frecuentes cambios de localidad de manera forzosa[470], hacen que se vean obligados a residir fuera de su domicilio familiar, desarrollando su privacidad bien en cuartos habilitados en las propias UCO,s, en residencias militares gestionadas por Directores con empleo militar y dependientes del Ministerio de Defensa, o, en períodos de ejercicios, maniobras o misiones, dentro o fuera del territorio nacional, en tiendas de campaña, barracones, o buques; ampliándose considerablemente los lugares en los que se desarrolla la vida privada del militar, generando problemas la determinación de cuáles de entre estos lugares pueden incluirse en el concepto de domicilio constitucionalmente merecedor de protección, a los efectos de la realización de entradas y registros."[471] Son, pues, a

[470]Precisamente, con el objeto de establecer un sistema de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, sobre todo económico (art. 1) se dicta la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, en cuya exposición de motivos se justifica el nuevo sistema creado de la siguiente forma:

"... uno de los aspectos singulares de la condición de militar que requiere una definición complementaria con rango de ley 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. Por ello ha sido tradicional que tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno se hayan aplicado a lo largo del tiempo diversas políticas de vivienda militar, orientadas a facilitar la citada movilidad 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."

[471] PASCUAL SARRIÁ, F.L., "La entrada y registro en las instalaciones militares", en VV.AA., *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, nº vol. 27/2008. Alli Turrillas alude al concepto amplio de la privacidad del militar, entendiendo que ésta no puede ser considerada de una manera tan amplia como la del civil. Por otra parte, el autor sostiene que "la propia vida cuartelera, la convivencia, el continuo trato en situaciones extremas con los compañeros y, llegado el momento, la guerra, mediatizan enorme e irremediablemente esa

efectos del análisis constitucional que nos interesa, varios los alojamientos o dependencias cuya entrada y registro y, en su caso, revista, plantean problemas desde el punto de vista del art. 18 CE. Así podemos en este sentido avanzar la distinción entre los alojamientos (fundamentalmente, para las clases de tropa) ubicados en las unidades militares, dormitorios o camarotes compartidos en los establecimientos militares o buques de guerra, naves corridas y barracones, tiendas o contenedores en maniobras, ejercicios o misiones y las habitaciones individuales en cada una de estas dependencias, y, singularmente, las existentes en las residencias militares. Por otra parte, resulta preciso abordar la consideración de las llamadas taquillas del personal militar. Teniendo en cuenta la aplicación del concepto constitucional de domicilio –singularmente, la posibilidad de desarrollar vida íntima o familiar- a cada una de estas realidades, resultará posible proporcionar la adecuada respuesta, seguramente no pacífica, sobre la protección que el art. 18 de la Constitución dispensa a cada una de ellas. Debemos asimismo avanzar que, reuniendo las notas que de ordinario sirven para considerar un espacio como domicilio, se impone el abandono de cualquier prevención o cautela impuesta por la inserción de los mencionados lugares en una unidad militar. Otra cosa es que ello afecte al mismo concepto de domicilio, singularmente, debido a que las características de la instalación castrense impidan el desarrollo de los mínimos elementos que caracterizan la vida íntima o familiar. Ahora bien, una vez determinado que uno de estos lugares reúne las características de un domicilio, operan plenamente las garantías que el ordenamiento proporciona, singularmente las ordenadas en el art. 18 CE. Rotundo resulta en este aspecto el art. 10.1 de la nueva ley orgánica 9/2011 de derechos y deberes cuando proclama que el militar "...También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la *inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades*, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico. (...)"

Ahora bien, para que en una de estas situaciones hablemos de domicilio en el sentido constitucional del término, debemos proceder a la verificación de las notas que se consideran esenciales para la existencia de aquél.

Sin embargo, el art. 18 CE no proporciona un concepto de domicilio, ni siquiera las notas esenciales de lo que haya de entenderse por noción constitucional del mismo; es más, cada sector del ordenamiento posee su propio concepto de domicilio. Así para el

---

pretendida privacidad e incluso la intimidad (tanto física como mental)." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 285.

art. 40 del Código Civil "el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil" en lo que al ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles se refiere. Para la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el domicilio fiscal de las personas físicas será

> "el lugar donde tengan su residencia habitual. No obstante, para las personas físicas que desarrollen principalmente actividades económicas, en los términos que reglamentariamente se determinen, la Administración tributaria podrá considerar como domicilio fiscal el lugar donde esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de las actividades desarrolladas. Si no pudiera establecerse dicho lugar, prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado en el que se realicen las actividades económicas." [art. 48.2 a)].

Tampoco la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local establece un concepto de domicilio, sino que se refiere a los datos del Padrón como "prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo" (art. 16.1).

Pero, como advierte Alonso de Antonio la Constitución no asume ninguno de estos conceptos particulares de domicilio, integrados en las diversas ramas del ordenamiento. Parece claro que aceptar una de estas definiciones desde un punto de vista constitucional tendría un resultado restrictivo respecto a realidades en las que el sujeto desenvuelve su vida íntima -por ejemplo, sin el requisito de la habitualidad- y que perderían así la protección constitucional. Debemos coincidir con el señalado autor en que el único criterio que en principio se pudiera estimar para dispensarle la protección constitucional es el relativo a las normas penales.[472]

El Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez confirmando esta argumentación en la STC 22/1984, donde aclara que

> "*la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado*, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. (...) la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución). *Todo ello obliga a mantener, por lo menos «prima facie», un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo.*"[473]

---

[472] ALONSO DE ANTONIO, A.L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978*, Editorial Colex, Madrid, 1993, pág. 83. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece bajo la rúbrica *Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público* la protección penal del domicilio o morada en los arts. 202 a 204.

[473] FJ 2.

Tras haber precisado la protección instrumental[474] que supone la inviolabilidad del domicilio respecto al derecho a la intimidad, lo continúa vinculando a la vida privada y proporciona un concepto constitucional al declarar que

> "la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, *el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima.* Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos."[475]

Con posterioridad, el Alto Tribunal, en la STC 10/2002, de 17 enero, compila de forma exhaustiva su doctrina al respecto y, partiendo del concepto de domicilio como lugar apto para que el individuo desarrolle actividades propias de la vida íntima, lo completa introduciendo notas delimitando el concepto, fundamentalmente de forma negativa al advertir que

> "...ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. (...)
>
> Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 5; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH de 24 de noviembre de 1986 [TEDH 1986, 15], caso Guillow c. Reino Unido)."[476]

---

[474] Igualmente, por todas, STC 10/2002, FJ 5, donde señala que, pese al carácter instrumental respecto al derecho a la intimidad, reconoce a la inviolabilidad del domicilio como un derecho autónomo, a diferencia de lo que sucede con la protección dispensada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[475] FJ 5.

[476] FJ 6. Doctrina que se reitera en la STC 209/2007, de 24 de septiembre, que se pronuncia sobre la facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliario. La sentencia constitucional de 17 de enero de 2002 tiene la virtualidad de pronunciarse expresamente sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Sevilla respecto del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que conservaba la siguiente dicción: "Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten así con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada." La resolución constitucional, tras recordar su doctrina respecto al concepto de domicilio, particularmente delimitándolo negativamente, declara, en lo que hace al supuesto legislativo concreto que

Debemos pues aplicar estas notas que definen un lugar o espacio como domicilio en el sentido constitucional del término para comprobar si ostentan tal condición los alojamientos o dormitorios existentes en las unidades militares, buques de guerra o los habilitados para el personal militar durante la realización de ejercicios, maniobras o misiones, así como las habitaciones de las residencias militares.

Respecto a los alojamientos o dormitorios que en las unidades militares se proporcionan para su utilización, fundamentalmente por las clases de tropa y marinería profesionales y asimismo para los alumnos (que sí deben, a diferencia de los profesionales, según comprobamos más arriba, residir en el establecimiento militar, salvo supuestos excepcionales) debemos distinguir los alojamientos de las residencias logísticas. Así, el apartado cuarto de la Orden Ministerial 13/2009, de 26 de marzo, por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las Residencias Militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire

---

> "se ha de otorgar la razón al órgano judicial cuestionante en cuanto a que las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines. En el caso origen del proceso penal pendiente, no existen dudas de que los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituían en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada. (...)
> Desde esta perspectiva, ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas." FJ 8.

Con anterioridad al pronunciamiento constitucional de 2002 González-Trevijano ya había distinguido entre elementos esenciales y accidentales para proporcionar un concepto de domicilio. Así, según el autor, se cuentan entre los primeros: 1) la existencia de un espacio aislado con respecto al mundo exterior, ya se encuentre cerrado o parcialmente abierto; 2) su destino al desarrollo y desenvolvimiento de la vida privada; 3) la irrelevancia del título jurídico particular (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.) o de la naturaleza de la situación jurídica amparada (posesión o detentación), con tal que sea legítimo, se halle tutelado o permitido por el ordenamiento jurídico; 4) la actualidad de su disfrute, lo que no se debe confundir con la exigencia de una presencia necesaria, *in loco*, del sujeto titular del derecho. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *La inviolabilidad del domicilio*, Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 146-153. De acuerdo con esas notas Pascual Sarriá cita numerosos espacios que alcanzan, de acuerdo con la jurisprudencia, la consideración de domicilio. Así, según este autor lo serían las chabolas (SSTS de 26 de junio de 1993, Ponente Ruiz Vadillo; y de 8 de julio de 1994, Ponente Delgado García); las caravanas o roulottes (SSTS de 8 de julio y 9 de septiembre de 1994, y de 29 de enero de 2001 (Ponente Prego de Oliver y Tolivar). No así los automóviles (SSTS de 16 de mayo de 2001; las pensiones (SSTS de 4 de abril de 1995, Ponente Vega Ruíz; y de 8 de junio de1998); las tiendas de campaña (SSTS de 16 de septiembre de 1993 y 8 de julio de 1994); los lavabos o aseos públicos (STS de 7 de julio de 1998); las reboticas (STS de 3 de septiembre de 2002); las habitaciones de hotel (SSTC 94/1999, de 31 de mayo y 10/2002, de 17 de enero; y SSTS de 14 de enero, 3 de julio, 10 de julio, 5 de octubre, Ponente Hernández Hernández ; y 4 de diciembre de 1992); las residencias militares (STC 189/2004, de 2 de noviembre). A continuación, el autor ofrece varios ejemplos, contrastados asimismo jurisprudencialmente, de espacios que no resultan aptos para su consideración como domicilio, entre los que se encuentran las taquillas en los cuarteles. *Vid.* todo ello en PASCUAL SARRIÁ, F.L., "La entrada y registro en las instalaciones militares...", ob. cit.

dispone que el alojamiento logístico militar es el "[e]stablecimiento situado en el interior o anexo a una instalación militar dirigido a proporcionar alojamiento al personal militar que se encuentre destinado o en comisión de servicio no indemnizable en las Unidades, Centros u Organismos (UCO,s) situadas en la instalación militar donde se ubique dicho ALM o que esté realizando cursos en las mismas" mientras que la residencia logística militar se define como "la residencia militar, situada normalmente en el exterior de las instalaciones militares, que proporciona alojamiento y otros servicios complementarios al personal militar que, no teniendo plaza en el Alojamiento correspondiente (Logístico u otros que se determinen en las instrucciones de desarrollo), se encuentre destinado, asistiendo a cursos o en comisión de servicio en cualesquiera de las UCO,s del municipio en que se ubique la RLM o en las de otros municipios próximos que se determinen. El personal que no disponga de plaza en el Alojamiento correspondiente siempre tendrá prioridad en la RLM sobre el que sí disponga de plaza."[477]

Resulta de interés, en lo que ahora nos importa, respecto al régimen administrativo de estos establecimientos que en las normas de uso de los mismos (instrucciones de desarrollo así como las normas de régimen interno de cada uno de ellos) se suelen establecer las personas titulares del derecho a ocupar el alojamiento así como la posibilidad de existencia de beneficiarios (cónyuge o pareja de hecho, hijos, etc.). En ese supuesto, es decir, cuando otra persona de su familia pasa a compartir el habitáculo con el titular del derecho, nos encontramos evidentemente con las condiciones para que en el mismo se desarrolle una vida privada o familiar, mereciendo, por ello, la consideración de domicilio. Resulta significativo al respecto el apartado 2.1.3 de la Instrucción Permanente de Organización 01/2007, de 15 de junio, del Almirante Jefe de Personal, sobre Residencias de la Armada que, al respecto, dispone lo siguiente:

"Si el militar usuario de un Alojamiento Logístico aloja a un familiar, la habitación correspondiente pasará a tener la consideración de Residencia Logística. Las circunstancias y condiciones particulares que regulen el uso de los Alojamientos Logísticos por familiares del usuario serán establecidas por los Órganos Gestores en las Instrucciones de Régimen Interior de sus Residencias."

[477] Estas normas son desarrolladas en la estructura de cada uno de los ejércitos. Así, en el ámbito de la Armada, Instrucción 9/2010, de 2 de febrero, del Jefe de Estado Mayor de la Armada sobre Residencias de la Armada (BOD nº 50/2010); Instrucción Permanente de Organización 01/2007, de 15 de junio, del Almirante Jefe de Personal, sobre Residencias de la Armada y la Instrucción núm. 630/06141/2012, de 30 de marzo, del Almirante Jefe de Personal, sobre residencias de la Armada (BOD nº 77/2012). En el ámbito del Ejército de Tierra debe destacarse la Directiva 4/2000, del Estado Mayor del Ejército (División de Logística), sobre Régimen de Vida de los Militares Profesionales de Tropa.

Los alojamientos logísticos, pues, (concretamente sus habitaciones) caracterizados por las notas de su aptitud para desarrollar en los mismos una vida íntima o familiar, bien por tratarse de habitaciones individuales donde el sujeto desenvuelve su vida privada sin estar sujetos a los usos o convenciones sociales, o en el supuesto de que se lleguen a alcanzar las características de una mínima convivencia familiar[478], esto es, con el cónyuge o pareja de hecho y no con extraños o "compañeros de habitación" con los que se comparte "camareta" o incluso una nave corrida o barracón, definen pues los supuestos que dan lugar en un alojamiento militar, en mi opinión, a la consideración de domicilio de esos lugares. La entrada y registro en los mismos, por consiguiente, a falta de consentimiento del titular o delito flagrante ha de estar precedida de una autorización judicial al efecto (art. 18.2 CE). Pascual Sarriá alude a una serie de elementos que le parecen determinantes al efecto de que los alojamientos de tropa ubicados en las unidades no merezcan la consideración constitucional de domicilio: la titularidad estatal de los mismos; la gratuidad; su ubicación en el interior de las unidades con sujeción a las normas que garantizan el orden, gobierno y disciplina propios de la instalación militar; su carácter compartido; el hecho de que la asignación al personal de la habitación que debe ocupar es decisión del mando militar, no pudiendo escoger lo alojados ni la habitación; la circunstancia de que alojarse en dichos módulos es una decisión libre y voluntaria, por lo que al optar por residir en ellos eligen someterse al régimen de vida y funcionamiento establecido para los mismos, entre los que se encuentran las revistas de policía y la necesidad de mantener el orden y la disciplina en su interior y, por último, que no puede alojarse en las mismas nadie que no esté debidamente autorizado por el mando competente, debiendo tratarse siempre de personal de las FAS; y sin que el residente pueda introducir a ninguna persona en su camarote, ni permitir que pernocte nadie aunque se trate de su familia o su pareja.[479] Todas esas circunstancias, en mi opinión, salvo el uso compartido de un mismo habitáculo con extraños -de lo que resulte la pérdida de un espacio de intimidad donde desarrollar la vida privada que caracteriza a un domicilio, no resultan relevantes para la pérdida de la consideración –y consiguiente- protección constitucional de domicilio de estos espacios, por muy sujetos a las normas de régimen interior de un establecimiento militar que se encuentren. En este sentido, las instrucciones establecidas para el

[478] En este sentido asimismo FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas…", ob. cit., pág. 44.
[479] PASCUAL SARRIÁ, F.L., "La entrada y registro en las instalaciones militares...", ob. cit.

adecuado mantenimiento de unas instalaciones, locales o –caso de una unidad militar- normas de régimen interior no pueden suponer obstáculo alguno a la consideración como domicilio de los espacios que reúnan las condiciones de aptitud para desarrollar la vida privada de las personas.[480]

[480] En el mismo sentido que FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas...", ob. cit., págs. 43 y 44. A esta conclusión ya había llegado en 1994 López Benítez cuando aseguraba que "hay que recuperar el concepto estricto de domicilio para evitar situaciones absurdas como las descritas [se refiere a las manifestaciones de la vida íntima en el establecimiento militar con posibles consecuencias disciplinarias, a las que nos hemos referido más arriba] o para evitar que la autoridad militar pudiera llegar a prohibir visitas de familiares o de amigos, con la sola excusa de que el domicilio se halla dentro del recinto militar. Las normas de seguridad del establecimiento militar podrán ciertamente imponer determinadas exigencias (controles de acceso, señas identificativas, paso por scanners), pero habrán de respetar el recinto sacrosanto del domicilio." LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 546 y 547. Resulta sumamente interesante al respecto la Sentencia del Tribunal Militar Central de 5 de noviembre de 2009 en la que se enjuicia la conducta de un Coronel y un Teniente Coronel del Ejército de Tierra, acusados de sendos delitos de abuso de autoridad de los arts. 103 y 106 CPM. Los hechos, ocurridos en el Centro de Ensayo de Torregorda (Cádiz) pueden resumirse de la siguiente manera: En la mencionada unidad militar fue destinado un comandante, al que le fue asignada, atendiendo al propio criterio y a la costumbre que seguían los anteriores Directores, al no haber normas específicas sobre la adjudicación de viviendas, uno de los alojamientos allí existentes para la utilización del comandante y de su familia. A finales de diciembre de 2005 un Capitán solicitó al Coronel después acusado (en ese momento, Teniente Coronel) primero con carácter temporal y posteriormente de forma definitiva una de las viviendas (la que ofrecía menas barreras arquitectónicas en atención a la enfermedad de su mujer). Ante esa solicitud el Coronel director, más tarde acusado de sendos delitos de abuso de autoridad, comunicó verbalmente al Comandante que debía dejar la vivienda al indicado Capitán y su familia, o en su caso, tenía que trasladarse a la vivienda desocupada a la que previamente se le realizarían las reformas que fuesen necesarias. Desestimadas las alegaciones del comandante, que se oponía a la decisión, el Coronel Director ordenó militarmente al interesado el desalojo de la vivienda, algo que cumplimentó, pero no su familia. Además interpuso recurso de alzada frente a la decisión del Coronel Director, más tarde estimado por resolución del Sr. Ministro de Defensa, pese a lo cual se acordó por esta autoridad un procedimiento de los prevenidos por el art. 58 y ss. de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas encaminado a la extinción de uso del inmueble, declarando efectivamente extinguido el título que concedía el uso al interesado con fecha 10 de julio de 2007, aunque el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Cádiz paralizó el desalojo con fecha 3 de diciembre de 2007. Lo que ahora nos interesa a nosotros fueron las actuaciones del Coronel Director y del Teniente Coronel, jefe de seguridad, respecto a los integrantes de la vivienda, por las que fueron acusados de sendos delitos de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante a un inferior. Efectivamente, y según consta en los hechos probados de la resolución del Tribunal Militar Central, desde que el Comandante, que denunció los hechos, abandonó la vivienda, cumpliendo la orden dada, el Coronel Director ordenó al Teniente Coronel, más tarde acusado, "que adoptara exclusivamente respecto al Comandante y su familia, las siguientes medidas:

a) No pueden moverse libremente por el interior del Centro, sus movimientos se limitarán de su domicilio a la puerta de entrada o viceversa.
b) La familia puede recibir visitas en su domicilio, pero tiene que solicitar y tener autorización de la Dirección del Centro."

Entre otras medidas, el Teniente Coronel Jefe de Seguridad, por propia iniciativa, confeccionó y publicó una Nota de Servicio fechada el 7 de abril de 2006, comunicando al Oficial de servicio la forma en que debía de actuarse con respecto a las visitas que intentaran acceder al domicilio del Comandante. La Nota fue redactada en los siguientes términos:

"Se comprobara si la Sra. del Comandante XXX o alguno de sus hijos está en la vivienda.

Si es así, se avisará de que tienen visita en la puerta, haciéndole saber que las visitas no podrán acceder a la vivienda, en la puerta se les recibirá y despedirá

Hacer constar que los vigilantes tienen conocimiento verbal de esta orden."

Otra medida de las tomadas por la Dirección consistió en ordenar que se les retirara la línea del teléfono interior de la vivienda. (Hechos probados, apartado 6).

Debemos recordar en este sentido que "el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada."[481]

Concluye, a mi juicio atinadamente, Franco García que "ha de distinguirse entre los dormitorios sitos en los *módulos de alojamiento* de los Alojamientos Logísticos, que son ocupados por un solo residente, respecto a los cuales consideramos que el espacio al que aquéllos se contraen, sí es apto para desenvolver la intimidad personal, puesto que en su interior el usuario puede manifestar libremente sus hábitos y costumbres, dentro de ciertos límites que se imponen a todos los residentes para garantizar el buen orden, y que no difieren esencialmente de los establecidos, con carácter general, en los establecimientos hoteleros; y los dormitorios ocupados por varios convivientes, en los cuales estimamos que el propio hecho de ser obligatorio el uso compartido del dormitorio con otra u otras personas, las cuales pueden no tener entre sí, relación o vínculo de afectividad o familiar alguno, hace que en este caso, consideremos que dichos espacios no son aptos para el desarrollo de la vida personal, puesto que los residentes deben observar los usos y convenciones sociales que impone la convivencia

---

Más allá de la "pulverización" evidente del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del comandante denunciante y su familia, así como del derecho a su intimidad familiar, estas actuaciones tienen entidad suficiente para su incardinación en los arts. 103 y 106 CPM. Tras una extensa fundamentación, que no procede reproducir ahora, el pronunciamiento del Tribunal Militar Central, confirmado por la STS, Sala 5ª, de 16 de febrero de 2011, reconoció que "sí hubo un cierto ejercicio abusivo y excesivo de sus facultades de mando, pero no de entidad suficiente como para poder ser considerado como subsumible en el ámbito delictivo." (FJ 3º). A la resolución del Tribunal Militar Central fue posible acceder gracias a la gentileza de la Fiscalía de este órgano jurisdiccional.

[481] STC 10/2002, de 17 enero, FJ 7.

con extraños, y por esta razón entendemos, que aquéllos no pueden desenvolver libremente su personalidad."[482]

Sin embargo, y por lo que hasta ahora hemos dicho, no reúnen las características para su consideración como domicilio y, por ello, las garantías que se anudan a ello según el art. 18.2 CE las habitaciones o camarotes compartidos destinados al alojamiento del personal en la unidad, ejercicios, maniobras o misiones o buques de la Armada[483] puesto que no gozan de las condiciones para desarrollar los mínimos elementos de la vida íntima o familiar.[484] Ésta era la posición de los órganos

[482] FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas...", ob. cit., pág. 42. Opinión contraria, sin embargo, sostiene Amich para quien "las limitaciones al desarrollo de una vida privada/íntima plena en un alojamiento compartido, debido a la necesidad, *a priori*, de observar unos usos y convenciones sociales, no son de suficiente entidad ni lo suficientemente generales como para afirmar que se trata de lugares desvinculados de la concepción personal de reducto o espacio propio, a salvo de la intromisión de sujetos más extraños aun como, en su caso, puede ser el mando o la policía militar." AMICH ELÍAS, C., "La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes…", ob. cit., pág. 64.

[483] Así, en línea con lo argumentado, no reunirían las características para ser calificados de domicilio los sollados de marinería existentes en los buques de guerra o los camarotes compartidos. Sin embargo, como señala la STS de la Sala 2ª de 18 de octubre de 2006, "ningún problema se plantea para reconocer la condición de domicilio a un camarote de un barco como un lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee (…) como se reconoce en la STS núm. 1200/1998, de 9 de octubre, en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución." Asimismo SSTS, Sala 2ª, por todas, de 12 de julio de 2004 y 17 de septiembre de 2009. Coincidimos en este caso con Franco García en la consideración de que, como regla general, en los buques de la Armada solo reunirían las características para la consideración de domicilio los camarotes del Comandante y el Segundo, únicos que suelen poseer alojamiento individual. FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas...", ob. cit., págs. 54 y 55. La misma opinión sostiene Alberto Oehling que opina que "[e]s, por tanto, en barcos de cierto empaque, con dependencias destinadas al ejercicio de la vida íntima, donde sería necesaria en principio, la autorización del órgano judicial." OEHLING DE LOS REYES, A., "Algunos aspectos jurídico-constitucionales con relación al abordaje de buque pirata en alta mar: Función de policía de la Armada, abordaje y registro de la nave y pautas en orden a la detención de sospechosos", en *Estudios de Deusto (Separata)*, Vol. 59/1, enero-junio 2011, Universidad de Deusto, Bilbao, pág. 158.

[484] Pastrana solo excluye de la consideración de domicilio a las naves colectivas, puesto que en las habitaciones compartidas opina que la intimidad de sus ocupantes es tan real como la de dos, tres o cuatro amigos que comparten piso, considerando que en ellos confluye el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE. PASTRANA-COMPAIRED ÁLVAREZ, A., "Los derechos del militar al honor e intimidad y a la libertad de residencia y circulación", Trabajo Académico de Investigación elaborado en la enseñanza de formación militar específica para el acceso a la escala de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, depositado en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005, pág. 36. Facilitado gracias a la gentileza del autor. Igual postura mantiene Amich Elías, quien extiende asimismo la consideración de domicilio no solo a los alojamientos compartidos sino también a los llamados CORIMECS de las misiones internacionales, o compartimentos prefabricados, donde en función de las asignaciones del mando y con carácter compartido se aloja el personal destinado en una misión internacional. AMICH ELÍAS, C., "La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes…", ob. cit., pág. 64. En estos habitáculos resulta imposible modificar su estructura o la colocación de mobiliario que no esté determinado por las normas que determine el jefe del contingente, sin mucho resquicio a la vida íntima de los que allí conviven. Coincido más en este caso con Pascual Sarriá que afirma que estos habitáculos se ponen a disposición del personal de las FAS en misiones internacionales "con la única finalidad de dotarles de un lugar para el descanso, desarrollando su vida en común con el resto de miembros del contingente (comida, aseo, ejercicio, ocio, …), y con una dedicación

jurisdiccionales en la aplicación de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre del Servicio Militar respecto al registro de taquillas –cuestión que abordaremos más adelante-, que en su art. artículo 46 regulaba el derecho de los militares de reemplazo a la intimidad personal y secreto de las comunicaciones.[485]

Así, la STS, Sala 2ª, de 26 de enero de 1995 declaró respecto a los registros de taquillas de soldados de reemplazo que

> "en modo alguno puede estimarse que se atente contra la intimidad personal garantizada en el número 1º del artículo 18 de la Constitución española por el hecho de practicarse en un establecimiento militar las revistas de las taquillas existentes en los dormitorios comunes a disposición de los soldados para guardar sus enseres, ya que ello viene reglamentariamente impuesto por las normas del buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería resquebrajada en caso contrario la disciplina, e incluso la seguridad del propio acuartelamiento, si se permitiese que cada uno de cuantos en el se encontrasen prestando su servicio pudiera libremente campar por sus respetos; y, en segundo lugar, porque no siendo ciertamente un dormitorio común de un Cuartel el domicilio a que se refiere el número 2 del precepto constitucional acabado de citar, es claro que no se ha violado tampoco el derecho que tal artículo confiere a toda persona a que no se entre ni registre su vivienda sin mediar su consentimiento o mandamiento judicial que lo autorice, por lo que procede, por ajustado a derecho, confirmar el fallo combatido."[486]

---

permanente al servicio que desempeñan durante las 24 horas del día y todos los días que dure la misión, por lo que nos hallaremos ante un ámbito de privacidad menor que el de los dormitorios de las Unidades, en el que no cabe apenas un resquicio para la intimidad de los militares que forman parte de dichos contingentes, quiénes asumen la limitación de su intimidad en aras al cumplimiento de la misión encomendada. Dichos "alojamientos" son asignados a discreción del mando en función del sexo y empleo, no pudiendo cambiarse ni elegir a los compañeros con quiénes se comparte alojamiento, no admiten la tenencia de mobiliario personal o de efectos que no sean los propios del servicio, por lo que la entrada y registro en los mismos se podrá realizar por el Jefe del contingente sin ninguna prevención al tratarse de instalaciones militares que no gozan de la condición de domicilio, y sin mayores requisitos que los que garantizaban la apertura de las "taquillas", en el supuesto de que estas tuvieran que ser abiertas de manera justificada y proporcionada, no vulnerándose con ello la intimidad del militar alojado, siendo de aplicación la doctrina del TS que considera domicilio el lugar apto para desarrollar la vida privada." *Vid.* PASCUAL SARRIÁ, F.L., "La entrada y registro en las instalaciones militares...", ob. cit.

[485] Cuya dicción era la siguiente:

> 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 segundad 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.

[486] FJ 3. En el mismo sentido, *ad. ex.*, SSTS 1454/1999 de 8 octubre y 1049/2000, de 9 junio, que en su FJ 2 compara las garantías del registro en los dormitorios comunes de los soldados de reemplazo con las existentes en los centros penitenciarios según la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria así como del art. 68 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real decreto 190/1996, de 9 de febrero. En este sentido debemos destacar la STC 89/2006, de 27 marzo cuando declara que "la celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren –«una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas» (STC 89/1987, de 3 de junio, F. 2)– como también, por el hecho mismo

Esta posición es reiterada por alguna decisión judicial más adelante ya respecto a los militares profesionales. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo contencioso-administrativo) 535/2007, de 20 marzo (sección 1ª) resuelve en vía de apelación el recurso del Cabo 1º profesional, que prestando servicio en esos momentos en el RALCA 62 (Astorga), y residiendo en el Acuartelamiento, en el módulo Mas Aznar, habitación 7-E, en la que tenía sus objetos personales, y considerando domicilio tal espacio, solicitaba que, "salvo supuestos de previa autorización" por él y los casos indicados en ese escrito referidos a obras de reparación, conservación o de urgente necesidad, se adoptasen las medidas precisas para evitar en el futuro que ningún superior pudiese entrar en el mismo. Ante la desestimación de la demanda por el Juzgado del mismo orden núm. 2 de León en sentencia de 1 de abril de 2005, el interesado recurre en apelación ante el Tribunal Superior de la respectiva Comunidad Autónoma, quien realiza un exhaustivo análisis de las normas de régimen interior del establecimiento y, en la línea de lo que hemos sostenido aquí hasta el momento, argumenta que esos espacios de los alojamientos de las unidades militares, caracterizados por hallarse compartidos por dos o tres personas, y sometidos a las normas de régimen interior del establecimiento, no entran en la consideración de domicilio. No puedo, sin embargo, compartir la argumentación efectuada por el Tribunal, quien termina fundamentando la solución de la controversia en la existencia de una relación de sujeción especial de sujeción[487] con el consiguiente efecto de la

---

de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar «ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere» (STC 89/1987, F. 2).” Afirma a continuación el pronunciamiento constitucional que

> “El domicilio constituye un ámbito de privacidad «dentro del espacio limitado que la propia persona elige» (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio «es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro» (STC 189/2004, de 2 de noviembre, F. 3). De ahí que, *aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante*, un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 283/2000, de 27 de noviembre, F. 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que *tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público*. Bien al contrario, *el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término*.” (FJ 2).

[487] Resulta de interés el siguiente pasaje de la resolución:

> “De lo expuesto resulta que al alojarse el recurrente dentro del Acuertelamiento de Santocildes, que además lo realiza de forma voluntaria y gratuita, se encuentra respecto de la Administración Militar en una relación de sujeción especial, que comporta su sometimiento a un régimen peculiar, contenido en este caso, por lo que ahora importa, en las Normas de Régimen Interior del Acuartelamiento a las que antes se ha hecho referencia, que impiden el reconocimiento de la pretensión del apelante que ahora se

limitación de los DDFF de los residentes en esos locales. Además, finalmente (FJ 2) incurre en contradicción –como pone de manifiesto el Magistrado que suscribe el voto particular a la sentencia- al mantener que a esa solución (no acceder a la pretensión del recurrente) hubiera llegado "con independencia de si la habitación 7-E que ocupaba el recurrente, que había de compartir con otras personas no elegidas por él, como se ha dicho, tiene o no la consideración constitucional de domicilio", algo que evidentemente resulta el presupuesto determinante para resolver la controversia y decidir la aplicación de las garantías del art. 18.2 CE, que, como es sabido, determinan que, salvo flagrante delito, o consentimiento del titular, resulta exigible autorización judicial para la entrada y registro, bien en el marco de una instrucción penal[488] o, como requisito procesal para la ejecución de un acto administrativo cuyo cumplimiento así lo exija.[489]

Amich Elías, aunque admite, incluso en caso de alojamientos compartidos, que los mencionados espacios son domicilio, siempre que reúnan las condiciones para desarrollar una vida privada o íntima, sostiene una posición que conduce a la desvirtuación de las garantías resultantes del art. 18.2 CE ya que introduce asimismo la relevancia del criterio de la voluntariedad en el alojamiento, y por ello, la sumisión a las

---

analiza, que se prohíba el acceso a la citada habitación 7-E del referido Módulo de Alojamiento en el Acuartelamiento, de "cualquier Superior" salvo su consentimiento, incluso para las revistas de policía, exigiendo su previa notificación, máxime cuando esas Normas no constan impugnadas. Dicho de otra forma, no puede pretender el recurrente el alojamiento en uno de los módulos del Acuartelamiento, incluso en la citada habitación 7-E, previstos para varias personas, como antes se ha dicho, que él no elige sino que le son asignadas, al amparo de las Normas que rigen ese Alojamiento, que, además, tiene carácter voluntario, y tratar de impedir el acceso a los mismos de cualquier superior sin su consentimiento, cuando la posibilidad de visita de los alojamientos está contemplado en esas Normas por razones de seguridad, orden y mantenimiento, y para las concretas personas que en ellas se mencionan, máxime cuando esas Normas no han sido impugnadas, como se ha indicado, lo que presupone su aceptación. En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia 61/1990, de 29 de marzo, que lo que caracteriza a las relaciones de supremacía especial es el debilitamiento o relativización del principio de legalidad "porque en este tipo de relaciones entran en juego amplias facultades autoorganizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas"." FJ 2.

[488] Art. 545 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; en el caso de la instrucción de un proceso penal por la Jurisdicción Militar, *vid.* art. 185 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, fundamentalmente, el art. 187, que se refiere a la entrada y registro en domicilio o local. Como peculiaridad más relevante de las normas procesales militares al respecto destaca el art. 185, que establece que

> "Para la entrada y registro en los edificios, dependencias, buques o aeronaves de los Ejércitos deberá preceder aviso a la Autoridad o Jefe de aquéllos, a fin de que preste el debido auxilio, a no ser que el imputado o denunciado sea dicho Jefe, en cuyo caso, a los mismos efectos, la comunicación se hará a su superior inmediato, salvo cuando la investigación de los hechos no lo permita."

[489] Así el art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la competencia para "las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública."

correspondientes normas de régimen interior cuando señala que "compartimos la opinión de que en los casos en que el acceso y permanencia en los alojamientos es de carácter voluntario, los militares han consentido tácita y voluntariamente a la inspección, que responde a razones de orden, disciplina y conservación. Más conflictiva resulta la cuestión cuando la permanencia en dichos lugares es de carácter obligatorio, como es el caso de los alumnos de los centros docentes militares, sometidos a régimen de internado, o de los militares en misión internacional, pues cabe preguntarse hasta qué punto normas de rango no constitucional como las Reales Ordenanzas y/o las relativas al Régimen Interior pueden limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, basándonos únicamente en el hecho de que la entrada en las FAS implica la renuncia expresa al derecho en esos casos, en nombre de valores superiores (orden y disciplina), polémica que en realidad subyace a toda la cuestión de los derechos fundamentales del militar."[490]

En mi opinión, no resulta posible que la residencia voluntaria en la habitación de un alojamiento militar, siempre que reúna las condiciones para el ejercicio de la vida íntima en los términos que hemos indicado, con la consiguiente aceptación de las normas de régimen interior, que aunque necesarias para el mantenimiento del orden y la

[490] AMICH ELÍAS, C., "La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes…", ob. cit., pág. 65. Esas razones de orden, disciplina y conservación a las que alude la autora respecto a alojamientos sometidos a normas de régimen interior de una unidad militar aparecen fundamentando las revistas a las que se refiere el art. 42 de las nuevas Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra, aprobadas por Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio (BOD de 2 de agosto), cuyo tenor literal es el siguiente:

> "Se realizarán revistas con la frecuencia que se determine para comprobar el estado de las instalaciones, la uniformidad y policía del personal, así como la limpieza y conservación del armamento, material y equipo. Las revistas de carácter técnico o administrativo se realizarán con arreglo a la normativa que las regula."

Estas previsiones aparecen desarrolladas en la Instrucción Técnica 13/05, "Actuación en inspecciones, revistas y registros de alojamientos de tropa". Con la finalidad prevenida en las nuevas normas de régimen interior aprobadas en 2011 (antes en las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, art. 216 y ss.) "se podrán llevar a cabo revistas de los alojamientos de tropa para verificar el estado de policía, higiene y conservación de las instalaciones y material." Más adelante señala que "Para la realización de las revistas e inspecciones no es necesario contar con autorización del personal alojado." Resulta asimismo interesante la previsión existente respecto al incumplimiento de las normas de régimen interior por parte de los MPT,s. (militares profesionales de tropa) que "llevaría consigo la aplicación de las leyes penales y disciplinarias militares, tal y como se preceptúa en los artículos 34 y 35 del RD 984/1992, por lo que no deben ser expulsados de la instalación." Esto es una diferencia clave respecto al régimen de las residencias militares, puesto que en caso de incumplimiento de sus normas internas, ello puede motivar la expulsión de la instalación; no así en los alojamientos integrados en las unidades militares donde el incumplimiento de sus normas es el incumplimiento de las normas de régimen interior de la misma unidad militar, con las consiguientes consecuencias disciplinarias militares. Normas similares se prevén en la Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades de la Armada (art. 30, apartados 11 y 12).

disciplina en un establecimiento militar, suponga una renuncia anticipada o *ex ante*[491] a los DDFF derivados del art. 18.2 CE a través de unas simples instrucciones de régimen interior, y mucho menos, como opina la autora, cuando la residencia en esos lugares es de carácter obligatorio, como ocurre en el caso de los alumnos de la enseñanza militar de formación, aunque el problema en estos casos se plantea con el hecho de que los alojamientos de los alumnos en los centros de formación castrense suelen ser colectivos o compartidos, por lo que, en la línea de lo que venimos sosteniendo, difícilmente conciliables con la definición constitucional de domicilio en tanto que espacio apto para el desarrollo de la vida íntima del que lo habita.[492]

Por lo que hace a la consideración de domicilio de las habitaciones individuales existentes en las residencias militares, resulta plenamente aplicable la doctrina constitucional que considera las habitaciones de los hoteles como lugar que reúne las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida íntima y privada (STC 10/2002) con las consecuencias que a ello van aparejadas.

La cuestión ya ha tenido respuesta jurisdiccional a través del Supremo intérprete de la Constitución en la ya paradigmática STC 189/2004, de 2 de noviembre, en la que se resuelve el amparo solicitado por un suboficial del Ejército de Tierra, residente en una habitación de la Residencia Militar Logística Gran Capitán de Granada, concretamente en la habitación 52. Ante el incumplimiento por parte del ocupante de diversas normas de régimen interior, previo apercibimiento, el interesado perdió su derecho al alojamiento y se le requirió para que en 48 horas abandonase la habitación.

[491] Sostenemos en este sentido la posición de principio de Díez-Picazo que, aunque se pregunta si la inserción de una persona con carácter voluntario en una relación especial de sujeción como la militar implica una especie de renuncia tácita por la que son admisibles limitaciones de DDFF más intensas que las aplicables a la generalidad de los ciudadanos, culmina su razonamiento sosteniendo que el concepto de relación especial de sujeción carece de fundamento directo en la Constitución y postula su empleo "con mucha cautela a la hora de examinar la admisibilidad de restricciones a los derechos fundamentales." Pero, insisto, por eso mismo resulta a mi juicio mucho más atinada la postura de la que parte el autor respecto a la renuncia de los DDFF: "…es de crucial importancia subrayar que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales no pude hacerse jamás a favor del Estado: los poderes públicos no pueden imponer, favorecer o aceptar una renuncia de esa índole, porque ello equivaldría a admitir su desvinculación de los derechos fundamentales; derechos cuya función primordial es precisamente limitar a los poderes públicos." DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., págs. 150 y 151. En el mismo sentido se pronuncia García Macho cuando afirma que "[l]a entrada voluntaria, por otra parte, era una argumentación utilizada en los orígenes de este concepto para justificarlo, pero en la actualidad ya no es aceptable pues la voluntariedad no puede ser justificativa de restricción de derechos y, además, soldados y presos, por ejemplo, no aceptan voluntariamente tal relación." GARCÍA MACHO, R., "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", ob. cit., pág. 520.

[492] Posición igualmente sostenida por Alonso de Antonio, que diferencia los alojamientos colectivos de los particularizados (por ejemplo, habitación asignada a un mando en un cuartel o residencia militar). ALONSO DE ANTONIO, A.L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria…*, ob. cit., págs. 89 y 90.

Como quiera que no se produjese el abandono voluntario, se arbitraron las medidas por parte del Coronel Director para, ante la ausencia del ocupante, proceder, ante testigos, a inventariar y embalar sus efectos, y desalojar los mismos del señalado espacio hasta ese momento ocupado por el indicado suboficial que, a la postre, impugnaría dichas medidas en vía contencioso-administrativa y además denunciaría penalmente ante el Juzgado Togado Militar Central nº 1 al Coronel Director de la Residencia por, entre otros, un delito de abuso de autoridad. El juzgado abrió diligencias previas, decretando posteriormente su archivo. Frente a esa resolución el denunciante interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Militar Central, que confirmó la resolución de archivo de las diligencias previas ratificando los razonamientos del Juzgado. Las indicadas resoluciones jurisdiccionales fueron recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional, que, recordando su doctrina sobre la inviolabilidad del domicilio y, particularmente la que considera a las habitaciones de los hoteles como lugares aptos para desarrollar la vida íntima de las personas (STC 10/2002, de 17 de enero) y, por ello, constituir su domicilio, declara lo siguiente:

> "Esta declaración que realizamos respecto de las habitaciones de los hoteles es extensible con mayor razón aún a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes, máxime cuando […] la función de estos alojamientos es facilitar aposentamiento a los militares destinados en una determinada plaza, como expresamente prevé la Orden Ministerial 348/1996 que regula su uso. Ya afirmamos en la STC 10/2002, tantas veces citada, que incluso "ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración", pues son "espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle".
>
> Así pues, no cabe duda alguna de que las habitaciones de las residencias de los militares en la medida en que sean lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, aunque sea eventual, constituyen el domicilio de quienes las tienen asignadas a los efectos de la protección que les dispensa el art. 18.2 CE."[493]

El Tribunal estimó vulnerado el Derecho del art. 18.2 CE puesto que se procedió a ejecutar un acto administrativo de desalojo que requería la entrada en un domicilio sin impetrar la previa y pertinente autorización judicial, en este caso, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente (art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de

[493] FJ 2. *Vid.* igualmente al respecto diversa jurisprudencia menor, por todas, STSJ (Salas de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla y León (Burgos) 654/2005, Sección 1ª, de 9 diciembre; STSJ de Cataluña 170/2011, de 9 marzo, Sección 3ª. Sobre el alojamiento de familiares en la habitación con la consiguiente consideración de espacio para la vida íntima familiar, *vid.* FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas...", ob. cit., pág. 44.

la jurisdicción contencioso-administrativa). "En estos casos, el control que corresponde hacer al Juez es el de "garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio" (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, y 199/1998, de 13 de octubre). Pero sin este control, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo naturalmente hipótesis excepcionales, como puede ocurrir con el estado de necesidad."[494]

Hemos de abordar a continuación el registro de las taquillas existentes en los acuartelamientos. En este sentido, suele ser habitual la existencia de armarios (individuales) "para guardar la ropa y otros efectos personales, en los cuarteles, gimnasios, piscinas, etc."[495]. La regulación del art. 10 de la nueva Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las FAS viene a sustituir el vacío legislativo al respecto tras la derogación de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar.[496] Así señala su apartado 2 lo siguiente:

> "Las revistas e inspecciones deberán respetar en todo caso los derechos contenidos en el apartado anterior.
> Como norma general, el registro personal de los militares, de sus taquillas, efectos y pertenencias que estuvieren en la unidad requerirá del consentimiento del afectado o resolución judicial. No obstante, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar tales registros de forma proporcionada y expresamente motivada. Estos registros se realizarán con la asistencia del interesado y en presencia de al menos dos testigos o sólo de éstos, si el interesado debidamente notificado no asistiera."

La jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo durante la existencia del servicio militar obligatorio era constante en el sentido de que ni las taquillas constituían domicilio ni su registro, por ello, exigía las garantías del art. 18.2 CE, ni siquiera se producía, siempre que se practicase con las garantías exigidas en la ley (en ese momento la Ley Orgánica 13/1991), una vulneración del derecho a la intimidad del militar.

---

[494] FJ 4.
[495] Definición del diccionario de la *Real Academia Española*, 22. ª edición, publicada en 2001, y accesible en http://lema.rae.es/drae/ Página visitada el 29 de enero de 2014.
[496] El art. 46 disponía lo siguiente:

> "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 segundad 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."

Así la STS, Sala 2ª, de 9 de junio de 2000, asevera que

> "Este Tribunal se ha pronunciado ya sobre este tipo de registros, declarando que la revista de las taquillas existentes en los acuartelamientos, donde guardan sus enseres los soldados, no atenta a la intimidad personal «ya que ello viene reglamentariamente impuesto por las normas del buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería resquebrajada en caso contrario la disciplina, e incluso la seguridad del propio acuartelamiento» (véase SS. de 26 de enero de 1995 y de 8 de octubre de 1999). Todo ello, claro está, siempre que al practicarse se respeten las garantías legalmente establecidas al respecto."[497]

Igual postura debemos sostener con la nueva Ley orgánica de derechos del militar pues "las taquillas puestas a disposición del personal de un centro de trabajo, aun siendo cierto que son espacios reservados para el uso de los trabajadores, no pueden identificarse con aquellos espacios equivalentes al domicilio y, en consecuencia, revestidos de mayores garantías" (Auto 1/2010, de 4 enero del TSJ de Andalucía)[498]. En el supuesto de que las taquillas o armarios se encuentren fuera del ámbito laboral[499], para incardinarse en los alojamientos del personal militar, deben operar los criterios que nos han servido para sostener el concepto de domicilio, con las consiguientes garantías de su entrada y registro, de forma que cuando se proceda al registro del armario o

---

[497] STS 1049/2000, recurso nº 2198/1998, FJ 2. Asimismo, SSTS de 26 de enero de 1995; 1454/1999, de 8 octubre y de 5 de julio de 2002.

[498] Sala de lo Civil y Penal, Granada, Sección 1ª. FJ 3. Indica esta resolución en el FJ 2 que "como señala la segunda de las sentencias citadas (STS de 11 de junio de 2004), las mesas de los funcionarios no son lugares donde estos desarrollen su privacidad, sobre todo cuando no se ha acreditado qué elementos personales guardaban en los cajones de sus mesas (o en las taquillas -añadimos ahora-), pues el derecho de privacidad de los funcionarios se debe considerar en relación a los derechos de privacidad de otras personas que pueden resultar afectadas por su función pública, pues este derecho puede ser limitado, y lo está allí donde el individuo entra en contacto con legítimos intereses de terceros, legalmente protegidos, desde una función pública que lo convierte en garante de derechos de terceros; en tales supuestos, el lugar de trabajo de un funcionario no constituye un ámbito de privacidad del funcionario, dado que tal función requiere la existencia de rigurosos controles internos. Curiosa asimismo por la ponderación de bienes o derechos que parece realizar es la STS, Sala 5ª de 2 de noviembre de 2009 (FJ 1)

> "porque, a causa de la ilícita existencia en la camareta nºNUM000, donde se alojaba el recurrente y otros compañeros, de material explosivo (dos petardos de 400 gramos de TNT cada uno, un petardo cebo de 50 gramos de TNT y un detonador completo) se había creado una situación de peligro que justificaba la apertura de las taquillas a fin de evitar un potencial resultado lesivo muy grave (peligro ante el que cede el derecho fundamental a la intimidad); y porque esa indebida posesión de material explosivo podía constituir un delito contra la Hacienda Militar (flagrancia que también justificaba la vulneración del derecho a la intimidad)."

[499] La posibilidad de registro de taquillas aparece asimismo regulada en el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores como una potestad del empresario en el ámbito de sus facultades de dirección empresarial, siempre dentro del respeto al derecho a la intimidad y dignidad de la persona:

> "Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible." *Vid.* asimismo STS, Sala de lo Social de 25 de enero de 2005.

taquilla existente en un alojamiento individual o familiar (es decir, utilizado para la vida íntima de un matrimonio o pareja estable), operan las garantías existentes para la entrada y registro en domicilio. No así en los alojamientos compartidos o naves colectivas del personal militar ubicadas en las unidades, buques de guerra o misiones internacionales (CORIMECS). En este supuesto, cuando se acuerde el registro de armarios donde se hallen efectos personales el derecho en juego es el de la intimidad personal (art. 18.1 CE) y no la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2).[500]

Ahora bien, aunque el art. 10 de la Ley Orgánica 9/2011 y el procedimiento que establece, como norma general obliga a recabar el consentimiento del interesado o resolución judicial, permite "cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad" que el jefe de la unidad autorice tales registros de forma proporcionada y expresamente motivada, en presencia del interesado y dos testigos. Sin embargo, como dice Pascual Sarriá "la intervención [debe ser] a fin de comprobar la existencia de un delito de naturaleza militar, o de una infracción disciplinaria castrense, o [...] para garantizar la seguridad nacional."[501] Es decir, resultaría ilegítimo a los efectos probatorios penales o disciplinarios que la realización de una de las revistas de policía y régimen interior que se realizan en los alojamientos de las unidades fuesen realmente encaminadas al hallazgo de sustancias prohibidas o elementos o efectos de un delito, puesto que la revista o el registro se llevó a cabo con una finalidad distinta.[502]En ese supuesto procede detener el registro y recabar una autorización judicial (en su caso) o del jefe de la unidad (en la forma prevista en el art. 10 LODDFAS), si falta el consentimiento del afectado, salvo en el supuesto de flagrante delito. Ése parece ser el espíritu de la Instrucción Técnica 13/05, "Actuación en inspecciones, revistas y registros de alojamientos de tropa" de la Inspección General del Ejército de Tierra que prevé que cuando "[s]i como consecuencia de un registro con el empleo de perros detectores éstos indicaran sustancias prohibidas en el mobiliario o enseres de otras personas alojadas, deberá solicitarse la correspondiente autorización judicial para extender el registro a los mismos, caso de que los nuevos afectados no dieran su consentimiento." Esta instrucción, dictada con anterioridad a la nueva Ley de derechos y deberes y carente el

[500] *Vid.* asimismo FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas..." ob. cit., págs. 56 y 57.
[501] PASCUAL SARRIÁ, F.L., "La entrada y registro en las instalaciones militares...", ob. cit.
[502] En este sentido asimismo FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas...", ob. cit., págs. 50-54.

ordenamiento de cualquier apoyo jurídico para el registro de taquillas o efectos del personal en una unidad militar, una vez derogada la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, prevenía las pertinentes revistas de policía de los alojamientos por lo que si la finalidad del registro pasaba a ser otra exigía inexcusablemente el consentimiento del afectado o resolución judicial. Así, el apartado 6 establece que "deberá garantizarse el derecho a la intimidad personal de los que habitan en el alojamiento, sin que se pueda vulnerar el efectivo desarrollo de la vida privada de sus moradores en su interior, por lo que solamente en los supuestos y forma recogidos en el apartado 7 (que dispone la necesidad del consentimiento o resolución judicial) de estas normas, podrán extenderse, con la consideración de registros, al contenido de cajones, armarios taquilla u objetos personales."

Como decíamos, con la nueva LODDFAS, si durante una revista rutinaria aparecen indicios de infracción penal o disciplinaria, para registrar elementos personales debe procederse, a falta del consentimiento del afectado, a recabar autorización judicial, o, en los supuestos del art. 10 LODDFAS, que el jefe de la unidad lo autorice de forma expresa y motivada, con las señaladas garantías ordenadas por el precepto.

6.3.- La incidencia de los reconocimientos y análisis médicos para la detección de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el derecho a la intimidad.

Nuestro análisis debe partir en este sentido del art. 83 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, que contempla la posibilidad de realizar con carácter obligatorio para el interesado determinadas pruebas y reconocimientos médicos con el objeto de determinar la aptitud del personal militar para el desempeño de sus funciones. Dispone así este precepto que

> "1. En el expediente de aptitud psicofísica figurarán los resultados de los reconocimientos médicos y de las pruebas psicológicas y físicas, que se realizarán con el contenido y periodicidad que se establezcan reglamentariamente según el empleo, cuerpo, escala o especialidad, edad y otras circunstancias personales. Estos reconocimientos y pruebas se podrán realizar en cualquier momento, a iniciativa fundamentada del propio interesado o del jefe de su unidad, centro u organismo.
>
> 2. *Los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación y el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*. (...)"

Resulta pacífico que "[l]as drogodependencias constituyen un fenómeno de enorme importancia en las Fuerzas Armadas (FAS), afectando negativamente a su propia esencia y a su seguridad. El consumo de drogas ilegales y legales es causa de

errores humanos implicados en incidentes y accidentes."[503] Ello incide pues en la seguridad e integridad de las personas que puede verse afectada si los profesionales militares no se hallan en las condiciones psicofísicas adecuadas –y esto con la consiguiente peligrosidad- para el manejo de equipos, vehículos y armamento, lo que justifica la intervención de la Administración militar con el objeto de prevenir y, en su caso, paliar, tales factores de riesgo.[504] Así, el apartado 4.3.2 del Plan General de Prevención de drogas en las Fuerzas Armadas de 1 de agosto de 2000, del Subsecretario de Defensa, señala entre las finalidades de los análisis para la determinación del consumo de drogas las de "contribuir a la investigación de delitos, cometidos por personal militar, tipificados tanto en el Código Penal Militar como en el Código Penal Común, teniendo que observarse las decisiones judiciales adoptadas en relación con la práctica de tales pruebas analíticas" y de igual forma "contribuir a la investigación de infracciones disciplinarias, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente."

Como apunta Franco García, "[r]esulta evidente pues, que la finalidad lícita de tales controles es conocer el eventual consumo de drogas en unidades militares que, entre otras razones, pudiera afectar a la operatividad o seguridad de las mismas o de su personal, en especial, atendiendo a los equipos y medios potencialmente peligrosos manejados por el personal militar."[505]

Aunque no se cite expresamente por la norma, parece que la habilitación legal se dirige fundamentalmente a permitir analíticas de sangre y de orina con la finalidad de detección de tóxicos que pongan en riesgo la aptitud psicofísica de los miembros de las FAS. En la medida en que dichas prácticas constituyan una intervención corporal o no, con la eventual incidencia en el derecho a la intimidad y a la integridad física en su caso, debemos determinar si tales analíticas ordenadas por el mando militar resultan respetuosas con el contenido de los DDFF y si, dada la obligatoriedad de las mismas, resulta posible que el militar afectado se niegue a su práctica sin sufrir por ello consecuencias penales o disciplinarias.

---

[503] MARTÍNEZ RUIZ M., ALONSO LORIENTE V., TARANCO ROBLES M., GUTIÉRREZ ORTEGA C., "Encuesta sobre drogas a los Militares de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas españolas", en *Sanidad Militar, Revista de Sanidad de las Fuerzas Armadas de España*, Volumen 66, número 2, abril-junio 2010, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Disponible en www.mde.es, Madrid, pág. 70.

[504] Justificación similar, además del perjuicio a la imagen del Ejército, ofrece asimismo la Instrucción General 02/09, del Jefe del Estado Mayor del Ejército, de 6 de mayo de 2009, por la que se aprueba el Plan Antidroga del Ejército de Tierra (PADET), en su apartado 2. Documento accesible en la *web* corporativa del Ejército de Tierra.

[505] FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas..."ob. cit., pág. 70.

En primer lugar debemos definir las intervenciones corporales con González-Cuéllar Serrano como "las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él."[506]

Pese a que son varios los DDFF sobre los que estas analíticas son susceptibles de incidir[507] coincidimos con Gil Hernández en que no cabe duda de que es el Derecho Fundamental "reconocido en el art. 18.1 CE (...) el derecho limitado por la adopción de cualquier medida de intervención corporal, desde las más veniales –como cortes de pelo o toma de huellas dactilares- hasta las más graves –como los registros anales o vaginales-.[508]

Respecto a las cuestiones aquí planteadas resulta capital la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que aborda la legitimidad de la diligencia acordada por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar (Almería), de 9 de febrero de 1996, dictado en el sumario núm. 7/95, por el que se ordena la práctica de una intervención corporal y consiguiente prueba pericial sobre el pelo del imputado.

Aunque, referidas a un proceso penal, entiendo que, por lo que respecta a su incidencia sobre los DDFF del interesado, plenamente aplicables aquí, el Tribunal Constitucional distingue las inspecciones y registros corporales de las llamadas intervenciones corporales. De esta forma

> "las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad

[506] GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, pág. 290.

[507] Como acertadamente indica Rebollo "[e]sta heterogeneidad de actuaciones hace que entren en juego un conjunto significativo de derechos, y de forma mayoritaria de derechos fundamentales como son el derecho a la integridad física y moral, el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la libertad deambulatoria (art. 17 CE), el derecho a no declarar, y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 17.3 y 24 CE), el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE)." REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, ob. cit., pág. 176.

[508] GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Editorial Colex, Madrid, 1995, pág. 44.

corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).”[509]

Coincidimos en este sentido en calificar los análisis de orina previstos con carácter obligatorio para el personal militar como intervenciones corporales de carácter leve que, de acuerdo con la doctrina constitucional, no afectarían estrictamente al derecho a la intimidad corporal sino al más amplio de intimidad personal puesto que “si bien la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E., «el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona».”[510]

En lo que a nosotros nos interesa, por su coincidencia con los reconocimientos y pruebas practicados al personal militar con carácter obligatorio, lo refleja asimismo la

[509] STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

[510] *Ibídem.*, FJ 3. Además, por todas, SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 120/1990, de 27 de junio, FJ 12; 137/1990, de 19 de julio, FJ 10; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4 y 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4. Opina Gil Hernández que “[e]ste intento de distinguir aquellas intervenciones corporales que afectan a la intimidad de las que no, según la parte del cuerpo humano sobre la que se practique la actuación (...) se fundamenta en la negativa a reconocer espacios objetivos de intimidad, derecho sólo reconocido cuando el contenido de la intervención afecte a elementos subjetivamente íntimos.” GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 47 y 48. En el mismo sentido REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, ob. cit., págs. 175-177.

STC 196/2004, de 15 de noviembre, cuando enjuicia, respecto a una trabajadora, la obligatoriedad del análisis de orina, previsto en la legislación de prevención de riesgos laborales, y declara lo siguiente:

> "Siendo así, en efecto, resulta notorio que una intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo.
> Ahora bien, que no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido (STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9). En efecto, el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según la doctrina de este Tribunal antes transcrita, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), integra un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo. Así, la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3).
> Esto es lo que ocurre cuando, como en el presente caso, a consecuencia de un análisis de orina se llega a la conclusión de que el trabajador había consumido drogas. Una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido algún género de drogas (en esa línea, nuevamente, STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3)."

Aunque como señala la indicada sentencia constitucional, la regulación de la vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) descansa en un principio vertebral: la voluntariedad del reconocimiento médico como regla general, existen, dice el Tribunal Constitucional, sin embargo, excepciones a ese principio de libre determinación del sujeto, configurándose supuestos de obligatoriedad. Así ocurre, dice la Ley, cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; cuando se busque verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (art. 22.1, párrafo segundo LPRL). Esa previsión adapta al campo de la salud laboral la lógica propia de la normativa sanitaria, que contempla también tratamientos médicos obligatorios en determinadas circunstancias (señaladamente, art.

9.2 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).[511]

No parece pues que sea el ámbito militar una excepción a la obligatoriedad de los reconocimientos médicos prevista en el art. 83 LCM, previsión legal que debemos admitir suficiente para la práctica de las analíticas de orina para la detección de tóxicos, siempre que se practique con las adecuadas garantías y requisitos exigidos por la doctrina constitucional para este tipo de intervenciones, a saber: 1) el respeto al principio de legalidad o necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física, en el sentido expuesto en la STC 37/1989[512]; 2) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo puesto que *las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16[513]*; 3) el respeto al principio de proporcionalidad[514] y, por, último, resulta imprescindible la información al interesado de la finalidad y posibles consecuencias del hallazgo de sustancias tóxicas en sangre u

[511] FJ 6 de la STC 196/2004. Muestra asimismo de que los reconocimientos obligatorios no suponen una excepción lo constituyen el art. 196.2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social respecto a los trabajadores que vayan a ocupar puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales así como el art. 12.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que dispone lo siguiente:

> "Todos los conductores de vehículos y bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación.
>
> Dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los Agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la Autoridad Judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos."

El desarrollo reglamentario que establece las pruebas reglamentarias para la detección de la influencia de bebidas alcohólicas en la conducción se prevé en el art. 28 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

[512] FJ 7. Asimismo STC 207/1996, FJ 4.

[513] STC 196/2004, FJ 6.

[514] Caracterizado por las siguientes notas: juicio de idoneidad de la medida, juicio de necesidad (que no exista otra más moderada con aptitud para alcanzar el objetivo perseguido) y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. *Vid.* además de la STC 207/1996, FJ 4, las SSTC 66/1995 y 55/1996. *Vid.* asimismo al respecto GÓMEZ AMIGO, L., *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 52 y ss.

orina[515], que, en el caso que nos ocupa, como bien dice Franco García, no conllevaría de forma inmediata efecto disciplinario alguno.[516]

Todo ello, nos lleva a concluir con este autor en la suficiencia de la habilitación legal del art. 83 de la Ley de la Carrera Militar respecto a la obligatoriedad[517] de los reconocimientos, siempre que la finalidad del análisis realizado radique en el propósito preventivo o asistencial[518], y ello sin perjuicio de que si son halladas sustancias tóxicas constituya uno de los episodios a los efectos de considerar producida la "habitualidad"[519] definida en el art. 17.3 de la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen

[515] STC 196/2004, FJ 9.

[516] De acuerdo con el art. 17.3 de la LO 8/1998, de Régimen Disciplinario de las FAS constituye causa de sanción disciplinaria extraordinaria "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." *Vid.* en este sentido FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas...", ob. cit., pág. 74.

[517] La doctrina discrepa si el incumplimiento de ese deber merece una sanción penal o disciplinaria. Así Franco residencia esas conductas en el ámbito disciplinario en tanto que el incumplimiento de una orden esas características, al no afectar al servicio, de acuerdo con el art. 102 del Código Penal Militar, podría adolecer de falta de legitimidad y no sería constitutiva del delito de desobediencia. *Ibídem.*, pág. 84. Sin embargo, opina Roldán Navarra que "el incumplimiento de la orden de un superior, relativa a pasar un control de consumo de alcohol o drogas, debería también incardinarse en el artículo 102 del Código Penal Militar como un delito de desobediencia. Sin embargo la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de la Sala 5ª de 21 de diciembre en la que no se considera desobediencia aquellas órdenes que no estén relacionadas con los específicos cometidos que legalmente le corresponden al militar (en este caso era el cumplimiento de un arresto) haría que la conducta que estudiamos se degradase al ámbito disciplinario. Surge así la paradoja de que en una relación de especial sujeción como la militar, cuyo pilar básico es la disciplina, una conducta de incumplimiento de órdenes está más benignamente tratada que en un ciudadano normal." El autor realiza así alusión a las consecuencias que, según el art. 556 del Código Penal común, supone negarse a la realización del control de alcoholemia en los términos del reglamento de Circulación. *Vid.* ROLDÁN NAVARRA, M., "El estatuto jurídico del militar en relación a los derechos fundamentales: el derecho a la intimidad", en VV.AA., *Colección Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, nº vol. 27/2008. Asimismo, *vid.* por todas SSTS, Sala 5ª de 14 de febrero de 2003, de 3 de febrero y de 18 de mayo de 2004, que proporcionan los elementos del delito de desobediencia.

[518] Resulta de gran interés así el siguiente pasaje de la STC 196/2004, con plena aplicación aquí respecto a las finalidades del reconocimiento para las que existe habilitación legal: "se vulneraría la intimidad personal si la obtención de datos pertenecientes a la privacidad del trabajador descansase en una utilización extensiva de esas habilitaciones legales, sustituyendo la finalidad de la norma hasta hacer impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Todo lo cual nos lleva a advertir de la necesidad de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con dichas previsiones legales, haciendo posible ese tipo de reconocimientos obligatorios, así como a excluir las imposiciones indiscriminadas de un control médico tendente a la evaluación psicofísica de los trabajadores con base en dichos preceptos." FJ 7.

[519] A diferencia de lo establecido en el régimen disciplinario de las FAS (donde se exige la habitualidad) el art. 8.22 de la LO 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, tipificaba como falta grave "consumir ilícitamente drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas" sin que del antiguo art. 49 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil se derivase consecuencia disciplinaria alguna, al establecer, como el art. 83 LCM, la obligatoriedad de los reconocimientos para garantizar la idoneidad psicofísica de los miembros del instituto armado en el uso de las armas de fuego. Actualmente la nueva LO 12/2007, de Régimen disciplinario de la Guardia Civil solo contempla como falta disciplinaria grave "La embriaguez o el consumo de estupefacientes o sustancias tóxicas o psicotrópicas fuera del servicio, cuando tales circunstancias tengan carácter habitual o afecten a la imagen de la Guardia Civil o de la función pública." (art. 8.26). Lo que sí se establece en la

Disciplinario de las FAS. En este sentido, debemos advertir que el apartado 4.3.2 del Plan General de Prevención de drogas en las Fuerzas Armadas de 1 de agosto de 2000, del Subsecretario de Defensa, señala entre las finalidades de los análisis para la determinación del consumo de drogas las de "*contribuir a la investigación de delitos*, cometidos por personal militar, tipificados tanto en el Código Penal Militar como en el Código Penal Común, teniendo que observarse las decisiones judiciales adoptadas en relación con la práctica de tales pruebas analíticas" así como "*contribuir a la investigación de infracciones disciplinarias*, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente", propósitos que poco se compadecen con los expresados en el art. 83 LCM.

Finalmente, resulta requisito imprescindible que la misma práctica de las pruebas se conjugue con los DDFF a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) así como a la propia intimidad personal y corporal (art. 18 CE). En este sentido debemos destacar que la Instrucción Técnica nº 01/2005, de 18 de febrero, del Inspector General de Sanidad de la Defensa, por la que se regula el funcionamiento de los laboratorios de análisis de drogas del Ministerio de Defensa, establece en el apartado relativo a la *secuencia del proceso de toma de muestras* la siguiente prescripción:

> "Para asegurar la autenticidad de la muestra, el responsable de la recogida, o su ayudante, podrá requerir a la persona que emite la muestra, a retirarse toda la ropa necesaria para confirmar que la orina ha sido correctamente suministrada. Esto incluirá la exposición del cuerpo, desde la cintura hasta

---

nueva ley disciplinaria de la Guardia Civil como falta disciplinaria muy grave "La negativa injustificada a someterse a reconocimiento médico, prueba de alcoholemia o detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares, legítimamente ordenada por la autoridad competente, a fin de constatar la capacidad psicofísica para prestar servicio." No obstante la STS, Sala 5ª, de 12 de junio de 2007, que contó con dos votos particulares estableció

> "la licitud de los reconocimientos y pruebas de aptitud física, incluidos los análisis para comprobar situaciones de intoxicación etílica y episodios de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, está justificada por el interés legítimo de la Administración, que constituye un deber, en verificar aquellas condiciones de salud necesarias para permanecer en dicho Instituto o desempeñar las funciones propias de determinados destinos, y junto a esta dimensión sanitaria también consideramos finalidad legítima la de comprobar que el sujeto detectado, ha llevado a cabo la ingestión no permitida de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, cuya relevancia disciplinaria encuentre su fundamento en las funciones que corresponde realizar a los miembros de dicho Cuerpo de la Guardia Civil, por cuyo desempeño están provistos de armas de fuego cuya eventual utilización no resulta compatible con los efectos a que da lugar la ingesta de alcohol o el consumo de dichas sustancias. De manera que estas conductas, no prohibidas con carácter general sí que están vedadas para quienes reúnen la doble condición de militares (arts. 23 LO. 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional y 2.2 y 21 Ley 42/1999) y de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 9.b) LO. 2/1986, de 13 de marzo). Dicha prohibición forma parte de su régimen disciplinario específico, y en su estatuto que se concibe en el marco de una relación de especial sujeción, también se prevé el relativo sacrificio que para su derecho a la intimidad representa asumir la obligatoriedad de dichos controles entendidos en términos de necesidad, idoneidad, y adecuación al fin que con ellos se pretende obtener, esto es, proporcionalidad en suma de la injerencia en la esfera jurídica afectada, en la medida que resulta imprescindible para el logro de aquel objetivo que se justifica en función de la existencia de un indudable interés público." FJ 6º.

las rodillas, y la total exposición de los brazos, procurando salvaguardar la dignidad e intimidad de las personas."[520]

Aunque, como dice Franco García, la norma resulte confusa e imprecisa, "pues no clarifica si el desnudo parcial ha de realizarse al tiempo de la micción", la instrucción habilita con ello un procedimiento que puede infligir a la persona un trato degradante por la humillación que puede suponer que se exhiban ante el responsable de la recogida de la muestra o su ayudante, "partes del cuerpo que según un sano criterio, se hallan protegidas por el pudor o recato de una persona, y simultáneamente se realizaría un acto personal e íntimo, como la micción, a la vista de otro, con lo cual se afectaría al derecho a la intimidad corporal"[521], entendida ya en el sentido de violación del pudor o del recato de la persona, en atención a la parte del cuerpo sobre la que recaen, en el sentido declarado en la STC 196/2004, de 15 de noviembre.

Respecto a los análisis de sangre coincidimos con la doctrina en que, al tratarse de una intervención corporal agresiva sobre el cuerpo humano resulta necesaria previa autorización judicial de no mediar el consentimiento del militar afectado por las pruebas obligatorias a las que se refiere el art. 83 de la Ley de la Carrera Militar, que, aunque no se refiere expresamente a los análisis de sangre, tampoco a las analíticas de orina, sin que sea posible proceder por el mando militar a una analítica de sangre para la detección de sustancias tóxicas o estupefacientes o a la sanción penal o disciplinaria en caso de negativa del interesado en defecto de autorización del órgano jurisdiccional competente en el sentido referido en la doctrina constitucional.[522]

---

[520] Documento accesible en la *web* corporativa del Ministerio de Defensa.

[521] *Vid.* en este sentido la opinión de FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas...", ob. cit., pág. 77.

[522] *Vid*. al respecto STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6. A mayor abundamiento, la STC 206/2007, de 24 de septiembre que estima el amparo de un conductor condenado por un delito contra la seguridad del tráfico, al que, en el hospital donde fue atendido de sus heridas tras un accidente de tráfico, le fue realizada una analítica de sangre a solicitud de un agente de la Guardia Civil. El Tribunal estima el amparo no tanto porque se tratase de una intervención coactiva o afectante a la intimidad corporal cuanto porque fue realizada en ausencia del consentimiento del afectado o resolución judicial. Así señala el Alto Tribunal que "Descartada la existencia de consentimiento del afectado, resulta innecesario entrar a examinar si existe previsión legal específica con justificación constitucional para una medida como la descrita, ya que aquí lo que se cuestiona no es esto, sino la ausencia de autorización judicial de la medida, pues, tratándose de una intervención que afecta al derecho a la intimidad, la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad." FJ 8. En el mismo sentido Gössel, quien describe el análisis de sangre, de acuerdo con la *lex artis* médica como agresión corporal, con arreglo a l parágrafo 81 de la Ley Procesal Penal alemana. GÖSSEL HEINZ, K., "Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal", en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 3-1996. Referencia tomada de ROLDÁN

6.4.- El derecho a la protección de datos. En especial, el acceso a los informes personales de calificación de los militares.

Como ordena el art. 18.4 CE: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos." La nueva Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas garantiza en su art. 10.3 que

> "Los datos relativos a los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal. A tal efecto los poderes públicos llevarán a cabo las acciones necesarias para la plena efectividad de este derecho fundamental, especialmente cuando concurran circunstancias que pudieran incidir en la seguridad de los militares."

Como señala Elvira Perales "[u]na primera interpretación llevó a considerar este derecho como una especificación del derecho a la intimidad, pero el Tribunal Constitucional ha interpretado que se trata de un derecho independiente, aunque obviamente estrechamente relacionado con aquél (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 290/2000, de 30 de noviembre)."[523] La STC 292/2000, de 30 de noviembre, siguiendo el interesante voto concurrente del Magistrado Jiménez de Parga[524] a la STC 290/2000,

---

NAVARRA, M., "El estatuto jurídico del militar en relación a los derechos fundamentales…", ob. cit. Considera igualmente Gómez Amigo que, aunque, a diferencia de lo que sucede con otros DDFF, para la limitación de los derechos afectados por las intervenciones corporales, la Constitución no contiene una reserva exclusiva a favor de los órganos jurisdiccionales pero deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales en resolución motivada. Añade este autor que "la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales afectados que suponen las intervenciones corporales exige necesariamente su autorización judicial (téngase en cuenta que partimos de la posibilidad de su imposición coactiva), ya que son los órganos jurisdiccionales los garantes de que dichas injerencias no traspasen el límite de la proporcionalidad y, por tanto, de lo constitucionalmente admisible." GÓMEZ AMIGO, L., *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, ob. cit., págs. 81-83. Para Matallín Evangelio "[e]l requerimiento de la resolución judicial en la diligencia que analizamos no deriva del carácter fundamental de los derechos afectados, sino de la falta de habilitación legislativa para su práctica no jurisdiccional." MATALLÍN EVANGELIO, Á., *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 148.

[523] ELVIRA PERALES, A., "Sinopsis del artículo 18 de la Constitución", accesible en http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2, visitado el 29 de enero de 2014.

[524] De la opinión particular del Magistrado merece la pena destacar los siguiente:

> "Comparto el fallo de la Sentencia, pero, como ya expuse en las deliberaciones del Pleno, debió afirmarse de modo explícito, en la argumentación de ella, que nuestro Tribunal reconoce y protege ahora un derecho fundamental, el derecho de libertad informática, que no figura en la Tabla del texto de 1978.
>
> A mi entender, una de las tareas importantes de los Tribunales Constitucionales es extender la tutela a determinadas zonas del Derecho no expresamente consideradas en las correspondientes Constituciones, cuando, como ocurre en el presente caso, es necesario hacerlo para que no queden a la intemperie, sin techo jurídico alguno, intereses esenciales de los ciudadanos.
>
> Reconozco que en el Ordenamiento español ese reconocimiento de nuevos derechos fundamentales ofrece más dificultades que en otros Ordenamientos. Pero son obstáculos de posible y conveniente superación. Sintetizo mi razonamiento al respecto.
>
> 1. La Constitución Española no contiene una cláusula abierta como remate o coronamiento de la lista de derechos fundamentales.

habla ya, aunque reconociéndose desde la STC 254/1993, de la protección de datos de los ciudadanos como un derecho en sí mismo de forma expresa. Así

> "… el Tribunal ya ha declarado que el art. 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo "un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama 'la informática'", lo que se ha dado en llamar "libertad informática" (FJ 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, FJ 7, 11/1998, FJ 4, 94/1998, FJ 6, 202/1999, FJ 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, FJ 5, 94/1998, FJ 4).
>
> Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran."[525]

Según el Supremo intérprete, el art. 18.4 otorga el control sobre los datos relativos a la personalidad, afecten o no a la intimidad ya que "el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión

---

A diferencia de lo que ocurre en otros textos constitucionales (por ejemplo, en los de Portugal o Argentina, siguiendo la senda de la Constitución de Estados Unidos de América) nuestra Ley Fundamental de 1978 no incluye una cláusula abierta, después de haber consignado una amplia lista de derechos y libertades. […]

A mi entender, la libertad informática, en cuanto derecho fundamental no recogido expresamente en el texto de 1978, debe tener como eje vertebrador el art. 10.1 CE, ya que es un derecho inherente a la dignidad de la persona. Tal vinculación a la dignidad de la persona proporciona a la libertad informática la debida consistencia constitucional. También son preceptos que facilitan la configuración de la libertad informática los contenidos en los arts. 18.1 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) y 20.1 (libertad de expresión y de información), entre otros, así como los Tratados y Acuerdos internacionales, en cuanto son guías de interpretación constitucional (art. 10.2 CE): fundamentalmente, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), art. 8; el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), arts. 5, 6, 8 y 9; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la libre Circulación de estos datos, art. 13. […]

Con estos principios constitucionales, de aplicación directa, y el apoyo de determinados derechos expresamente reconocidos en la Constitución de 1978, así como en Textos internacionales, es posible extender la tutela a ciertos derechos de singular relieve e importancia en el actual momento de la historia. Tal es el derecho fundamental de libertad informática. (…)"

[525] FJ 5 de la STC 292/2000. Como dice Del Castillo Vázquez "[e]n el cuerpo de esta nueva Sentencia, el TC disocia plenamente la «intimidad» -criterio fundado en la STC de 1993 y mantenido en la Jurisprudencia posterior… de la «privacidad», uno de cuyos instrumentos, repito, se encuentra en el art. 18.4 de la CE, pero que se sustenta sobre la dignidad del ser humano al garantizar a todos los ciudadanos el derecho a conocer qué datos suyos están en posesión de terceros y para qué los utilizan." DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.-C., *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas, El derecho a saber y la obligación de callar*, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 307.

constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos."[526]

Resulta además capital la afirmación que realiza el alto Tribunal en relación a que este nuevo derecho fundamental a la protección de datos reviste la peculiaridad frente al derecho a la intimidad consistente en que no solo otorga el poder de evitar intromisiones de terceros en el ámbito privado sino que además permite al titular del mismo el poder de exigencia de deberes jurídicos "que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En

[526] FJ 6.

definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, FJ 7).”[527] Como bien dice Del Castillo Vázquez “el máximo intérprete del ordenamiento jurídico reconoce la existencia de un derecho autónomo, relativo al «habeas data», en el que se acogen facultades de control de los afectados, enarboladas en torno a la información y consentimiento en la recogida y cesión de datos personales, así como las posibilidades de acceso, rectificación y cancelación de los mismos.”[528]

Centramos este derecho en el ámbito militar, en especial en los llamados informes personales de calificación. Explicaré por qué. La Ley 39/2007, de la Carrera Militar, dentro del Título V (*Carrera Militar*) dedica su *Capítulo III* al *Historial Militar* regulado en el art. 79 de la siguiente forma:

> 1. Las vicisitudes profesionales del militar quedarán reflejadas en su historial militar individual, *de uso confidencial*, que constará de los siguientes documentos:
>
> a) Hoja de servicios.
>
> b) Colección de informes personales.
>
> c) Expediente académico.
>
> d) Expediente de aptitud psicofísica.
>
> 2. En el historial militar no figurará ningún dato relativo a raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que pudiera constituir causa de discriminación.
>
> 3. El Ministro de Defensa establecerá las características de los documentos que componen el historial militar adaptados al tipo de relación de servicios profesionales y dictará las normas para su elaboración, custodia y utilización y para garantizar *el derecho al acceso al propio historial, salvo a los informes calificados como confidenciales o reservados.*”

Como es sabido, y ya hemos analizado más arriba, el militar, en el marco de esa fuerte relación especial de sujeción, está sometido a una permanente evaluación a lo largo de su carrera. Así, según el art. 85 LCM[529] “Los militares profesionales serán

[527] *Ibídem., in fine*.
[528] DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.-C., *Protección de datos: cuestiones constitucionales*…, ob. cit., pág. 311.
[529] El art. 3 del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería afina aún más cuando dispone que

> “Los militares profesionales serán evaluados para determinar:
> a) La aptitud para el ascenso al empleo militar superior.
> b) La selección de asistentes a determinados cursos de actualización.
> c) La idoneidad para la renovación del compromiso.
> d) La idoneidad para la suscripción del compromiso de larga duración.
> e) La idoneidad de quienes tengan suscrito un compromiso de larga duración para acceder a la condición de militar de carrera.
> f) La insuficiencia de facultades profesionales.

evaluados para determinar su aptitud para el ascenso al empleo superior, para seleccionar los asistentes a cursos y para comprobar la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas." De igual forma "Los que mantengan una relación de servicios mediante compromisos serán evaluados para determinar su idoneidad para su renovación." En virtud, del art. 86 de la misma norma, los órganos de evaluación definidos en el art. 87 tienen en cuenta para adoptar su decisión, entre otros documentos, el historial militar del profesional[530] con criterios que, lejos de poder determinarse con un carácter reglado poseen un alto índice de discrecionalidad[531], quedando al juicio subjetivo de la junta de calificación o del mando

---

g) La insuficiencia de condiciones psicofísicas."

[530] El citado Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas de 13 de febrero de 2009 contempla a lo largo de su articulado numerosos ejemplos de la influencia del historial militar, y particularmente, los informes personales de calificación, en la carrera del militar, concretamente en su progresión o continuidad. Así el historial militar es analizado, junto a otra documentación, en las distintas evaluaciones existentes (art. 4). Igualmente, para la renovación del compromiso (art. 9) y suscripción de un compromiso de larga duración ya que "[e]n estas evaluaciones se tendrán especialmente en consideración los informes personales y la información complementaria que sobre el interesado se emitan, de modo que la evaluación permita la declaración de idoneidad para la suscripción de este tipo de compromiso de larga duración." (art. 10). A todo ello se debe sumar (sin perjuicio de la previsión del apartado1) que el art. 12.2 del Reglamento establece que "[a]simismo el Jefe de Estado Mayor correspondiente podrá ordenar la iniciación del mencionado expediente *cuando del estudio de la colección de informes personales* a la que se refieren los artículos 79 y 81 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, *se deduzca que algún militar presenta de forma continua deficiencias notables en alguna o todas de sus cualidades, méritos, aptitudes, competencias* o forma de actuación profesional, de las que se deduzca que en ese militar pueda existir insuficiencia de facultades profesionales." (art. 12, *Evaluaciones extraordinarias para determinar si existe insuficiencia de facultades profesionales*).

[531] Se trata de la llamada "discrecionalidad técnica" de los órganos de calificación y selección. Como hemos visto, el mismo calificador o junta que efectúa el IPEC tiene que valorar criterios con un alto grado de subjetividad, lo que implica el ejercicio de la llamada "discrecionalidad técnica", que, aunque no impide su control jurisdiccional *ex* arts. 24 y 106 CE, sí que se sustituya el criterio técnico del calificador u órgano de selección por el del órgano jurisdiccional. La afectación del principio de control judicial de la actividad administrativa y del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva ha provocado la intervención del Supremo Intérprete de la Constitución quien, desde la STC 39/1983 y 97/1993, ha establecido su doctrina al respecto, resumida, *ad. ex.* en la Sentencia 219/2004, de 29 de noviembre. La Sala 3ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones resaltando la STS de 14 de Julio de 2.000 (Recurso 258/1997), que, como señala la Sentencia de 14 de julio de 2009 (Recurso nº 307/2007) expone y resume los criterios a seguir del modo siguiente:

> "...Ese carácter de órganos especializados en específicos saberes que corresponde a los tribunales calificadores ha determinado la aceptación, en su actuación evaluadora, de un amplio margen de apreciación, esto es, de eso que doctrinalmente se ha venido en llamar discrecionalidad técnica.
>
> Esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y , consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.
>
> 4) Lo anterior explica que las normas reguladoras de la actuación de esos órganos calificadores solo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico. Y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica.

evaluador la adopción de decisiones que influirán de forma determinante en la carrera del militar y, en ocasiones (caso sobre todo de los militares con compromisos temporales) en la misma continuidad en la vida militar. Entre los documentos, por ello, que más valor han revelado poseer en las evaluaciones del militar[532] aparecen los informes personales de calificación, caracterizados por una valoración del profesional a través de conceptos (como cualidades de carácter profesional, cualidades personales –a saber, de carácter, intelectuales o físicas-, y de prestigio profesional y capacidad de liderazgo –por ejemplo, la actitud ante el servicio, organización del trabajo propio, asignación de cometidos, trabajo en equipo, actitud ante los superiores, eficacia o adaptación a las variaciones de la situación) por sus superiores con altas cotas de subjetividad. Lo pone de manifiesto el art. 81 de la LCM:

> "1. El informe personal de calificación es la valoración objetiva de unos conceptos predeterminados que permitan apreciar las *cualidades*, *méritos*, *aptitudes*, *competencia* y *forma de actuación profesional del militar*.
>
> Los informes serán realizados por juntas de calificación constituidas por tres calificadores de los que uno de ellos será el superior jerárquico del interesado.
>
> Por orden del Ministro de Defensa se establecerá la periodicidad de los informes y los casos en los que, en función de la estructura orgánica, el superior jerárquico actuará como único calificador.
>
> 2. El superior jerárquico del calificado que forme parte de la junta, deberá, en todo caso, informar y orientar al interesado sobre su competencia y forma de actuación profesional. El interesado podrá formular alegaciones al respecto, que deberán unirse al informe personal de calificación.
>
> 3. El informe personal de calificación, junto con las alegaciones, se elevará a través del superior jerárquico del responsable de informar, según el apartado anterior, al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente. Dicho superior jerárquico hará una valoración individual y de conjunto

---

> Y cuando tales normas no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria." FJ 5º.

Vid. sobre esta cuestión PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., págs. 268-306. Del mismo autor, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar", en *Revista de administración pública*, nº 133, Madrid, 1994, págs. 287-310.

[532] El peso de estos informes (IPECs) elaborados por los mandos (de forma unipersonal o a través de juntas de calificación) se revela trascendental ya que, según la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional (BOD 83/2009), y en las evaluaciones para el ascenso por el sistema de clasificación, el grupo de valoración 1, cualidades y desempeño profesional, conceptos cuya valoración se deriva de la colección de informes personales del interesado, tendrá, según el apartado quinto, una valoración entre el 30% y el 50%, del total de la puntuación para la evaluación. Para los ascensos por el sistema de elección, el peso de este grupo de valoración se eleva a una ponderación entre el 50 y el 60 % (apartado quinto). Es la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre (BOD 181/2010), por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación, modificada por O. M. 85/2011, de 18.11.2011. (BOD 232/2011) la que viene a completar básicamente, sin perjuicio del desarrollo en cada Ejército, el régimen jurídico de los informes de calificación.

> de los informes y anotará cuantas observaciones evaluables considere convenientes para establecer la valoración objetiva de las calificaciones efectuadas y de las alegaciones presentadas.
>
> 4. En la colección de informes personales se incluirán cuantos sean utilizados en las evaluaciones reguladas en esta ley, así como el resultado de éstas en lo que afecte a cada interesado. También se podrán incluir estudios o valoraciones dirigidos a identificar su actuación profesional, basados en informaciones de otros militares que hayan tenido relación profesional con el interesado.
>
> 5. El Ministro de Defensa determinará las normas reguladoras de los informes personales con indicación expresa de los procedimientos de alegación de que dispondrá el militar objeto de informe. El modelo de informe personal de calificación será común para todos los militares de carrera sin perjuicio de que se fijen condiciones específicas para los diferentes cuerpos y escalas. Con criterios semejantes se establecerán los correspondientes a los demás militares profesionales."

Pues bien, a tales documentos, que, elaborados, de acuerdo con el principio de discrecionalidad técnica, con altas dosis de subjetividad, afectan de forma determinante al militar en su carrera y consagran un resorte más de sujeción por parte de la Administración militar, reconoce su acceso el art. 79.3 LCM salvo a los informes calificados como confidenciales o reservados. Así, debemos avanzar ya que la propia Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en su art. 2.3 c) excluye de su regulación (Se regirán por sus disposiciones específicas…) el tratamiento de los datos personales "que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas." Abunda en este sentido el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, que, en aplicación de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, otorga la calificación de reservado a "las conceptuaciones, informes individuales y sanciones del personal militar" (apartado segundo, 6). Se consagró así la imposibilidad de conocer las calificaciones que figuraban en el historial militar de los profesionales de las FAS en sus informes personales (IPEC's), que hoy se revelan esenciales para la progresión o continuación del militar en su carrera. Ahora bien ¿existe justificación constitucional a este régimen de secreto para el propio interesado, que puede encontrar así vedado el acceso a sus propios datos incluso si trata de impugnar jurisdiccionalmente el resultado de su evaluación para el ascenso?

Lo cierto es que, hasta fecha reciente, y aun actualmente, los Tribunales de Justicia han venido negando de forma reiterada el acceso a los propios datos personales contenidos en su historial militar, particularmente los informes personales de calificación, con el simple argumento de resultar de aplicación la legislación de secretos oficiales (en virtud de acuerdo del Consejo de Ministros) por lo que los datos relativos a

conceptuaciones e informes del personal militar (claves para la evaluación y progresión de carrera del militar), al haber sido calificados como reservados, son aspectos que –pese a afectarle- le pueden ser perfectamente desconocidos al propio interesado, incluso aunque pretendiese someterlos al tamiz jurisdiccional, al recurrir el resultado de una evaluación para el ascenso, para la asistencia a un curso o la renovación de su compromiso.

El título habilitante para que los Tribunales y la Administración viniesen sistemáticamente negando el acceso a los señalados datos son, como decíamos, las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, que, otorga la calificación de reservado a "las conceptuaciones, informes individuales y sanciones del personal militar" (apartado segundo, 6). Según el art. 2 de la preconstitucional norma legal

> "A los efectos de esta Ley podrán ser declarados «materias clasificadas» los asuntos, actos documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad del Estado o comprometa los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la *defensa nacional, la paz exterior* o el *orden constitucional*."

Luego solo debería justificarse el conocimiento reservado de tales documentos cuando pusiese en riesgo la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional, cosa que creemos sumamente improbable, máxime cuando es al interesado al que se le niega el acceso. La argumentación utilizada, a título de ejemplo[533], en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 71/2006 de 23 enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), mantiene, transcribiendo casi en su integridad la fundamentación de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 14 diciembre de 1995[534] que "no compete al órgano jurisdiccional, sino a la

[533] En similar sentido otras como la STSJ de Galicia núm. 638/2007, de 20 junio (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Asimismo, Resoluciones de 31 de marzo y 9 de mayo de 2008, de la Agencia Española de Protección de Datos (expedientes E/01137/2007 y TD/00813/2007).

[534] El conflicto se originó entre el Ministerio de Defensa y el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en relación al requerimiento que éste dirigió al Sr. Director del CESID "con el fin de que en el término de ocho días informase sobre 20 cuestiones o extremos que afectaban a cuestiones tales como la existencia o no de documentación en el CESID relativa a la organización GAL, la existencia de documentación que acredite la presunta participación en actividades delictivas de personas integradas en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o del propio Centro o ajenos a todos ellos, la existencia de información procedente de Servicios de Inteligencia extranjeros, en particular del francés, sobre el GAL, la existencia de unas denominadas «notas de despacho» relativas a las actividades del GAL, ordenando que, caso de que existan, se remitan sin dilación al Juzgado, la identidad de las personas pertenecientes al Departamento de Acción Operativa del CESID entre 1983 y 1987, la identidad del Jefe o Jefes de la División de Inteligencia Interior del CESID entre 1983 y 1987, el número y clase de los documentos devueltos por el Coronel P., la identidad del sucesor del señor Diego de S. en el País Vasco, indicando fechas de toma de

Administración, resolver acerca de la procedencia, el alcance y los términos en que debe facilitarse al interesado el acceso a los informes personales reclamados, pudiendo la Sala tan sólo recabar de ésta, mediante el oportuno informe o exposición razonada -como así efectuó este Tribunal a través de su oficio de 3/Octubre/2005- su desclasificación y remisión; y el Ministerio de Defensa ha remitido, en respuesta al citado oficio, las calificaciones de las cualidades profesionales, personales y la global, del recurrente, relativas a la cuestionada anualidad de 2.000, quedando en tales términos limitado el alcance de su conocimiento acerca de tales informes, y, en iguales términos, procede la desestimación de su recurso, pues el derecho del recurrente a acceder a sus Informes personales lo es únicamente en los términos y con el alcance que se establece en la legislación sobre secretos oficiales."[535]

Esto es tanto como decir que es la propia Administración la que decide en qué medida el ciudadano podrá ejercer los derechos fundamentales a la protección de datos y a la tutela judicial efectiva en cuanto al acceso a su IPEC y, en definitiva, en lo referente a un proceso de evaluación que no puede conocer completamente pero que le afecta. Resulta tan evidente e irrazonable la limitación de los DDFF del ciudadano que, a mi juicio, el juzgador debe hacer primar el ejercicio pleno del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, teniendo en cuenta que, a todas luces, no resulta con ello vulneradas las exigencias de la seguridad nacional o la defensa del Estado, algo cuya apreciación, aunque corresponde al Gobierno, no está exento de todo control jurisdiccional cuando las potestades administrativas, aunque sean discrecionales o incluso actos políticos, se ejercen de forma arbitraria o irrazonable o excediendo los elementos reglados existentes en el marco de una potestad discrecional, máxime cuando con ello quedan afectados derechos fundamentales de los ciudadanos.[536]

---

posesión y cese, si en el Centro existe información sobre determinadas personas, vinculándolas de una u otra forma con algunos de los hechos presuntamente delictivos que se imputan a los GAL..." (Antecedente 1º de la sentencia).

[535] FJ 3.

[536] Así, según el art. 2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa "[e]l orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

> "a) *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, *cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos. (...)*"

Aunque el antiguo art. 2 b) de la Ley Jurisdiccional de 1956 blindaba del control jurisdiccional "las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno..." la jurisprudencia incluso preconstitucional realizó una interpretación restrictiva de este concepto en el sentido de que "sólo pueden ser manifestación de la función política las grandes decisiones que afecten al estado como un todo, medidas de conjunto relativas a la seguridad interior del Estado o a la organización militar en general,

El Tribunal Superior de Valencia pretende asimilar la entrega de los datos conocidos como los papeles del CESID –sí afectantes a la seguridad del Estado y posiblemente a la Defensa Nacional- con la entrega y el conocimiento para el propio interesado de sus propios datos e informes personales archivados en su hoja de servicios; mantuvo en 1995 la Sala especial de Conflictos que la competencia para calificar determinados documentos con arreglo a la Ley de Secretos oficiales es competencia exclusiva del Gobierno o Consejo de Ministros que, de forma discrecional califica los posibles riesgos para la seguridad del estado o la defensa nacional. De manera que, en ese supuesto, de acuerdo con el Tribunal de Conflictos, el juez no puede imponer sin más su entrega al Ministerio de Defensa ya que se trata de "un conjunto de actuaciones que trascienden claramente la propia función jurisdiccional y se insertan en el ámbito de un concreto aspecto de la función del Gobierno, en cuanto implican la exigencia de obtener determinados pronunciamientos, como serían los de cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el art. 3, o la obtención de las autorizaciones precisas para el acceso a las materias clasificadas..."[537] Los Tribunales en este sentido, al igual que en el acceso a los informes del personal militar, vinieron aplicando, con el objeto de blindar la actuación administrativa al control jurisdiccional, la llamada teoría administrativa de los actos políticos o de gobierno. De antiguo se viene reconociendo que los actos que el Gobierno o Consejo de Ministros dictan en ejercicio no de sus funciones administrativas sino como órgano político o constitucional del Estado no pueden estar en su núcleo (de la decisión política) sometidos al control de los órganos jurisdiccionales. Aunque la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-

---

pero no simples actos administrativos típicos que afecten a una o varias personas, por ejemplo una sanción de orden público, el ascenso o el traslado de un oficial del Ejército, la convocatoria de un concurso de diplomados de Estado Mayor o la delimitación de un campo de tiro." GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit. pág. 566. En ese sentido resulta de interés la STS de 21 de marzo de 1958 (Sala de lo Contencioso) que, aunque dictada en el marco de la aplicación de la legislación represiva del anterior régimen sí importa a los efectos que nos ocupan. Declara al efecto que

> "en el caso presente, es preciso distinguir entre el acto político en sí, determinación o realización de Gobierno, que como tal no puede estar sometido a- jurisdicción alguna, incumbiendo su fiscalización sólo a órganos que ostenten la misma naturaleza política-cual sucede con la Ley del 10 de febrero de 1939 y cualquier medida de aplicación de ella en materia de depuración-, y la simple aplicación administrativa de una norma jurídica, que aunque remotamente relacionada con actos que inicialmente tuvieron aquel origen, no tiene en su efectividad contacto alguno con citada materia ni tampoco aplica un precepto general de matiz político, cual ocurre con el Decreto del 5 de marzo de 1954 , que si bien se refiere a funcionarios que habían sido sancionados en depuración, su materia propia y concreta se limita a regular los concursos de traslados en que éstos podrían participar, por lo que no ordena en materia excluida de ésta Jurisdicción, sino que fija preceptos genéricos sobre ejercicio de determinados derechos por funcionarios, norma totalmente administrativa, al igual que las resoluciones que se dicten en aplicación de tal Decreto, razón por la cual, no es factible aceptar la tesis sostenida por la parte defensora de la Administración, procediendo, en cambio, reafirmar la competencia de esta Jurisdicción para conocer de la acción promovida." Considerando 1º. En el mismo sentido, SSTS de 7 de abril de 1960, de 5 de octubre de 1961 y 2 de octubre y 21 de diciembre de 1964.

[537] FJ 2.

Administrativa ha eliminado la teoría de los actos políticos o de gobierno como inmunes al control jurisdiccional[538], sigue resultando pacífico que los actos que el Gobierno lleva a cabo en el marco de sus facultades como órgano constitucional así como en el marco de la dirección de la política nacional o de la defensa del Estado *ex* art. 97 CE deben quedar exentas de cualquier control jurisdiccional. Decisiones como la remisión de un proyecto de ley a las Cortes, la autorización de un referéndum o la facultad de disolución atribuida por el art. 115 CE (en este caso bajo la exclusiva responsabilidad del Presidente) están revestidas de un evidente contenido político y no deben, al menos en el núcleo de la misma[539], ser conocidas por los órganos judiciales, sin violentar el principio de separación de poderes. Ahora bien, al solo efecto de determinar si se está ante el ejercicio de una de esas potestades resulta ineludible que el órgano judicial revise el acto dictado por el Gobierno de la Nación o ente territorial en cuanto tal[540] y,

[538] Sobre la teoría de los actos de gobierno, resulta revelador en España la imposibilidad de fiscalización jurisdiccional de los mismos en la antigua Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, por influencia francesa, pero con muchos matices respecto a lo que se consideraban actos de gobierno y con una interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia. La actual Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, elimina la figura de los actos de gobierno como inmunes a la potestad jurisdiccional. Concretamente, en su Exposición de Motivos (II) lo justifica de la siguiente manera: "La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad-llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política-excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y el espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. (…) Los intentos encaminados a mantenerlo (…) resultan inadmisibles en un Estado de Derecho." Pero incluso en las que se conocen como potestades discrecionales de la Administración, por oposición a las regladas, *la Ley dispone una serie de aspectos sobre los que, en todo caso, será posible el control jurisdiccional: "los derechos fundamentales*, *los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes*." [E.M. II, in fine, art. 2 a)].Las cursivas son mías. Sí reconoce, sin embargo, la jurisprudencia una doble vertiente del Gobierno: como órgano administrativo, que dirige la Administración General del Estado (sujeto por ello en su actuación al Derecho administrativo), y como órgano constitucional, que tiene atribuidas unas funciones reguladas directamente por la Constitución y no por el Derecho Administrativo. A esta conclusión llegó la Sala 3ª del Tribunal Supremo en el Auto por el que inadmite el recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, cuando afirma que "el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, fue dictado por el Gobierno de España como órgano constitucional ejerciendo las funciones previstas en el antes mencionado Título V de la Constitución", de forma que "esa decisión [del Gobierno] asumida por la Cámara no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo: porque está fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 CE, y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA." ATS 857/2011, Sala 3ª, de 10 de febrero de 2011, recurso nº 553/2011, FJ 4º.

[539] *Vid.* al respecto, por todas, SSTS de 24 de septiembre y 6 de noviembre de 1984, 25 de octubre de 1990 y 22 de enero de 1993. Asimismo ATS de 12 de enero de 1993 donde se enjuicia el recurso contra la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado. Sobre la materia resulta esclarecedor el trabajo de SAIZ ARNAIZ, A., "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto 1994.

[540] *Ibídem.*, pág. 236.

teniendo en cuenta que, salvando el núcleo de la decisión política –que no resulta fiscalizable- los Tribunales podrán entrar a fiscalizar los elementos reglados por la legalidad de su actuación de forma que habrá de comprobar "la adecuación a Derecho —en tales elementos reglados— de la actuación de aquél, salvándose de este modo la politicidad decisoria o, lo que es lo mismo, el control sobre el núcleo del poder político del Gobierno."[541]

Por ello, incluso aunque nos encontremos ante el ejercicio de potestades discrecionales atribuidas al Gobierno de la Nación, ello no excluye el control jurisdiccional de los límites legales impuestos al ejercicio de dicha potestad o, los elementos reglados. Así lo manifiesta la STS del Pleno de la Sala 3ª de 4 de abril de 1997[542], referida igualmente a los papeles del CESID, que declara lo siguiente:

> "Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».
>
> Es esta idea de «conceptos judicialmente asequibles», la que nos lleva a afirmar que si claramente estableciamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, *no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminen totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que -ponderando los intereses jurídicos en juego- nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por las recurrentes para pedir la desclasificación.*"[543]

Si admitimos, por tanto, la posibilidad de control judicial, en interpretación del art. 2 de la Ley de secretos oficiales respecto a las materias o documentos clasificados entonces por el Consejo de Ministros, con mayor motivo debemos considerar que los órganos judiciales deben entrar a fiscalizar la negativa de la Administración al acceso de los propios interesados a documentos que contienen datos personales y que –además de resultar elementales para su progresión o carrera profesional- forman parte del derecho a su intimidad y a la protección de sus datos personales en el sentido expresado por la

[541] *Ibídem.*, pág. 241.
[542] Recurso nº 602/1996.
[543] FJ 7º.

doctrina constitucional. Negar además el acceso a los mismos en un proceso judicial supone por otra parte una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), máxime cuando el conocimiento de los datos por el propio interesado no afecta a la *defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional*. (art. 2 Ley 9/1968).[544]

Comienza en la jurisprudencia más reciente un tímido cambio señalando en este sentido la STSJ de Madrid 848/2008, de 5 mayo[545], en referencia al acceso al IPEC por un miembro de la Guardia Civil lo siguiente:

> "Porque si de lo que se trata es de preservar la intimidad de los afectados, la cuestión habría que resolverla en el sentido de que la confidencialidad de que habla el artículo 45.1 de la Ley 42/1999 sería, en todo caso, hacia fuera; pero nunca, con relación al propio interesado, tal como expresamente se desprende del artículo 37.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administración Pública y de Procedimiento Administrativo común al decir que el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas (...).
>
> Porque no se puede admitir en términos genéricos la existencia de una información reservada respecto a funcionarios que pueda convertirse en un poder frente a ellos al margen de todo control, pues ello iría contra el artículo 105 de la Constitución y 37 de la Ley 30/1992. Dado que el informe personal es del evaluado no un informe personal del evaluador, quien por supuesto cumple con sus deberes de emitir una valoración atendiendo a su propios criterios objetivos y subjetivos. (...)
>
> Porque por encima de todo, *el derecho de acceso a los Archivos, Registros, y documentos, que a los ciudadanos otorga el artículo 37 de la Ley 30/92 ,es un acceso que comprende, por una parte, los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas, reservados solo a éstas, que además podrán exigir que sean rectificados o completados*, y por otra, los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, a los que también pueden acceder los interesados. Este derecho de acceso que ha sido interpretado ampliamente por la jurisprudencia, solo podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, como pueden ser la Seguridad Nacional o la Defensa del Estado, o intereses de terceros más dignos de protección, o cuando así lo disponga una ley."

Debemos tener presente que la Orden Ministerial 74/1993, de 8 de julio, por la que se establece el modelo de informe personal de calificación para el personal militar profesional (IPEC), y que consagraba una estricta confidencialidad de las calificaciones del informe, incluso para el interesado, ha sido derogada por la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, por la que se determina el modelo y las normas

[544] En el mismo sentido PEÑARRUBIA IZA, J.M., *El derecho de acceso a los archivos y a los documentos de la Administración militar*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pág. 82.

[545] Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, FJ 5º. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 16 de Febrero de 2.007, FJ 2º, nº de recurso 678/2004.

reguladoras de los informes personales de calificación y que ya otorga al interesado el derecho a conocer los distintos apartados de sus calificaciones. Así el art. 7.4 de la norma establece que "Finalizadas las deliberaciones de la junta de calificación y cumplimentado el IPEC, *el primer calificador se lo dará a conocer al calificado*, debiendo informarle y orientarle sobre su competencia y forma de actuación profesional, lo que se reflejará en el apartado correspondiente." A continuación el apartado 5 establece que "[*d]espués de conocer el IPEC y haber sido orientado, el calificado lo firmará.*" Lo cual –unido al trámite de alegaciones del interesado[546]- supone un cambio significativo respecto a la normativa anterior puesto que, aunque, una vez cumplimentado el documento, máxime con su incorporación a la hoja de servicios, sea de acceso restringido, al contenerse datos personales (protegidos por el derecho a la protección de datos) la confidencialidad no puede dar lugar a que al interesado le resulte imposible acceder a sus propios datos (con los derechos derivados del art. 18.4 CE)[547] así como a la adecuada tutela efectiva de los Tribunales sin indefensión si el resultado

[546] Así el art. 8 dispone que:

"El calificado dispondrá de un plazo máximo de diez días hábiles, a contar desde el día siguiente al de su firma, para formular motivadamente y por escrito, las alegaciones que considere oportunas.

Estas alegaciones, que deberán unirse al IPEC, serán remitidas a la junta de calificación, que podrá modificar o mantener el informe."

[547] Como señala Peñarrubia "[e]n todo caso, podría entenderse que se pretende proteger la intimidad y el honor del sometido a informe y que, por ello, no se da publicidad a los informes personales. Ahora bien, esto es válido para terceros, porque para el afectado no hay ningún motivo para que no tenga acceso a estos informes, si no cuando se rinden, al menos para saber qué datos de carácter personal están informatizados. En mi opinión, la protección de los datos frente a terceros, pero no el secreto para el interesado, es el único sentido que puede tener la clasificación como materia reservada que se hizo por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 (...) Realmente, por tanto, no hay interés público alguno en que el interesado no conozca en ningún momento estos informes..." PEÑARRUBIA IZA, J.M., *El derecho de acceso a los archivos y a los documentos…* ob. cit., págs. 83 y 84. No comparto por ello la opinión de Arocas Nogales para quien se considera conveniente, a efectos de garantizar el principio de transparencia que inspira toda actuación administrativa, que por el Órgano competente se emita certificación referida a los informes personales tenidos en consideración por el Órgano de evaluación correspondiente, en relación exclusiva al interesado, expresiva de las calificaciones obtenidas genéricamente en los distintos apartados del modelo de Informe Personal, *todo ello sin mención específica al concepto al que obedece cada una de tales calificaciones por cuanto ello supondría una difusión de los informes personales contraria a la normativa de Secretos Oficiales*, pudiendo remitirse igualmente certificado de las medias obtenidas en las cualidades de carácter profesional y personal, recogidas en la Sección 4, síntesis del modelo de IPEC, y la global igualmente recogida en tal Sección." AROCAS NOGALES, M.D., "La protección de datos de carácter personal y el secreto oficial en las Fuerzas Armadas", en *Estudios de Derecho Militar 2009*, Colección de Estudios jurídicos y Fiscales de la Defensa, Centro de Investigación y doctrina legal, Catálogo general de publicaciones oficiales, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, pág. 370. Las cursivas son mías. El problema a mi juicio es que, de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales, que el propio interesado conozca sus informes en nada afecta, insistimos a la Seguridad nacional y a la defensa del Estado. (únicas justificaciones que según el art. 2 de la norma justifican el acceso restringido a determinada documentación). *Vid.* igualmente en sentido favorable al acceso a los datos contenidos en el IPEC, AMICH ELÍAS, C., "La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes…", ob. cit., pág. 80. Sobre la cuestión asimismo, DE PEDRO MORO, J.L., "Sobre el derecho de acceso a los IPECs archivados con la Hoja de servicios", en *Cuaderno Práctico* nº1, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, mayo-agosto 2009, Madrid, págs. 18-27.

de una evaluación (en la que los IPECs son parte preponderante) es impugnado judicialmente.

Sin embargo, el cambio, aunque materialmente trascendente, debió haber venido precedido de la consagración, como norma con carácter de ley orgánica en el nuevo art. 10.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes[548], del derecho a la protección de datos del militar, lo que incluye el conocimiento del contenido de sus informes personales y del resto de su historial militar, así como la posibilidad de acceso al mismo, de acuerdo con la ley de procedimiento administrativo.[549]

[548] No coincido en este aspecto con la opinión del autor citado en la nota anterior que manifiesta que "nunca se va a regular por una Ley Orgánica *un aspecto tan mínimo*, es decir, no se va a hacer una Ley Orgánica expresamente para tal nimiedad, para un aspecto tan concreto y que sólo afecta a los militares profesionales, ni se va a elevar el rango de la legislación de personal militar sólo por ese aspecto, ni se va a regular dentro del régimen general del tratamiento automatizado de datos personales, como sería lo lógico. Indefensión pues y, además, sin ningún fundamento, ni lógico, ni jurídico." PEÑARRUBIA IZA, J.M., *El derecho de acceso a los archivos y a los documentos...*ob. cit., pág. 84.

A estas afirmaciones del autor he de responder –coincidiendo con el mismo en que se da lugar a indefensión- que ¿por qué no se va a regular una materia que incide en los DDFF –en este caso a la protección de datos- en el lugar que le es propio: la ley orgánica, particularmente ahora la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

[549] Recordemos que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla en su art. 37 el derecho de acceso a Archivos y Registros, debiendo destacarse lo siguiente:

"1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificados o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno. (...)"

Debemos destacar asimismo que entre las excepciones y peculiaridades que contemplan los apartados 5 y 6 del mismo precepto solo figuran (apartado 5) los expedientes "*que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.*" [art. 5 b)] lo que no queda en absoluto, como hemos visto, acreditado, respecto a la documentación que conforma el historial militar y menos cuando quien pretende el acceso a sus propios datos es el mismo interesado.

CAPÍTULO VII: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN SU DIMENSIÓN SOCIAL Y COLECTIVA

7.1.- La libertad religiosa. La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. La participación institucional de militares en actos religiosos

El derecho fundamental a la libertad religiosa se consagra en la sección 1ª del Capítulo II del Título I de nuestra Norma Fundamental en el art. 16 con la siguiente dicción:

> "1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2 .Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones."

La norma constitucional es desarrollada mediante la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR), cuyo artículo primero resulta básicamente un trasunto del mismo.[550] Así, como indica Barrero Ortega "las libertades ideológica y religiosa delimitan un ámbito de autonomía individual que, en cierto sentido, es el que mejor expresa la realidad más exclusiva o específica del ser humano".[551]

Este autor, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[552] y nuestro Tribunal Constitucional[553], habla de dos vertientes de este derecho: una interna y otra externa. Según el mencionado autor, la primera implica el derecho de la persona a escoger o elaborar por sí mismo un sistema de ideas desde el que interpretar el mundo y la realidad social y política y la segunda vertiente, el derecho de la persona a actuar libremente conforme a sus personales convicciones ideológicas, lo que no se circunscribe a la mera expresión oral y escrita, sino que incluye también la adopción de

[550] Dispone el precepto en cuestión lo siguiente:

> "Uno. El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica.
> Dos. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas.
> Tres. Ninguna confesión tendrá carácter estatal."

[551] BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 87.

[552] *Vid. ad ex.* Sentencias de 8 de noviembre de 2007, Caso *Perry contra Letonia*, p. 52 y de 13 de diciembre de 2001, Caso *Iglesia metropolitana de Bessarabie y otros contra Moldavia*, p. 114.

[553] STC 120/1990, FJ 10.

actitudes y conductas.[554] Así, según Barrero, la libertad religiosa engloba, al menos, tres posibilidades o aspectos distintos: la libertad de creencias, la libertad de conciencia y la libertad de culto.[555] Sin llegar a la exhaustividad del art. 2 LOLR[556], Barrero define atinadamente el contenido del derecho cuando dice que la libertad religiosa se refiere a tres cosas diferentes aunque íntimamente relacionadas entre sí: "*libertad para creer* o *no creer*, para tener unas u otras convicciones religiosas; *libertad para expresar y manifestar esa convicciones y para hacer partícipes de ellas a otros*; y *libertad para comportarse de acuerdo a esa convicciones y para no ser obligado en contra de las mismas.*"[557]

La libertad religiosa aparece así íntimamente conectada con el valor de la dignidad humana, que el Supremo Intérprete reitera en la STC 177/1996, de 11 de noviembre:

> "El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta

[554] BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, ob. cit., págs. 89 y 90.
[555] *Ibídem.*, págs. 92-95.
[556] Cuyo tenor literal es el siguiente:

> "Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:
>
> a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.
>
> b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.
>
> c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
>
> d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.
>
> Dos. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.
>
> Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos."

[557] BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, ob. cit., pág. 95. Las cursivas son del autor. En similares términos se pronuncia Porras Ramírez. *Vid.* PORRAS RAMÍREZ, J.M., *Libertad Religiosa, Laicidad y Cooperación con las confesiones en el Estado Democrático de Derecho*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pág. 17 y ss.

> libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros...”[558]

Esta misma resolución expone a continuación los principios constitucionales en la relación del Estado con el fenómeno religioso, resumidos en la aconfesionalidad estatal y la cooperación, lo que implica la imparcialidad del Estado, que no la indiferencia, ante las diversas opciones religiosas.

Así “el art. 16.3 CE al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales». Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho «a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado» (STC 24/1982, fundamento jurídico1.º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE).”[559]

En este sentido, el Intérprete supremo introduce el concepto de “laicidad positiva” como sinónimo del principio de aconfesionalidad del Estado:

> “Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener "las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones", introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que "veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales" (STC 177/1996).”[560]

Nos dice Barrero que “[l]a laicidad es, por así decirlo, la *consecuencia orgánica* de la libertad religiosa, lo que, una vez más, pone de manifiesto la profunda interrelación entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución.” De forma que “consiste [la laicidad] en reconocer la racionalidad del Estado, la autonomía de las

---

[558] FJ 9. Algún autor califica asimismo este derecho fundamental como principio constitucional configurador de nuestro ordenamiento jurídico. Así, Prieto Álvarez lo eleva a la categoría de principio constitucional configurador del Estado. *Vid.* PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos, Laicidad, pluralismo y símbolos*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2010, págs. 33 y 34. En el mismo sentido, el Voto particular del Magistrado Jiménez de Parga a la STC 46/2001, de 15 de febrero.

[559] *Ibídem.*

[560] STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

realidades terrenas, y en ningún caso mezclarlas con lo que representa exclusivamente una decisión individual. El Estado debe actuar sólo *como* Estado."[561] Sin embargo apunta Prieto que "[e]n España (...) hablar de laicidad del Estado o de Estado laico constituye en realidad una suerte de pleonasmo, porque el Estado, en su entendimiento moderno, solo debe ser laico, no religioso. Es decir, es una nota implícita a la noción misma de Estado constitucional y democrático. Atribuirle ese carácter sería en realidad similar a afirmar que el Estado es solidario o servicial, adjetivos todos ellos que forman parte de su esencia."[562] Al autor le parece un "concepto jurídicamente inútil" ya que "lo que sugiere es que el Estado ha optado por una suerte de –inadmisible- *confesionalidad «arreligiosa» o «irreligiosa»*."[563] Lo que parece querer desterrar el autor es el llamado "laicismo" que "simplificadamente se caracteriza por su rechazo del hecho religioso, en todas sus manifestaciones públicas" (...) "que en absoluto...debe presidir, según nuestra Constitución, la actuación del Estado para con sus ciudadanos. Por ello no cabe entender que España es un estado laicista."[564] En el mismo sentido, opina Ollero que la laicidad "entendida como declaración estatal de agnosticismo, indiferentismo o ateísmo sería claramente contraria al principio de libertad religiosa, al suponer cuando menos,

[561] BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, ob. cit., págs. 249 y 250. Las cursivas son del autor.

[562] No sucede así en otros estados del entorno comunitario donde la aconfesionalidad o neutralidad en materia religiosa no van unidas a los principios democráticos que informan sus normas fundamentales. Así ocurre en Irlanda ya que, a título de ejemplo, aunque el art. 44 de su Constitución de 29 de diciembre de 1937 prohíbe al Estado que se subvencione ninguna religión o que se pueda imponer ninguna limitación ni hacer discriminación alguna por razón de profesión, creencia o estatuto, declara expresamente que "[e]l Estado reconoce que se debe homenaje de culto público a Dios Todopoderoso. El Estado reverenciará su nombre, y respetará y honrará la religión." (art. 44.1). De igual forma en Grecia el art. 13.2 de su Constitución de 1975 (reformada el 27 de mayo de 2008) dispone que "[s]erá libre toda religión conocida, y las prácticas de culto podrán ejercerse sin restricciones bajo la salvaguardia de las leyes, si bien el ejercicio del culto no podrá atentar al orden público ni a las buenas costumbres, quedando prohibido todo proselitismo", declarando su art. 3.1 que "[l]a religión dominante en Grecia es la de la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo. La Iglesia Ortodoxa de Grecia, que reconoce como cabeza a Nuestro Señor Jesucristo, está indisolublemente unida, en cuanto al dogma, a la Gran Iglesia de Constantinopla y a las demás Iglesias Cristianas homodoxas, observando inmutablemente, como las demás iglesias, los santos cánones apostólicos y sinódicos, así como las tradiciones sagradas. [...]"

[563] PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos…*ob. cit., pág. 61. Las cursivas son del autor. En el mismo sentido PORRAS RAMÍREZ, J.M., *Libertad Religiosa, Laicidad y Cooperación...*ob. cit., pág. 133, autor que califica de redundante una declaración formal y expresa al respecto ya que "*el Estado democrático es naturalmente laico o aconfesional*". La cursiva es del autor.

[564] STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009. Asimismo, PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos...*ob. cit., pág. pág. 60. Barrero parece querer defender asimismo aunque de forma menos decidida la tesis de la laicidad positiva cuando asevera que "así como el anticlericalismo no coincide necesariamente con la irreligiosidad, de la misma forma el término laico no es sinónimo de no creyente, ni pueden definirse propiamente como laicas las corrientes de radicalismo irreligioso que conducen al ateísmo del Estado. [...] Es más, la laicidad no sólo no impide, sino que implica que el Estado, en la formación de sus propios valores, tome en consideración los de los distintos grupos religiosos e ideológicos existentes en el orden social. Exigencia debida a la conformación de la sociedad contemporánea, pluralista o multiética." BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, ob. cit., pág. 250.

una concurrencia del Estado junto a las actitudes de fe de los ciudadanos."[565] Habla asimismo este autor de un fomento del hecho religioso como algo positivo, "que llevaría a aplicar al factor religioso un "favor iuris" similar al que se da al arte, el ahorro, la investigación, el deporte, etc."[566]

[565] Porras opina acertadamente que "[t]al vocación de confrontación, afortunadamente abandonada, se corresponde, más bien, con una visión o entendimiento dialéctico de la laicidad, impropio de un Estado democrático, al venir a expresar un «fundamentalismo ideológico», de carácter antirreligioso, indigno del mismo, que, como se ha indicado, sólo se comprende históricamente, asociado a la negación del principio de confesionalidad." PORRAS RAMÍREZ, J.M., *Libertad Religiosa, Laicidad y Cooperación...*ob. cit., pág. 137. Debemos destacar por su interés las palabras del actual Arzobispo Castrense Don Juan del Río durante su conferencia titulada "Sociedad plural: Religión y Laicidad" pronunciada el 17 de septiembre de 2010 en el Colegio de Graduados Sociales de Sevilla, de la que extraemos el siguiente pasaje:
"si un Estado asume como propio el laicismo, lo constituye de hecho en la confesión estatal, con lo cual pierde su aconfesionalidad, su neutralidad y su laicidad (…) El laicismo es una ideología que se ha transformado en una nueva `religión´", que contradice tanto nuestro marco y espíritu constitucional como nuestra tradición cultural. Así "declararse agnóstico, ateo o indiferente no es una patente de neutralidad, ni otorga potestad para convertirse en el `árbitro´ del espacio y de la vida pública en una sociedad y democrática". El texto completo de la conferencia podemos encontrarlo en http://www.arzobispadocastrense.com/arzo/el-arzobispo-castrense/publicaciones-del-arzobispo/530-sociedad-plural-religion-y-laicidad.html Enlace visitado el 28 de enero de 2014. Sería lo que Ruíz Miguel denomina *laicidad radical o militante*, que "tiende a limitar en buena medida la libertad religiosa individual en espacios públicos, según ocurre en Francia o en México y hasta hace unos pocos años venía ocurriendo en Turquía." Este autor defiende el modelo de "*laicidad neutral o genuina*, (que consiste en que) el Estado debe mantener una rigurosa neutralidad en materia religiosa por lo que ha de garantizar la más amplia libertad religiosa en condiciones de igualdad para todas las creencias relativas al ámbito de la religión." Luego, en mi opinión, no se corresponde exactamente con las técnicas de neutralidad defendidas por el autor, puesto que la simple declaración de neutralidad bastaría, según el autor, para excluir automáticamente "la organización de funerales de Estado (sean católicos, como suele ocurrir, o ecuménicos), los actos de jura o promesa del cargo ante biblias y crucifijos, las participaciones oficiales en procesiones en Semana Santa, la puesta a disposición de capillas universitarias o, en fin, la presencia de crucifijos u otros símbolos religiosos en centros públicos, sean escolares, militares o municipales" lo que se parece más a un modelo de *laicidad militante*. Este autor distingue así tres modelos de laicidad: los extremos, *laicidad militante* y, por otra parte, *laicidad positiva*, y, por último, el defendido por él, *laicidad neutral o genuina*. Sin embargo, no puedo compartir, que el modelo de laicidad positiva imperante según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, reduzca "la neutralidad únicamente a la garantía estatal de una básica o mínima libertad religiosa evitando las interferencias en y entre las distintas creencias religiosas." Baste a estos efectos señalar que existen acuerdos de cooperación del estado con varias confesiones religiosas además de la mayoritaria y que se garantiza, incluso para las confesiones no inscritas o sin acuerdo, la libertad de que sus ministros de culto presten asistencia religiosa en hospitales, y establecimientos militares o penitenciarios. (art. 2.3 LOLR). *Vid.* RUÍZ MIGUEL, A., "Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal", en VV.AA. (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, ed.), *La inclusión de los otros: Símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2012, págs. 81 y ss.

[566] OLLERO TASSARA, A., *España: ¿Un Estado laico?*, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 51 y 52. En el mismo sentido, PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos...*ob. cit., págs. 34 a 36. Este autor identifica, al igual que sucede con otras realidades, del fenómeno religioso como *factor social positivo, componente del bien común.* En la misma medida Viladrich aunque obviamente considera al Estado radicalmente incompetente ante la fe y lo religioso, lo estima competente "para regular jurídicamente un factor social más del bien común." VILADRICH, J., "Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español", en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, EUNSA, 2ª edición, Pamplona, 1983, pág. 217.

De forma que concluimos, en igual sentido que Prieto Álvarez cuando califica el "sistema religioso-político español como de aconfesionalidad neutral cooperativa con las confesiones religiosas."[567]

Así, como declara el Tribunal Constitucional para las entidades inscritas[568], "la inscripción en el Registro de una confesión o comunidad religiosa reclama de los poderes públicos no sólo una actitud de respeto a las creencias y prácticas de culto propias de aquélla, dispensándoles la oportuna protección, sino que también les exige, como señala el apartado 3 del art. 2 LOLR, y para "la aplicación real y efectiva de estos derechos", es decir, de los derivados del ejercicio individual o colectivo del derecho fundamental a la libertad religiosa, una actuación de significado positivo, a cuyo efecto "adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos"."[569]

Ese deber prestacional o de cooperación con las confesiones por parte del Estado halla su sustento en el art. 16.3 CE, aunque no implique un derecho subjetivo exigible por los ciudadanos.[570] Cosa distinta es que, como sostiene González Moreno, del art. 16.1 (derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto) se derive una posición jurídico-prestacional a favor del individuo, teniendo en cuenta la valoración positiva por parte del Estado del fenómeno social religioso[571], que "que para producirse efectivamente, exige del Estado algo más que la plena inmunidad de coacción, tal como se ha entendido clásicamente. Exige que el Estado asegure a todos los ciudadanos las posibilidades de ejercicio real y efectivo de la libertad religiosa y de culto a través de actos positivos."[572]

---

[567] PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos...*ob. cit., pág. 65.

[568] Resulta preciso tener en cuenta a estos efectos que "la articulación de un Registro ordenado a dicha finalidad (la protección jurídica que otorga el art. 5 LOLR) no habilita al Estado para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas, sino tan solo la de comprobar, emanando a tal efecto un acto de mera constatación que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el art. 16.1 CE." STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 8. El señalado Registro aparece regulado en el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas.

[569] STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 7.

[570] *Vid.* en este sentido GONZÁLEZ MORENO, B., "El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, nº 66. Septiembre-Diciembre 2002, Madrid, pág. 136.

[571] *Ibídem*., *vid.* págs. 138 y ss.

[572] *Ibídem*., pág. 137.

Es por ello, como hemos tenido oportunidad de comprobar, que la neutralidad del Estado en cuanto al hecho religioso que impone el principio de aconfesionalidad estatal no implica la indiferencia o desatención de lo religioso puesto que, sin perjuicio de su regulación como un factor más del bien común o social, el art. 16.3 CE impone el principio de cooperación con las distintas confesiones religiosas. Los poderes públicos, teniendo en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, resultan, por ello, obligados, como un deber prestacional, a facilitar *asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.* (art. 2.3 LOLR). No debemos perder de vista las especiales circunstancias de sujeción que concurren en los citados ámbitos, lo que, sin duda, justifica un mayor deber asistencial por parte del Estado, facilitando o promoviendo las condiciones para la plena realización de los DDFF de los ciudadanos (art. 9.2 CE). Ésa debe ser, por ello, la apoyatura jurídica de la existencia en un Estado aconfesional como España de un servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pero también en los hospitales o los centros penitenciarios.[573] La doctrina coincide además en fundamentar ese deber prestacional para las FAS en razones de contraprestación al servicio prestado, en ese peculiar marco de sujeción reforzada.[574]

Pero la vinculación entre Religión y Fuerzas Armadas en un país de marcada tradición católica como el nuestro ha sido muy intensa a lo largo de la historia hasta el punto de que la asistencia religiosa (católica, obviamente) respondía a un modelo de integración orgánica en la estructura de los ejércitos, con el otorgamiento a los capellanes castrenses de la condición y estatuto de militar a través de los cuerpos eclesiásticos de los ejércitos; es decir, en el seno de la estructura castrense, del Estado,

[573] *Ad. ex.* Orden de 20 de diciembre de 1985 por la que se dispone la publicación del acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en Centros Hospitalarios Públicos y el art. 230 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. En este sentido, asimismo, el Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria.

[574] En este sentido, MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 67, enero-junio 1996, Madrid, pág. 139 y ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: Libertad religiosa y aconfesionalidad estatal", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 70-I, julio-diciembre 1997, Madrid, págs. 26 y 27. Alli Turrillas se refiere a que pese al carácter aconfesional del Estado, éste tiene el deber de garantizar la asistencia religiosa a los miembros de las FAS, debido especialmente a varios motivos: la histórica asistencia y vinculación entre ambas instituciones del Estado y la necesidad de todo ejército de contar con dos servicios muy vinculados a la propia estructura de la guerra: el sanitario y el religioso. ALLI TURRILLAS, J.C, *La profesión militar*, ob. cit., pág. 273.

por ello, se producía una especie de mezcla o interrelación entre las dos esferas (eclesial y estatal), de forma que los ministros del culto católico integraban, en razón a sus funciones, los cuerpos y escalas de las Fuerzas Armadas con un empleo militar, siendo la católica la única asistencia religiosa posible.[575]

La Constitución Española de 1978, que consagra la aconfesionalidad estatal, aunque inspirada en el principio de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones

---

[575] Un magnífico resumen de la historia de la asistencia católica castrense en España nos lo ofrece la profesora Morán para quien el fenómeno asistencial católico a las FAS es tan antiguo como la existencia de los propios ejércitos, aunque la incorporación definitiva tendrá lugar al organizarse los Tercios de Infantería en 1532, que contarán desde esa fecha con un capellán estable y permanente. *Vid.* MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. De una tradición multisecular a su regulación vigente", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 58, julio-diciembre 1991, Madrid, págs. 101 y 102.

La historia de la "Jurisdicción castrense" es, en realidad, hasta el Convenio de 5 de agosto de 1950 de Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas una muestra de un privilegio a la confesionalidad católica o jurisdicción otorgada por los Romanos Pontífices al Estado, que tiene su origen en el Breve "Cum sicut Maiestatis Tuae" de 26 de septiembre de 1644, que confiere al Soberano español el nombramiento de capellanes mayores en los ejércitos. Tras sucesivos vaivenes y reorganizaciones, se consolida como una jurisdicción especial para el ámbito castrense hasta su supresión durante la Segunda República. Tras la guerra civil, aunque en principio sin revestir carácter institucionalizado, se restauran los Cuerpos Eclesiásticos de los tres ejércitos , y se da origen con el señalado Convenio de 1950, a la época de la llamada "jurisdicción convenida" con la Santa Sede. Existe así una intensa tarea normativa para devolver, de acuerdo con los principios del nuevo Estado confesional, la asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas mediante el ya conocido sistema de integración de los ministros de culto en los Cuerpos y escalas de los ejércitos con un empleo militar. De esta forma, en primer lugar se aprueba la Ley de 12 de julio de 1940 por la que se anula la de 30 de junio de 1932 que disolvió el Cuerpo Eclesiástico del Ejército, el Decreto por el que se establecen las previsiones del Cuerpo Eclesiástico de la Armada, la Ley de 31 de diciembre de 1945 sobre reorganización del Cuerpo Eclesiástico de la Armada, el Decreto de 23 de mayo de 1947 por el que se aprueba el Reglamento por el que ha de regirse el Cuerpo Eclesiástico de la Armada, la Ley de 31 de diciembre de 1945 sobre creación del Cuerpo Eclesiástico del Ejército del Aire así como el Decreto de 10 de enero de 1947 por el que se aprueba, con carácter provisional, el Reglamento Orgánico del Cuerpo Eclesiástico del Aire. Como dice Martí Sánchez "[e]sta etapa que se inicia en la Guerra de 1936 y se prolonga hasta la Constitución de 1978, vine marcada por la confesionalidad del Estado con repercusiones directas en el ejercicio de la asistencia religiosa. La institución militar asume el ideal religioso como objetivo educativo del servicio militar, y los actos religiosos impregnan la vida castrense confundiéndose con los específicamente militares. Obviamente, la asistencia religiosa era exclusivamente católica." *Vid.* MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 141. La cursiva es del autor. Con el término "jurisdicción castrense", según el derecho canónico, se sigue aludiendo a la Diócesis castrense como personal que, frente al Ordinario u Obispo territorial, continúa caracterizando al Arzobispado castrense. De esta forma, según el art. IV de la Constitución Apostólica "Spirituali Militum Curae" del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre la Asistencia Espiritual a los militares, de 21 de abril de 1986, la jurisdicción del Ordinario militar es:

> *1° personal, de tal manera que la ejerza sobre las personas pertenecientes al "Ordinariato", aun cuando se encuentren fuera de las fronteras de la nación.*
> *2° ordinaria, tanto en el fuero interno como en el fuero externo;*
> *3° propia, aunque cumulativa con la jurisdicción del obispo diocesano, pues las personas pertenecientes al "Ordinariato" militar continúan siendo feligreses también de aquella Iglesia particular de cuyo pueblo forman una parte por razón del domicilio o del rito.*

Un sintético pero excelente resumen histórico de la institución lo hallamos en la *web* del Arzobispado Castrense de España, donde, describiendo la organización de esta Diócesis personal desde el punto de vista jurídico-canónico, nos ofrece una interesante visión histórica. *Vid.* http://www.arzobispadocastrense.com/arzo/ique-es-el-arzobispado.html. Enlace visitado el 28 de enero de 2014.

religiosas (art. 16.3), impone necesariamente una nueva forma de concebir la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, de manera que la "tradicional y multisecular confesionalidad católica del Estado español se verá transformada por vía constitucional en una laicidad moderada"[576], laicidad positiva[577] o separación amistosa.[578] Con esos fundamentos se firma el 3 de enero de 1979 el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre la Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de clérigos y religiosos. El Acuerdo, tras declarar en su art. 1 que *la asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se seguirá ejerciendo por medio del Vicariato Castrense*, detalla más o menos pormenorizadamente diversos aspectos acerca de la provisión, organización y Curia de la Diócesis personal de los militares[579], sin que, al menos, explícitamente podamos deducir que el pacto entre la Santa Sede y el Estado Español imponga que la asistencia religiosa católica a los militares haya de llevarse a cabo mediante un modelo de integración orgánica a través de los todavía existentes en ese momento cuerpos eclesiásticos de los ejércitos.[580]

---

[576] MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., pág. 109.

[577] STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

[578] ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares…", ob. cit., pág. 23.

[579] Esta regulación "demasiado pormenorizada de la curia del Vicariato castrense" es criticada por Martí Sánchez. *Vid.* MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 143. Asimismo, MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., pág. 114.

[580] En este sentido, como bien dice Martí, predomina la lectura reductora del Acuerdo a la sola organización eclesiástica, excluyendo cualquier pronunciamiento sobre la técnica a aplicar para proporcionar asistencia religiosa en el ámbito castrense. MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 144. El Acuerdo de 1979 efectivamente introduce cuestiones de organización institucional del Vicariato castrense, más adelante desarrolladas por la Constitución Apostólica "Spirituali Militum Curae" del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre la Asistencia Espiritual a los militares, de 21 de abril de 1986, por lo que podemos concluir que la citada normativa se reduce a determinar, con arreglo al Derecho Canónico, la organización y estatuto canónico de los ministros de culto que realiza sus funciones en el Arzobispado castrense, es decir, prestando sus servicios en la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, con independencia del modelo elegido, que puede ser el de integración orgánica o no. En este sentido, Contreras Mazarío afirma que el reconocimiento en el Acuerdo de 1979 del derecho a la asistencia religiosa a los miembros católicos de las fuerzas Armadas, así como la existencia de una jurisdicción eclesiástica especial con competencia en el ámbito militar "no puede identificarse en ningún caso con el establecimiento de la «integración orgánica» como el mecanismo de aplicación de la asistencia religiosa a través del que actuará la jurisdicción eclesiástica castrense de la Iglesia católica." CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 473 y 474. Muestra de que el Acuerdo con la Santa sede de 1979 no prejuzga la técnica a través de la que el Estado facilite la asistencia religiosa católica a las Fuerzas Armadas es el art. 1.2 del Anexo II del Acuerdo, donde se distinguen claramente las facultades del arzobispo, con arreglo al Derecho Canónico, para determinar la idoneidad de los sacerdotes, de las del Ministerio de Defensa en cuanto al destino de los capellanes. Así el precepto en cuestión señala que

> "2. El nombramiento eclesiástico de los Capellanes se hará por el Vicario general castrense.

Precisamente la promulgación de la Ley 48/1981, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera, (…) en su artículo 9 establecía los tiempos de efectividad en cada empleo para el ascenso al inmediato superior, según las Armas, Cuerpos o Escalas. Entre ellos, el apartado 4 se refiere al Cuerpo Eclesiástico, estableciendo los tiempos mínimos en cada empleo militar.[581] Pues bien, frente a esta norma interponen recurso de inconstitucionalidad 69 diputados, alegando que resucita el Cuerpo Eclesiástico que, según ellos, había desaparecido con el Acuerdo con la Santa Sede de 1979 –al que no oponen ninguna tacha de inconstitucionalidad-, siendo lo cierto, como hemos visto, que el pacto internacional no prejuzga el modelo a elegir de asistencia religiosa a las FAS. Según los recurrentes "la consecuencia que produce el mantenimiento de un Cuerpo Eclesiástico Castrense es que la asistencia religiosa se transforma en una función estatal; no en una finalidad satisfecha por los poderes públicos, sino en una función genuinamente estatal, como puede ser la defensa del territorio, la justicia o la representación diplomática, con la particularidad de que esa función se define exclusivamente por un criterio o elemento religioso. Como señala Kelsen, la «estatalización» de una actividad significa su «funcionarización», es decir, el hecho de confiar su ejecución a unos órganos especializados que tienen la cualidad de funcionarios. Al funcionarizar la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas se estataliza una actividad religiosa, lo que resulta contrario al principio de que ninguna confesión tiene carácter estatal. El mandato de que ninguna confesión tenga carácter estatal obliga, cuando menos, a que las actividades de las confesiones se realicen por sus ministros o fieles, no por órganos del Estado. Otra consecuencia es que la autoridad vinculada a la ostentación de un grado militar se obtiene en atención al desempeño de un ministerio religioso. La potestad pública que ejercen los miembros de un Cuerpo del Estado deriva de la función religiosa que realizan, lo que es inaceptable, porque esa potestad se recibe para cumplir funciones estatales, que nunca pueden ser religiosas. No proponen los recurrentes que se prohíba a los ministros del culto integrarse como funcionarios en un Cuerpo del Estado; pero no

---

El destino a Unidad o Establecimiento se hará por el Ministerio de Defensa a propuesta del Vicario general castrense."

Un completo compendio de la normativa sobre el Servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, incluyendo la legislación canónica, lo encontramos en "Arzobispado Castrense de España, Resumen Documentos oficiales 1976-2009", disponible asimismo en http://arzobispadocastrense.com.

[581] Antecedente 1º de la STC 24/1982, de 13 mayo.

deben ostentar tal cualidad precisamente por ser ministros del culto."[582] Los diputados, a continuación pretenden que el principio de aconfesionalidad del estado prohibiría no solo una asistencia religiosa a través de cuerpos eclesiásticos de ministros de culto católicos, sino incluso los integrados por ministros de varias religiones. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no realiza un profuso análisis de la cuestión a similitud de los demandantes de la inconstitucionalidad de la ley. Se limita en la STC 24/1982, de 13 mayo a desestimar la demanda por cuestiones de forma puesto que el único efecto que se deduciría de la declaración de inconstitucionalidad, viene a concluir el Tribunal, es la nulidad del sistema de ascensos en el Cuerpo Eclesiástico del Ejército sin que se pueda compartir la conclusión de los recurrentes de que el silencio del Acuerdo con la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las FAS de 1979 implique la derogación de la legislación española sobre la materia. En este sentido el Supremo Intérprete concluye declarando que

> "El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos puedan reclamar fundamentalmente, de suerte que el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos incidiría en la eventual violación analizada."[583]

Sin perjuicio de que *una obvia razón de congruencia impone un ajuste entre la impugnación y el contenido de la disposición impugnada*[584] el Supremo intérprete de la Constitución bien pudo detenerse de forma más exhaustiva en el examen del modelo de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, en un momento en que –como detalladamente argumentaron los diputados recurrentes- el único sistema existente era la integración en el seno de los ejércitos de unos cuerpos eclesiásticos, cuyos componentes ostentaban graduación militar, y formados únicamente por ministros de culto católicos.[585] Ahora bien, ¿es ese modelo ajustado al principio de aconfesionalidad del

[582] Por su interés al objeto de examinar los argumentos de los recurrentes, resulta de interés reproducir en el cuerpo de este estudio al menos parte del antecedente 2º de la STC 24/1982, de 13 mayo, donde transcribe casi literalmente la demanda de los diputados recurrentes.
[583] FJ 4.
[584] FJ 2.
[585] Sin embargo, como aprecia Barrero Ortega la STC 24/1982 "marcó el proceso de reforma en materia de asistencia religiosa a las fuerzas Armadas presidido por la búsqueda de un doble objetivo: (…) la prestación de asistencia religiosa a militares pertenecientes a religiones no católicas (…)y (…) la desfuncionarización de los capellanes castrenses, por entender que la situación anterior de total

Estado o implica una inaceptable vulneración del mismo desde el momento en que aparece integrado un cuerpo de ministros de culto católico en la estructura de las Fuerzas Armadas y, por ende, de la misma Administración del Estado, en razón al ejercicio de sus funciones pastorales de asistencia católicas? ¿Se vulnera además el principio de igualdad en conexión con el anterior dado que el resto de confesiones no disponen de la misma oportunidad, de forma que se consagraría así una especie de monopolio católico en la asistencia a los Ejércitos? En mi opinión, la respuesta a estas preguntas quizá no pueda ser exactamente la misma hoy, una vez transcurridos treinta años desde la citada declaración del Tribunal Constitucional. Debemos tener en cuenta que en 1982 el nuevo régimen constitucional heredaba no solo una arraigada tradición católica en sus ejércitos sino que la única asistencia, al menos, de carácter institucionalizado que resultaba posible prestar era la católica[586], sin perjuicio de la obligación por parte de la Administración de permitir a los militares el derecho de salida del establecimiento o unidad para ejercer el derecho a la libertad religiosa y de culto con arreglo a su libre elección o, en su caso, de consentir asimismo la entrada en las unidades militares de ministros de culto de otras religiones para impartir su ministerio a los militares que lo demandasen. Distinta es la realidad y, por ello, el nivel de exigencia

integración (hasta el punto de ostentar grados militares) resultaba contraria al principio de laicidad." No comparto, sin embargo, esta última conclusión de Barrero, siempre que se garantizase que del nuevo cuerpo eclesiástico no fuesen excluidos ministros de otras confesiones. *Vid.* BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, ob. cit., págs. 262 y 263. Según Blanquer "las relaciones de cooperación de los Poderes Públicos con la Iglesia católica que impone el artículo 16.3 de nuestra Constitución, pueden justificar suficientemente que existan funcionarios elegidos por razón de su credo y con la misión de ejercer el ministerio de la fe. En el Derecho Comparado no es inhabitual que se compatibilice la aconfesionalidad del Estado con la existencia de un servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 386. Como podemos comprobar, distinta es la opinión de los promotores del recurso de inconstitucionalidad de la Ley 48/1981, que fundaban su recurso en la inconstitucionalidad de la existencia de un cuerpo de funcionarios militares, cuya razón de ser era el ejercicio de misiones pastorales o religiosas, lo que consideraban vulneraba el principio de neutralidad del Estado en materia religiosa por la pretendida confusión entre funciones religiosas y estatales. Comparto la opinión de Blanquer ya que el art. 16.3 CE justifica sobradamente la existencia de un cuerpo de funcionarios que garanticen la asistencia religiosa a las FAS, siempre que no se excluya al resto de confesiones que no son mayoritarias en nuestro país o, al menos, éstas no opten por otro sistema de asistencia religiosa, tal y como así han hecho en los acuerdos de 1992; es decir, lo que importa garantizar aquí es el principio de igualdad pero, siempre que así sea, ello supone apoyatura constitucional suficiente para el servicio religioso en los establecimientos militares, al igual que existe un servicio sanitario, de educación física, etc. De otra forma, estaríamos colocando al hecho religioso en un fenómeno social de peor condición que los demás mereciendo con ello una actitud discriminatoria por parte del Estado al no atenderse adecuadamente por los poderes públicos como un hecho social positivo que, además, se consagra como un Derecho Fundamental (art. 16 CE).

[586] *Vid.* en este sentido ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares…", ob. cit., pág. 27. En similares términos se manifiesta Alli Turrillas. ALLI TURRILLAS, J.C, *La profesión militar*, ob. cit., págs. 273 y 274. No sostiene la misma opinión Contreras que ya en 1989 mantenía la inconstitucionalidad del modelo de integración orgánica. CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, ob. cit., pág. 518 y ss.

al Legislador con más de treinta años de vigencia del Texto Constitucional en una sociedad cada vez más plural como la actual, donde ya no es posible hablar de un déficit de desarrollo de las relaciones con el resto de las confesiones religiosas respecto a la mayoritaria de la población española. En este punto es preciso destacar que, de acuerdo con el art. 7.1 LOLR el Estado ha alcanzado acuerdos con las principales religiones con arraigo en España. Así se han promulgado las Leyes 24/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, 25/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España y 26/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. De forma, que, a mi juicio, resulta imposible sostener a día de hoy la existencia de un cuerpo eclesiástico militar donde solo tengan posibilidad de integrarse ministros de culto católicos, con exclusión de ministros de otras confesiones con arraigo en España *ex* art. 7 LOLR.[587]

Sea como fuere, la solución adoptada en su momento por la Disposición final séptima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, ya derogada, se convirtió en una especie de solución intermedia donde, aun acogiendo el modelo de integración, se habilita al Gobierno a crear por Real Decreto el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y a la aprobación de las normas sobre el régimen de personal del mismo, con arreglo a varios criterios, fundamentalmente: a) su personal, que no tendrá condición militar, estará a caballo entre el personal funcionario y laboral o contratado por la Administración, según tenga o no la condición de permanente; b) Las situaciones administrativas se regularán de forma similar a las de los funcionarios de la Administración del Estado en lo que les sea aplicable; c) El régimen disciplinario será el aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado con las modificaciones necesarias para atender a las características del ámbito en que desempeñan su función y a la naturaleza de la misma; d) La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se

[587] No me parece descabellada la idea de la que da cuenta Martí sobre la inclusión en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas al que se denominaría "Cuerpo Eclesiástico de la Defensa". Finalmente el Gobierno abandonó el proyecto (a incluir en la futura Ley de la Función Militar) invocando la merma del principio de aconfesionalidad del Estado que supondría el hecho de que capellanes de una determinada religión adquiriesen la condición de funcionario en razón al ejercicio de sus funciones pastorales. *Vid.* MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas", ob. cit., págs. 153 y 154.

seguirá ejerciendo por medio del Vicariato Castrense en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede; e) Los que a la entrada en vigor de la ley pertenecían a los cuerpos eclesiásticos de los ejércitos podían optar entre permanecer en los mismos con el mismo estatuto militar (declarados a extinguir) o integrarse en el nuevo Servicio de Asistencia Religiosa con carácter permanente.

Sentadas estas bases, se dicta el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.[588] El nuevo texto regula de modo excesivamente escueto, en su Capítulo I, la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, para detenerse con detalle a partir del art. 5 en la *Asistencia Religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas* (Capítulo II). Coincidimos en este sentido en principio con las críticas de la profesora Morán, que considera insuficientemente desarrolladas en el Real Decreto de 1990 las expectativas de articulación de dicho Servicio de Asistencia Religiosa, "centrándose exclusivamente en la asistencia religiosa a los miembros católicos, e ignorando, al no hacer ni siquiera mención, a los de otras confesiones, y refiriéndose a los «sacerdotes» (evidentemente católicos) y no genéricamente a los «ministros de culto», o bien utilizando, la que nos parece imprecisa expresión de «el personal»…"[589] Efectivamente, la norma deja en una completa inseguridad jurídica a los posibles miembros no católicos del Servicio puesto que nada nos dice sobre su régimen estatutario, situaciones administrativas, régimen disciplinario, adquisición y pérdida de la condición, entre otros aspectos, que sí aclara para los miembros católicos del nuevo Servicio.

Sin embargo, las confesiones religiosas que han pactado con el Estado, en ejercicio de la libertad que les concede la LOLR (art 7.1) no han optado por el modelo de integración orgánica en el nuevo Servicio civil de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. Si repasamos las Leyes que aprueban los distintos acuerdos, lo podremos corroborar. Así, el art. 8.1 de las Leyes 24, 25 y 26/1992 reconoce como principio

[588] Modificado por Real Decreto 212/2003, de 21 de febrero y por el Real Decreto 28/2009, de 16 de enero, por el que se modifica el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, se regula la prima por servicios prestados por el personal militar de complemento con un compromiso de larga duración, y se modifica el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el servicio de asistencia religiosa en las fuerzas armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.

[589] MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., pág. 122.

general el derecho de todos los militares, de las distintas confesiones con acuerdo (evangélica, israelita o musulmana), sean o no profesionales, y de cuantas personas de dicho credo religioso presten servicio en las Fuerzas Armadas, a participar en las actividades religiosas y ritos propios de su confesión, previa la oportuna autorización de sus Jefes, que procurarán que aquéllos sean compatibles con las necesidades del servicio, facilitando los lugares y medios adecuados para su desarrollo.

A continuación, el art. 8.2 de las Leyes 25 y 26/1992, es decir, las que aprueban los acuerdos con la representación israelita y musulmana, reconoce un "derecho de salida" a los militares que no puedan cumplir las obligaciones religiosas por no haber templo en el lugar de su destino, podrán ser autorizados para el cumplimiento de aquéllas en el lugar de culto de la localidad más próxima, cuando las necesidades del servicio lo permitan. Esta posibilidad no aparece de forma explícita en el acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España aunque podamos entenderlo igualmente incluido en el art. 8.1 de la Ley 24/1992.

Por otra parte, los acuerdos regulan las condiciones de idoneidad de los ministros de culto para prestar la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. Han de ser los designados por la correspondiente confesión y, además, han de ser autorizados por los Mandos del Ejército que prestarán la colaboración precisa para que puedan desempeñar sus funciones en iguales condiciones que los ministros de culto de otras Iglesias, Confesiones o Comunidades que tengan concertados Acuerdos de Cooperación con el Estado. (art. 8.2 de la Ley 24/1992 y 8.3 de las Leyes 25 y 26/1992).

Por último el art. 8.4 de la Ley 25/1992 contempla la siguiente obligación para la Administración Militar en el caso de la confesión israelita:

> "Las autoridades correspondientes comunicarán el fallecimiento de los militares judíos, acaecido durante la prestación del servicio militar, a las familias de los fallecidos, a fin de que puedan recibir las honras fúnebres y ser enterrados según el rito judío."

Esta obligación –o derecho más bien de los familiares del fallecido-, según se mire, y que puede ofrecer algún problema desde el punto de vista del art. 16.2 CE, se contempla en similares términos en la Ley 26/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (art. 8.4).

En esencia, además del reconocimiento del militar a participar en las actividades religiosas y ritos propios de su confesión, a cuyo fin los mandos habrán de procurar compatibilizar con las necesidades del servicio, se reconoce un "derecho de entrada" de los ministros de culto autorizados a prestar asistencia religiosa en el interior de los establecimientos militares y un "derecho de salida"[590] del profesional militar al lugar de culto más próximo, si lo permiten las necesidades del servicio.[591]

Comprobamos pues que las confesiones no católicas con arraigo en España y que han llegado a acuerdos con el Estado, en ejercicio de la libertad de pacto que les atribuye el art. 7.1 LOLR, no han optado por un sistema de integración orgánica en el nuevo Servicio de asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas. Algún autor, como la profesora Morán, señala que en el Acuerdo de 1979 con la Iglesia Católica, a diferencia de los acuerdos con el resto de las confesiones de 1992, predomina el aspecto institucional antes que los derechos de los fieles católicos vinculados a las Fuerzas Armadas.[592] "Se advierte pues una atención más individual que colectiva, justamente a la inversa que

[590] Previsto ya originariamente en los aún vigentes arts. 235 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, 433 de la Armada y 290 del Aire. Estos preceptos sobre la asistencia religiosa y los servicios sanitarios en cada uno de los ejércitos son prácticamente los únicos que quedan vigentes actualmente de sus Reales Ordenanzas particulares, tras la publicación de sendas órdenes ministeriales, a saber, 50/2011, de 28 de julio (BOD de 2 de agosto); 12/2012, de 28 de febrero y 13/2012, de 28 de febrero (BOD de 6 de marzo), por las que se aprueban, respectivamente, las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Recordemos lo señalado más arriba respecto a la Guardia Civil, ya que para este instituto se ha dictado la Orden PRE/1983/2012, de 14 de septiembre, por la que se declaran de aplicación a la Guardia Civil diversas normas del ordenamiento militar sobre mando, disciplina y régimen interior (BOE nº 228 de 21 de septiembre).

[591] Como bien dice Martí Sánchez, "estamos ante una *autorización de salida* de los miembros de las FF.AA. para participar en los actos de culto, *coadyuvada con el acceso* de los ministros de la confesión interesada a las instalaciones militares, con la misma finalidad." MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 166. En los mismos términos, MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., pág. 117. Igualmente, ALLI TURRILLAS, J.C, *La profesión militar*, ob. cit., pág. 274 y CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, ob. cit., pág. 467 y ss.

[592] El último eslabón normativo en esta materia viene constituido por la Orden Ministerial 84/2011, de 18 de noviembre, por la que se desarrolla parcialmente, en materia de régimen de personal, el capítulo II del Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, dedicado exclusivamente al personal católico del SARFAS –ya que la católica es la única confesión que acordó su integración en el mismo. La norma regula someramente el Arzobispado Castrense (trasladando a las normas estatales la organización prevista en las disposiciones canónicas básicas sobre el Ordinariato español), el acceso al servicio, la duración de los compromisos, la adquisición de la condición de permanente, la asimilación a la condición de oficial y un sistema retributivo, de destinos, de vacaciones, permisos y licencias así como asistencial análogo al de los miembros las Fuerzas Armadas, tendiéndose, por ello, a una integración orgánica plena, aunque formalmente los miembros del servicio no sean militares, algo que por otra parte debe venir determinado por norma con rango de ley. (actualmente, la Disposición adicional octava de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar).

con la Iglesia católica, cuya relación es más institucional que personal."[593] Lo cierto es que los derechos de los fieles en la Iglesia Católica vienen definidos con arreglo al Derecho Canónico[594] y parece obvio que la cooperación con aquélla revista un cariz más institucionalizado dada la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede y el carácter de tratado internacional de los pactos acordados con los distintos estados.[595] La nueva situación derivada de los pactos con las confesiones se refleja en la nueva Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (Disposición final cuarta), que deroga a la anterior Ley de 1989 del Régimen del Personal Militar Profesional. En la Ley de Personal de 1999, además de garantizar la asistencia religiosa a los miembros de las FAS, se consolidan y trasladan a la ley los criterios dados por el Real Decreto 1145/1990, que crea el Servicio de Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas, por ejemplo en lo relativo al régimen estatutario de los miembros del servicio y a la duración máxima de la relación de servicios con carácter temporal (8 años) así como al tiempo mínimo para adquirir la condición de permanente (3 años). Por lo demás, la ley de 1999 mantiene los criterios inspiradores del servicio prescritos en 1989. Pero, en lo que más nos interesa, la nueva norma, como decíamos, consagra el modelo de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas resultante de los pactos con las confesiones habidos en 1979 y 1992. Así, el apartado 4 prescribe lo siguiente

> "La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense, en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede. Los sacerdotes integrados en el Servicio de Asistencia Religiosa, que son Capellanes Castrenses en los términos que establece el citado Acuerdo con la Santa Sede, se regirán por lo previsto en dicho Acuerdo y por la legislación canónica correspondiente."

Como podemos observar, da por supuesto que los únicos miembros del Servicio de Asistencia Religiosa son los capellanes católicos, ya que a los militares de otras confesiones no se les presta asistencia religiosa de forma institucionalizada sino mediante los mecanismos previstos en los acuerdos de 1992, derechos de entrada y salida:

---

[593] MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., pág. 117.

[594] *Título II, De las Obligaciones y Derechos de los Fieles Laicos* (Cánones 224 – 231).

[595] Así la Santa Sede mantiene embajadores y legaciones diplomáticas, firma tratados internacionales, se le da eficacia en numerosos estados al ordenamiento jurídico canónico en múltiples aspectos y, singularmente, en lo que respecta al matrimonio canónico y, por ello, en este sentido las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos se reconocen y reciben eficacia en el orden civil. *Vid.* al respecto, y por todas, SSTC 6/1997, de 13 de enero; 38/2007, de 15 de febrero y 51/2011, de 14 de abril. Asimismo, DÍEZ DE VELASCO Y VALLEJO, M., *Manual de Derecho Internacional Público*, 12ª Ed., Tecnos, Madrid, 1999, págs. 249-252. Asimismo, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 169.

"Los militares evangélicos, judíos o musulmanes podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, si lo desean, de conformidad con lo determinado en los correspondientes acuerdos de cooperación establecidos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España." (apartado 5).

Para los demás militares profesionales (hay que entender, fieles de las confesiones sin acuerdo) podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa de ministros de culto de las Iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el ordenamiento. (apartado 6).

La nueva Ley 39/2007, de la Carrera Militar aborda la cuestión en su Disposición adicional octava de una forma muy similar, pero afinando en lo relativo a las vicisitudes de las distintas confesiones. Así, para la asistencia institucionalizada prestada por la Iglesia Católica tiene en cuenta la convivencia con el servicio de Asistencia Religiosa de los antiguos cuerpos eclesiásticos (a extinguir):

"La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense, en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, prestándose por los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, declarados a extinguir, y por el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas.

Los sacerdotes integrados en el Servicio de Asistencia Religiosa, que son capellanes castrenses en los términos que establece el citado acuerdo con la Santa Sede, se regirán por lo previsto en él, por la legislación canónica correspondiente y por esta disposición.

Para la atención religioso-pastoral se podrán establecer convenios con diócesis y órdenes religiosas para incorporar, a propuesta del Arzobispo Castrense, sacerdotes colaboradores." (apartado 2).

Para la asistencia de las confesiones que llegaron a acuerdos con el Estado en 1992, mantiene la redacción del texto de la ley de personal de 1999 (apartado 3); no obstante, sí que tiene en cuenta respecto al resto de confesiones inscritas la posibilidad de que los pactos que concluyan con el Estado se conviertan en el marco de regulación de la asistencia religiosa que presten a sus fieles miembros de las Fuerzas Armadas. (Apartado 4). Coincidimos, no obstante, con Bravo Castrillo en que "la gran dificultad sobre la asistencia religiosa a los militares creyentes pertenecientes a confesiones inscritas en el Registro, que no tienen acuerdos con el Estado, no está en el reconocimiento del derecho, que de hecho lo está en el ordenamiento, sino en la carencia de un modelo concreto." Afirma fundadamente este autor que la no regulación de la asistencia religiosa a estas minorías imposibilita, de hecho, el ejercicio de su derecho, siendo necesaria una regulación particular de asistencia para ellas, en la que teniendo en cuenta las características propias de las mismas, regulase, de una u otra

forma, el modo y forma particular para que sus miembros pudiesen cumplir con su propio derecho en el seno de las FAS.[596]

Podemos por ello esbozar las siguientes características del sistema español mixto[597] o híbrido de asistencia religiosa a las fuerzas Armadas:

1) La asistencia a los militares católicos se sigue prestando de forma institucionalizada a través de la organización de la Iglesia Católica, creada hace varios siglos, con carácter especial al efecto, esto es, el Arzobispado, primero llamado Vicariato, Castrense, con la peculiaridad de que los miembros del servicio de asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas, aunque integrados en la estructura del Ministerio de Defensa[598], no tienen la condición de militares (aunque sí equiparación a efectos administrativos) y no forman parte, por ello, de los cuerpos y escalas de las Fuerzas Armadas, con la excepción de los miembros de los antiguos cuerpos eclesiásticos (a extinguir).
2) Las confesiones que han alcanzado acuerdos con el Estado en 1992 tienen definido en los mismos la modalidad de prestación de asistencia religiosa a los militares que se compone básicamente por los derechos de entrada y salida para el ejercicio del consabido derecho fundamental.
3) Los demás militares que son fieles de otras religiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, aunque sin acuerdo con el Estado, pueden recibir igualmente asistencia de los ministros de culto de las mismas. Hay que extenderles igualmente el derecho de salida, siempre que no existan razones del servicio que lo impidan ya que, a pesar del déficit normativo, debe aplicárseles el ordenamiento general, que garantiza el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE, Disposición adicional octava, 1 de la Ley 39/2007 y art. 9 de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas).

---

[596] BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, págs. 376-377. Accesible en http://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/108944, enlace visitado el 25 de enero de 2014.

[597] Así lo denomina Alli que lo caracteriza por la libertad de acceso junto con una cierta integración orgánica de los capellanes en el sistema. ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 274. Igualmente BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 383.

[598] Adscritos a la Subsecretaría de Defensa. (DA 8ª LCM). Concretamente el art. 9.4 c) del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, dispone que el Arzobispado Castrense depende de la Dirección General de Personal, hay que entender que a los efectos de gestión del personal del Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas [art. 9.2 c) del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo] ya que el personal del servicio tiene una doble dependencia: del mando militar, en cuya organización se encuentra inserto y del Arzobispo Castrense.

En conclusión, el modelo de asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas resulta a mi juicio plenamente ajustado al art. 16 de la Constitución Española, resultando una técnica de integración orgánica a través de un servicio civil –que aunque abierto a todas las confesiones que alcancen acuerdo con el Estado- solamente utilizado por la confesión católica, y podemos afirmar que, no debido a la inercia de la historia, de la tradición católica de nuestro país, con la consiguiente discriminación[599], sino como resultado del mantenimiento de las oportunas relaciones de cooperación con las confesiones en el marco de lo que el Supremo intérprete de nuestra Constitución denomina laicidad positiva (art. 16.3 CE), que han determinado en el caso de las confesiones protestante, judía y musulmana, tras haber ejercido legítimamente, el derecho conferido en el art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que los acuerdos concertados por las entidades representantes de estas religiones hayan optado en su caso por un modelo de asistencia religiosa distinto al institucionalizado, todo ello sin perjuicio de que se garantice igualmente el derecho a la libertad religiosa de los militares que profesen otras religiones.

Como última apreciación sobre este aspecto, debemos añadir que el escueto art. 9 de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas[600] debería quedar integrado además con las previsiones sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas contenidas en una Disposición adicional, la octava, de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, por ser materia propia de ley orgánica.

Por lo que se refiere al derecho comparado, resulta de interés comprobar el tratamiento del hecho religioso en las Fuerzas Armadas de los países del grupo occidental con mayores similitudes al nuestro en lo que se refiere a la consagración del

[599] Que se opte por un modelo mixto o con distintas técnicas respecto a la asistencia religiosa, es decir, distinto, según la implantación, número de creyentes, etc., de las distintas confesiones no vulnera por sí mismo el principio de no confesionalidad del Estado ni el principio de igualdad, máxime cuando el modelo resulta del libre pacto con las confesiones religiosas. En este sentido, considera Contreras que la garantía de la asistencia religiosa no obliga a las Fuerzas Armadas a la adopción de una determinada modalidad de su aplicación, sino sólo a permitir su libre ejercicio. CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, ob. cit., págs. 452 y 453. Asimismo, ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares…", ob. cit., pág. 24. No podemos compartir pues la opinión de López Alarcón para quien se han exorbitado las competencias de dicho servicio (de Asistencia Religiosa) respecto de los capellanes católicos excluyéndose a los ministros de otros cultos y sometidos aquellos por vía de remisión a un complicado estatuto civil, militar y disciplinario que merma la independencia de su misión y que no guarda plena correspondencia con el Acuerdo de 1979. LÓPEZ ALARCÓN, M.; *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, en VV.AA., EUNSA, Pamplona, 2007, págs. 258 y 259.

[600] Del siguiente tenor literal: *El militar tiene derecho a la libertad religiosa que se protegerá y respetará de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.*

principio de aconfesionalidad y, por ello, neutralidad estatal respecto al hecho religioso. Sorprende observar cómo en la mayor parte de los mismos, incluso aquéllos con un estricto régimen de separación Iglesia- Estado o, incluso, laicidad militante, mantienen, de una forma u otra, para sus ejércitos y militares una organización que les presta un servicio de asistencia religiosa.

Al respecto, ya decía en 1991 la profesora Morán que "tanto la institución del Vicariato, Ordinariato en la nueva terminología canónica, como la existencia del Cuerpo Eclesiástico castrense integrado en la estructura militar, se mantienen en un buen número de países, muchos de ellos aconfesionales cooperacionistas e incluso, como el caso francés o el norteamericano, separacionistas."[601]

Comenzando por el ordenamiento jurídico alemán, su Constitución, la Ley Fundamental de Bonn (LFB), garantiza la libertad religiosa y el principio de aconfesionalidad. Así, respecto a la primera, la consagra el art. 4, tanto en su vertiente positiva como negativa.[602] Sin embargo, más concretamente, el principio de aconfesionalidad o neutralidad de los poderes públicos y sus consecuencias en las FAS y otros establecimientos públicos se lleva a cabo a través de una curiosa remisión del art. 140 LFB a determinados preceptos de la Constitución Alemana del 11 de agosto de 1919, más conocida como Constitución de Weimar. Son de interés así el art. 137.1 por el que se dispone lacónicamente que *no existe iglesia oficial* así como los arts. 139[603] y, particularmente, en lo que nos interesa, el 141, que dispone lo siguiente:

> "*Cuando exista necesidad de servicios religiosos y de cura de amas en el ejército*, en hospitales, en establecimientos penitenciarios o en otros establecimientos públicos, *quedan autorizadas las comunidades religiosas a la práctica de actos religiosos, si bien deben abstenerse de toda coacción*."

Descendiendo a la regulación legislativa, la Ley del personal militar dispone que "el militar tiene derecho a asistencia religiosa y al libre ejercicio del culto. La asistencia

---

[601] MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., pág. 125. Resulta además de gran interés, aunque tomado con las cautelas que impone el paso del tiempo, el excelente estudio realizado al respecto por Contreras Mazarío. *Vid.* CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, ob. cit., pág. 175 y ss.

[602] Dispone así el precepto constitucional:

"(1) Son inviolables la libertad de creencia, de conciencia y de confesión religiosa o ideológica.

(2) Se garantiza el libre ejercicio del culto.

(3) Nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con las armas. Se establecerán por ley federal las normas de desarrollo."

[603] "El domingo y los días festivos reconocidos oficialmente quedarán protegidos por ley como días de descanso laboral y de edificación espiritual."

al culto divino es voluntaria". (art. 36). Los reglamentos conjuntos de servicio[604] confirman el derecho a recibir asistencia religiosa y a la libertad de culto.

Dice al respecto Bravo Castrillo que en el país germano "[l]a asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas es prestada por encargo y bajo la tutela de las Iglesias y constituye, al igual que las fuerzas, la administración militar y la jurisdicción militar, un área funcional de la Bundeswehr."[605] Como afirma este autor "[l]a regulación del derecho de asistencia religiosa a las FFAA la realiza el Estado Federal y los diversos Länder[606] a través de concordatos con la Iglesia Católica y convenios que firman con las distintas confesiones. Básicamente se realiza a través de un servicio religioso con carácter permanente, que es prestado por un ministro del culto cuyo nombramiento y funciones se establecen mediante un acuerdo y cuyo status jurídico y económico se asimila a la figura del funcionario." Solo la confesión católica y la evangélica (protestante) han suscrito acuerdos con la Administración[607], integrándose en la organización que presta asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, si bien el militar de cualquier confesión tiene derecho a la libertad de culto de acuerdo con sus propias convicciones mediante un modelo similar al derecho de entrada y salida del establecimiento militar que sus jefes deben respetar.[608]

Por lo que respecta a Estados Unidos tiene establecido desde su etapa fundacional el principio de separación Iglesia-Estado, en su primera enmienda a la Constitución federal, dentro del conocido como "*Bill of Rights*", y que fue ratificado en diciembre de 1791:

---

[604] Nº 340, 341 y 342.

[605] BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, ob. cit., pág. 386. Este autor ofrece en su trabajo un completo e interesante estudio de obligada consulta en esta materia, particularmente, en Derecho Comparado.

[606] A título de ejemplo los siguientes: Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Libre de Sajonia (2 de julio de 1996); Acuerdo entre la Santa Sede y la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, el Land Meclemburgo-Pomerania Anterior y el Land Schleswig-Holstein (22 de septiembre de 1994); Acuerdo entre la Santa Sede y el Land Brandeburgo así como con el Estado Libre de Sajonia (4 de mayo de 1994); Acuerdo entre la Santa Sede y el Land Niedersachsen con el que se modifica el Concordato del 26 de febrero de 1965 (29 de octubre de 1993); Acuerdo entra la Santa Sede y el Estado libre de Baviera (8 de junio de 1988) y el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Renania del Norte-Westfalia (21 de diciembre de 1984), accesibles en http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/index_concordati-accordi_sp.htm, enlace visitado el 25 de enero de 2014.

[607] La asistencia católica se regula por el art. 27 del Concordato entre la Santa Sede y Alemania, de 20 de julio de 1933 así como por los Breves de 19 de septiembre de 1935 y de 31 de julio de 1955 y, el aprobado en 1989. La confesión evangélica por su parte celebró un acuerdo con el Gobierno de la entonces Alemania Federal el 22 de febrero de 1957.

[608] BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, ob. cit., pág. 387.

> "El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios."

La consagración legislativa de este derecho así como la regulación del servicio de asistencia religiosa a las FAS la hallamos en el Título 10 del *United States Code*. Hay que tener presente que Estados Unidos es una nación con una rica pluralidad religiosa, de forma que, aunque existe un pleno reconocimiento constitucional de la libertad de culto, coincidimos con Bravo en que "sin embargo no todas [las confesiones] prestan asistencia religiosa en los Ejércitos, ni todas lo hacen de la misma forma" ya que "[s]on más de 100 las denominaciones y grupos religiosos que tienen presencia en las Fuerzas Armadas Estadounidenses, especialmente, católicos, judíos, musulmanes, ortodoxos y protestantes)."[609]

Como hemos anticipado, aunque en el país norteamericano existe una fuerte separación Iglesia-Estado, el servicio religioso se encuentra plenamente integrado en la estructura de las FAS, ostentando sus miembros empleos y condición militares. Así se deduce de las diversas secciones del título 10 del *United States Code*. Concretamente, la sección 3547 aparece con el siguiente tenor:

> "(a) Cada capellán, cuando sea posible, mantendrá adecuados servicios religiosos al menos una vez cada domingo en la unidad que se le asigne, y llevará a cabo los servicios religiosos funerarios correspondientes de los miembros del Ejército que fallezcan en esa unidad.
>
> (b) Cada oficial al mando deberá proporcionar las instalaciones, incluyendo el transporte necesario, a cualquier capellán asignado a sus órdenes, para auxiliar a éste en el desempeño de sus funciones."

Por otra parte, la sección 5142 regula el cuerpo de capellanes militares, sistema de nombramiento, jefatura del mismo, entre otros aspectos y la sección 8067 aborda el servicio de forma particularizada en el ámbito de las Fuerzas Aéreas, entre otros cuerpos con funciones técnicas, pero integrados en la estructura del ejército correspondiente, a saber, médicos, veterinarios, odontólogos o enfermeros, a similitud de lo previsto en España respecto a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

Esta plena integración en la estructura militar de un cuerpo de capellanes militares con condición y estatuto militar no deja de llamar la atención en una nación con una neutralidad religiosa consagrada desde hace más de dos siglos pero que, sin embargo, obedece a mi juicio a la pluralidad étnica, religiosa y de pensamiento que se refleja en la sociedad norteamericana y sus prácticas religiosas, que se ha extendido, en

[609] *Ibídem.*, pág. 410.

ocasiones de forma *sui generis* pero amplia, a las filas de los ejércitos.[610] Muestra de ello es la Instrucción del Departamento de Defensa de 10 de febrero 2009 sobre adecuación de las prácticas religiosas dentro del servicio militar, que autoriza, dentro de las prácticas religiosas de los militares, la utilización de símbolos religiosos en su indumentaria, con sujeción a ciertos criterios,[611] aunque bajo el espíritu de que [*l]a Constitución de los Estados Unidos proscribe al Congreso la promulgación de cualquier ley prohibiendo el libre ejercicio de la religión. El Departamento de Defensa pone en gran valor como derecho de los miembros de las Fuerza Armadas la observancia de la creencia o principios de sus respectivas religiones.* Y añade asimismo en lo que nos interesa a nosotros ahora, en una interpretación amplia del derecho a la libertad religiosa, incluso tratándose de militares de uniforme, que

Es política DoD [del Departamento de Defensa] la que da respuesta a la adecuación de las prácticas religiosas que deberán ser aprobadas por los comandantes cuando las adecuaciones no tengan un impacto adverso en la misión a cumplimentar, preparación militar, cohesión de la unidad, o disciplina.[612]

---

[610] Al respecto, sin embargo, la profesora Morán señala que "[e]ste sorprendente sistema de asistencia religiosa, más propio de un país confesional o al menos cooperacionista, tiene su origen en la propia historia norteamericana cimentada sobre bases de un puritanismo protestante, aun presente en sus sociedad, hasta el punto de que algún sector aislado de la doctrina considera que esta asistencia religiosa viola la Primera Enmienda y el Principio de igualdad, sin embargo, el Tribunal Supremo Federal, en su función de control de la constitucionalidad, nunca ha dictado sentencia alguna al respecto, y ni siquiera incidentalmente ha planteado su posible inconstitucionalidad." MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., págs. 126 y 127. Se ha planteado la cuestión de la separación de la religión y el Estado fundamentalmente en el ámbito escolar: *Vid.* al respecto la trascendente Sentencia de la Corte Suprema de 25 de junio de 1962, caso *Engel vs. Vitale*, 370 US 421, donde se enjuicia el establecimiento de la práctica del rezo o plegarias en un distrito de New Hyde Park, Nueva York, considerándolo contrario a la Primera Enmienda. En conexión con la anterior, el caso *West Virginia State Board of Education vs. Barnnette*, 319 US 624, resuelto por la Corte Suprema el 14 de junio de 1943, donde resuelve que la imposición por las autoridades escolares del saludo y de la promesa de fidelidad a la bandera vulnera asimismo la 1ª Enmienda no tanto por mandatos contrarios a la libertad religiosa cuanto a la libertad de expresión se refiere. Los demandantes en primera instancia eran los padres de alumnos Testigos de Jehová que habían sido expulsados de sus colegios por negarse al saludo de la bandera. No encontramos, sin embargo, jurisprudencia constitucional estadounidense relativa al hecho religioso en las FAS. Sí hallamos, sin embargo, opiniones particulares de los jueces al respecto. Así, en el caso *Abington School District vs. Schempp*, resuelto por la Corte en 1963, los jueces Tom C. Clark y William Brennam justifican el servicio de asistencia religiosa en el Ejército en base a la garantía de la libertad religiosa de sus componentes. El primero, además, lo fundamenta en la relación de sujeción especial que supone el ámbito militar, aunque sin llamarle de esa forma sino aludiendo a que se trata de un "entorno temporal y geográfico" regulado por el gobierno. *Vid.* en esto CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, ob. cit., págs. 202-214. Para este autor el Tribunal Supremo no ha aplicado seriamente el principio de separación Iglesia-Estado. *Vid. ibídem*., pág. 208.

[611] A saber, entre otros:

"(1) Sean discretos, pequeños y no disonantes en talla, diseño, brillo o color.

(2) No reemplacen o interfieren con la propia uniformidad debidamente autorizada.

(3) No estén temporal o permanentemente fijados o añadidos a la propia uniformidad autorizada."

[612] Apartado 4 de la Instrucción, *Policy.* Además resultan interesantes las normas proporcionadas en el capítulo relativo a los procedimientos:

Por lo que respecta al Reino Unido, aunque carece de constitución escrita, basta el examen de algunos textos históricos para apreciar que es un régimen confesional protestante. Así el *Bill of rights* de 13 de febrero de 1689, en su preámbulo declara, entre otras cuestiones, que

> "Considerando que el fallecido Jacobo II, con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros, nombrados por él, se esforzó en subvertir y proscribir la religión protestante, y las leyes y libertades de este reino."

Asimismo "[t]ambién se estableció que todas y cada una de estas personas que se reconciliaran o comulgaran con la Sede o Iglesia de Roma o profesaran la religión papista, o contrajeran matrimonio con un papista, serían excluidos, y por dicha ley están incapacitados a perpetuidad para heredar, poseer o tener la Corona y el gobierno de este reino y los de Irlanda y sus posesiones, o de cualquier parte de ellos, o para usar o ejercer cualquier autoridad o jurisdicción reales dentro de los mismos, estando, en estos casos, los súbditos de dichos reinos, relevados de su deber de obediencia, la Corona y gobierno real serán poseídos por la persona o personas protestantes que los hubieran heredado en caso de muerte natural, de las personas que hubieran reconciliado,

---

"...5. De acuerdo con la sección 774 de la referencia (c), los miembros de las fuerzas armadas pueden llevar objetos de indumentaria religiosa en el uniforme, excepto donde los objetos interfieran en el desempeño de los deberes militares o el objeto (símbolo) no sea limpio y conservador. Los factores usados para determinar si un objeto religioso interfiere con los deberes militares, incluye, si el objeto:

a. Deteriora la seguridad y efectividad de las armas, equipo militar, o maquinaría.
b. Plantea riesgo para la salud y seguridad del miembro de las fuerzas armadas llevar indumentaria religiosa y/o otras.
c. Interfiere con la función propia de protección y seguridad de la ropa o equipo (cascos, chalecos antibalas, uniforme de camuflaje, máscaras de gas, ropas de agua, y equipamiento de rescate).
d. Cualesquiera otros que deterioren el cumplimiento de la misión militar.

6. Se pueden llevar símbolos religiosos no visibles o aparentes que no interfieran en el desempeño de los deberes del miembro militar, como se dijo en el párrafo 5 de este anexo, o no interfiere con lo autorizado legalmente para la uniformidad.

7. Puede ser apropiado prohibir al miembro de las fuerzas armadas llevar símbolos religiosos visibles si las circunstancias en el desempeño de sus funciones, la misión militar o el mantenimiento de la disciplina requieren uniformidad absoluta. Por ejemplo, se puede prohibir a los miembros llevar símbolos religiosos cuando visten uniformidad histórica o ceremonial, participan en revista de formación, paradas, guardias de honor y ceremonias similares.
8. Los criterios descritos en los puntos 5, 6 y 7 de este anexo se dictan para servir como bases para determinar el derecho del miembro de las fuerzas armadas a llevar indumentaria religiosa en el uniforme. Por ejemplo, a menos que sea prohibido por los puntos 5 ó 7 de este anexo, el *Jewish yarmulke* [gorro judío] puede llevarse con el uniforme, siempre y cuando no sea necesario llevar gorra, sombrero u otros similares. El *yarmulke* puede también portarse debajo de prendas de cabeza militar siempre y cuando no interfiera con la función o apariencia de la uniformidad de acuerdo con el punto 6 del anexo."

comulgado, profesado la religión o contraído matrimonio en la forma que ha quedado dicha."[613]

Aunque se conserva esa confesionalidad, siendo el soberano reinante el Jefe de la Iglesia de Inglaterra, existe para la Iglesia Católica un estatuto diferenciado, *The Roman Catholic Act*, que aunque derogó muchas de las discriminaciones para los católicos (por ejemplo para ocupar empleos civiles o militares), mantuvo otras como la imposibilidad para ser elegidos miembros de la Cámara de los Comunes, que no desapareció hasta la *Removal of Clergy Disqualification) Act* de 2001.

Paradójicamente, pese a la férrea confesionalidad, el Departamento de Capellanes del Ejército fue establecido por Real Cédula de 23 de septiembre de 1796. Aunque, en sus orígenes solo se integraba por sacerdotes anglicanos, en 1881entraron a formar parte del mismo los metodistas y desde 1836 se admitió a capellanes católicos y judíos (1892).[614] Esta pluralidad en la asistencia religiosa se trasladó de una curiosa forma a la Ley constitutiva del Ejército, que en su parágrafo 1599 sigue disponiendo la obligatoriedad del culto a la propia religión del militar: "Es obligatorio para oficiales y tropa asistir a los actos de culto de su religión; no obligándoles la asistencia a la de otras distintas. Van formados y a ser posible, mandados por su oficial o clase de su religión".[615]

A mi juicio, ello poco se compadece con el derecho a la libertad religiosa de los militares, ya que, en el mejor de los casos, se ven obligados a declarar sobre sus creencias.

Pues bien, el servicio religioso regulado aun en la modificada *Army Chaplains Act* de 1868, continúa integrado en la estructura de las Fuerzas Armadas como un cuerpo más, cuyos componentes poseen pleno estatuto militar, con empleos militares asimilados a los oficiales. Estamos así ante un sistema que parece combinar elementos de una asistencia religiosa institucionalizada con la posibilidad de contratación *ad*

[613] Preámbulo del *Act of Settlement*, de 12 de junio de 1701.
[614] *Vid.* BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, ob. cit., pág. 401. Resulta sumamente interesante al respecto de la historia del Departamento británico de capellanes castrenses el siguiente enlace: http://www.army.mod.uk/chaplains/23350.aspx
[615] Queen's Regulations for the Army (1975). Igualmente, la crítica respecto a las restricciones a la libertad religiosa que supone, podemos verla en NOLTE, G. (ed.), *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlin, págs. 88 y 89.

casum de ministros de culto, estableciéndose por otra parte un derecho de entrada y salida.[616]

En lo que se refiere al caso italiano, de su Constitución de 1947 se deduce claramente la imbricación con la Iglesia Católica, traducida hoy -aunque el estado italiano es aconfesional- en unos pactos con la Santa Sede, que se inician con el Tratado de Letrán de 11 de febrero de 1929, y cuya consecuencia física más palpable es el enclave del Estado de la Ciudad del Vaticano, en el interior de la ciudad de Roma. Así el texto constitucional italiano proclama en su art. 7 que

> "El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propia esfera, independientes y soberanos.
>
> Sus relaciones se regulan por los Pactos lateranenses. No requerirán procedimiento de revisión constitucional las modificaciones de los Pactos aceptadas por las dos partes."

El art. 8 establece que todas las confesiones religiosas serán igualmente libres ante la ley y que las confesiones religiosas distintas de la católica tendrán derecho a organizarse según sus propios estatutos en la medida en que no se opongan al ordenamiento jurídico italiano. Prevé asimismo la posibilidad de que sus relaciones con el Estado sean reguladas por ley sobre la base de acuerdos con las representaciones respectivas.

Hasta 1985 no fueron modificados los pactos lateranenses mediante el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Italiana que reforma el Concordato Lateranense, de 3 de junio de ese año. El art. 11 del acuerdo de 1985 asegura el ejercicio de la libertad religiosa en las fuerzas Armadas (apartado 1) así como la existencia de una organización establecida al respecto (apartado 2). El estatuto jurídico del personal de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas se regula aun en la Ley de 1 de junio de 1961, que únicamente contempla la pertenencia al Servicio de los capellanes militares católicos (art. 1). De hecho, la norma de 1961 regula directamente el Ordinariato militar

[616] Como dice Bravo Castrillo existe un sistema mixto donde "las confesiones religiosas presentes en los Ejércitos son: Iglesia de Inglaterra (incluyendo la Iglesia de Irlanda, Gales y episcopal Escocesa), Iglesia de Escocia (incluida la Iglesia Presbiteriana de Irlanda), Iglesia Católica Romana, Iglesia Metodista, Consejo Unido (la incorporación de la Iglesia Bautista, Iglesia Reformada Unida y la Iglesia Congregacional), Judíos. Los budistas, Sijs, Hindúes y Musulmanes son atendidos por un capellán de cada una de las confesiones, nombrados en noviembre de 2005 por el Secretario de Estado de Defensa. Estos últimos no son Oficiales del Ejército sino civiles que prestan sus servicios mediante un contrato administrativo." BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, ob. cit., pág. 401.

o Arzobispado castrense y, por ello, católico, en una especie de confusión del derecho del Estado con las normas canónicas.[617]

Si bien desde la Ley de 11 de julio de 1978 se reconoce el derecho del militar al libre ejercicio de la práctica de la libertad de sus creencias, pudiendo asistir a actos de culto, de acuerdo con las necesidades del servicio[618], estableciendo el derecho de entrada o salida, los ministros de culto no integran, con ello, el Servicio religioso de las Fuerzas Armadas, aunque el Estado italiano sí ha alcanzado acuerdos[619] con diversas confesiones que garantizan la asistencia religiosa, aunque de forma no institucionalizada, en diversos establecimientos públicos, entre ellos, los militares.

Por lo que hace a Portugal, aunque estamos ante un país en el que su población es mayoritaria y tradicionalmente católica, su Constitución de 1976 en el art. 41 establece la libertad de libertad de conciencia, religión y culto y el principio de aconfesionalidad del Estado, consagrándose en la Ley nº 16/2001 de 22 de junio el derecho de asistencia religiosas al resto de las confesiones, puesto que a la católica ya se le venía garantizando en virtud primero del Concordato con la Santa Sede de 7 de mayo de 1940 y, después por el de 2004.

Aunque la asistencia católica era prestada mediante un modelo de integración plena, donde los capellanes católicos ostentaban estatuto y graduación militar, el Decreto Ley nº 251/2009 de 23 de septiembre regula la asistencia religiosa para todas las confesiones legalmente reconocidas a través de su inscripción en el Registro de Personas Colectivas religiosas en condiciones de igualdad, proceso que partió regulando este modelo uniforme de asistencia religiosa en todos los establecimientos públicos (hospitales, Fuerzas Armadas y de Seguridad y establecimientos penitenciarios) de

[617] *Vid.* al respecto http://www.ordinariato.it/

[618] Art. 35 del Reglamento de disciplina militar aprobado por Decreto del Presidente de la República de 18 de julio de 1986. Sin embargo, el art. 11 de la Ley de 11 de julio de 1978 sobre principios de la disciplina militar obliga al profesional a participar en actos de culto si son considerados actos de servicio: "La partecipazione alle funzioni religiose nei luoghi militari è facoltativa, *salvo che nei casi di servicio*." *Vid.* asimismo NOLTE, G. (ed.), *European Military Law Systems*, ob. cit., págs. 88 y 89.

[619] Acuerdo del Estado italiano con la Tavola Valdense de 12 de febrero de 1984; Acuerdos del Estado Italiano de 26 de diciembre de 1985 con la Iglesia Cristiana Adventista del 7º día y con la Asamblea de Dios en la Iglesia; Acuerdos del Estado italiano con la Unión Cristiana Evangélica Baptista de Italia y con la Iglesia Evangélica Luterana de 29 de marzo de 1993; Acuerdo del Estado italiano con las Comunidades Israelitas. Fuente: BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, ob. cit., pág. 397. *Vid.* asimismo MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., págs. 130-133.

varias normas dictadas en 2009, concretamente para las FAS, el Decreto Ley nº 251/2009, de 23 de septiembre. Desde entonces el Servicio de asistencia en materia de culto es interreligioso (formado por un capellán jefe de cada religión reconocida). Coincidimos con Bravo en que el nuevo sistema portugués es híbrido, con una cierta parte de integración (en el que los capellanes jefes tienen asimilación a los militares y con posibilidad de contratados laborales de forma temporal)[620]. Así "[d]e un modelo de integración plena ha pasado a un sistema basado en la concertación con una cierta integración de los capellanes, en los que unos (Capellanes Jefes y capellanes auxiliares) mantienen un alto grado de integración, y en el que los demás capellanes son civiles, pero dependiendo la modalidad de trabajo (a tiempo completo o parcial), por medio de contrato, los que prestan servicio de forma permanente son vinculados a la institución militar de la que reciben el sueldo, afectándoles todas las normas de disciplina, los derechos y deberes militares."[621] Se mantiene pues un servicio religioso que, ciertamente con importantes peculiaridades, poco se diferencia del establecido en nuestro país a partir de la Ley de personal militar de 1989, con la salvedad verdaderamente trascendente de que se trata de una organización realmente interconfesional.

Por otra parte, el Estatuto de los militares portugueses aprobado por Decreto-Ley 236/99, de 25 de junio, reconoce en su art. 23.1 el derecho de asistencia religiosa, siempre en los términos señalados, esto es, que haya sido legalmente reconocida según las previsiones de la nueva ley de libertad religiosa. Se reconoce asimismo la vertiente negativa de la libertad de culto en el apartado 2 de forma que los militares portugueses no pueden ser obligados a participar en ceremonias de religión distinta a la que profesen, lo que parece inducir a una interpretación restrictiva, dando lugar así, como en

[620] Existen según el art. 9 y ss. del Decreto Ley nº 251/2009, de 23 de septiembre (*Diario de la República*, 1ª serie, n.º 185, de 23 de septiembre*)*, sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Fuerzas de seguridad, dos tipos de estatuto distintos, a saber, uno para los llamados "capellanes militares", que "são recrutados ao abrigo do Estatuto dos Militares das Forças Armadas, do Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana ou do Estatuto do Pessoal Policial da Polícia de Segurança Pública, em regime de voluntariado (RV) ou em regime de contrato (RC), regendo -se pelo respectivo estatuto." La misma vinculación se prevé para el capellán jefe y sus adjuntos, con la particularidad de que, si están vinculados a través de un contrato, lo es por tiempo indeterminado. (art. 9). Por otra, parte, para los "capellanes civiles" (art. 10.2), existe la posibilidad del llamado *contrato de trabalho em funções públicas* o la prestación de servicios ocasional. Los capellanes militares, sin perjuicio de su plena autonomía religiosa y espiritual así como libertad de conciencia, se rigen por el régimen disciplinario militar. (art. 13).

[621] BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, ob. cit., pág. 409.

el Reino Unido, a la obligatoriedad de asistencia a actos de culto de la propia religión. En otro sentido, quiebra de nuevo la libertad religiosa en su aspecto negativo desde el momento en que el militar puede –como un acto de servicio- ser obligado a participar en ceremonias religiosas que se desarrollen de forma conjunta con un acto militar.[622]

En cuanto a Francia, nos encontramos con el primer Estado laico de Europa, aunque, como dice la profesora Morán, a diferencia de Estados Unidos, parte de un profundo anticlericalismo anticatólico[623], que surgió en los principios de la Revolución Francesa. La Constitución francesa vigente de 4 de octubre de 1958 proclama ya en el art. 1 el principio de estricta laicidad del Estado:

> "Francia es una República indivisible, *laica*, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos *sin distinción de* origen, raza o *religión y que respeta todas las creencias*. Su organización es descentralizada. […]"

La ley francesa de separación entre la Iglesia y el Estado de 9 de diciembre de 1905 supone no solo la neutralidad religiosa del Estado sino la indiferencia y una teórica ausencia de cooperación ante el fenómeno religioso. La excepción de la ley es precisamente el ámbito militar o aquellos reductos donde el ciudadano puede verse limitado para el ejercicio de la libertad de culto. Por ello, el art. 2º de la ley de separación francesa de 1905, dispone que la República no otorga emolumento ni subvención a culto alguno, excepto la financiación destinada al libre ejercicio de las creencias religiosas en los establecimientos públicos, tales como institutos, colegios, escuelas, hospitales, asilos y prisiones.[624]

La ley de 8 de julio de 1880 restringe en tiempos de paz y en territorio metropolitano la asistencia de los ministros de los diferentes cultos exclusivamente respecto a los acuartelamientos destacados de guarnición que estén fuera de las ciudades y, en caso de movilización, los capellanes deben permanecer unidos a sus ejércitos, cuerpos del ejército y divisiones en campaña. Se pretendía así, según Contreras, reducir

---

[622] Art. 23.3: "O militar, por razões de serviço, pode ser nomeado para *missões militares que decorram em conjunto com cerimónias religiosas.*"

[623] MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., pág. 127.

[624] La indiferencia del Estado ante el hecho religioso en estos ámbitos produciría una merma de la libertad religiosa debido a las especiales circunstancias de sujeción de los incardinados en los mismos. *Vid.* asimismo en este sentido CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, ob. cit., págs. 196 y 197.

la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas a aquellos casos en que el carácter de la sujeción o dependencia de dichos centros supusiera una dificultad importante para el cumplimiento de sus deberes religiosos, excluyéndose de dicha protección aquellos centros o unidades que se encontraban ubicadas en las ciudades por entender que estas circunstancias disminuían la presión de los establecimientos militares sobre sus miembros y, en consecuencia, éstos podrían ejercer dicho cumplimiento en iglesias cercanas.[625]

Sin embargo, el Decreto de 25 de enero de 1949 establece con carácter permanente el servicio de capellanes militares para todas las unidades militares, creándose el 26 de julio de 1952 el Vicariato Castrense, que es el encargado de prestar la asistencia católica. Cada confesión religiosa cuenta actualmente con capellanías al frente de las que se encuentra un capellán jefe, encontrándose integradas en la Administración militar, y asistidas por la Dirección Central del Cuerpo de Sanidad militar, según el Decreto nº 2005-248, de 16 de marzo de 2005. Los capellanes militares ingresan en el servicio en virtud de un contrato pudiendo renovarse hasta el límite de la edad reglamentaria, que supone la adquisición de un estatuto muy similar al de los funcionarios. Su compromiso con las FAS es muy peculiar ya que, aunque ingresan en el Cuerpo de Sanidad Militar, lo hacen en virtud de un contrato (inicialmente de 3 años) sin un rango que tenga correspondencia en la jerarquía general militar, estando sujetos a las disposiciones aplicables a los funcionarios en la medida que sean compatibles con las disposiciones del Decreto 2008-1524, de 30 de diciembre,[626] con un régimen disciplinario muy similar al de los funcionarios civiles. (art. 15).

Concluimos pues que el sistema francés ha ido evolucionando cada vez más hacia tendencias cooperacionistas[627], pudiendo afirmar con Contreras que "el sistema

[625] *Ibídem.*, pág. 192.

[626] Décret n° 2008-1524 du 30 décembre 2008 relatif aux aumôniers militaires.

[627] Durante la época en que Nicolas Sarkozy fue Ministro francés del Interior se impulsó un Comité de reflexión jurídica sobre las relaciones de los cultos con los poderes públicos, evacuando su informe el 20 de septiembre de 2006, recomendando la posibilidad de subvencionar a las confesiones religiosas la construcción de templos, entre otras medidas. Al respecto, PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos…*ob. cit., pág. 202. *Vid.* en este sentido asimismo el discurso del General Irastorza, Jefe del Estado Mayor del Ejército francés, pronunciado el 15 de octubre de 2008 sobre el hecho religioso en las Fuerzas Armadas y titulado "Entre convictions et indifference, quelle place pour la laicite et la religion dans nos armees ?" El alto mando militar, tras elogiar el apoyo espiritual dado por los capellanes castrenses, añadiendo que es un valioso complemento a la formación ética y moral, se refiere a la noción de la laicidad positiva:

"El hecho religioso es tan natural al mundo militar que casi desborda los principios establecidos por la ley. De hecho, nuestra institución ejerce desde siempre esta laicidad, recientemente calificada de positiva, que tiene sus fundamentos en las raíces cristianas de Francia. (...)

francés se encuentra a caballo entre el sistema laico alemán y el sistema separatista de Estados Unidos."[628]

Por último, debemos referirnos a Méjico, nación de la órbita iberoamericana y, por ello, de tradición católica. Quizá por eso sorprende más la declarada laicidad de su Constitución de 5 de febrero de 1917, una laicidad a principios del pasado siglo radicalmente militante, que no solo establecía una rígida separación Iglesia-Estado en el sentido francés o estadounidense sino que limitaba o eliminaba claramente los derechos de las confesiones religiosas y de los propios ciudadanos, por el hecho de ser ministros de culto o fieles de alguna religión. Además de prohibir a las corporaciones religiosas o ministros de culto el ejercicio de la enseñanza (art 3), que será laica; y, aunque reconocía formalmente la libertad de creencias (art. 24), las reducía al estricto ámbito privado o de los templos.[629]

De hecho, ni siquiera reconocía a las confesiones religiosas ningún tipo de capacidad jurídica para "adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos" y, entre otras cuestiones declaraba propiedad de la nación a los templos destinados al culto. (art. 27). Por último el antiguo art. 130 declaraba que "la ley no reconoce personalidad alguna a las agrupaciones religiosas denominadas iglesias" y prohibía a los ministros de culto en reunión pública o privada constituida en junta, ni en los actos de culto o de propaganda religiosa "hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular o en general del gobierno; no tendrán voto activo ni pasivo ni derecho para asociarse con fines políticos."

Las tradiciones de nuestros ejércitos o de nuestros regimientos igualmente apelan al uso de las referencias religiosas: la mayoría de las armas tienen como patronos a santos del santoral católico, cuyas festividades se celebran cada año de manera oficial. (...)
El militar, sin que necesariamente se dé cuenta, está en constante evolución en un contexto marcado por la religión y lo sagrado. Nuestro ejército no refuta la larga tradición que le unió al orden religioso, más bien lo asume y lo integra en toda su estructura. Lo sobrenatural (trascendencia) se convirtió en un orden superior natural y republicano, exaltando nuestros valores, nuestras tradiciones, nuestras ceremonias.
La existencia misma de una capellanía militar es indispensable para facilitar una buena práctica religiosa que conviva con las exigencias del estado de militar. (...)
En última instancia, esta laicidad positiva, y desinhibida por completo supone que se da la bienvenida a todas las religiones, proporcionando una eficiencia adicional a nuestras fuerzas armadas." Discurso accesible en http://www.defense.gouv.fr/terre/presentation/chef-d-etat-major-de-l-armee-de-terre/declarations/, visitado el 25 de enero de 2014.

[628] CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, ob. cit., pág. 201. Para este autor se trata el francés de un sistema peculiar pues aunque se produce una integración del personal religioso, se pretende que éste no suponga una asimilación en el cargo militar, disminuyendo al máximo dicha integración. *Vid. ibídem.*, pág. 202.

[629] De esta forma el art. 24 de la Constitución de 1917 ordenaba que "[t]odo acto religioso de culto público deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, los cuales estarán siempre bajo la vigilancia de la autoridad."

De esta forma, conocer someramente las circunstancias históricas[630] sirve para explicar el tratamiento jurídico-constitucional del hecho religioso en el país mejicano, que, no obstante, ido evolucionado hacia una laicidad, según el modelo francés.

Así el art. 3 de la vigente constitución se limita a garantizar que la educación será laica dentro del respeto a la libertad de creencias. Por su parte, el nuevo art. 24, aunque sujeta a las normas de orden público los actos de culto fuera de los templos, elimina la prohibición existente al respecto y dispone que

> "Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.
> El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.
>
> Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria."

El vigente art. 27.II reconoce capacidad a las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria y el art. nuevo 130 de la Constitución mejicana, aunque prohíbe la crítica por los ministros de culto a las leyes del país o sus instituciones así como la propaganda de carácter político, reconoce personalidad jurídica a las asociaciones religiosas, derecho de autonomía interna a las respectivas confesiones así como derecho de sufragio activo (no pasivo) a los ministros de culto.[631]

Bajo lo que el mismo art. 130 denomina "principio histórico de la separación del Estado y las iglesias" siguen conservándose en el texto constitucional algunas restricciones o discriminación en los derechos de los ciudadanos por motivos religiosos.

Por ello, coincidimos con Ruíz Miguel en que estamos ante "una forma de *laicidad radical o militante* que, bajo un entendimiento de la neutralidad como «imparcialidad activa» en favor de un modelo laicista, tiende a limitar en buena medida

[630] Las medidas anticlericales se acentuaron con el acceso a la presidencia de la República de Plutarco Elías Calles. Así, durante su mandato se aprobó una reforma del Código Penal que castigaba a los sacerdotes con multa de 500 pesos por vestir sotana y, de acuerdo con el art. 130 de la Constitución, sancionaba a los ministros de culto con cinco años de prisión si criticaban la acción del gobierno. Estas medidas provocaron una serie de protestas y alzamientos, en algún caso violentos, que desembocaron en una sangrienta guerra civil, conocida como de "los cristerios". *Vid.* al respecto los aspectos históricos en VIDAL MANZANARES, C., *La guerra que ganó Franco, Historia militar de la guerra civil española*, Planeta, Barcelona, 2006, pág. 55 y ss.

[631] Estas disposiciones son desarrolladas en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 1992.

la libertad religiosa individual en espacios públicos, según ocurre en Francia o en México…"[632]

Estas manifestaciones del modelo laicista mexicano se trasladan al derecho militar, donde aún se conservan disposiciones de la época contemporánea a las revueltas por motivos de religión. Así el art. 31 del Reglamento general de deberes militares, de 26 de marzo de 1937, establece varias restricciones no solo para garantizar la neutralidad política (y religiosa) del militar sino para impedirle asistir a actos de culto ostentando su condición:

> "Todos los militares tienen el derecho de expresar sus ideas en los libros y artículos de prensa, siempre que no se trate en ellos de asuntos políticos y religiosos o que afecten a la moral, la disciplina o a los derechos de tercera persona.
> Podrán asimismo, de acuerdo con las prescripciones constitucionales, profesar la creencia religiosa que más les agrade; pero queda prohibida su asistencia, portando uniforme, a los templos o lugares donde se practiquen ceremonias religiosas de cualquier índole."[633]

Además el art. 284 prohíbe las discusiones de carácter político o religioso en el interior del cuartel o alojamiento.

Por su parte, la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos[634] establece en su art. 17 (de acuerdo con el modelo existente de laicidad del Estado) que

> "[q]ueda estrictamente prohibido al militar en servicio activo, inmiscuirse en asuntos políticos, directa o indirectamente, salvo aquel que disfrute de licencia que así se lo permita en términos de lo dispuesto por las leyes; así como pertenecer al estado eclesiástico o desempeñarse como ministro de cualquier culto religioso, sin que por ello pierda los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."[635]

Es difícil, pues, con esta concepción de la laicidad estatal la existencia de un servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas mexicanas, cuyo ordenamiento ni siquiera contempla la posibilidad no ya de asistencia religiosa organizada para los militares sino simplemente el derecho de entrada de los ministros de culto o la

---

[632] RUÍZ MIGUEL, A., "Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal", ob. cit., pág. 82.

[633] La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público de julio de 1992 establece en el art. 25 (2º y 3º párrafos) lo siguiente:

> "Las autoridades federales, estatales y municipales no intervendrán en los asuntos internos de las asociaciones religiosas.
> Las autoridades antes mencionadas no podrán asistir con carácter oficial a ningún acto religioso de culto público, ni a actividad que tenga motivos o propósitos similares. En los casos de prácticas diplomáticas, se limitarán al cumplimiento de la misión que tengan encomendada, en los términos de las disposiciones aplicables."

[634] Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de marzo de 1926, aunque la última reforma de este texto es de diciembre de 2004.

[635] Precisamente por ello el Reglamento de la Ley del Servicio Militar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de noviembre de 1942, establece en su art. 38 la exención para los mexicanos del servicio militar mientras ejerzan el culto religioso como ministros.

posibilidad de salida de los militares, de acuerdo con las necesidades del servicio –al igual que en otros ordenamientos, para la práctica efectiva de sus creencias religiosas.[636]

El análisis comparativo de los ordenamientos de derecho comparado que acabamos de exponer nos muestra que no es tan distinto el tratamiento que recibe el derecho a la libertad religiosa en el ámbito militar.

Así, por lo que respecta a la asistencia religiosa a los ejércitos, en todos los ordenamientos –incluyendo aquellos *separacionistas* como Francia o Estados Unidos, salvo Méjico- contemplan modelos de integración orgánica en las respectivas Fuerzas Armadas de los correspondientes servicios de asistencia religiosa, atribuyendo incluso a sus miembros condición militar en consideración a sus funciones.

Dada su posible incidencia en la libertad religiosa y en el principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, debemos referirnos asimismo a los actos religiosos en ceremonias solemnes militares y a los actos religiosos con tradicional participación de militares de forma institucionalizada.

Tradicionalmente los actos militares estaban imbricados de tal forma con la religión oficial del Estado, es decir, la católica, que la asistencia a los mismos era considerada como acto de servicio. En este sentido Blanquer da cuenta de la Orden del Ministerio de la Guerra de 8 de enero de 1870 que resolvió que los jefes, oficiales e individuos del ejército, sea cualquiera la religión que profesen, *están obligados a concurrir a los actos del servicio para que fueren nombrados, aunque sean religiosos*. Asimismo el autor aporta la Orden de 28 de enero siguiente aclarando la anterior, disponiendo que

> "… la obligación que impone el artículo 2 de la circular citada de no poder eximirse los jefes y oficiales del ejército que no sean católicos, de asistir á los actos del servicio para que fueren nombrados, aun cuando dichos actos sean de la religión católica, se refiere á los actos de bendición de banderas, funciones cívico-religiosas, formaciones en las grandes solemnidades del culto católico, escoltas a las procesiones, honras, funerales, honores á la Majestad divina, á los santos que la Iglesia católica venera y otros que no sean de las prácticas del culto á que están obligados todos los católicos; pues en los actos de esta clase, como asistencia á misa, cumplimiento de la Iglesia, rezos y otros de la misma índole, no se comprende á los que no profesasen la religión católica.
>
> Asimismo se ha servido S.A. disponer que *se haga saber á las clases militares que no profesan la religión católica* que *dicha circunstancia no les dispensa de guardar el respeto debido en los actos de*

[636] Sin embargo, para Bravo Castrillo curiosamente este país busca desde hace algunos años la forma de establecer la asistencia religiosa en sus Fuerzas Armadas. El autor lo vincula a la reforma del art. 130 de la Constitución y a la ley de asociaciones religiosas de 1992 a los que nos hemos referido más arriba. BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, ob. cit., pág. 382.

culto católico, á que vengan que concurrir por razón del servicio, pues además del deber que les impone la Ordenanza, la asistencia á aquellos actos no altera en nada sus creencias ni menoscaba su perfecto derecho de profesar otra religión que la católica."[637]

Para el debido análisis de la libertad religiosa de los militares que eventualmente pudiesen tomar parte en los diversos actos con participación de las Fuerzas Armadas, resulta obligado distinguir dos tipos según la Orden Ministerial número 100/1994, de 14 de octubre, sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares.

Así en primer lugar, coincidiendo con Alcantarilla podemos distinguir distintos tipos de ceremonias solemnes militares en las que se incluye un acto religioso.[638] Se trataría así del Juramento o promesa ante la Bandera, de la Entrega de Bandera a una Unidad, Actos de entrega de Despachos o Títulos, Actos de Homenaje a los que dieron su vida por España, Entierros, así como Celebraciones de las Festividades de los Santos Patronos y otras ceremonias militares significativas. Si bien decía el señalado autor en 1997 que estos actos podían distinguirse, según que la inclusión del acto religioso en la ceremonia castrense fuese obligatoria o potestativa, considerándola preceptiva según las Reales ordenanzas de los ejércitos en los siguientes casos: Invocación que el capellán pronunciará con arreglo a la fórmula recogida en las reales Ordenanzas de los Ejércitos a continuación de la Jura o Promesa de la Bandera[639], bendición a la bandera por el capellán tras la entrega de la misma a la unidad, oración en memoria y homenaje a cuantos, a lo largo de la historia entregaron su vida por España, ceremonia religiosa que se celebrará en las festividades de los Santos Patronos. En estos supuestos[640], con razón señala Alcantarilla que la Orden dictada en 1994 nada dice sobre la obligatoriedad del militar de asistir al acto.[641] Para el que someramente conozca la estructura de un acto militar, sabe que las invocaciones del capellán castrense se producen dentro del

[637] *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 388 y 389. Las cursivas son mías.

[638] ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares…", ob. cit., págs. 34 y ss.

[639] Se contempla aun en las Reales Ordenanzas de los Ejércitos, aunque el art. 7 de la Ley de la Carrera Militar ha eliminado tanto la mención a Dios como la invocación religiosa, en la línea de lo apuntado por Presno Linera. *Vid.* PRESNO LINERA, M.A., "Los límites a los límites de los Derechos Fundamentales de los militares", ob. cit.

[640] A los que debemos añadir aquellos en los que la inclusión del acto religioso será potestativa, a criterio del jefe de la unidad pero su asistencia obligatoria para cada militar que forme parte de la misma si se decidió integrar la manifestación religiosa en el acto propiamente castrense. Serían la oración de acción de gracias pronunciada por el capellán en los actos de entrega de despachos o títulos así como los actos religiosos que tradicionalmente se vengan celebrando en las restantes ceremonias militares significativas.

[641] ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares…", ob. cit., pág. 36.

desarrollo de la ceremonia militar sin que exista la posibilidad por los asistentes de abandonar la formación en esos momentos.[642] ¿Supone la obligatoriedad de asistir al acto militar en el que se integra una determinada manifestación religiosa una vulneración del derecho a la libertad religiosa de los que profesen otra religión, no profesen ninguna o, simplemente, sean católicos pero no deseen verse forzados a asistir a la invocación u oración del capellán castrense? Cotino Hueso considera esas manifestaciones como las propias de la religión católica, a la que denomina *oficiosamente oficial* en el Ejército y, por tanto, la imperante[643], afirmación que si bien, pudo revestir fundamento en el pasado, ya no se sostiene hoy, una vez transcurridas más de tres décadas de vigencia del régimen constitucional de 1978. Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, no se nos escapa que la tradición así como los valores espirituales y morales impregnan la vida y costumbres militares así como evidentemente el desarrollo de sus actos y solemnidades. Basta al efecto con prestar atención a dos preceptos de las nuevas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. Así, el art. 21, *Tradición militar en los Ejércitos*, dispone lo que sigue:

> Los miembros de las Fuerzas Armadas se sentirán herederos y depositarios de la tradición militar española. El homenaje a los héroes que la forjaron y a todos los que entregaron su vida por España es un deber de gratitud y un motivo de estímulo para la continuación de su obra.

Y el art. 23, *Historial y tradiciones*:

> Conservará y transmitirá el historial, tradiciones y símbolos de su unidad, para perpetuar su recuerdo, contribuir a fomentar el espíritu de unidad y reforzar las virtudes militares de sus componentes.

Resulta pues innegable el peso de la tradición en el ámbito militar, de forma que como dice Alcantarilla "[c]on estas premisas no es de extrañar que en las Fuerzas Armadas, traspasadas de parte a parte por el espíritu de la tradición, la confesionalidad penetrase más profundamente que en otros ámbitos de la sociedad y el Estado, de manera que se tendiese a confundir y fusionar las funciones militares con las funciones

[642] Al respecto señala Alli que la Orden 100/1994 separa la liturgia religiosa (católica) del acto militar aunque se mantiene una ligera presencia de esta primera (bendición de la bandera, invocación en la jura de Bandera, etc.). ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 273.

[643] COTINO HUESO, L., "La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo de la religión y las Fuerzas Armadas. Algunas cuestiones pendientes", en *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, nº 15, diciembre de 2001, pág. 25. La cursiva es del autor. Accesible asimismo en http://www.cotino.net/ El autor considera asimismo que las manifestaciones religiosas en los actos castrenses vulneran la dimensión negativa de la libertad religiosa. *Vid.* págs. 28 y ss.

religiosas."[644] Sin embargo, no deja de ser verdad que estas manifestaciones de lo que en otro momento histórico era la confesión oficial del Estado las hay que "interpretar con la amplitud histórica suficiente como para no calificarlas, de entrada, de contradictorias con el principio de libertad religiosa."[645] Añade el autor en este sentido que el patrimonio moral común lo reciben las sociedades de su propia historia y se enriquece sin cesar gracias a las aportaciones de sus hombres e instituciones. Ahora bien, si "el patrimonio ético de la sociedad española tiene raíces cristianas, el Estado o el Gobierno, aunque sea no confesional, no pueden ignorarlas ni tratar de cambiarlas o intentar sus sustitución."[646] En mi opinión, sin embargo, si la asunción de una determinada concepción moral o tradición violenta los DDFF, concretamente, la dimensión negativa de la libertad religiosa, debe ser sustituida por muy arraigada que se encuentre. No creo que éste sea el caso de las manifestaciones religiosas existentes en los actos castrenses militares.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, en la Institución militar la tradición y la historia alcanzan un gran valor *para perpetuar su recuerdo, contribuir a fomentar el espíritu de unidad y reforzar las virtudes militares de sus componentes* (art. 23 ROSFAS), sin que de ello haya que extraer compulsión alguna respecto a las creencias (o ausencia de las mismas) de las personas sino más bien actos de *homenaje a los héroes que la forjaron y a todos los que entregaron su vida por España…*[como] *deber de gratitud y un motivo de estímulo para la continuación de su obra* (art. 21 ROSFAS), coadyuvando así a la necesidad de mantener un referente moral e histórico como estímulo para el cumplimiento de las altas misiones asignadas a las Fuerzas Armadas por el art. 8 CE, contribuyendo así a evitar el desarraigo y el vacío moral al que se refería Alcantarilla.[647] No se fundamenta aquí la comunión con una determinada

[644] ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares…", ob. cit., pág. 38.
[645] *Ibídem*.
[646] *Ibídem*., págs. 38 y 39.
[647] En el mismo sentido la profesora Morán opina que "el catolicismo está asentado plurisecularmente como un valor espiritual y moral inherente a la propia vida castrense, formando parte, incluso hoy día, de los actos militares más solemnes,… Por ello, [concluye la autora] privar a tales actos de su expresión espiritual católica, implicaría en cierto modo su desvirtuación, habida cuenta de que en España la tradición católica es un hecho innegable y, hoy por hoy una realidad constatable, cuya consecuencia se refleja en esa denominada por algunos autores «confesionalidad sociológica del pueblo español», que no podemos ignorar ni infravalorar." La autora va más allá y finaliza fundamentando que no se debe imponer una igualitaria aplicación del derecho de libertad religiosa, cuando en la propia Constitución española se le otorga a la Iglesia Católica una mención específica, afirmación de la que debo discrepar ya que ello supone una evidente merma del art. 16.1 CE y no creo que ése fuese el sentido –ni puede en ningún caso a mi juicio llegarse a esa conclusión- de la inclusión de la referencia a la Iglesia en el art. 16.3. MORÁN,

confesión ni sus ritos en los actos castrenses de obligada asistencia sino que la inserción de los mismos ha perdido hoy todo el cariz confesional oficial de antaño para convertirse más bien en manifestaciones del peso de la historia y la tradición, que a las Fuerzas Armadas corresponde conservar y transmitir.[648] En ese sentido, como manifiesta el Tribunal Constitucional en la STC 34/2011, de 28 marzo,

> "debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso."[649]

Si observamos además tanto la normativa vigente en materia de actos castrenses como su evolución, observamos que se realiza un importante esfuerzo por preservar la libertad religiosa de los miembros de las Fuerzas Armadas. Así, debemos destacar varios elementos:

a. La misma Orden 100/1994 destaca como de asistencia voluntaria el acto religioso previo a la ceremonia militar de Juramento o Promesa a la Bandera de España, y, por supuesto, la Misa será voluntaria. En el mismo sentido, se dictan disposiciones sobre las ceremonias religiosas a celebrar en las Festividades de los Santos Patronos y los demás actos religiosos que tradicionalmente se vinieran celebrando, teniendo

---

G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa…", ob. cit., págs. 112 y 113.

[648] El fundamento en esos valores y principios, ya no precisamente religiosos sino que guardan tributo a la historia y a la tradición, los encontramos si leemos detenidamente parte del preámbulo de la Instrucción Permanente de Organización núm. 03/2010, de 17 de junio, del Almirante Jefe de Estado Mayor de la Armada, sobre Celebración de la Festividad de Nuestra Señora del Carmen:

> "…Asimismo, los miembros de las Fuerzas Armadas deben sentirse herederos y depositarios de todas aquellas tradiciones, usos y costumbres que mantengan vivo su espíritu y perpetúen el recuerdo de su historia. En este sentido, la celebración de la Patrona contribuye a fomentar el sentido de pertenencia a la Institución y a conservar y transmitir una tradición más que centenaria, arraigada en el sentir de la gran familia marinera."

Asimismo, en opinión de Alli, "se pueden mantener fórmulas religiosas en los actos tradicionales de las FAS (entrega de bandera a unidad, entregas de despachos o títulos, actos de homenaje, jura de bandera, etc.). Esas fórmulas espirituales (de las que internamente puede hacerse un acto de rechazo) no vulnera la libertad de conciencia." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 274. Igualmente Peñarrubia mantiene que en la regulación de los actos religiosos en ceremonias solemnes militares (OM 100/1994) se ha intentado conjugar el respeto a las tradiciones y la seriedad de los actos públicos con la libertad religiosa. PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 173. Gómez Martínez explica asimismo la celebración de actos de culto en el transcurso de actos castrenses en una tradición arraigada que puede cambiar conforme lo hagan los usos sociales y su reflejo en la Institución militar, en cuyo caso decaerá la celebración de este tipo de actos de manera natural. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 274.

[649] FJ 4. En el mismo sentido, STC 19/1985, de 13 de febrero.

en cuenta que la asistencia a los mismos tendrá carácter voluntario. (Puntos 1, 6 y 7 de la Orden de 1994).

b. En este sentido se han dictado además por los Jefes de Estado Mayor de los ejércitos distintas instrucciones para garantizar en la realización de estas ceremonias el derecho a la libertad religiosa, de forma que los actos religiosos propiamente dichos se realizan de forma separada de los actos castrenses *stricto sensu.*[650]

c. Por último solo se siguen considerando actos de servicio los entierros "por tratarse de actos de protocolo en los que se interviene en representación del Estado o de las Fuerzas Armadas" (punto quinto de la orden de 1994).[651]

d. Además en el nuevo Reglamento de Honores Militares de 2010 se suprimen los honores al Santísimo Sacramento, coincidiendo en este sentido con Blanquer en que el Estado no es competente para establecer las formas (firmes, arma descansada o presentada, etc.) que han de respetar los miembros de una confesión religiosa con ocasión de un rito litúrgico, o imponer a los soldados la asistencia obligatoria.[652]

En definitiva, en mi opinión, sin perjuicio de que todavía existen progresos por alcanzar, en el ámbito de las Fuerzas Armadas se respeta la libertad religiosa tanto en su

---

[650] Así, la Instrucción Permanente de Organización núm. 03/2010, de 17 de junio, del Almirante Jefe de Estado Mayor de la Armada, sobre Celebración de la Festividad de Nuestra Señora del Carmen dispone que "En la Escuela Naval Militar consistirá en la celebración de la Santa Misa, en un *acto separado y anterior* al de la Jura de Bandera y entrega de Reales Despachos. Para concurrir a la Santa Misa se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, *la asistencia en esta celebración tendrá carácter voluntario.*" Accesible en la *Colección de Reglamentos de la Armada* (*web* corporativa del Ministerio de Defensa). Las cursivas son mías.

[651] En los mismos términos, la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares. Téngase en cuenta que la asistencia obligatoria se fundamenta no solo en la consideración de acto de servicio en representación institucional de las FAS sino en los honores debidos al compañero fallecido en su funeral, que será "un acto de culto católico o de la confesión religiosa que proceda, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares." (apartado 1). En este sentido, resulta destacable la Norma General 02/09, de 23 de enero, del Ejército de Tierra, sobre organización de actos como consecuencia de fallecimiento de personal militar, en la que, se presta la asistencia religiosa y se rinden honores fúnebres, siempre de acuerdo con los deseos de la familia y la confesión religiosa, en su caso, del fallecido. No se produce por ello *stricto sensu* la participación obligatoria del militar en un acto religioso sino que supone que los compañeros del fallecido le rinden honores y, por respeto a sus creencias y a sus familiares, asisten a sus honras fúnebres según el rito que hubiese profesado, teniendo en cuenta los deseos del fallecido o sus familiares. Así se pronuncia asimismo la Sala 3ª del Tribunal Supremo al resolver el recurso de la Asociación Unificada de Militares Españoles contra este apartado y disposición del nuevo Reglamento de Honores de 2010, en la STS de 12 de junio de 2012 (Recurso nº 312/2010), Ponente: Santiago Martínez-Vares García, FJ 4º. Así afirma esta resolución que "[p]or ello no se vulnera el derecho del militar, de libertad religiosa y de culto que garantiza la Constitución, artículo 16, y que el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980 describe en sus distintas manifestaciones cuando representa a las Fuerzas Armadas en ese acto oficial. Y de ahí también que la asistencia del militar al acto concreto para el que se le designe tenga la consideración de acto de servicio como expresa la Disposición Adicional Cuarta en su primer apartado."

[652] BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 388 y 389.

vertiente negativa como positiva, sin que, afortunadamente, se den hoy las circunstancias que llevaron a la STC 177/1996[653], de 11 de noviembre, tras señalar que "*No se trataban, pues, de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa*", a declarar que

> "En efecto, el art. 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa."[654]

Distinta valoración debemos efectuar de los actos religiosos con tradicional participación de militares en representación institucional de las Fuerzas Armadas. Aquí, a diferencia de los actos castrenses en los que se incluyan manifestaciones religiosas, la participación de los militares es voluntaria y en un acto estrictamente religioso, de forma que lo que parece dilucidarse es si se respeta el principio de aconfesionalidad del Estado o su neutralidad frente a las distintas opciones religiosas. Huelga decir que la participación institucionalizada de miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil en estas ceremonias lo es en los ritos propios de la confesión católica,

[653] Que consistieron esencialmente en que, con motivo del V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados, un suboficial, habiendo sido designado miembro de la Compañía de Honores, y tras solicitar permiso, que le fue denegado, saludó, y abandonó la formación, algo por lo que se hizo acreedor a sendas sanciones disciplinarias –más tarde revocadas por Sentencia del Tribunal Militar Central de 12 de marzo de 1997- y un proceso penal por desobediencia, que más tarde fue sobreseído. La conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1996, aunque le denegó el amparo frente a la resolución de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (Auto de 14 de junio de 1994), que estimó que no había delito en el mando militar por haber vulnerado la libertad religiosa del sargento, ya que es algo de la competencia de la jurisdicción ordinaria determinar, sí que entendió claramente que al militar se le violó el derecho a la libertad religiosa al ser obligado a participar en una acto de clara significación religiosa. Debemos considerar igualmente contraria a la libertad religiosa la negativa a que un Capitán fuese relevado de acompañar a la Bandera durante una ceremonia religiosa, siendo además sancionado por realizar su escrito de forma contraria a los "buenos modos", correctivo que fue revocado más tarde por el Tribunal Militar Territorial. Sin embargo, de forma sorprendente, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de la Administración y confirmó la sanción, al apreciar "en su redacción [el escrito del Capitán] unos malos modos, impropios de un militar profesional, y unas veladas coacciones al Mando, que entrañan una leve irrespetuosidad con un superior, por parte del autor del escrito, todo lo cual supone la comisión de una infracción disciplinaria leve." (STS de 23 de febrero de 1994, FJ 6º, recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario nº 2/43/93). Más atinado resulta sin duda el voto particular discrepante del Presidente de la Sala 5ª Sr. Jiménez Villarejo, quien acertadamente afirma que "cuando un ciudadano –militar o no solicita el reconocimiento y la efectividad de un derecho fundamental su tono no tiene que ser suplicante." *Vid.* en este sentido igualmente COTINO HUESO, L., "La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo…", ob. cit., págs. 31 y ss.

[654] FJ 10.

fundamentalmente en los oficios que se celebran a lo largo de la Semana Santa, época durante la cual, y debido a esa tradicional imbricación entre los ejércitos y la que durante siglos fue la confesión oficial en España, se suceden de ordinario la integración de militares en piquetes, procesiones y formaciones de honores a las imágenes religiosas.

El Tribunal Constitucional ha validado de forma rotunda la representación institucional de las Fuerzas Armadas en estos actos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, que acabamos de mencionar, siempre que se respete el principio de voluntariedad en la asistencia; si bien, coincidimos con la doctrina en la parquedad e incluso aparente contradicción en los argumentos del Alto Tribunal[655] no así en que el principio de neutralidad vede la participación institucionalizada y voluntaria de militares en actos religiosos.[656] Así, hemos hablado más arriba del peso de la tradición en los

[655] Ruíz Miguel quiere mostrar la contradicción del Tribunal ya que éste viene a declarar en palabras del autor "que [los actos de rendición de honores a la Virgen de los Desamparados] no constituían una mera participación militar en un acto de naturaleza religiosa sino «actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa») para terminar concluyendo, sin más razones y con un sorprendente desprecio por la lógica, que «el art. 16.3 C.E. no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza» (STC 177/1996, FFJJ 9 y 10)." En realidad, lo que el Tribunal en mi opinión quiere distinguir es la participación del militar en ceremonias religiosos, algo a lo que no puede ser obligado, aunque se califiquen como actos estrictamente militares, de la participación institucional de las FAS en actos religiosos, algo que el Supremo Intérprete ampara siempre que los integrantes de los piquetes sean voluntarios. RUÍZ MIGUEL, A., "Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal", ob. cit., pág. 91.

[656] Distinta es la opinión algunos autores para quien los símbolos religiosos deben eliminarse de los espacios o los agentes públicos por comprometer la neutralidad o aconfesionalidad del Estado. En este sentido, Ruíz Miguel defiende un modelo de *laicidad neutral o genuina*. Para el autor la simple declaración de neutralidad bastaría para excluir automáticamente "la organización de funerales de Estado (sean católicos, como suele ocurrir, o ecuménicos), los actos de jura o promesa del cargo ante biblias y crucifijos, las participaciones oficiales en procesiones en Semana Santa, la puesta a disposición de capillas universitarias o, en fin, la presencia de crucifijos u otros símbolos religiosos en centros públicos, sean escolares, militares o municipales" lo que se parece más, como hemos dicho más arriba, a lo que él denomina *laicidad militante*, y también considera proscrita por el principio de libertad religiosa. *Vid.* RUÍZ MIGUEL, A., "Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal", ob. cit., pág. 81 y ss. Igualmente Barrero, para quien debería interpretarse el principio de laicidad de tal manera que vedase la participación del Estado en todas las manifestaciones externas de culto. Lo considera este autor como una exigencia del mismo Estado Constitucional suponiendo la celebración de ceremonias religiosas (hay que entender, con participación del Estado) una confusión de funciones contraria a la neutralidad que los poderes públicos deben observar en materia de conciencia y religión. Añade el autor que supone la implicación del Estado en algo que es ajeno a su propia naturaleza. BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, ob. cit., págs. 396 y 397. En el mismo sentido Alcantarilla quien, refiriéndose ya a la "representación institucional" de las Fuerzas Armadas en ceremonias religiosas, considera que contraviene la aconfesionalidad del Estado y, por ello, concluye la imposibilidad de que el Estado concurra como sujeto a los actos religiosos y que se confundan funciones religiosas y estatales, sin que pueda admitirse que, con ocasión de estos actos, la unidad militar que rinda los honores lo haga en representación institucional de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual. ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares…", ob. cit., págs. 40 y 41.

ejércitos, como estímulo necesario para la continuación de las altas misiones asignadas por el art. 8 CE, que lejos de suponer comunión o identificación institucionalizada con la doctrina de confesión religiosa alguna, aunque sea la mayoritariamente profesada por la población española, se ha convertido –en lo que a la participación en ceremonias religiosas se refiere- en manifestaciones de respeto por las diversas expresiones culturales –no solo religiosas- que a lo largo de la historia de los pueblos de España han adquirido arraigo popular y que para las Fuerzas Armadas viene siendo tradicional participar. No existe por tanto integración de las Fuerzas Armadas de forma institucionalizada en ritos religiosos en su estricta significación sino en manifestaciones culturales e históricas que a la Institución militar corresponde depositar, conservar y transmitir (arts. 21 y 23 ROSFAS de 2009), sin perjuicio de que para los creyentes –no olvidemos que la participación para el militar es voluntaria- siga operando su significado religioso (STC 34/2011).

Por otra parte, entenderlo de otra forma creo que viene a constituir una concepción equivocada de la neutralidad del Estado en materia religiosa o, al menos, de lo que ésta implica; coincido en este sentido con Prieto Álvarez en que la aconfesionalidad y la neutralidad estatales "no resultan violentadas porque el Estado asuma o acoja manifestaciones del hecho religioso, como fenómeno social que es y como emanación de un derecho fundamental –como la fijación de festividades religiosas como fiestas civiles o la presencia pública en los actos correspondientes, o como el recurso a nombres o símbolos en su ornato o iconografía-, ni porque permita a sus ciudadanos desplegar en espacios públicos manifestaciones de su fe como símbolos en su atuendo o signos estático…" [657]

El autor, que parte de la consideración de los espacios públicos como *espacios de todos*, le otorga a mi juicio el correcto significado a la noción de neutralidad del mismo como "un espacio compartido y plural (no es lo mismo que neutro) que da acogida a cuantas actuaciones, tendencias o ideologías de los ciudadanos resulten acordes con el ordenamiento jurídico"[658] puesto que además se da la circunstancia de que tampoco las

[657] PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos...*ob. cit., págs. 206 y 207. En el mismo sentido Cañamares cuando afirma que "se debe rechazar cualquier interpretación que preconice una neutralidad como ausencia de cualquier muestra o indicio de religiosidad del ámbito público." CAÑAMARES ARRIBAS, S., "La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público", en VV.AA. (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, ed.), *La inclusión de los otros: Símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2012, págs. 103 y ss.

[658] *Ibídem.*, pág. 218.

calles o paredes desnudas…dejarían de ser expresión, en su vaciedad, de una ideología, que se impondría como tal a todas las demás legítimas y a todos…"[659]

Pero es que además, si prestamos atención, parece que la neutralidad únicamente es predicable respecto al hecho religioso y es que, en realidad cuando Ruíz Miguel, por tomar un ejemplo, cuestiona que el Estado deba "practicar esas formas de actitud positiva hacia las confesiones y creencias religiosas en cuanto que todas o algunas de ellas son beneficiosas o enriquecedoras para la sociedad, [puesto que] se está asumiendo una posición no aconfesional sino claramente parcial, esto es, favorable hacia la confesionalidad e, inevitablemente y a la vez, desfavorable hacia las creencias no religiosas, esto es, hacia todas las personas que niegan o se oponen a las religiones o que, simplemente, no son religiosas"[660] lo mismo se puede decir de las subvenciones a determinadas asociaciones deportivas, culturales, o de determinados grupos sociales, empresas productoras de cine español, en tanto que se asume una posición parcial no solo respecto a los partidarios de otro equipo de fútbol, otras culturas o formas de entender la misma, empresas o grupos sociales no afines, sino respecto a los detractores del deporte, del cine español o, simplemente, de que se utilice dinero público para financiar a determinados grupos o tendencias políticas o sociales concretas en general. Se podrá alegar que la promoción del deporte, la cultura o el cine se deduce de los principios constitucionales, pero lo que no se infiere del texto constitucional es la particular protección a determinados equipos, grupos o tendencias concretas, máxime cuando se realiza de forma desproporcionada. Por otra parte, ¿acaso el hecho religioso no disfruta al menos de la misma protección constitucional?[661] Pues bien, en un Estado cuya Norma suprema proclama que los poderes públicos deben tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española[662], no resulta descabellado pensar que la

[659] *Ibídem.*, pág. 223 y ss.
[660] RUÍZ MIGUEL, A., "Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal", ob. cit., pág. 96.
[661] Con razón afirma en este sentido Prieto que si una solitud ciudadana "tiene, en este caso y para muchos ciudadanos, una motivación religiosa –otros lo harán por razones históricas, sociológicas, afectivas… - no hay razón para proscribirla y para darle un trato diferente a otras…" PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos...*ob. cit., págs. 211 y 212.
[662] Cotino sustenta igualmente en este mandato constitucional la participación institucionalizada de las Fuerzas Armadas en ceremonias religiosas. COTINO HUESO, L., "La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo...", ob. cit., pág. 44. En mi opinión la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque lo deja en parte al margen de apreciación de los estados, siempre dentro del respeto a los derechos y libertades del Convenio de 1950 y sus protocolos, se inclina por el principio de que la libertad religiosa de los ciudadanos no queda mermada por el hecho de que se dedique más atención (respecto a un programa curricular de una asignatura) a los contenidos de la religión mayoritaria en el país demandado y, en concreto, dedicara una parte más amplia al conocimiento del Cristianismo que al de las demás religiones y filosofías, [por lo que] no podía considerarse que incumpliera los principios de pluralismo y objetividad llegando a constituir un adoctrinamiento. (Caso

participación tradicional de miembros de las FAS en actos de índole religiosa resulta ser una manifestación más de la laicidad positiva correctamente entendida, que posibilita que los miembros de las FAS acudan a actos religiosos con participación activa en los mismos, actos que ya forman parte del rico patrimonio cultural e histórico español[663] al

---

"Folgero y otros contra Noruega", Sentencia de 29 junio 2007). A la misma conclusión llega en el asunto "Hasan y Eylem Zengin contra Turquía" (Sentencia de 9 octubre 2007) en el contexto de la asignatura de «cultura religiosa y conocimiento moral» impartida en los colegios de Turquía cuyo programa reservaba una parte más amplia al conocimiento del Islam. *Vid.* al respecto la controvertida Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Lautsi et autres contra Italia", de 18 marzo de 2011, donde revoca la anterior de la Sala del mismo Tribunal (de fecha 3 de noviembre de 2009) que estimaba la demanda contra Italia interpuesta por una madre (concluyó que había habido violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 en relación con el artículo 9 del Convenio), tras acudir a las respectivas instancias nacionales, en nombre de sus dos hijos menores de edad ante la presencia del crucifijo en las aulas italianas, en virtud de reglamentos de los años 1924 y 1928. *Vid*. párrafos 68 y ss. de la Sentencia de la Gran Sala de 18 marzo de 2011, asunto "Lautsi et autres contra Italia". En relación a la controversia planteada sobre la representación institucional de las FAS en actos religiosos, y por su coincidencia con lo aquí expuesto, resulta asimismo reseñable la Sentencia de 10 noviembre 2005 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso "Leyla Sahín contra Turquía." En esta resolución, la Corte, tras llamar la atención sobre la protección del art. 9 del Convenio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, tanto en su aspecto positivo como negativo, y proclamar que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación de las creencias religiosas o modalidades de expresión (páfs. 104 a 107), vincula la cuestión de la expresión de los actos religiosos a las épocas, el contexto o las tradiciones nacionales. Así "[e]n efecto no es posible discernir a través de Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad (Otto-Preminger- Institut. c. Autriche, septiembre de 1994, serie A no 295-A, p.19, 50) y el sentido o impacto de la expresión de los actos religiosos no son los mismos según las épocas o el contexto (ver, por ejemplo, Dahlab. c. Suisse (déc) no 42393/98, CEDH 2001-V). La reglamentación en la materia puede variar de un país a otro en función de las tradiciones nacionales y por las exigencias impuestas para la protección de los derechos y libertades de otros y el mantenimiento del orden público (ver, mutatis mutandis, Wingrove, precitado, p.1957, 57). (ver, mutatis mutandis, Gorzelik, precitado, 67 y Murphy c. Irlande, no 44179/98, 73, CEDH 2003-IX (extracto)." (párf. 109).

[663] Muestra de que no nos hallamos solo ante ceremonias estrictamente religiosas sino eventos culturales o incluso turísticos son las recientes declaraciones de de Interés Turístico de la Semanas Santas de Badajoz y de Plasencia. Al respecto, *vid.* como ejemplo las siguientes noticias de prensa: "La Semana Santa de Badajoz estrena su declaración de Fiesta de Interés Turístico Nacional con una procesión magna", de 13 de abril de 2012 en http://www.europapress.es/extremadura/noticia-semana-santa-badajoz-estrena-declaracion-fiesta-interes-turistico-nacional-procesion-magna-20120313163745.html y "La Semana Santa ya es Fiesta de Interés Turístico Regional", del 28 de marzo de 2012, accesible en http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/plasencia/semana-santa-ya-es-fiesta-interes-turistico-regional_644986.html Ambos enlaces fueron consultados el 25 de enero de 2014. Al respecto, *vid.* asimismo, Orden de 16 de marzo de 2012 de la Consejería de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo por la que se declara Fiesta de Interés Turístico de Extremadura la fiesta "Semana Santa Placentina", en la localidad de Plasencia, Diario Oficial de Extremadura nº 60, de 27 de marzo de 2012. Una perspectiva similar pero curiosa la encontramos en Ollero quien realiza la siguiente pregunta sobre la participación de militares en actos religiosos: "¿Nos hallamos ante perezosas secuelas de la vieja confesionalidad o ante legítimas muestras de cooperación?" para responder a renglón seguido mostrando una lectura más peyorativa de los actos religioso como actos culturales que, según él, impera en ciertos sectores políticos: "la respuesta ha de situarse en un contexto social con notable protagonismo de la religiosidad popular. Los planteamientos de signo laicista, dominantes en determinados sectores políticos, no solo apuntaron, como hemos visto, a una reinterpretación jurisprudencial del texto constitucional sino que inicialmente intentaron también actuar sobre la percepción social del hecho religioso. Pretendieron reducirlo a mero dato cultural o folklórico, pero la realidad social se impuso; esos mismos políticos pugnaron bien pronto por encabezar procesiones o manifestaciones de religiosidad popular, inseparables todavía en España de cualquier conmemoración o festejo civil, académico o militar." OLLERO TASSARA, A., *España: ¿un Estado laico?, La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson Civitas, Pamplona, 2005, págs. 121 y 122.

que los poderes públicos no deben ser ajenos ni desconocer, de forma que la representación que por tradición materialicen los militares en los mismos debe entenderse que ha perdido para el actual Estado aconfesional el significado religioso de antaño para incardinarla más bien en el respeto y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (art. 46 CE), algo a lo que el Estado social y democrático de derecho no puede ser sordo, mudo y ciego, amén del significado religioso (promoción del hecho religioso) que se debe preservar desde el punto de vista de la libertad individual de cada ciudadano.[664]

Éste parece ser el espíritu de las normas reglamentarias dictadas recientemente al respecto. Así, el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, en su preámbulo manifiesta respecto a la participación de militares en actos en los que se incluyan ceremonias de carácter religioso que se lleva a cabo *compaginando el respeto a tradiciones arraigadas en la sociedad con el principio constitucional de libertad religiosa*. Y en su disposición adicional cuarta, apartado 2 dispone que

> "Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario."

La postura hasta el momento sostenida respecto a la participación de miembros de las FAS en actos de tradición religiosa parece igualmente mantenerse en la más arriba citada y reciente STS, Sala 3ª de 12 de junio de 2012 (Recurso nº 312/2010) cuando resuelve la impugnación de la Asociación Unificada de Militares Españoles contra este apartado 2 de la disposición adicional cuarta del nuevo Reglamento de Honores de 2010, ya que, según la propia argumentación de esta asociación de militares, esa participación, aun voluntaria, quebranta el deber de neutralidad religiosa, al que están constitucionalmente obligadas las Fuerzas Armadas, que para su participación en dichas celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense precisan una previa autorización. Es decir, que no puede producirse tal participación de las Fuerzas Armadas sin un acto de declaración de voluntad previa que supone la pérdida de la neutralidad religiosa de las mismas en un estado aconfesional.

[664] Alli lo justifica en que el Estado es aconfesional pero también está representado en muchos actos sociales por razones de necesidad, de tradición o de mera cortesía cívica y concluye (en la nota a pie de página) afirmando "del mismo modo que se rinden honores a un representante extranjero y sus signos simbólicos, se pueden rendir a una imagen –que es un signo icónico- de una creencia común." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 275.

Pues bien, el Alto Tribunal rechaza los argumentos esgrimidos por la actora invocando el principio de cooperación así como, en definitiva, el de laicidad positiva, afirmando, bien es cierto que en un razonamiento bastante escueto, que

> "Tampoco puede estimarse la pretendida nulidad de ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto. Es cierto que la aconfesionalidad del Estado comporta la neutralidad de los Poderes públicos en relación con el hecho religioso; pero esa neutralidad no excluye el que esos Poderes tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones como dispone el número 3 del artículo 16 de la Constitución. […] *No se trata por tanto de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas* en los que se rindan honores militares *sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso* en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense. Celebraciones religiosas e incluso de culto que responden a las creencias religiosas de la sociedad española a las que se refiere el artículo 16.3 de la Constitución, generalmente vinculadas a la Iglesia Católica y cuya presencia según el Reglamento, es para el militar que sea designado para asistir y participar en las mismas, como no podía ser de otro modo, voluntaria."[665]

A mayor abundamiento, si tomamos como referencia las instrucciones particulares dictadas en desarrollo de esta normativa de 2010, en el ámbito de cada ejército, observamos la misma filosofía. Al respecto resulta de interés, junto con la precitada Orden 100/1994, la Instrucción Permanente de Organización 04/2010, de 15 de julio, del Almirante Jefe de Estado Mayor de la Armada sobre la participación de autoridades de la Armada, unidades, escoltas, piquetes, músicas y bandas en actos institucionales con contenido religioso. En la misma, ya en su preámbulo, se justifica la participación institucional de las FAS de la siguiente forma:

> La presencia militar en el ámbito religioso tiene su origen en los usos y costumbres tradicionales de las Fuerzas Armadas, siendo frecuente la participación de miembros de la Armada en desfiles procesionales, fiestas religiosas corporativas o locales, y súplicas a santos protectores.

La circular, con la precisa finalidad de garantizar la neutralidad del Estado y la voluntariedad en la participación institucional de miembros de las FAS en los actos religiosos dicta al respecto una serie de criterios y de normas, concluyendo ya su exposición del siguiente modo:

> La presencia de personal de uniforme en actos religiosos con tradicional participación castrense, y la *necesidad de diferenciar entre éstos y los actos militares y no específicamente militares, que incluyen cierto carácter religioso*, aconsejan la promulgación de unas directrices que aporten la necesaria unidad de criterio.

Por todo lo anterior, no encontramos que la participación de las FAS en los tradicionales actos religiosos que se celebran en nuestro país, ni su concreta regulación vulneren el principio de aconfesionalidad del Estado ni la libertad religiosa de los militares, cuya intervención será siempre voluntaria.

[665] FJ 5º. La cursiva es mía.

En este sentido, el régimen español que hemos expuesto y analizado a la luz de la CE 1978 no resulta ser una excepción respecto al tratamiento del hecho religioso en las FAS por el derecho comparado, llegando incluso a contemplarse en las legislaciones de países como Gran Bretaña, Italia o Portugal –tal y como hemos visto- el deber de los militares de acudir a actos de culto *stricto sensu* cuando se califiquen como actos de servicio, algo que, como decíamos, poco se compadece con el derecho a la libertad religiosa de las personas, integrantes de la milicia o no.

7.2.- El derecho a la libertad de expresión e información. La libertad ideológica.

Los DDFF del art. 20 a) y d) de la Constitución Española de 1978, así como sus límites, tienen para los militares una plasmación expresa en los varios apartados del art. 12 de la ley orgánica de derechos y deberes de 2011, del siguiente tenor:

> "1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros limites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos. 2. En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas. 3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina."[666]

Por su parte, las antiguas Reales Ordenanzas de 1978, de forma aparentemente menos restrictiva, reconocían la libertad de expresión del militar y sus manifestaciones en varios preceptos, todos ellos interconectados y, ello como reflejo del reconocimiento de la libertad ideológica, efectuando así un tratamiento conjunto de estas libertades,

[666] La redacción inicial del anteproyecto (apartado 3) era más restrictiva: "En el ejercicio de la libertad de expresión, al tratar asuntos referidos a decisiones y disposiciones de los poderes públicos, de los Tribunales de Justicia y de las autoridades y mandos militares que estén relacionados con el servicio o la condición militar, los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina." En la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil se prevé respecto a la libertad de expresión e información lo siguiente:

"1. Los Guardias Civiles tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos por la Constitución, con los límites que establece su régimen disciplinario, el secreto profesional y el respeto a la dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos. 2. En asuntos del servicio o relacionados con la Institución el ejercicio de estos derechos se encontrará sujeto a los límites derivados de la observancia de la disciplina, así como a los deberes de neutralidad política y sindical, y de reserva." (art. 7).

pero de un modo fragmentado, a diferencia de la actual LODDFAS 2011. Así el art. 177 disponía lo siguiente:

> "Todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad."

Por otra parte, el art. 178 preveía:

> "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."

Se reconocía así en las ROSFAS 1978 el derecho a la libertad ideológica conectándola con los derechos del art. 20 que implicaban su manifestación individual o colectiva ya que, como declaraba la STC 20/1990, de 15 de febrero, "queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales y, entre ellos, los consagrados en el art. 20.1, apartados a) y d), de la Norma fundamental…"[667]

Esa conexión de los derechos del art. 16 y 20 CE no priva de entidad propia a la libertad ideológica[668] ni supone que ésta quede absorbida en los derechos a la libertad de expresión e información del art. 20 CE[669] y, aunque no existe ninguna peculiaridad digna de mención que justifique límites adicionales a la libertad ideológica de los militares, al margen del ya contemplado en el art. 16.1 CE, es decir, el *mantenimiento*

[667] STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4. En este sentido, "hay que tener presente que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978." *Ibídem.*, FJ 3.

[668] La entidad propia del derecho a la libertad ideológica ha sido puesta de manifiesto por reiterada doctrina constitucional. Así el ATC 213/2006, de 3 de julio recuerda que

> "La entidad propia de este segundo derecho [la libertad ideológica] ha sido señalada por este Tribunal en algunas ocasiones. La libertad ideológica comporta -dicho de modo simple y por mantenernos dentro de nuestros propios términos- "la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento" (SSTC 120/1990, de 27 de junio, F. 10 y 137/1990, de 19 de julio, F. 8), e indudablemente "no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones", sino que "[c]omprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos"; entre las manifestaciones que conlleva esa dimensión externa de agere licere, se encuentra la libertad de expresión "y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde "el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a)" (STC 20/1990, fundamento jurídico 5º)"."

[669] STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3.

del orden público protegido por la ley, y sin perjuicio de la controvertida participación de los miembros de las FAS –en su condición de tales- en actos de culto religioso así como en los actos religiosos insertados en ceremonias solemnes militares, cuestión que ya abordamos en el epígrafe anterior, sí se ha planteado por Cotino Hueso la incidencia en la libertad ideológica del sistema educativo castrense, ya que, según el autor, al inculcar un código de valores y pautas de conducta en personas en edad juvenil, aunque hayan alcanzado la mayoría de edad, se está llegando al adoctrinamiento, que es algo prohibido por la Constitución.[670]

Pues bien, admitiendo que al autor no le falta razón en lo propicias que son las edades jóvenes para inculcar valores a través de la educación, no existe constancia, si echamos un vistazo a los planes y programas de estudios de los centros docentes militares, de que en la enseñanza militar se impartan valores castrenses que no resulten del propio Texto Constitucional. Así el art. 64.1 d) LCM 2007 prescribe que uno de los criterios a los que se deben ajustar los planes de estudios de la enseñanza de formación para la incorporación o adscripción a las diferentes escalas de las Fuerzas Armadas es precisamente *fomentar los principios y valores constitucionales, contemplando la pluralidad cultural de España*. Significativas asimismo al respecto son las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, que, consagrando una serie de principios éticos y normas de actuación del militar (Capítulos I y II del Tít. I), como valores propios de la esfera castrense, en los que obviamente el militar en fase de formación es educado, esos principios no son otros que los derivados del propio sistema constitucional y, en modo alguno, pueden resultar incompatibles con él,[671] coincidiendo así con Leonardo Álvarez en que resulta

[670] Así, según Cotino, la verdadera motivación de la fijación de una temprana edad como tope para el acceso a la función pública militar no estriba en razones referentes al diseño de la carrera profesional o de idoneidad física sino que reside en "asegurarse la socialización del militar para los puestos más significativos de los Ejércitos" a través de una "formación militar [que] implica inculcar una serie de 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 Constitución. 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." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 486 y 487.

[671] Basta al efecto leer atentamente el art. 129 ROSFAS, *Formación en valores* (Cap. II, Tít. V, *De la función docente*) con la siguiente dicción: "El que ejerza la función docente fomentará los principios y valores constitucionales, contemplando la pluralidad cultural de España, y promoverá en sus alumnos los principios éticos y las reglas de comportamiento del militar, con el objetivo de que todos los miembros de las Fuerzas Armadas fundamenten su ejercicio profesional en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en estas Reales Ordenanzas." Esa educación, basada en valores constitucionales, no puede ser considerada un adoctrinamiento contraria a los arts. 16.1 y 27 CE. Así se pronuncia reiterada jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo relativa a la asignatura "Educación para la Ciudadanía", por todas, la STS de 11 de febrero de 2009 (Rec. nº 905/2008) cuando afirma, en referencia

ciertamente cuestionable "que los fines educativos expresamente proclamados puedan tener algún tipo de valor normativo constitutivo, y no se limiten simplemente a proyectar en el ámbito educativo la eficacia irradiante de los principios estructurales de sus ordenamientos."[672]

En cuanto a la dimensión externa de la libertad ideológica, el actual art. 12 LODDFAS 2011 no es sino reflejo de los límites impuestos por la seguridad y defensa nacional; la disciplina así como el respeto a las instituciones y poderes públicos; y el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas, ahora expresado en el art. 7 de

---

a "los *valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional* y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales" que

"*no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos.* Por el contrario, será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público cuando se esté ante valores distintos de los anteriores. Estos otros valores deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica." (FJ 6). En el mismo sentido, SS de la misma fecha (Recs. núms. 948, 949 y 1013/2008). Las cursivas son mías.

Sostiene así Leonardo Álvarez que "[l]a prohibición del adoctrinamiento ha de referirse muy particularmente a «fines y expectativas sociales» que el pluralismo jurídico-democrático permite. Ellos son los que deben responder al estándar fijado por el TEDH de que la formación sea «objetiva, crítica y pluralista». Se impone, por lo tanto, en una forma de Estado democrática una distinción entre los fines identificados con la democracia y los fines y valores que el pluralismo democrático permite." ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., "Fines educativos y sociedades paralelas", en VV.AA. (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, ed.), *La inclusión de los otros: Símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, págs. 242 y 243. Alli Turrillas mantiene en cambio una posición favorable al adoctrinamiento pero *institucional*, "aspecto que tiene mucho que ver con el régimen de institución total de las academias y su consecuencia, que veremos, cual es la domesticación o conformación." Adoctrinamiento en "esa serie de valores y principios de organización que hacen del ejército una máquina eficaz" y que justifica en base a las particulares misiones encomendadas a las FAS. "Se trata –según el autor- de un sistema cuyo fin es la conversión institucional del aspirante a militar de carrera. Puede hablarse, por tanto, de toda una *domesticación* o, si se quiere utilizar un término más suave, de una *conformación* del individuo." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., págs. 208-211.

[672] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., "Fines educativos y sociedades paralelas", ob. cit., págs. 234 y 235.

la nueva norma[673], a similitud de lo establecido en el derogado art. 182 de las ROSFAS 1978.[674]

Los señalados límites a la libertad de expresión e información de los militares, que tendrán su adecuado reflejo penal y disciplinario, gozan de una cobertura constitucional implícita en el art. 8 CE dado que, como concluimos más arriba, los mismos aparecen como absolutamente necesarios para que las Fuerzas Armadas puedan desempeñar las altas misiones que el art. 8 CE les atribuye y, consecuentemente, como bienes con relevancia constitucional, que dan lugar a legítimas restricciones en los DDFF de los militares. Ello supone una irradiación de estos límites que, como manifiesta Peñarrubia Iza, afecta a la vida toda del militar, a todas las materias y a todos los medios de expresión.[675]

Debemos indicar con carácter general que, aunque reconocidos en el mismo precepto constitucional, la libertad de expresión difiere sustancialmente de la libertad de información. Así el objeto de la primera serían los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) mientras que el derecho a comunicar o recibir información se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables.

"Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una

---

[673] Recordemos que la dicción del art. 7 LODDFAS 2011 es del siguiente tenor:

1. El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos.

2. El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos.

Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas.

[674] "Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, ni tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos 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. […]"

[675] PEÑARRUBIA IZA, J.Mª. , *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 176.

demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término "información", en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo "veraz" (STC 4/1996, de 19 de febrero). Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos."[676]

En este sentido, debemos siquiera apuntar que las Reales Ordenanzas de 1978 contemplaban dos preceptos, ya derogados por la LCM 2007, susceptibles de incidir en la libertad de información del militar. Se trataba del art. 192, que permitía limitar por razones de disciplina o seguridad la tenencia y utilización de cámaras fotográficas, grabadoras o aparatos análogos en recintos, buques, aeronaves o actividades militares[677]; y del art. 179 que, aunque reconocía a los componentes de las Fuerzas Armadas el derecho a la posesión y utilización de medios de comunicación social dentro de los recintos militares, habilitaba a limitar el ejercicio de este derecho por el Ministro de Defensa o, en caso de urgencia, por la autoridad militar competente, con el refrendo de dicho Ministro, cuando razones de seguridad nacional, exigencias de la disciplina o defensa de la unidad de las Fuerzas Armadas así lo requiriesen.

Respecto al primero de los preceptos, ciertamente fundadas razones de seguridad o relativas a la defensa nacional justificarían límites a la tenencia y utilización en unidades militares de dispositivos de grabación o reproducción de la imagen o del sonido. Ello no significa un límite irrazonable a la libertad de información de los militares sino que, a mi juicio, puede erigirse en una fundada restricción a la utilización de ciertos aparatos o tecnologías por cualquiera en lugares especialmente sensibles para la seguridad nacional[678], y ello al margen de la autorización requerida por el precepto para la publicación de lo captado o grabado que, como veremos más adelante, a similitud de la necesidad de previa autorización para el ejercicio en ciertos supuestos de la libertad de expresión por el también derogado art. 179, fácilmente puede considerarse

[676] STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 4. Asimismo, STC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6. *Vid.* asimismo VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 74, 75 y ss.

[677] Añadía el precepto que tales actividades "requerirán autorización previa, que no se concederá para aparatos emisores." Además "[p]ara publicar o ceder fotografías o grabaciones realizadas en las circunstancias señaladas, será imprescindible el correspondiente permiso."

[678] *Vid.* igualmente en este sentido, ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., págs. 281 y 282.

proscrito por el art. 20.2 CE, que prohíbe la censura previa para el ejercicio de estos derechos.

Respecto a la posibilidad, contemplada por el derogado art. 179 ROSFAS 1978, de que una autoridad administrativa pueda limitar el ejercicio del derecho a poseer y utilizar medios de comunicación social dentro de los recintos militares, a mi juicio solo cabe pensar como motivos constitucionalmente legítimos que habiliten a establecer restricciones respecto a la utilización de los medios de comunicación social en tales ámbitos en la existencia de circunstancias de conflicto o guerra[679], siempre que se autorice por una ley orgánica, y ello siempre desde el más escrupuloso cuidado de no incurrir en la censura previa prohibida por el art. 20.2 CE ya que

"La prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del art. 53.1 y art. 81.1 C.E., pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes y valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 C.E., funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación. Este Tribunal ya ha dicho en reiteradas ocasiones que por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el placet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario. Y precisamente por lo tajante de la expresión empleada por la Constitución para prohibir estas medidas, debe alcanzar la interdicción a todas las modalidades de posible censura previa, aun los más "débiles y sutiles", que tengan por efecto, no sólo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1 (SSTC 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995, 176/1995)."[680]

De la jurisprudencia constitucional se deduce claramente, por ello, que, ni siquiera mediante ley orgánica, por muy fundadas razones de preservación de la seguridad nacional que lo justifiquen, o circunstancias excepcionales o de guerra que se presenten, está legitimado el poder público a someter a control o, en definitiva, censura previa

[679] Se trata así de la justificación que Pascua califica como razonable ya que "puede pensarse en un caso de guerra o asimilado en el que convenga evitar la difusión por la unidad de alguna noticia desmoralizadora, sin perjuicio de la cautela que ello requiere, por cuanto la libre e inevitable difusión de rumores pudiera en algún caso ser más perjudicial que la lectura de las noticias reales." PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Colección Monografías, ob. cit., pág. 281. En un sentido similar, ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., págs. 283. Blanquer, por el contrario, refiere la *suspensión* del derecho a recibir información únicamente a la declaración formal de los estados de excepción o sitio. BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., págs. 488 y 489. En mi opinión, que se puedan suspender los derechos fundamentales del art. 20.1 a) y d) en esos supuestos no tiene nada que ver con la posibilidad de que por ley orgánica se habiliten límites a los mismos, y ello no solo en estado de excepción o sitio formalmente declarados sino, por ejemplo, en el ámbito de un teatro de operaciones, en el que las circunstancias de guerra –declarada o no- o conflicto así lo justifiquen.

[680] STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 5. En mi opinión, en tal prohibición constitucional incurría -ya que suponía un examen o juicio previo por parte de la Administración del contenido de lo publicado, y por ello, una censura previa- la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1977, por la que se regula la adquisición de medios de difusión políticos o sindicales (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa de 6 de octubre, nº 230).

alguna respecto a la difusión, utilización o posesión por los militares de medios de comunicación en los recintos militares o en cualquier otro lugar, ni siquiera mediante la suspensión de tales libertades, ya que la garantía del art. 20.2 CE se mantiene subsistente incluso en caso de declaración del estado de excepción o de sitio. (arts. 55.1 CE y 21.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

Sin embargo, el art. 12 de la ley orgánica 9/2011, de derechos y deberes ha optado por no concretar los señalados límites relativos a la tenencia y utilización en unidades militares de dispositivos de grabación o reproducción de la imagen o del sonido[681] y ha decidido evidentemente no establecer ninguno a la utilización o difusión en circunstancias excepcionales de los medios de comunicación social.

Centrándonos en el derecho a la libertad de expresión, podemos conceptuarlo dentro de los llamados derechos de libertad puesto que según la jurisprudencia constitucional

> "los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático. Así, "el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas" (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6)."[682]

Ahora bien, la libertad de expresión dista de ser un derecho absoluto. Así, de manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito, lo que, aunque se

[681] Por lo que se refiere a esta cuestión, la previsión en el art. 12 LODDFAS 2011 de los límites referidos a la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional así como el deber de reserva como evidentes restricciones a las libertades del art. 20.1 a) y d) CE podría fundamentar incluso un ulterior reproche penal en virtud de los arts. 53 a 56 CPM, *Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional*.

[682] Entre otras, STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

declare con carácter general por la doctrina constitucional[683], aparece con clara repercusión en el ámbito de las FAS.

Así "dentro de las limitaciones a los derechos del art. 20 CE, deben singularizarse aquéllas referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas, en atención a las peculiaridades de éstas y las misiones que se les atribuyen. Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (...). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RR.OO.). Como consecuencia de ello, y de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas, límites que supondrían una diferenciación respecto del régimen general y común de esas libertades. [...]

Ha de concluirse 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[684], o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4.º, «disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la CE les asigna, una especial e idónea configuración»".[685]

Esta jurisprudencia encuentra una clara apoyatura en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en la conocida sentencia del caso *Engel* de 8 de junio de 1976, justifica las restricciones a la libertad de expresión de los militares basadas en el "*orden que debe reinar en el interior de un grupo social*

[683] *Ibídem.*, FJ 5. Además, SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5 y 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4.

[684] Observamos que se deducen de la jurisprudencia constitucional los dos principios con capacidad para constituir un límite a la libertad de expresión de los militares: 1) la disciplina militar, en su doble vertiente de respeto a los superiores jerárquicos y, por otra parte, a las altas instituciones y órganos constitucionales y, 2) el principio de neutralidad política.

[685] STC 371/1993, de 13 diciembre, FJ 4. La cursiva es mía. En el mismo sentido, AATC 375/1983, FJ 2 y 216/1984. Para Blanquer, mientras que el Tribunal Constitucional, cuando se produce una colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor no duda en afirmar el carácter preferente de la primera, olvida esa primacía de los derechos y libertades del art. 20 de la Constitución cuando la colisión se produce con la disciplina militar. Para este autor "el punto de partida no está en la ponderación de la disciplina con la libertad de expresión, sino en el análisis sobre si el militar… ha ejercido la libertad de expresión dentro de los límites constitucionales. Si se respetan esos límites, el proceder del militar es lícito aun cuando perjudique la disciplina, y en consecuencia no puede ser sancionado." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., págs. 446-448.

concreto" Aclara que "*así es especialmente cuando, como en el caso de las Fuerzas Armadas, el desorden en este grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera.*"[686] Subordina el Tribunal, por ello, la libertad de expresión a la disciplina militar y funcionamiento eficaz de las FAS:

"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…"[687]

Descendiendo al terreno disciplinario –que es donde realmente se hacen efectivos los principios más arriba referidos- y a la jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, que realiza una importante labor exegética sobre los derechos de los militares mediante su labor revisora de las sanciones disciplinarias impuestas, debemos comenzar indicando que tanto la Ley Disciplinaria de las FAS como la de la Guardia Civil contemplan un importante cuadro de faltas graves y leves, que vienen a incidir en la libertad de expresión de los militares. Estas infracciones son sistematizadas cuidadosamente por Corrales Elizondo[688] de la siguiente forma:

A. Que afectan a la corrección en el trato.
B. Que afecten a la disciplina y a la subordinación.
C. Que afecten al deber de secreto y a la obligación de reserva.
D. Que afecten a las exigencias en la forma de las peticiones o reclamaciones.
E. Que afecten al deber de neutralidad política.[689]

Sin embargo, si examinamos la jurisprudencia de la Sala 5ª, la intensidad de las limitaciones a la libertad de expresión difiere dependiendo de que las expresiones de los militares aludan a sus superiores jerárquicos o altas instituciones del Estado para verter una crítica sobre ellos o tengan por objeto un debate partidista pronunciándose públicamente o practicando proselitismo a favor de una determinada opción política.

Respecto a la crítica a los superiores jerárquicos o las debidas a motivos del servicio, se incluyen en la ley disciplinaria varias infracciones que afectan al debido respeto a los superiores o subordinados así como al correcto trato a los mismos además

[686] Párrafo 98. Interpreta que esas restricciones son legítimas en virtud de la habilitación a los Estados por el art. 10.2 del Convenio.
[687] Párrafo 100.
[688] CORRALES ELIZONDO, A., "Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, págs. 62-69.
[689] Arts. 7 y 8 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. En el ámbito de la Guardia Civil, arts. 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

de las críticas por motivos profesionales o del servicio: "falta de respeto a los superiores, las razones descompuestas o las réplicas desatentas"[690], "la corrección a subordinado de forma desconsiderada"[691], entre otras, y referidas al servicio, *ad ex.*, "las manifestaciones de tibieza o disgusto y las manifestaciones contra el servicio, las órdenes del mando y de otros militares."[692]

Pues bien, el análisis de la jurisprudencia muestra que, si bien las críticas relativas al servicio cuando son desmesuradas[693] no se encuentran amparadas por la libertad de expresión, menos aún lo están las faltas de respeto a los superiores, que cobran un tinte de especial gravedad cuando las expresiones irrespetuosas se arrojan sobre los altos mandos políticos o militares de las FAS así como respecto a las instituciones constitucionales. En este sentido cabe decir que la simple discrepancia o la mera crítica no pueden motivar legítimamente una sanción disciplinaria.[694]

---

[690] Art. 7.12.
[691] Art. 7.16.
[692] Art. 7.8.
[693] Así se declara en la STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 5: "*No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria mesura más estricta que la exigible de las no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones «levemente irrespetuosas»*, en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares." La cursiva es mía. En la STS de 26 de julio de 2010, FJ 4 no solo se analizan las palabras de forma aislada sino el contexto en el que se producen así como la intención de desacreditar a los destinatarios, algo que en la óptica común entraría dentro de la libertad de expresión pero no, según la sentencia, en el marco de una relación especial caracterizada por la jerarquía y la unidad como la militar. Por ello, tal y como apunta Blanquer, "[p]ara la adecuada ponderación de la libertad de expresión del militar (…) deben tomarse en cuenta las circunstancias de acaloramiento que pueden darse en una discusión, ya que el recíproco apasionamiento puede estar en el origen de la reyerta verbal." Coincido efectivamente con este autor en que "si quien ordena excede la debida moderación y se manifiesta despectivamente, de forma intemperante o destemplada, con petulancia o jactancia, ese proceder del superior militar desplaza la eventual antijuridicidad de la ironía del subordinado." Apoya Blanquer sus argumentos en la STS de 29 de marzo de 1993 (recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario nº 2/62/1992), cuando esta resolución afirma en su FJ 3º que "Todo exceso es reprobable, pero si se trata de intereses personales, directos y trascendentes para el recurrente, el exceso con que éste pueda producirse, podría tener cierta justificación en el acaloramiento propio del afectado desfavorablemente por una resolución". *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., págs. 467.

[694] Cabe citar en este sentido la STS de 11 de octubre de 1990, FJ 7 cuando señala lo siguiente:

"La proclamada discrepancia con la sanción impuesta por la falta leve, la calificación de «injusto» proyectada sobre el acuerdo que se la impuso y la afirmación de que las declaraciones que habían sido corregidas estaban amparadas por su derecho a la libertad de expresión, hubieran sido legítimas -y desde luego no constitutivas de falta grave- si el recurrente no las hubiese hecho públicas a través de la prensa y la radio. Mas, utilizando estos medios y exponiendo a la opinión pública el conflicto que personalmente le enfrentaba con el Mando, añadía a aquél una dimensión política que no se le podía ocultar -dado su rango y experiencia- y que en modo alguno era compatible con «la especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina». En toda estructura social y, por supuesto, también en la militar pueden suscitarse conflictos entre sus miembros pero, así como en la sociedad global, cuando está democráticamente organizada, la exteriorización del conflicto y su normalización como pauta de convivencia han de ser positivamente valoradas, no puede ocurrir lo mismo en una Institución fuerte e indispensablemente jerarquizada como la castrense. En ésta, la unidad tiene tan primordial relevancia que no es concebible se admita la manifestación normalizada del conflicto, como si su solución pudiera encomendarse a los propios actores del mismo, y mucho menos que aquéllos se dirijan a la opinión pública en aparente demanda de apoyo. Desconocer algo tan elemental y simultanear, con la reclamación correctamente articulada a través del recurso legalmente establecido, la protesta paralela ante los medios de comunicación social, en la medida en que supone un planteamiento del conflicto fuera del

Constituye jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "*ha quedado establecido que el Convenio es válido en principio para los miembros de las Fuerzas Armadas y no solamente para los civiles. Al interpretar y aplicar las normas de dicho texto... el Tribunal debe estar atento a las particularidades de la condición militar y a sus consecuencias en la situación de los miembros de las Fuerzas Armadas. Recuerda a este respecto que el art. 10 no se detiene a las puertas de los cuarteles. Es válido tanto para los militares como para las demás personas dependientes de la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, como ya dijo el Tribunal, el Estado debe poder restringir la libertad de expresión allá donde exista una amenaza real para la disciplina militar, no concibiéndose el funcionamiento eficaz de un ejército sin unas normas jurídicas destinadas a impedir que se socave dicha disciplina. Las autoridades internas no pueden, sin embargo, basarse en tales normas para obstaculizar la manifestación de opiniones incluso cuando sean dirigidas contra el Ejército como institución (sentencias Engel y otros [TEDH 1976/3, anteriormente citada], pg. 23 ap. 54, Verinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi vs Austria de 19 de Diciembre de 1.994, serie A nº 302 pg. 17 ap. 36 y Grigoriades vs Grecia de 25 de Noviembre de 1.997 [TEDH 1997/95]...*"[695]

Esta doctrina es asumida por la Sala 5ª cuando señala que "[a] *tenor de dicha doctrina, sólo cabe limitar el derecho de expresión de los militares cuando exista una <<necesidad social imperiosa>>, lo que ocurrirá allí donde pueda tener lugar una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las Fuerzas Armadas.*"[696] De manera que los militares no tienen vedado de forma absoluta la capacidad de crítica. En este sentido las limitaciones a la libertad de expresión deben interpretarse de forma restrictiva[697] no pudiendo de igual forma dejar vaciados de contenido los derechos del art. 20.1 a)[698]: "*En la actualidad se observa una cierta ampliación del derecho a la*

único cauce admisible, pone en peligro la unidad en que descansa básicamente todo Ejército bien organizado y quebranta de forma grave el valor de la disciplina."

A juicio de Blanquer "los militares (…) tienen un deber de fidelidad pasiva, que no excluye la crítica contra determinados principios o preceptos constitucionales. Carece de lógica interna pretender que el militar debe tener una fidelidad activa a una Constitución cuando se niegan al soldado los derechos y libertades que la Constitución reconoce, ya que entonces se le niegan los valores que subyacen a dichos derechos, pero se le impone adherirse a ellos al imponérsele la fidelidad activa. Por contra, el reconocimiento a los militares (…) de los mismos derechos y libertades que gozan los demás ciudadanos no presupone, ni de por sí implica, la legitimidad de exigir una fidelidad activa a la Constitución. Al militar puede exigírsele fidelidad a la Constitución, pero no puede imponérsele la adhesión a los valores y principios de la Constitución." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 454. En las páginas siguientes este autor duda asimismo de la legitimidad de la Administración a través del procedimiento disciplinario para erigirse en protectora frente a las críticas dirigidas a las altas instituciones del Estado. Critica asimismo Blanquer el veto a la posibilidad de que los militares critiquen la política gubernamental, ya que debe distinguirse entre las críticas contra los superiores jerárquicos y las que se vierten contra la actividad del Gobierno, en el marco del estatus general de ciudadanía. *Vid. ibídem.*, págs. 455-461.

[695] Sentencia de 21 de enero de 1.999, Caso *Janowski contra Polonia*.

[696] STS de 19 de enero de 2009, FJ 4. Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 201/15/2008.

[697] *Vid.* en este sentido STS de 4 de febrero de 2008, FJ 2º.

[698] *Vid.* en este sentido asimismo CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 143. Considera este autor que la discrepancia por sí sola no debe entenderse como irrespetuosa, desleal o disolvente. *Ibídem.*, pág. 143.

libertad de expresión de los militares estando hoy muy distante aquella afirmación de que << el Ejército debe ser ciego y mudo>>. Por el contrario, como esta Sala ha dicho en ocasiones precedentes se trata de garantizar por una parte la disciplina y la neutralidad política de las Fuerzas Armadas y, de otra, que no se reduzca a sus miembros al puro silencio."[699]

Solo cuando las expresiones adquieren un cariz desmesurado, irrespetuoso, peyorativo, desconsiderado o resulta innecesario la utilización de determinadas expresiones se entraría dentro de una conducta que no puede hallar cobijo en el derecho a la libertad de expresión por ser constitutiva de una falta de respeto a un superior en un ámbito fuertemente jerarquizado y cohesionado como son las Fuerzas Armadas.

En este sentido la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2008 afirma que "*las libertades del art. 20.1a) CE no protegen, según una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones injuriosas o innecesarias a la hora de emitir cualquier crítica, opinión o idea, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad de ofendido*"[700] A título de ejemplo, la STS de 19 de enero de 2009 analiza la conducta del recurrente a quien, pese a asistirle la razón en sus objeciones, le reprocha que debió hacerlo de una forma mínimamente respetuosa: "El recurrente gozaba de libertad para expresarse y formular a su superior -o a los superiores de los que éste, a su vez, dependía, tal y como, por cierto, efectivamente hizo- cuantas objeciones creyera que debía plantearle por la decisión adoptada respecto a su solicitud de alojamiento en la Residencia "Alcázar" junto con su pareja de hecho. Pero ese derecho debió ejercerlo con respeto, […] si bien no lo hizo así, constituyendo las expresiones utilizadas, según conclusión del Tribunal de instancia -que esta Sala comparte por entenderla razonable y adecuada a las reglas de la sana crítica-, una

[699] STS de 4 de febrero de 2008, FJ 4º. Muestra de que las afirmaciones deben revestir una afección real a la disciplina es lo afirmado en la misma resolución, donde se asevera que "*las expresiones emitidas por D. Carlos Antonio no constituyeron una amenaza real para la disciplina del Ejército al limitar su crítica, no a aspectos castrenses sino a aspectos meramente burocráticos o de gestión. Consecuentemente, la crítica efectuada por D. Carlos Antonio al Director del Museo del Aire, estaba en principio amparada en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).*" FJ 5º. Además, SSTS de 11 de febrero y 23 de marzo de 2005.

[700] Recurso, nº 201-94/07, FJ 5º. *Vid.* asimismo STC 49/2001 (Sala Segunda), de 26 de febrero. Debemos coincidir, sin embargo, con Blanquer cuando afirma, frente a lo declarado en la STS de 29 de marzo de 1993 (recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario nº 2/62/1992), que "la ironía no es una forma incorrecta o irrespetuosa, sino puramente crítica de expresar el parecer; al contenido crítico de la opinión libremente expresada se suma la forma crítica, pero correcta y constitucionalmente protegida." Añade el autor que "[s]i el militar es irónico en sus expresiones, pero sin llegar al insulto, y sin cuestionar la obediencia a lo ordenado, entonces no existe fundamento para ejercer la potestad disciplinaria. La obediencia no se cuestiona por la simple manifestación de expresiones irónicas, sino por la renuencia o la tardanza en el cumplimiento de lo ordenado. Si no hay *animus iniuriandi*, ni ánimo de desobedecer, ni mala fe en la ironía, no hay fundamento para ejercer la potestad disciplinaria." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., págs. 466-467.

desvaloración personal del mando al que se dirige, al utilizar expresiones directamente descalificadoras del mismo, siendo ello lo que constituye la falta de respeto que motivó la sanción."[701]

Las exigencias se suavizan cuando el militar –en el marco de un recurso o impugnación de un acto administrativo, donde ejercita su propia defensa- ejerce la libertad de expresión en conexión con el derecho de defensa del art. 24.2 CE puesto que se impone –según el Tribunal Constitucional- un "*entendimiento de la libertad de expresión, como libertad <especialmente reforzada por inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental> (STC 157/1996, F. 5)*" que "*es perfectamente trasladable a los supuestos de autodefensa en los que, como ahora ocurre, es el propio ciudadano afectado quien, por no ser preceptiva la asistencia letrada, asume por sí mismo la defensa en el procedimiento de sus derechos e intereses legítimos.*"

Añade el Alto Tribunal que "[s]in duda alguna, dicha circunstancia es determinante para ponderar las vulneración de derechos denunciada en la demanda de amparo, puesto que "no pueden aplicarse los mismos criterios para juzgar la conducta y los límites de la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas cuando las expresiones que se tratan de calificar como infracción disciplinaria, se

[701] Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 201/15/2008, FJ 4º. De igual forma el caso narrado en la STS de 26 de julio de 2010, donde advierte que "las expresiones vertidas en las cartas suscritas por el hoy recurrente y dirigidas a altos jefes del Ejército de Tierra y las Fuerzas Armadas sobrepasa ampliamente los límites que todo militar -y más aún si ostenta el alto empleo del hoy recurrente debe observar en el trato con sus superiores, dado que en dichas misivas se contienen expresiones y juicios que deben valorarse no sólo como irrespetuosas sino aún como despectivas y ofensivas, que se incluyen en el contexto de un escrito, valorado como unidad intelectual, claramente dirigido a poner en cuestión la actuación profesional de aquellos mandos a los que se dirige, todo lo cual confiere una inocultable gravedad o entidad antidisciplinaria a los hechos a que se hace expresa referencia en el relato fáctico contenido en la resolución de 19 de mayo de 2008." FJ 1º. De la misma manera la STS de 13 de septiembre de 2010, que confirma la sanción impuesta a un guardia civil nos ilustra sobre una serie de expresiones contrarias a la Disciplina y que tienen por objeto descalificar a los altos mandos del Cuerpo e incluso a las Altas Instituciones del Estado:

"En efecto, aún prescindiendo de la referencia al Presidente del Gobierno, es lo cierto que, según consta en los hechos probados de la Sentencia de instancia, ya intangibles, el hoy recurrente afirma que "si nos sancionan, montaremos una más grande" y "si quieren meternos a los 3000 en la cárcel, ellos verán", frases cuya significación literal es, en el contexto en que se insertan, claramente intimidatoria, pues de ellas se deduce -de forma expresa en la primera e implícita en la segunda- una clara amenaza o conminación cuyo objeto es obligar o forzar al Gobierno de la Nación, al Ministerio del Interior o a los órganos y mandos rectores de la Guardia Civil a llevar a cabo determinadas actuaciones -reconocimiento de derechos como el asociacionismo y regulación de las funciones de la Guardia Civil-. De esta forma, el Sr. Eugenio exteriorizó el propósito de llevar a cabo una coacción ilegítima sobre las autoridades y mandos del Instituto Armado con la finalidad de conseguir que abdicaran del legítimo -y obligado ejercicio de la acción disciplinaria que la legislación vigente les atribuye. […] Y tanto las amenazas como las acusaciones referidas, deterioran la disciplina con que determinado servicio propio de la Guardia Civil debe realizarse, al condicionar su prestación a la voluntad -e incluso capricho- de los subordinados o dirigentes de la Asociación y al dar a entender a los miembros del Cuerpo que, con carácter generalizado, determinadas retribuciones económicas se conceden, siempre, en su mayor cuantía, por razones absolutamente ajenas a lo que la normativa que las regula establece. […]. Ello comporta trasladar a la ciudadanía y a los miembros de la Guardia Civil una imagen de compulsión o intimación hacia los superiores […] del todo alejada de los criterios que se fijan en la normativa al efecto, pues, según se afirma por el hoy recurrente, la única razón de su concesión es la amistad, o, peor incluso, el hecho de llevarle "el café al jefe", abundando así en una imagen de los superiores y del propio servicio que, por lo discrecional, lo caprichoso e injusto y hasta ilegal del comportamiento de los mismos -que traslada a los ciudadanos e integrantes de la Guardia Civil como de carácter general-, trasluce un estado de total favoritismo y corrupción en el funcionamiento del Instituto Armado, pues claramente se da a entender que esas percepciones económicas se conceden por la influencia o el favor y no por el mérito. Unas y otras aseveraciones, por su naturaleza conminatoria y retadora y por su carácter generalizado y objetivamente insultante, desmerecedor y vejatorio hacia los mandos de la Guardia Civil, suponen un quebranto de la disciplina." FJ 3º. *Vid.* asimismo las SSTS de 14 de septiembre de 2009 y de 26 de mayo de 2010.

producen en el marco del ejercicio de un derecho a impugnar una resolución administrativa, que en cuanto afecta también a otros derechos y valores constitucionales, ha de ser un elemento trascendente" (FJ 2).""[702], descartando siempre "*la existencia de expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias, así como la presencia de consideraciones críticas referidas a la autoridad o a la institución militar, incorporadas de forma gratuita y carentes de toda conexión lógica con aquellos argumentos que pueden considerarse pertinentes o necesarios para articular procesalmente un alegato de defensa contra el acto sancionador*"[703]

De la misma forma el modo irrespetuoso o contrario a la disciplina de realizar reclamaciones o peticiones[704], hacerlo basándose en aseveraciones falsas o, simplemente a través de los medios de comunicación social, determinará una falta disciplinaria grave (art. 8.18 LORDFAS) que ha recibido el aval de la jurisprudencia.[705] Pero es en las manifestaciones de carácter político donde se exige al militar una exquisita neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales (art. 7.31 LORDFAS), de forma que le queda vedado pronunciarse públicamente ni efectuar

---

[702] STC 102/2001, de 23 de abril, FJ 4.

[703] *Ibídem.*, FJ 5. Aplicando esta doctrina constitucional, no quedan según la Sala 5ª amparadas por el derecho de defensa en conexión con la libertad de expresión las palabras descalificatorias o injuriosas respecto a un superior. En el caso analizado por la STS de 26 de mayo de 2010 llega a la conclusión de que el encartado y recurrente no respetó las "*exigencias de buen modo que el respeto a la disciplina y subordinación impone a todo militar*" utilizando "[e]*xpresiones que, en todo caso, eran innecesarias para la finalidad perseguida, y cuya significación ofensiva irrespetuosa no puede ser desconocida por quien, además, ostenta un alto empleo militar. El hoy recurrente, en definitiva, como dice la sentencia de esta Sala de 18.05.2000, obró con el dolo genérico que el tipo disciplinario requiere, sin necesidad de que concurra un específico "animus iniuriandi"*. FJ 3º.

[704] En este sentido sintetiza la doctrina de la Sala la STS de 3 de marzo de 2010, donde se confirma la sanción a un guardia civil, representante de una asociación profesional, por anunciar que durante un determinado periodo no formularían denuncias ante las infracciones: "*Es cierto que al recurrente, como portavoz o representante de la Asociación Unificada de la Guardia Civil y contemplando su actuación con la nueva perspectiva aportada por la citada Ley Orgánica Reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil, que reconoce el derecho de asociación, se le debe conceder un amplio margen de libertad de expresión en las actuaciones dirigidas a la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de sus compañeros. Pero, en todo caso, dentro de las limitaciones propias del respeto a la disciplina debida en la prestación del servicio, por lo que esta libertad no puede, en ningún caso, alcanzar al anuncio y justificación de actuaciones concertadas que manifiestamente alteran el normal funcionamiento del servicio o pueden generar un incremento relevante del riesgo para el conjunto de los ciudadanos.*" FJ 7º. Respecto a la incidencia de la condición de representante de una asociación profesional en el contenido del derecho a la libertad de expresión del militar (particularmente, del miembro de la Guardia Civil), *vid.* HERBÓN COSTAS, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?" en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 97, enero-junio 2011, Madrid, pág. 75 y ss. Señala así el autor que "La aprobación de la LODDGC [Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil] , que desarrolla el derecho de asociación profesional de los guardias civiles, ha modificado la posición mayoritaria de la Sala V en lo que hace a la libertad de expresión de los representantes asociativos en los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, pasando a ser la antigua posición minoritaria de la Sala la posición actualmente consagrada, considerando legítimo el ejercicio de la misma por el representante asociativo siempre que respete los límites establecidos por la propia LODDGC al ejercicio del derecho".

[705] *Vid.*, por todas, SSTS de 13 de septiembre de 2010, de 14 de septiembre de 2009 y 11 de octubre de 1990.

propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas. (arts. 12.2 y 7.1 LODDFAS 2011).

Es en este ámbito pues donde queda reducida al más mínimo espacio la libertad de expresión del militar, no resultando preciso para incurrir en una conducta sancionable, y ello con el aval de la jurisprudencia constitucional y de la Sala 5ª, proferir descalificaciones, expresiones insultantes o críticas desabridas ni siquiera faltar levemente al buen modo con que debe proceder todo militar, ya que no es la disciplina lo que aquí se tutela sino el principio de neutralidad política, que se ve infringido desde que un militar, fundamentalmente cuando hace uso de su condición de tal, se manifiesta públicamente a favor de alguna de las opciones políticas o sindicales o incluso cuando toma partido en un debate de trascendencia u objeto de controversia política, particularmente cuando sus posiciones se ven identificadas con las de algún partido o grupo político concreto.

La infracción del principio de neutralidad política, ahora consagrado en el art. 7 LODDFAS 2011, se traduce en la comisión de una falta leve del art. 7.31 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS, a saber, "*expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales*" Si atendemos a la literalidad del precepto, han de darse varios elementos –no siempre de fácil determinación- para entender cometido el tipo disciplinario:

En primer lugar, la emisión de una opinión que afecte al tan mentado principio de neutralidad de las Fuerzas Armadas, en relación con las diversas opciones políticas o sindicales. No necesariamente se exige para incurrir en el tipo mostrar el apoyo a una determinada opción o partido político de los que se encuentran en la lucha política.[706] Basta con identificarse con una propuesta determinada defendida por los mismos, máxime si concurren determinadas circunstancias.[707] No obstante, parece exigirse una

[706] Dice con razón Blanquer que la recta aplicación del principio de neutralidad política debe conducir a sancionar, al igual que ocurre con las opiniones contrarias o de rechazo, las manifestaciones de adhesión a las medidas políticas que resultan del programa del partido político en el Gobierno, frente a lo que ocurre, apunta atinadamente este autor, en la realidad. BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 459.

[707] Como botón de muestra, baste la sanción a un Coronel del Ejército, confirmada por la Sala 5ª del Tribunal Supremo (STS de 11 de octubre de 1990, FJ 4º) por defender en una entrevista y en época electoral la desaparición del servicio militar obligatorio, algo que coincidía con el programa de algún partido político de los que entonces concurrían a las elecciones generales.

determinada cualificación del pronunciamiento del militar o un *quantum* para que pueda entenderse afectado el principio de neutralidad política.[708] Dicho de otra forma, debemos preguntarnos cuándo la expresión pública de una opinión por parte de un militar quebranta el principio de neutralidad política de la Institución. En el acertado criterio de Cotino Hueso "constituyen datos bien significativos: el lugar donde se haya ejercido la libertad pública (recintos militares[709], 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[710]; 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)."[711]

---

[708] Así aprecia Casado Burbano que "no se viola la neutralidad o imparcialidad política por abordarse temas que formen parte de los, cada vez más extensos y exhaustivos, programas o proyectos de las distintas opciones, en tanto ello no suponga una clara adhesión o repulsa, en bloque, de un determinado partido o grupo..." CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 143.

[709] En este sentido resulta revelador que la sanción impuesta a un brigada del Ejército del Aire por la exhibición de una pegatina de «no a la guerra», estando de paisano y su posterior entrega al personal civil que prestaba sus servicios en el pabellón de suboficiales del Aeródromo Militar de Lanzarote, que se trata de un recinto militar, se justifica por la Sala 5ª con la siguiente argumentación: "*esta Sala considera que la razón de la imposición de una sanción al recurrente no se debió a su manifestación –por otra parte legítima– del «no a la guerra»*, ni siquiera a su carácter partidista, pues dicha negativa hay que enmarcarla dentro de un movimiento social que se produjo tanto dentro como fuera de España, aunque evidentemente tuvo repercusiones políticas innegables, dando lugar a una polémica social y política intensa, *sino a su exteriorización en un recinto militar* en contra de la prohibición expresa de las Reales Ordenanzas, que excluyen cualquier forma de debate que cree disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas cuando, como en este caso, se hace en el interior de un establecimiento de esta naturaleza. *Este y no otro es el motivo de la sanción.*" (STS de 23 de marzo de 2005, recurso nº 201/74/04. FJ 7º). La cursiva es mía.

[710] Debemos coincidir con Casado Burbano en que, incluso haciendo uso de la condición militar, las expresiones públicas de un militar no se deben considerar realizadas en nombre de todo o parte de la Institución. Sin embargo, en mi opinión, este autor va demasiado lejos en tal conclusión al afirmar lo inamovible de ese postulado "salvo prueba evidente en contrario", lo cual resulta desacertado puesto que si un militar se manifiesta en su condición de militar no se necesitan más pruebas de cara a la sociedad para comprometer la posición de las FAS en su conjunto. *Vid.* CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 143. Véase la opinión contraria en LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 529-531.

[711] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 387. Las palabras de este autor parecen premonitorias de la que fue más tarde (enero de 2006) la conducta y posterior sanción por las palabras pronunciadas por el entonces Jefe de la Fuerza Terrestre del Ejército de Tierra, durante el discurso de la Pascua Militar, en el palacio de Capitanía de Sevilla, alocución en la que mantuvo un determinado posicionamiento en contra del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña, en ese momento en tramitación parlamentaria. A estos aspectos que sirven para comprobar si ha existido infracción del deber de neutralidad política y en qué grado se refiere Gómez Martínez cuando señala como criterios a tener en cuenta la oportunidad, el medio y el grado militar del declarante. GÓMEZ

En segundo lugar, sigue quedando a criterio del intérprete determinar no sólo cuándo queda afectado el principio de neutralidad política sino qué se entiende por una "*opción política o sindical*". Son conceptos jurídicos indeterminados que han recibido una aclaración jurisprudencial en la conocida Sentencia de la Sala de lo Militar de 17 de julio de 2006 (caso del discurso del Teniente General jefe de la Fuerza Terrestre). Debemos recordar brevemente las circunstancias del asunto: el entonces Teniente general, jefe de la Fuerza Terrestre del Ejército de Tierra, pronunció el día de la Pascua Militar de 2006 un discurso en el palacio de Capitanía de Sevilla donde se posicionaba claramente en contra del proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña, en ese momento en tramitación parlamentaria.[712] Ello provocó la sanción del militar por parte del entonces Ministro de Defensa imponiéndole ocho días de arresto a cumplir en su domicilio, como autor de la falta disciplinaria leve tipificada en el *art. 7.31 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas* ("*expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales*").[713]

Contra la expresada resolución recurrió en reposición el sancionado, lo que fue desestimado, y posteriormente, ya en vía judicial, mediante el correspondiente recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo –recopilando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de la misma Sala 5ª sobre la materia- señala que un militar –bien es verdad que hay que entender esta interpretación circunscrita a las especiales circunstancias de la relevancia pública del acto y el cargo que ocupaba el mencionado general- quiebra el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas cuando abandona la debida imparcialidad, la inacción

---

MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág.190.

[712] Los detalles del discurso pueden encontrarse en el antecedente 2º de la señalada sentencia. Asimismo, la repercusión mediática del asunto puede verse en http://www.libertaddigital.com/nacional/bono-ordena-el-arresto-domiciliario-del-teniente-general-mena-y-el-proximo-viernes-decidira-su-destitucion-1276269086/ Enlace visitado por última vez el 21 de febrero de 2014.

[713] Además de la acción disciplinaria, por Real Decreto 6/2006, de 13 de enero, se disponía el cese del ya indicado Teniente General del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra como Jefe de la Fuerza Terrestre (BOE del 14). Por resolución de la misma fecha (Real Decreto 9/2006, de 13 de enero) se disponía el pase a la situación de reserva del señalado militar. Esta última actuación administrativa dio lugar al recurso contencioso-administrativo número 63/2006 ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que se pronunció en sentencia de su sección 7ª de 11 de junio de 2007 confirmando la indicada decisión administrativa, al considerar, en esencia, que el pase a la situación de reserva de los oficiales generales se trata de una potestad discrecional del Gobierno en aplicación del entonces vigente artículo 144.4 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. (FJ 5º).

y, por ello, se posiciona en el debate o toma partido a favor de una de las opciones. Así declara que "el concepto de neutralidad equivale, en lo que ahora interesa, a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto. De otro lado, las opciones políticas se identifican con la libertad o facultad que se tiene, para elegir entre diversas alternativas en lo concerniente a la organización y funcionamiento de la sociedad plural conformada como Estado. El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas si fuera necesario."[714]

De manera que son aspectos relevantes al objeto de determinar la infracción del principio de neutralidad política la publicidad de las manifestaciones en concurrencia –decíamos ya más arriba- con otras circunstancias tales como la relevancia del acto, el carácter oficial del mismo, o que el autor de las expresiones las pronuncie en su calidad de miembro de las Fuerzas Armadas, máxime teniendo en cuenta el empleo o graduación del militar en cuestión (alta en el caso del general Mena). En el caso, pues, de la referida Sentencia de 17 de julio de 2006 el Tribunal Supremo, frente a la alegación del recurrente de que la actuación del Oficial General se limitó a poner de relieve aspectos técnicos del Proyecto de Estatuto, que constituía motivo de preocupación entre los subordinados de aquél, destacando el marco constitucional infranqueable con la lectura de los artículos de la Constitución, sobre el concepto de nación y las misiones que la Norma Fundamental atribuye a las Fuerzas Armadas, sin haber cuestionado en ningún momento del discurso la dependencia de éstas del Poder Ejecutivo[715], manifiesta que

> "[e]l demandante, a la sazón al mando de la Fuerza Terrestre del Ejército, mediante su pública intervención tomó posición frente al contenido de un Proyecto de Ley y no lo hizo precisamente como ciudadano particular sino como mando destacado de las Fuerzas Armadas. En este sentido deviene irrelevante la cuestión terminológica que suscita la parte, en cuanto a la falta de concreción de la opción política por la que se habría inclinado el sancionado. Este tomó parte y se decantó en favor de un determinado planteamiento del debate político, sobre el sí o el no al reiterado Proyecto de Reforma del Estatuto; y lo hizo en el transcurso de un acto público que se desarrollaba bajo su presidencia, ante otros mandos y miembros de las Fuerzas Armadas y en presencia de las autoridades civiles invitadas a la celebración de la Pascua Militar, en el transcurso del cual emitió su parecer y el de los militares a su mando en cuya representación dijo

[714] FJ 4º.
[715] FJ 4º.5.

> que se manifestaba, olvidando que los militares no pueden pronunciar opiniones institucionales ni manifestarse públicamente sobre una iniciativa legislativa, sin quebrantar con ello la debida neutralidad política, como sin duda ocurrió en este caso, al prevenir sobre los graves inconvenientes del Proyecto y su confrontación con determinados e infranqueables límites constitucionales […] La Autoridad que sancionó cree que también resulta reprochable haber traído a colación, a modo de "indisimulada advertencia", las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas, […] "dejando traslucir" o "dando a entender" la existencia de una esfera de poder autónomo residenciado en las Fuerzas Armadas…"[716]

De la jurisprudencia examinada podemos concluir pues que para infringir el principio de neutralidad política por parte de un militar no se hace preciso tomar partido sin más a favor de una opción política o sindical concreta sino hacerlo públicamente y que además concurran determinadas circunstancias como la trascendencia o publicidad del acto, expresarse haciendo uso de la condición de militar o la importancia del empleo o cargo militar que realiza las manifestaciones.[717] De modo que, coincidiendo con Pascua Mateo, la interpretación del principio de neutralidad política "ha de permitir todas las actividades de sus miembros que no impliquen al conjunto de la institución, la cual ha de quedar completamente al margen de la lucha política en una sociedad democrática. (…) Así, en principio, de un modo similar a lo que sostenemos respecto del derecho de manifestación, parece razonable que un militar pueda difundir un escrito o hacer alguna declaración en los que se viertan juicios de valor acerca de temas objeto de debate público, siempre que no lo haga en su calidad de tal militar, sino claramente como simple ciudadano. Un indicio muy seguro acerca del uso o no de la condición de

[716] FJ 4º.6 y 7.

[717] Como ejemplo paradigmático de las diversas circunstancias que pueden influir a la hora de determinar si estamos ante una conducta sancionable, la STS de 20 de diciembre de 2005, que enjuicia la sanción por las opiniones manifestadas en un foro de internet donde, según común opinión –aceptada en la propia sentencia, su característica más significativa consistía en la libertad, sin censura previa, para emitir opiniones sobre cuestiones profesionales. En definitiva, las características señaladas fueron determinantes –junto a otras- por la Sala a la hora de determinar la existencia de infracción disciplinaria "y en este sentido son factores a sopesar los siguientes: a) Los términos realmente desatentos, para los mandos militares y los Poderes Públicos en general, en que el texto está redactado; b) La condición de Suboficial del encartado con veintiún años de servicios, que aleja la posibilidad de apreciar en su conducta el error de prohibición invencible que estima la Sentencia de instancia; c) La inserción de aquel texto en un espacio abierto puesto a disposición de los usuarios por las Autoridades del Ejército del Aire, como instrumento para el debate público a base de opiniones variadas sobre temas de interés común; d) La ausencia de normas de obligatoria observancia sobre los contenidos de las aportaciones; e) El defecto de control previo o de verificación posterior de las publicaciones; f) La publicidad propia del medio; g) La aparición en la misma red de otros textos también excesivos en las formas; y h) Que los comentarios del encartado permanecieron en la red durante dieciocho meses después de advertirse por el mando su relevancia disciplinaria.[…] y, sobre todo, la incongruencia que representa brindar al personal militar, y civil también, la posibilidad de participar en el Foro o debate sobre temas abiertos, comunes a los usuarios y luego dar lugar al reproche disciplinario, en las condiciones dichas y cuando ni siquiera se advierten en el contenido del texto expresiones insultantes o injuriosas dirigidas a la superioridad." Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 201/76/2005, FJ 3º.

militar es la mención o no a la misma en la firma de una publicación, por ejemplo, aunque si es una persona cualificada se sabe si es o no militar."[718]

Debemos culminar nuestro análisis de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas aclarando que el nuevo art. 12 LODDFAS 2011 ha eliminado el requisito establecido por el derogado art. 178 de las Reales Ordenanzas de 1978, y consistente en la previa autorización para el ejercicio por el militar de la libertad de expresión cuando tratase 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.

Aunque evidentemente se trata de bienes protegidos (por ser materias sensibles) que justifican restricciones o limitaciones, la necesidad de una autorización previa para el ejercicio de los derechos del art. 20.1 a) y d) constituye a nuestro juicio, de acuerdo con lo que manifestamos más arriba, una censura previa que se encuentra proscrita por el art. 20.4 CE. Por ello, ya decía Pascua Mateo en 2006 que "es preferible una solución distinta de la prevista en el artículo 178 que permita tanto la protección de la seguridad nacional que con acierto pretende este precepto como el respeto a las garantías constitucionalmente establecidas para proteger la libertad de expresión. Se trata de eliminar la autorización y sustituirla por un deber de comunicación previa con la antelación suficiente, siempre que el militar pretenda tratar públicamente de cuestiones que afecten a la seguridad nacional, a la industria militar, mapas, instalaciones, operaciones en curso, etc.,…"[719] Este autor propone una facultad de suspensión por la autoridad judicial del ejercicio de la libertad de expresión a instancias del mando militar, una vez recibida la comunicación previa.[720]

---

[718] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 269. En el mismo sentido Corrales Elizondo se muestra partidario de flexibilizar los límites a la libertad de expresión, dejando como barreras a mantener la seguridad nacional y la neutralidad política. CORRALES ELIZONDO, A., "Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 76. Por otra parte, este autor concluye atinadamente al final de su trabajo que la jurisprudencia ha venido evolucionando "hacia una apertura en el ejercicio de la libertad de expresión muy notable cuando se utiliza en términos de defensa en sede administrativa y judicial y cuando, en caso de reivindicaciones laborales, personales o profesionales, los términos empleados no sobrepasan los límites de los tipos, entendidos éstos de forma que tiene a ser más flexible. La interpretación respecto a las cuestiones de neutralidad política es más rígida y sin fisuras." *Ibídem.*., pág. 105.

[719] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 243 y 244. En similares términos, LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 531-533.

[720] Igual postura sostiene Gómez Martínez para el que los límites derivados de la seguridad nacional producen un blindaje legislativo en el ejercicio de la libertad de expresión, dificultándolo en extremo y reduciendo al militar al silencio por no tener claro si puede o no expresarse. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 190.

Como hemos visto, sin embargo, la ley de derechos y deberes de los miembros de las FAS de 2011[721] parece haber acogido otras propuestas como la de Corrales Elizondo que abogaba por la supresión de la autorización previa en tal sentido, en el que denominaba "futuro Estatuto del militar": "Desarrollo del derecho a la libertad de expresión y sus límites: en este caso se expondrán los vigentes de la salvaguarda de la seguridad nacional, la defensa nacional y la disciplina. […]"[722] A mi juicio, no sería desdeñable sopesar la idea de atribuir a la jurisdicción militar (por ejemplo, a los jueces togados militares) la competencia para conocer de una nada descabellada posibilidad de suspensión del ejercicio de la libertad de expresión (a instancias de determinados mandos de la Administración militar) en materias sensibles para la Defensa nacional, tras haber recibido la comunicación previa por parte del interesado, máxime teniendo en cuenta la competencia de la jurisdicción militar en materia de tutela de DDFF de los militares.[723]

No podemos finalizar este epígrafe relativo a la libertad de expresión e información sin una sucinta referencia al Derecho comparado. Si examinamos las diversas legislaciones existentes sobre Fuerzas Armadas, Defensa nacional y estatuto del personal militar, podremos contemplar cómo, en mayor o menor medida, existe algún tipo de limitación al ejercicio de los DDFF a la libertad de expresión e información.[724]

Comenzando por Alemania, el art. 17 a de la Ley Fundamental de Bonn habilita la limitación a los militares por ley del derecho fundamental a la libertad de expresión y

[721] En el art. 12.1 simplemente se consignan los genéricos límites "*derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos.*" Ello bastaría para fundamentar incluso un ulterior reproche penal en virtud de los arts. 53 a 56 CPM, *Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional*. Sin embargo, se ha omitido, en la misma forma que señalábamos más arriba respecto a las restricciones a los derechos a comunicar y recibir información, toda referencia a la necesidad de previa autorización para el ejercicio de dichas libertades. Los restantes apartados del art. 12 parecen haber acogido asimismo las propuestas de Corrales Elizondo. *Vid.* CORRALES ELIZONDO, A., "Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas", ob. cit., págs. 75 y 76. De la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil ha desaparecido igualmente ese requisito.

[722]CORRALES ELIZONDO, A., "Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas", ob. cit., págs. 69 y 76.

[723] En la línea de lo prescrito por el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar:

"La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y *demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense*, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración del estado de sitio." La cursiva es mía.

[724] Dice Pascua Mateo que la regulación de los derechos de los militares tiende a ser más permisiva en los países nórdicos y de Europa Central que la existente en el sur de Europa y en las naciones de tradición anglosajona. PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 209.

opinión, consagrado en el art. 5.1; en concreto, el art. 14.2 de la Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (*Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten*), de 19 de marzo de 1956, reformado por Ley de 19 de julio de 1975, establece para los militares alemanes (estén o no de servicio) una obligación de reserva que abarca todas aquellas cuestiones que conociesen en virtud de su profesión, incluso hasta el extremo de imposibilitarles la declaración ante los órganos judiciales, si no es previa autorización de sus superiores jerárquicos.

Respecto a la libertad de opinión, como señala Pascua sus límites estarán determinados en virtud de varios parámetros: si el militar está o no en horas de servicio, dentro o fuera de recintos militares, así como el empleo o graduación que ostente; prohibiéndose en todo caso, atendiendo al art. 15.1 del Estatuto de 1975, participar en actividades políticas (ya sean en contra o a favor de una determinada tendencia). El régimen se flexibiliza fuera del establecimiento militar y del horario de servicio puesto que en este supuesto (art 17. 2 del Estatuto) el DF a la libertad de expresión solo queda limitado por la dignidad, buen nombre o reputación de la Institución militar.[725]

En cuanto al estatuto de los militares portugueses, el art. 270 de la Constitución de 1976 habilita al legislador al establecimiento de limitaciones de su libertad de expresión pero solamente en cuanto sea necesario para el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Utilizando la previsión constitucional, el art. 28 de la Ley nº 31-A/2009, de 7 de julio, de Defensa Nacional impone una estricta obligación de reserva sobre todas los aspectos afectados por secreto de sumario, secreto de Estado u otras razones de clasificación así como, en general, las noticias que se tengan por motivos del servicio, particularmente, las referidas a la organización, la capacidad militar, equipamiento u operaciones de las FAS. En cuanto a la libertad de expresión, los militares tienen reconocido el derecho de efectuar declaraciones públicas sobre cualquier asunto (art. 28.1). Frente a la ley de defensa nacional de 1982 en su redacción original, que proscribía las declaraciones públicas de carácter político o sobre cualquier materia que pusiese en riesgo la cohesión y disciplina de las FAS o infringiesen el deber de neutralidad política y apartidismo y que establecía la necesidad de autorización del superior jerárquico para efectuar declaraciones públicas que abordasen asuntos referentes a las FAS[726], del actual art. 28.1, aunque se mantienen los límites materiales

[725] *Ibídem.*, págs. 210 y 211.
[726] Salvo cuando se tratase de artículos de naturaleza exclusivamente técnica insertados en publicaciones editadas por las Fuerzas Armadas.

señalados respecto a los principios de cohesión, disciplina y neutralidad política, aparece eliminada no obstante la necesidad de autorización previa para tratar públicamente cualquier asunto afectante a las Fuerzas Armadas.[727]

En Francia, el ejercicio de los mencionados DDFF se regula en los arts. 7 y 8 de la Ley 72-662, con desarrollo en el Decreto 75-1975, de 28 de julio, que aprueba el Reglamento de Disciplina General en los Ejércitos. Una reforma relativamente reciente (introducida por la Ley 2005-270, de 24 de marzo) altera la regulación hasta entonces vigente en el sentido de eliminar la autorización previa para emitir opiniones. De forma que el vigente art. L4121-2 del *Code de la Défense* dispone lo que sigue:

> "Las opiniones o creencias, especialmente filosóficas, religiosas o política son libres. No pueden ser expresadas sino fuera de acto de servicio y con la reserva exigida por la condición militar. Esta regla se aplica a todos los medios de expresión. Ello no es obstáculo para el libre ejercicio de culto en los recintos militares y a bordo de los barcos de la flota.
>
> Independientemente de las disposiciones del código penal relativas a la violación del secreto de la defensa nacional y del secreto profesional, los militares deben guardar discreción por todos los hechos, informaciones o documentos de los que tienen conocimiento en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones. Salvo los casos expresamente previstos por la ley, los militares no pueden ser eximidos de esta obligación sino por decisión expresa de la autoridad de quien dependan.
>
> El uso de medios de comunicación y de información, pueden ser restringidos o prohibidos para asegurar la protección de las operaciones militares, la ejecución de su misión o la seguridad de las actividades militares."

En Italia es el art. 9 de la Ley 382/1978 el que contiene normas sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por los miembros de las FAS. Así el art. 6.2 prohíbe realizar propaganda a favor o en contra de partidos, asociaciones, organizaciones políticas o candidatos a elecciones generales, regionales y locales. Y de acuerdo con el art. 9, aunque con carácter general el militar puede publicar libremente escritos, impartir conferencias y manifestar públicamente su propio pensamiento, se excepcionan los asuntos sometidos a reserva, de interés militar o del servicio, para los que se prevé la necesidad de autorización previa.[728] Un régimen similar existe en Bélgica y Países Bajos, países donde los militares deben abstenerse de divulgar los hechos de que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones.[729]

---

[727] Dispone así el art. 28.1 de la ley portuguesa de defensa nacional de 2009:
"Los militares en servicio activo tienen el derecho de emitir declaraciones públicas sobre cualquier asunto, con la reserva inherente a la condición militar, siempre que aquéllas no pongan en peligro la cohesión y disciplina de las Fuerzas Armadas, ni el deber de abstención política, partidaria y sindical de sus miembros."

[728] *Vid.* asimismo en este sentido CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 140.

[729] En virtud de la Ley belga de 14 de enero de 1975, por la que se aprueba el Reglamento de disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Ley holandesa de 19 de diciembre de 1931, del Estatuto del personal militar.

Por lo que respecta al Reino Unido existen rígidas limitaciones a la libertad de expresión de los miembros de las FAS basadas en el principio de neutralidad política así como una fuerte obligación de sigilo que obliga al militar incluso después de abandonar la milicia y que se garantiza a través de un sistema de autorización previa con ocasión de la participación del profesional en medios de comunicación o en cualquier coloquio, conferencia, seminario o en la publicación de escritos.[730] Estas medidas se imponen en las *Queen's Regulations*, que, como señalábamos, para garantizar la imparcialidad de las FAS, prohíben asimismo la participación pública del profesional en cualquier tipo de discusión susceptible de formar parte del debate político, incluso si es para defender la política gubernamental, algo que corresponde en esencia al Ministro de Defensa (párrafo J12.021).[731]

En cuanto a Estados Unidos la 1ª Enmienda de su Constitución federal de 1787 reconoce la libertad de palabra y de imprenta así como el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios. Sin embargo, el art. 1, sección octava del mismo texto constitucional habilita al Congreso de los Estados Unidos para "dictar reglas para el gobierno y ordenanza de las fuerzas navales y terrestres", que se recogen en el *Uniform Code of Military Justice*, que a su vez forma parte del *United States Code.* El contenido y límites de la libertad de expresión de los militares en esta nación se han ido delimitando mediante una conjunción de la jurisprudencia de la Corte Suprema[732] y la legislación federal o las directivas del Departamento de Defensa. Precisamente este último bloque normativo ha flexibilizado las restricciones a los DDFF de los profesionales militares.

En este sentido la Directriz 1344.10, de 15 de junio de 1990 relativa a la actividad política de los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo, permite que los militares expresen su opinión personal sobre las distintas candidaturas y

---

Ésta última impone por añadidura la prohibición a los miembros de la institución castrense de expresar públicamente sus opiniones.

[730] Párrafo J12.018.

[731] *Vid.* CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 140.

[732] Así la Sentencia Parker *vs.* Levy de 19 de junio de 1974 confirma la condena de prisión de un médico militar por haber llamado a los componentes de las Fuerzas Especiales "mentirosos y ladrones" así como por incitar a los llamados a filas a negarse a ir a la guerra de Vietnam. El Tribunal Supremo mantiene en cierto modo la teoría del "mundo aparte" para la institución militar, con sus normas y tradiciones, que hacen más flexibles los controles de constitucionalidad de las leyes militares que las existentes en el ordenamiento común. Existen además resoluciones que consagran los principios de jerarquía, disciplina y neutralidad política. De esta forma, la Sentencia Brown *vs.* Glines de 1980 ratifica un reglamento que permite al jefe de la unidad prohibir la distribución de propaganda política cuando en su opinión supusiese "un peligro manifiesto para la lealtad, la disciplina o la moral de las tropas destacadas en su base". En el mismo sentido la Sentencia Creer *vs.* Spock de 1975.

programas de las formaciones políticas, siempre que con ello no pretendan representar a las FAS. Sí que existe una especial interdicción respecto a conductas especialmente perniciosas para el principio de neutralidad política de las FAS: solicitar el voto para un candidato, realizar una alocución en acto de campaña, participar en un debate de radio o televisión, etc.[733] Por otra parte, la Directriz 1325.6, de 1 de octubre de 1996, que regula las actividades de disidencia y protesta entre los miembros de las Fuerzas Armadas, tras dejar sentado la necesidad de equilibrio entre la salvaguarda de la seguridad nacional, los principios de buen orden y disciplina y el máximo respeto por la libertad de expresión, impone a los comandantes de unidad permitir la distribución de publicaciones recibidas a través de medios oficiales.[734] En el resto de los supuestos es posible subordinar su distribución a previa autorización a fin de fiscalizar si el libelo constituye una clara amenaza para la lealtad, la disciplina o la moral de los miembros de las FAS o pudiera entorpecer el cumplimiento de sus misiones.

7.3.- Los derechos de reunión y manifestación

La Constitución reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas en el art. 21.1. El apartado 2 se ocupa de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, exigiendo la comunicación previa (que no autorización previa) a la autoridad. Ésta sólo "*podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes.*"[735] El precepto constitucional fue desarrollado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión (en adelante, LODR). La única referencia de la Ley al ejercicio de este derecho por militares aparece en el vigente art. 4.4: "*La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica.*" La legislación específica a la que se refiere el precepto, tras la derogación del art. 180 de las Reales Ordenanzas de 1978[736], viene constituida

[733] Anexo nº 3 de la Directriz 1344.10, de 15 de junio de 1990. *Vid.* en este sentido, PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 224 y ss. Asimismo CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 140.

[734] *Ibídem.*, págs. 228 y 229.

[735] Tal posibilidad así como la propuesta de modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario se encuentra regulada en los arts. 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión.

[736] El precepto disponía lo siguiente:

"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

ahora por el art. 13 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas:

> "1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical.
>
> Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.
>
> 2. Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio."

Esta norma tiene su reflejo represivo en el art. 8.18 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS: "*Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina* […] *o formularlas con carácter colectivo.*" Y en el 8.34: "*Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida,* […] *asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical* […]" A ello hemos de añadir que el art. 8.33 tipifica la participación en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito y que el art. 92 del Código Penal Militar sanciona "*las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio*". Todas las señaladas conductas con relevancia disciplinaria aparecen en el señalado art. 8 de la LORDFAS en el catálogo relativo a las faltas graves.

Observamos pues que, respecto a los derechos de reunión y manifestación de los militares, antes de la entrada en vigor de la ley orgánica de derechos y deberes de 2011, concurrían diversas normas (varias de ellas leyes orgánicas) planteándose la disyuntiva de aplicar la ley que desarrolla el derecho fundamental o la norma que con carácter especial lo regulaba para los militares, máxime teniendo en cuenta que, aunque la LODR se remite a la legislación específica militar, la propia Ley Orgánica 9/1983 contiene en el precepto ya citado (art. 4.4) algo más que una simple remisión a la norma especial ya que a mi juicio viene a acotar la aplicación de ésta en un supuesto muy

---

imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo."

En el ámbito de la Guardia Civil, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil dispone respecto a las libertades de reunión y manifestación lo siguiente: "*1. Los Guardias Civiles no podrán organizar manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical. 2. Las reuniones de Guardias Civiles en dependencias oficiales deberán ser comunicadas previamente al jefe de la unidad, centro u órgano correspondiente, quien podrá no autorizarlas por causa del funcionamiento del servicio. 3. En todo caso no podrán asistir a manifestaciones o reuniones vistiendo el uniforme reglamentario, ni portando armas y deberán respetar las exigencias de neutralidad propias de la condición de Guardia Civil.*" (art. 8).

concreto: La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas, mientras que el art. 180 de las Reales Ordenanzas aparecía claramente como más restrictivo: "*En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo.*" En mi opinión, incluso bajo la vigencia de las ROSFAS 1978 no era posible llegar a la conclusión de que un militar tuviese prohibido participar –sea con uniforme o sin él- en prácticamente todo tipo de manifestaciones (ya que, según la redacción del precepto, parece difícil pensar en una manifestación que no implique algún tipo de reivindicación) cuando una Ley de carácter orgánico se refiere implícitamente a supuestos de participación de militares en manifestaciones públicas. Quizás en esta aparente antinomia hayan tenido bastante que decir los antedichos apartados del art. 8 de la Ley Disciplinaria. Más adelante volveremos sobre ello.

Antes de nada debemos siquiera indicar que el derecho de reunión y manifestación son derechos de libertad, distinguiendo doctrina y jurisprudencia entre reuniones en sitios cerrados y las celebradas en lugares de tránsito público[737], con un régimen idéntico a las manifestaciones.[738] En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho lo define el Supremo intérprete vinculándolo claramente -como ya habíamos avanzado más arriba- al principio democrático.[739]

En cuanto a las diversas vertientes en el ejercicio del derecho debemos comenzar distinguiendo [ya que los arts. 2 e) LODR 1983[740] y 13 LODDFAS, al igual que el art. 180 de las derogadas Reales Ordenanzas así lo hacen) las reuniones en unidades, buques o dependencias, es decir, recintos militares puesto que las reuniones celebradas en estas zonas solo revisten cobertura constitucional si media autorización expresa del jefe de la unidad.

---

[737] En este sentido, PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 288 y 289.

[738] *Vid.* Cap. IV LODR (arts. 8 a 11).

[739] "Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo-lugar de celebración." (STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2º).

[740] Este precepto, redactado por la nueva LODDFAS 2011, excepciona la aplicación de la propia LODR 1983 cuando se trate de reuniones en unidades, buques y demás establecimientos militares, que se regirán por su legislación específica, ahora constituida por la misma ley orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los militares de las FAS, sustituyendo así la referencia a las Reales Ordenanzas.

Podría pensarse que esta previsión de las Reales Ordenanzas primero y ahora del art. 13.2 LODDFAS vulnera el art. 21.1 CE al exigir como requisito *sine qua non* la previa autorización mientras que el precepto constitucional excluye categóricamente este requisito. Solo cuando se celebren en lugares de tránsito público impone la comunicación *previa* el Texto supremo. Sin embargo, lejos de lo que parece, no se impone la autorización del jefe de la unidad como un requisito constitutivo para el ejercicio de un derecho fundamental; dicho de otra manera, esa exigencia de la legislación orgánica vigente[741] no está desarrollando el derecho fundamental de reunión de los militares. Se trata de una regulación del ejercicio del mismo en un determinado espacio, de una norma sobre la utilización de un espacio de dominio público. Es decir, los militares, no están sujetos para ejercer el derecho fundamental de reunión a la necesidad de autorización, mas cuando lo hagan en un espacio militar, deben contar con la autorización expresa del jefe del mismo puesto que como indica con razón Pascua Mateo "en el supuesto relatado, lo que se está solicitando no es sólo la celebración de una reunión, sino una utilización privativa de un bien de dominio público sin realizar instalaciones permanentes, lo que tradicionalmente, y con buen sentido, se ha sometido al régimen de la autorización previa."[742]

Respecto a las reuniones y manifestaciones políticas y sindicales, avanzábamos más arriba que las previsiones del art. 180 de las Reales Ordenanzas chocaban con las específicas previsiones de la LODR de 1983 para el ejercicio del consabido derecho fundamental por parte de los militares. Así mientras el primer texto prohíbe "*tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo*", el art. 4.4 LODR se circunscribe a la "[l]*a asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas [que] se regirá por su legislación específica*". Abundando en esta línea, el art. 8.34 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario tipifica no la simple participación en reuniones o manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo sino exclusivamente "*asistir*

[741] El art.13.2 LODDFAS –que exige autorización previa y expresa del jefe de la unidad- parece más restrictivo que el precepto homólogo para la Guardia Civil, del siguiente tenor: "Las reuniones de Guardias Civiles en dependencias oficiales deberán ser comunicadas previamente al jefe de la unidad, centro u órgano correspondiente, quien podrá no autorizarlas por causa del funcionamiento del servicio." (art. 8.2 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil).

[742] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 309. La STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 4 enjuicia la prohibición por la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, del ejercicio de la acción sindical en los establecimientos militares de Libertad Sindical con similares argumentos.

de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical […]".[743] Aunque bien es verdad, como afirma Peñarrubia Iza, que dichas conductas quedarían incursas en una falta grave que sanciona las peticiones con carácter colectivo, afirmando la punición en todo caso de las manifestaciones reivindicativas[744], no obstante, la posterioridad en el tiempo de la LODR de 1983 (con carácter de orgánica), que circunscribe específicamente la regulación de las Reales Ordenanzas a una determinada forma de celebración de las reuniones y manifestaciones en que participan militares así como una aplicación estricta del principio de tipicidad que se impone a la hora de la interpretación del art. 8.34 de la Ley Disciplinaria nos lleva a entender con Fernández Segado que la asistencia de militares de paisano y sin hacer uso de su condición de militar a reuniones o manifestaciones de tipo político o sindical forma parte del legítimo ejercicio del derecho de reunión y manifestación.[745]

Esta tendencia interpretativa se abona con la redacción originaria de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil donde solo se prohibía a los miembros del Instituto Armado *organizar* manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical (art. 8.1) así como asistir a manifestaciones o reuniones vistiendo el uniforme reglamentario o portando armas (art. 8.3) aunque exige el debido respeto al principio de neutralidad.[746] *Sensu contrario*, la simple asistencia a reuniones o manifestaciones de carácter político

[743] En el mismo sentido *vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 203. De igual forma se manifiesta Casado Burbano para quien la LODR de 1983 "ha supuesto, en este punto, un acercamiento a los criterios de la doctrina y legislación extranjeras, donde no se estimaba justificada una limitación tan drástica del ejercicio del derecho de reunión, en los casos en que no trascendiese o no se pusiera de manifiesto la condición de miembro de las F.A.S. de quien lo ejercitase." CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 146.

[744] PEÑARRUBIA IZA, J.Mª. , *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 185.

[745] FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 64, abril-junio 1989, Madrid, pág.110. En el mismo sentido se pronuncia PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 313.

[746] Aunque más adelante volveremos sobre ello, por virtud de la Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, la regulación contenida en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, será también de aplicación a la Guardia Civil, en su condición de instituto armado de naturaleza militar (art. 1), quedando asimismo derogado el apartado 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. (art. 2 de la LO 11/2011).

o sindical (siempre que se respete el principio de neutralidad de la Institución) estaría permitida.

La Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las FAS, aunque se remite para el ejercicio de estos derechos a la LODR de 1983, parece tener un cariz más restrictivo incluso que la Ley disciplinaria de 1998. El art. 13 de su texto prohíbe las siguientes conductas para los militares de las FAS:

- La organización y participación activa en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical.
- La organización, participación y asistencia en lugares de tránsito público a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo[747], vistiendo el uniforme[748] o haciendo uso de su condición de militar.[749]

El texto no resulta, sin embargo, en mi opinión más limitativo que la regulación anterior ya que *sensu contario* podemos entender que sería legítimo ejercicio del derecho del art. 21 CE la mera asistencia o participación –mientras no sea activamente- a una reunión o manifestación de carácter político o sindical si no se acude de uniforme o haciendo uso de la condición militar así como la organización, participación y asistencia a una manifestación reivindicativa, siempre que no se vista uniforme o haga uso de la condición militar.[750] Sin embargo, bien es verdad que será difícil encontrar una

[747] Para González Pérez, la referencia a las manifestaciones de tipo reivindicativo ha de relacionarse con la defensa de los intereses económicos y sociales de los militares. No así cuando la manifestación tiene carácter reivindicativo de los derechos e intereses de otros colectivos, como el profesorado universitario o los minusválidos, que no guarden relación con la especial de sujeción militar. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 124.

[748] Para López Benítez la existencia de tales limitaciones para el militar de uniforme se fundamentan en que "el militar no sea un funcionario más, que cumple con su jornada de trabajo y después se pierde en el magma de la impersonalidad. El militar es fácilmente identificable ante los ojos de la comunidad. Si esta identificación es grande en condiciones normales, aún lo es más cuando porta el uniforme, porque éste, por extensión, representa también a las Fuerzas Armadas. (…) Dicho de otra manera, el militar de uniforme representa en ese momento al mismo Ejército; de ahí que la prohibición se extienda a todo militar, cualesquiera que sean su lugar en la jerarquía y su vinculación con las Fuerzas Armadas." LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 530.

[749] Para el mencionado autor "estamos aquí ante un concepto jurídico indeterminado, cuya valoración dependerá de circunstancias ambientales, declaraciones proferidas por los sujetos, actitudes, etc. Lógicamente, esta ostentación se hará más factible en los puestos superiores de la jerarquía que en os puestos inferiores y desaparecerá por completo respecto a (…) los soldados profesionales, que carecen, por así decirlo, de la capacidad de vincular con sus actuaciones y declaraciones a las Fuerzas Armadas." *Ibídem.*, págs. 530 y 531.

[750] Aunque del texto del art. 8.34 LORDFAS no se deduzca la prohibición de organizar o participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical –siempre que no se lleve a cabo de uniforme o haciendo uso de la condición militar- en realidad con ello se podría incurrir en dos faltas leves: la del art. 7.31: "Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de

manifestación de carácter reivindicativo (por ejemplo, donde los militares protestan, en defensa de sus intereses profesionales, en contra de una determinada aplicación de la Ley de la Carrera Militar) donde no se ostente, al menos implícitamente, la condición de militar.[751] Se impone, por ello, una interpretación estricta de esos términos u otra redacción de la norma, si ello no resultare posible. Debemos añadir además la dificultad que estriba en distinguir entre participación y asistencia a una reunión o manifestación.[752]

Por lo que se refiere a las reuniones en las unidades, como hemos dicho más arriba, el precepto en el ámbito de las FAS extrema aún más los controles puesto que sigue exigiendo la previa y expresa autorización del jefe[753], mientras que la ley orgánica de derechos de los miembros de la Guardia Civil simplemente exige la previa

---

neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales…" y la del 7.32: "Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida (…)". Decía sin embargo López Benítez en 1994 respecto a la regulación anterior que "el derecho de reunión de los militares carece de otro límite que no sea el de participar de uniforme (o con clara ostentación de su condición de militar) en reuniones de carácter político o sindical." LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., págs. 529.

[751] Distinto es, a mi juicio, la participación en las manifestaciones a que se refiere González Pérez en 2002 "cuyo objeto sea el reconocimiento de esos derechos… (reseña el autor el ejemplo de beneficios para minusválidos) para hijos minusválidos de *militares*, o de que se construyan viviendas que gocen de un sistema de beneficios para *militares*, o la concesión de becas de estudios *para militares o sus familias*." GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y manifestación*, ob. cit., pág. 125. Entiende el autor que se trataría de manifestaciones reivindicativas y, por ello, prohibidas en una interpretación que, sin duda, quedaba sin sanción, incluso bajo la vigencia de la anterior regulación. A mi juicio, en estos supuestos, por decirlo así, de defensa de intereses privados, aunque con una evidente dimensión social, por muy reivindicativas que sean las manifestaciones desde el punto de vista social o profesional, la organización, participación o asistencia de militares a esas manifestaciones –siempre que no se haga de uniforme- no tiene por qué implicar que se lleve a cabo exteriorizando su condición de militares ni, por tanto, que queden prohibidas en virtud del nuevo art. 13.1 LODDFAS. Paradójicamente, González Pérez entiende que "no existe razón alguna para que no se autorice la asistencia de uniforme a una manifestación que no sea de las prohibidas cuando su objeto no suponga interferencia de las Fuerzas Armadas en ámbitos de los que deben estar apartadas y no sean contrarias a la misión que la Constitución les asigna en su artículo 8. Es más su participación podría hasta resultar congruente con ésta, aunque tuviera carácter reivindicativo, no de sus derechos o intereses, sino, por ejemplo, de la incorporación de un territorio a España." *Ibídem.*, pág. 125. En mi opinión, sin embargo, el ejemplo puesto por el autor violenta actualmente al art. 13.1 LODDFAS, al tratarse de la asistencia o participación de un militar de uniforme a una manifestación política.

[752] El texto ha quedado modificado en su tramitación parlamentaria ya que el anteproyecto prohibía la mera participación en reuniones de carácter político o sindical; tras su aprobación en el Congreso de los Diputados, se requiere para que la conducta esté prohibida que la participación sea activa. El problema radica en deslindar la participación activa de la que no lo es.

[753] Como bien indica Gómez Martínez la ausencia de autorización del jefe convierte a la reunión en clandestina, aunque los fines sean lícitos, con las posibles consecuencias penales que lleva aparejadas, sin perjuicio de la corrección por vía disciplinaria cuando la trascendencia fuese mínima (art. 92 CPM). GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 204.

comunicación al jefe de la unidad, centro u órgano, quien solo podrá no autorizarlas por causa del funcionamiento del servicio. (art. 8.2 de la Ley Orgánica 11/2007)[754]

La posibilidad de que los miembros de la Guardia Civil organizan o participen en manifestaciones de carácter reivindicativo en defensa de sus intereses profesionales es algo que implícitamente no prohibía el art. 8 de la Ley Orgánica 11/2007. En este sentido, conviene tener presente la importante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de septiembre de 2010[755], que anula la resolución del Subdelegado del Gobierno en esa Comunidad por la que prohibía una manifestación de dos asociaciones profesionales de la Guardia Civil y lo hace conectando los arts. 8 y 9 de la LO 11/2007, al llegar a la consideración que la prohibición del art. 8 de la Ley se refiere exclusivamente a la organización de manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical y no de aquellas que, careciendo de tal carácter, tengan por finalidad la promoción de sus intereses profesionales, siendo ello una finalidad legítima coincidente con el objetivo del derecho de asociación profesional reconocido en el art. 9.1 de la Ley.

El caso es que la Ley Orgánica de derechos en el ámbito de las FAS presenta una redacción idéntica o similar en cuanto a la finalidad de las asociaciones profesionales. Así el art. 33.1 dispone que "[l]as asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas que tengan como finalidad la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados y se inscriban en el Registro al que hace referencia el artículo 36.1, se regirán por lo dispuesto en este título." Todo ello en conexión con el art. 14.2 de la norma, que se refiere al derecho de asociación con la finalidad reivindicativa de los intereses profesionales y los derechos reconocidos en esta ley orgánica, parecía abrir el camino, a similitud de lo que empezaba a tener lugar en el ámbito de la Guardia Civil[756], a la plena legitimidad y cobertura constitucional y legal de las manifestaciones reivindicativas o de intereses profesionales en el ámbito de las FAS, dentro de los límites impuestos por los arts. 14 y 33.3 de la LODDFAS 2011, particularmente en lo que se refiere a la imposibilidad de vincularse a las organizaciones políticas o sindicales o a sus actos; es decir, el respeto

[754] No sobraría en este precepto la posibilidad de prohibirlas en atención a la salvaguarda de la disciplina, tal y como figura en el art. 13.2 de la LODDFAS 2011.
[755] Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 8ª), Sentencia 847/2010, FFJJ 4º y 6º, recursos 636 y acumulado 649/2010 en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.
[756] Art. 36 y ss. de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

del principio de neutralidad política, al igual que se prescribe, aunque de forma más escueta, en el art. 9.5 de la Ley Orgánica de derechos en el ámbito de la Guardia Civil.

Todo ello ya era apuntado en 2006 (incluso antes de la Ley de derechos relativa a la Guardia Civil, de cualquier sentencia interpretativa de ningún Tribunal Superior de Justicia y, mucho menos siquiera de la ley orgánica de derechos y deberes en el ámbito de las FAS) por Pascua Mateo quien, respecto al tipo disciplinario del art. 8.18 de la Ley Disciplinaria de las FAS relativo a la formulación de peticiones con carácter colectivo, señala que el tipo disciplinario debe circunscribirse estrictamente a peticiones colectivas relativas al ámbito militar. Solo de esta forma, según este autor, "podremos entrar a considerar esta prohibición. Aun así, ésta cuenta con un último obstáculo, cual es la STC 219/2001 […] que reconoce la legitimidad de las asociaciones profesionales de militares de «perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados» –FJ 10- siempre que para ello no empleen medios como el ejercicio del derecho de huelga, de negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo."[757]

Sin embargo, el legislador, en mi opinión, como un intento de corregir ese recorrido dispar de la Guardia Civil con el resto de la Institución militar, ha dictado la Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Esta escueta norma, pactada en el Senado entre los dos grandes partidos políticos, y cuya tramitación ha resultado notablemente peculiar[758], señala, en lo que nos interesa, en su art. 1 lo siguiente:

---

[757] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 316 y 317.

[758] La norma se pactó entre los dos grandes partidos como una enmienda al proyecto de Ley de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad que se tramitaba en el Senado. El texto carece de exposición de motivos o preámbulo ya que su aprobación definitiva en el Congreso como ley Orgánica se efectuó tras desgajar los dos preceptos que la componen de la señalada ley ordinaria que se tramitaba en el Senado, hoy ya aprobada como Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, publicada, al igual que la comentada Ley Orgánica 11/2011 el 2 de agosto en el *BOE*. En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 29 de julio de 2011, que da cuenta de la aprobación definitiva de la controvertida Ley Orgánica, se declara literalmente lo siguiente: "La presente Ley Orgánica resulta del desglose de la disposición final segunda del Proyecto de Ley de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad." Esta apresurada forma de legislar en materia de DDFF –sea constitucional o no- reformando una ley orgánica mediante la introducción de una enmienda en el Senado a una ley ordinaria ha sido justificada de la siguiente forma en la *web* oficial del Senado: "*Se ha aprobado una enmienda en una Ley ordinaria que modifica una Ley Orgánica sobre la base de otros dos precedentes: - Ley de Comercio Minorista del año 1995. - Ley de Introducción al Euro del año 1998.*" Sobre la homogeneidad o relación de las enmiendas con las iniciativas legislativas a enmendar, *vid.* la reciente STC 119/2011, de 5 de julio, de la que merece la pena destacar lo siguiente:

"La regulación contenida en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, será también de aplicación a la Guardia Civil, en su condición de instituto armado de naturaleza militar."

La clara finalidad de la norma es evitar las manifestaciones reivindicativas de los miembros de la Guardia Civil que habían recibido el amparo jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en septiembre de 2010. Así, a la prohibición del derogado art. 8.1 de la Ley Orgánica 11/2007 de derechos de los miembros de la Guardia Civil, se suma la prevista en el art. 13.1 de la nueva ley para las FAS (ahora aplicable a los miembros de la Guardia Civil) por la que se proscribe, "[v]istiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar" la organización, participación o asistencia en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.

Con ello, queda cerrada cualquier expectativa de reconocimiento del derecho a convocar, participar o asistir a cualquier manifestación reivindicativa o de intereses profesionales en el ámbito militar, ya sea en las FAS o en la Guardia Civil, tanto por parte de las asociaciones como de los militares individualmente considerados.[759]

En cuanto al resto de reuniones y manifestaciones, el militar puede ejercer estos derechos con arreglo al régimen general, al igual que cualquier ciudadano, debiendo sujetarse al régimen de los arts. 8 a 11 LODR 1983 cuando tienen lugar en lugares de tránsito público.[760]

"Con carácter general, la necesidad de una correlación material entre la enmienda y el texto enmendado se deriva, en primer lugar, del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado. Además, la propia lógica de la tramitación legislativa también aboca a dicha conclusión, ya que, una vez que una iniciativa legislativa es aceptada por la Cámara o Asamblea Legislativa como objeto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado, toda vez que esa función la cumple, precisamente, el ya superado trámite de enmiendas a la totalidad, que no puede ser reabierto.

En efecto, la enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente, cuyo objeto y naturaleza ha sido determinado con anterioridad; sólo se enmienda lo ya definido. *La enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe nacer de una, también, nueva iniciativa. Ello, trasladado al ámbito legislativo, supone que, a partir de un proyecto de ley, la configuración de lo que pretende ser una nueva norma se realiza a través de su discusión parlamentaria por la Cámara en el debate de totalidad como decisión de los representantes de la voluntad popular de iniciar la discusión de esa iniciativa, que responde a unas determinadas valoraciones de quienes pueden hacerlo sobre su oportunidad y sobre sus líneas generales*; tomada esa primera decisión, se abre su discusión parlamentaria para perfilar su contenido concreto y específico a través del debate pudiendo, ahora sí, introducir cambios mediante el ejercicio del derecho de enmienda y legitimando democráticamente la norma que va a nacer primero mediante la discusión pública y luego a través de la votación o votaciones de la norma, según su naturaleza, como manifestación de la voluntad general democráticamente configurada." (FJ 6). La cursiva es mía.

[759] Dispone al respecto el art. 42.1 LODDFAS: "*Están excluidos del ámbito de actuación de las asociaciones profesionales* el llamamiento al ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de la misma, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo, así como *la realización de acciones que excedan el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley a los miembros de las Fuerzas Armadas, especialmente los regulados en los artículos 12 y 13.*"

[760] El caso más frecuente de la participación de militares en reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito son las procesiones y actos de culto religioso. A ello, fundamentalmente cuando acuden de uniforme militar –o no- en representación institucional de las FAS, no procede referirse aquí ya que

Por lo que se refiere al derecho comparado existe una común interdicción de las reuniones y manifestaciones de militares de uniforme o haciendo uso de la condición militar.[761] Así, la legislación portuguesa reconoce el derecho de los militares en activo a participar en manifestaciones legalmente convocadas sin naturaleza político-partidaria o sindical, siempre que estén desarmados, vistan de paisano y no porten cualquier símbolo nacional o de las Fuerzas Armadas así como que su participación no ponga en peligro la cohesión y disciplina de las Fuerzas Armadas[762] Debemos coincidir con Pascua en que quizá el caso más problemático es el de Francia puesto que, aunque no se establecen restricciones explícitas al derecho de reunión y manifestación de los militares, a las reuniones políticas les podrían ser aplicables los límites previstos para la libertad de expresión en el art. 7 de la Ley sobre el estatuto general de los militares así como la prohibición de manifestaciones colectivas por parte de los militares, prevista en el art. 13.8 del Reglamento disciplinario.[763]

7.4.- El derecho de asociación de los militares. En especial, el derecho de afiliación política y sindical. ¿Existe para los militares un modelo de democracia militante? Las asociaciones reivindicativas.

El derecho de asociación que consagra la CE 1978 con carácter general en el art. 22 está fuertemente vinculado al principio del Estado democrático y al valor pluralismo

---

corresponde al ámbito del derecho fundamental de libertad religiosa así como a las implicaciones del principio de aconfesionalidad del Estado. (art. 16.1 y 3 CE).

[761] Así, *ad ex.* art. 15.3 del Estatuto alemán del soldado, utilizando la habilitación del art. 17ª.1 de la Ley Fundamental de Bonn y art. 7 de la Ley italiana 382/1978, que diferencia entre las reuniones celebradas en el interior del establecimiento militar (total prohibición de las reuniones ajenas al servicio) y las desarrolladas fuera del mismo, donde los únicos límites son no acudir de uniforme así como no ostentar la condición militar.

[762] Utilizando la habilitación concedida por el art. 270 de la Constitución portuguesa de 1976, así lo dispone el art. 30 de la Ley nº 31-A/2009, de 7 de julio, de Defensa Nacional, de forma muy similar al régimen español definido en el art. 13 LODDFAS. La citada norma portuguesa regula de forma separada el derecho de reunión, y lo hace de forma más restrictiva y concisa que el art. 13 LODDFAS. Así, dispone el art. 29 de la ley portuguesa de defensa nacional de 2009:

"1 — Los militares de servicio pueden, siempre que vistan de paisano y no porten cualquier símbolo nacional o de las Fuerzas Armadas, convocar o participar en reuniones legalmente convocadas sin naturaleza político-partidaria o sindical.

2 — Los militares de servicio pueden asistir a reuniones político-partidarias y sindicales legalmente convocadas a menos que usen la palabra o ejerzan cualquier papel en la preparación, organización y celebración o en la ejecución de las decisiones tomadas.

3 — El derecho de reunión no puede ser ejercido dentro de las unidades y establecimientos militares ni en modo que perjudique al servicio normalmente asignado a los militares o a la permanente disponibilidad de éste para su cumplimiento."

[763] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 297 y 298. No es descabellada la opinión de Casado Burbano quien, ya en 1986, considera permitida la asistencia de militares a reuniones y manifestaciones, incluso de carácter político y sindical, siempre que no se vista uniforme ni se exteriorice la condición de militar, en Francia, Italia, Alemania, Austria, Australia e Israel. CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 144.

que promulga el art. 1 CE como superior del ordenamiento jurídico. Su naturaleza está a caballo entre los derechos de libertad y los derechos de participación política.[764]

La nueva LODDFAS 2011 consagra como regla de principio, respecto al derecho fundamental de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas, el régimen general contenido, además del señalado precepto constitucional, en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), que sustituyó a la preconstitucional Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones.

La LODA 2002 remite a su legislación específica a los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales. (art. 1.3 LODA). Y, aunque reconoce capacidad para constituir una asociación a cualquier persona física con capacidad de obrar y que no esté sujeta a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho [art. 3 a)], "[l]*os miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil habrán de atenerse a lo que disponga su legislación específica para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales.*" [art. 3 c)][765].

Dispone así el art. 14 LODDFAS 2011:

"1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I.

3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos."

De esta forma, a diferencia de lo establecido en las derogadas Reales Ordenanzas de 1978[766], la nueva ley orgánica de derechos y deberes consagra el mismo

---

[764] SSTC 56/1995, de 6 de mayo, y 173/1998, de 23 de julio. *Vid.* además, PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 326 y ss.

[765] Este inciso del art. 3 LODA 2002 ha sido redactado por la disposición final cuarta de la LODDFAS 2011, que sustituye así la referencia a las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, e incluye la remisión a la legislación especial solo en lo que respecta a la regulación del ejercicio del específico derecho de asociación profesional, ahora reconocido expresamente tanto por el art. 14.2 y en el título III, capítulo I LODDFAS 2011 –que lo desarrolla- así como por los concordantes art. 9 y título VI de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

[766] Esta norma contenía, al menos, dos preceptos dedicados a los derechos de asociación y sindicación de los miembros de las FAS. En primer lugar, el art. 181, con la siguiente dicción:

"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."

contenido del derecho fundamental de asociación que el establecido con carácter general en el art. 22 CE y en la ley orgánica de 2002 que lo desarrolla, con los únicos límites impuestos por el precedente art. 7 LODDFAS, y ello con la pretendida finalidad de garantizar la neutralidad política y sindical de las Fuerzas Armadas, lo que implica que a sus miembros les van a estar vedadas esas concretas modalidades asociativas, a saber, los partidos políticos y sindicatos, así como las actividades relacionadas con los mismos y, más en concreto, las propias de la acción sindical, esto es, la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo y el ejercicio del derecho de huelga.

Como compensación por esas limitaciones, y a diferencia de las ROSFAS 1978, el legislador orgánico vino a consagrar lo que la jurisprudencia constitucional ya reconocía, esto es, el derecho de asociación profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas, remitiendo para su regulación a lo dispuesto en el título III, capítulo I de la misma LODDFAS, con la expresa prohibición de que lleven a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos. (art. 14.3).[767]

En lo demás, y al margen de las citadas especificidades[768], para el ejercicio del derecho de asociación por parte del militar de las FAS, habremos de acudir con carácter general a la LODA 2002, a la que con buen criterio se remite el art. 14.1 LODDFAS,

---

Por otra parte, el art. 182 disponía que

"cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, ni tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos 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 […]"

De la regulación de las Reales Ordenanzas cabía deducir la prohibición, por ello, de que el miembro de las Fuerzas Armadas mantuviese cualquier clase de afiliación a un partido político, sindicato o asociación reivindicativa. Además exigía una imprecisa autorización legal para formar parte de cualquier otro tipo de asociación. No podía, sin embargo, realizarse una interpretación constitucionalmente adecuada de esta dicción (*legalmente autorizadas*) que supusiese la exigencia de ningún tipo de autorización administrativa previa, proscrita por el art. 22.3 CE.

[767] Dispone asimismo el art. 42 LODDFAS:

"1. Están excluidos del ámbito de actuación de las asociaciones profesionales el llamamiento al ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de la misma, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo, así como la realización de acciones que excedan el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley a los miembros de las Fuerzas Armadas, especialmente los regulados en los artículos 12 y 13.

2. Las asociaciones profesionales no podrán realizar actividades paramilitares ni ejercicios de formación e instrucción de ese carácter."

[768] Es importante tener en consideración la apreciación de Gómez Martínez sobre la ausencia de previsión constitucional expresa acerca del derecho de asociación de los militares (maticemos: salvo lo previsto para el derecho de sindicación) así como sobre los límites del mismo, algo que, con razón, es criticado por este autor. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., págs. 222 y 223.

norma que define el derecho de asociación como un conjunto de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que por medio de un acuerdo se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación (art. 5 de la LODA)[769], concepto del que quedan excluidas las entidades con fin de lucro (art. 1), tal como rezaba el art. 2 de la Ley 191/1964.

Sin embargo, el panorama legislativo no es completo ya que la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las FAS distingue en relación con la cuestión dos clases de faltas disciplinarias. En primer término, la falta leve de "*prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida.*" (art. 7.32) y, por otra parte, como falta grave, "[s]*in haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical,* […] *ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes.* […]" (art. 8.34). De estos preceptos de la norma disciplinaria deducíamos, incluso bajo la vigencia de las Reales Ordenanzas de 1978, coincidiendo así con Pascua Mateo, que la promoción, pertenencia o participación a una asociación reivindicativa, es decir, aquéllas que tienen por fin la defensa de intereses profesionales de sus afiliados, por mucho que lo prohibiesen las Reales Ordenanzas, se trataba de una conducta atípica para el Derecho Disciplinario militar, aunque sobre ello volveremos más adelante.[770]

[769] Siguiendo la doctrina constitucional, el contenido del derecho se manifiesta en varios aspectos, a saber, la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento interno sin injerencias públicas.

Junto a este triple contenido el derecho de asociación tiene también, según se dijo en la mencionada STC 56/1995, una cuarta dimensión, esta vez *inter privatos*, que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen o, en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las que pretenden incorporarse (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8). Esta doctrina se ha incorporado al art. 2 LODA.

[770] *Vid.* PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 377. Según Herbón "para el legislador ordenancista las «asociaciones con finalidad reivindicativa» serían asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE (y, por lo tanto, formalmente asociaciones y no sindicatos) que perseguirían la defensa de fines económicos, sociales o profesionales del militar: es decir, sindicatos del artículo 28.1 CE encubiertos bajo la máscara de asociaciones del artículo 22 CE. Por tanto, asociación reivindicativa sería toda asociación profesional de militares, al entenderse que los fines perseguidos por la misma son los de todo sindicato. Y por ello, si estaba vedada la libertad sindical para el uniformado, también lo debía estar esta otra vía de defensa de intereses profesionales." HERBÓN COSTAS, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?", ob. cit., pág. 33.

En cuanto al derecho de afiliación política del militar, parece admitirse sin más que, con base en el principio de neutralidad política de las FAS, consagrado ahora en el art. 7.1 LODDFAS[771], se proscriba totalmente la fundación, pertenencia o participación de los militares en las formaciones o partidos políticos. La Ley Disciplinaria llega a sancionar estas conductas como falta grave cuando supone la afiliación a la formación política o sindical (art. 8.34)[772] sin reparar en que, a diferencia del derecho a la libertad sindical, la prohibición no tiene fundamento en la misma Constitución ni siquiera en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.[773] Coincidimos con parte de la doctrina (en particular con Pascua Mateo)[774] en que existen una serie de razones por las que el silencio del Constituyente ha de interpretarse como favorable al reconocimiento de este derecho a los militares:

a) Cuando la Constitución ha pretendido limitar o permitir la limitación de un Derecho Fundamental lo ha consignado así de forma expresa en su articulado [arts. 28.1, 29.2 y 70.1 e) CE].
b) Para los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo lo proscribe de forma expresa, mientras que para los militares guarda silencio.[775] Esta supuesta igualdad de trato con estos profesionales es puesta en entredicho por Herbón Costas para quien si, en razón a sus funciones, tiene justificación, para resguardar su independencia y "por la importancia de sus funciones y la capacidad de influencia en la vida pública española, pero reconociéndolos en compensación una especie asociativa, la profesional, que por el momento también les es negada a los militares."[776] Sin embargo, el militar no es independiente, se halla integrado en una estructura fuertemente jerarquizada a cuya cabeza se encuentra el Gobierno. No le cabe pues opción alguna en el cumplimiento de las órdenes legítimas recibidas.

[771] Precepto del siguiente tenor: "El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos."
[772] En el ámbito de la Guardia Civil, la Ley Orgánica 12/2007 llega a contemplar como falta muy grave "[l]*a promoción o pertenencia a partidos políticos o a sindicatos, así como el desarrollo de actividades políticas o sindicales.*" (art. 7.3).
[773] Su art. 1.1 no realiza ninguna referencia a la posibilidad de su ejercicio por militares.
[774] *Vid.* PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 362 y ss. En el mismo sentido, BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado*, ob. cit., pág. 533.
[775] Se abona más aún esta teoría de la necesidad de una expresa limitación puesto que a la exclusión de los miembros de la Carrera Judicial y los Fiscales se suma la expresa previsión de que la afiliación política de los Magistrados del Tribunal Constitucional no implique ejercicio de funciones rectoras en los partidos políticos. (art. 159.4 CE).
[776] HERBÓN COSTAS, J.J., *Los derechos de asociación política y sindicación de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, ob. cit., págs. 151 y 152.

Aunque el señalado autor constata la ausencia de jurisprudencia constitucional sobre aspectos tan relevantes como los derechos de asociación y afiliación política de los militares, mantiene que la doctrina que se esgrime sin más para justificar el especial estatuto de los militares gira siempre en torno a los principios constitucionales de neutralidad política y disciplina en el marco de una relación especial de sujeción que define una organización jerarquizada como son los Institutos Armados o de naturaleza militar. Ahora bien, con razón interpela este autor sobre la distinta posición al respecto entre funcionarios militares y civiles (que supuestamente también se encuentran en el ámbito de una Administración que debe respetar las exigencias de objetividad al servicio de los interese generales *ex* art. 103 CE): "La incógnita que el Tribunal Constitucional no despeja en la ecuación funcionario militar-funcionario civil que él mismo plantea es la siguiente: ¿cuál es el rasgo distintivo entre la posición jurídica del funcionario civil y del militar en el ejercicio de este derecho fundamental? ¿El uso de las armas de fuego? Si fuera así, debería explicarse entonces las razones que justifican que el grupo de funcionarios que mayor uso hace de las mismas (los miembros de los diferentes cuerpos policiales existentes en España) no hayan visto exceptuados el ejercicio del derecho de asociación política ni por la propia Constitución (...) ni por la legislación de desarrollo específica (...) Si además se considera que, en tiempo de normalidad constitucional, mientras que un policía está diariamente de servicio portando armas de manera pública y en contacto continuo con los ciudadanos, con un deber de reprimir cualquier acto delictivo que presencien tanto si están de servicio como si no lo están, los militares en las mismas circunstancias rara vez hacen uso de su armamento fuera de sus bases o acuartelamientos, (...) menos comprensible aun se nos presenta esta diferencia de trato."[777]

Siguiendo de nuevo a Pascua Mateo, éste, tras repasar los distintos requisitos impuestos por la doctrina constitucional para la limitación de los DDFF, hace hincapié fundamentalmente en dos aspectos:

[777] *Ibídem.*, págs. 150 y 151.

- La quiebra del principio de proporcionalidad puesto que "no se explica por qué resulta necesario acudir a una ablación completa del derecho de asociación política."
- La transformación de los bienes constitucionalmente protegidos ya que "[s]i en los primeros meses de la Constitución de 1978 era acuciante asegurar el predominio del poder civil sobre las Fuerzas Armadas y apartar a éstas del centro de la vida política (...) en la actualidad la situación es bien distinta, con un régimen constitucional que no es exagerado calificar de exitoso y una España integrada en ese amplio espacio de libertad y prosperidad que es la Unión Europea (...)"[778]

Teniendo en cuenta lo anterior, convenimos, por ello, con esta doctrina en que no existe merma mínimamente apreciable al principio de neutralidad política de las FAS con la simple afiliación política de sus miembros que justifique tan radical cercenamiento de un derecho fundamental, que se sigue manteniendo en la nueva Ley Orgánica de derechos de los miembros de las FAS[779], sin un apoyo constitucional explícito.[780]

---

[778] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 362-367. En los mismos términos Cotino, para el que 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 sindical, lo que el señalado autor considera ineficaz y hasta peligroso en aras de preservar la supremacía civil, ya que "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 a 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 aprecia, más que como un observador extraño, los cambios ideológicos y políticos que se dan en la sociedad civil. Y de ahí al intervencionismo político hay un paso." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 381-383. *Vid.* igualmente PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 152. 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. La desconexión del militar de los asuntos públicos conduce a sus aislamiento social, impulsa la idea de que los Ejércitos constituyen una comunidad separada, y confirma la configuración de las Fuerzas Armadas como un ordenamiento interno fundado en principios autónomos de los inspiradores del resto del ordenamiento jurídico." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 516.

[779] Así el (antiguo) art. 13.3, en la redacción original del proyecto, disponía la total interdicción del derecho, siquiera nominal, de afiliación política:

"El derecho de asociación no podrá ejercitarse mediante la constitución, pertenencia, participación, vinculación o promoción de partidos políticos o sindicatos ni tampoco de asociaciones que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier otra circunstancia concurrente, impliquen la conculcación de los deberes de neutralidad política y sindical."

Por el contrario, la enmienda del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana- Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds resulta más respetuosa con el contenido del comentado Derecho Fundamental. El texto del art. 7 quedaría con el siguiente tenor:

"1. Los miembros de las Fuerzas Armadas *podrán afiliarse a partidos políticos sin que su participación en los mismos sea activa*; no podrán fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. 2. En el cumplimiento de sus funciones, los miembros de las Fuerzas Armadas deberán actuar con absoluta neutralidad política y sindical, respetando los principios de imparcialidad y no discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o

Por consiguiente, aunque no debe existir óbice constitucional alguno –es más, aparece con la restricción total del derecho- a la mera afiliación política del militar, sí se plantearía un problema desde una perspectiva de la sistemática jurídico-constitucional con la pertenencia del militar a partidos que, siendo legítimos en sus medios y fines, planteasen o promoviesen ideas contrarias a los valores o principios constitucionales, fundamentalmente los contenidos en el art. 8 CE y que constituyen aquellos con los que se identifican especialmente las Fuerzas Armadas. Dicho de otra manera, ¿resultaría jurídicamente posible la afiliación del militar a un partido o agrupación política que promoviese la secesión de parte del territorio nacional o la transformación del régimen constitucional de libertades en un sistema totalitario, aun admitiendo que se defendiesen para ello por dicha formación los cauces de la reforma constitucional del Título X CE?

La siguiente pregunta viene por sí sola: ¿deben los militares comulgar ideológicamente con ese sistema de valores y principios? Debemos recordar en este sentido que en nuestro ordenamiento no tiene cabida un modelo de "democracia militante" en el sentido que el Tribunal Constitucional le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución[781]; no obstante, para aquellos que se comprometen

---

vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 3. El respeto a la neutralidad política y sindical comportará la no adhesión a actuaciones o posicionamientos de partidos políticos o sindicatos, sin perjuicio del mantenimiento de posicionamientos propios en defensa de intereses profesionales, sociales y económicos del militar. [...]" Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, Enmienda nº 13, Serie A., nº. 82-20, pág. 8, IX Legislatura, 24 de febrero de 2011.La cursiva es mía.

El apartado 3 del art. 14 del texto aparece, según una enmienda de supresión del mismo grupo parlamentario, con el siguiente texto: "Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni formar parte de partidos políticos o sindicatos." Enmienda nº 18, *ob. cit.*, pág. 11.

Finalmente el texto definitivo quedó con una redacción similar: "Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos."

[780] Dice al respecto Herbón que la exposición de motivos de la propia LODDFAS 2011 "obvia aludir a una realidad que se presenta como persistente en el régimen estatutario de los militares y que es desconocida respecto del resto de colectivos profesionales, y que no es otra que la existencia de una categoría jurídica nueva, que excede y rebasa el espectro de facultades de limitación del contenido del derecho fundamental reconocidas al legislador orgánico al desarrollar un derecho o libertad tanto por el artículo 81.1 CE como por la jurisprudencia constitucional, como es la completa excepción, la prohibición absoluta de ejercicio de algunos derechos fundamentales cuya titularidad es reconocida al militar por la Carta magna, y en concreto del derecho fundamental de asociación política (art. 7.1). HERBÓN COSTAS, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?", ob. cit., págs. 45-46.

[781] STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7. Añade este pronunciamiento que en nuestro sistema no se produce tal modelo ya que "[f]alta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos." Es posible, por ello, para un partido o agrupación política la defensa de

voluntariamente a defender el sistema constitucional (con sus valores y principios configuradores, incluidos los contemplados en el art. 8 CE) sí parece exigírseles un cierto grado de comunión ideológica o, yo diría más bien, coherente acatamiento, con el sistema que han jurado o prometido defender[782] y ello en orden a la necesaria eficacia de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus misiones constitucionales.[783] Ello

---

cualquier idea política, incluso aquellas que pretendan la transformación del régimen instaurado por la Constitución de 1978, siempre que se respeten los cauces de reforma constitucionalmente establecidos y que se efectúe a través de medios lícitos.

[782] Así, en los arts. 3 y ss. de las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, se imponen una serie de valores o principios al militar, que constituyen una especie de código ético para el profesional de las armas y que es asumido voluntariamente por el mismo desde la adquisición de la condición militar, algo exteriorizado en el juramento o promesa ante la bandera de España, y que "será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y de militar de tropa y marinería." (art. 7 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar). Ello es bastante significativo respecto al "compromiso ideológico" alcanzado. Aunque en el propio art. 6 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de 2011 se contemplan una serie de reglas de comportamiento del militar (la primera de ellas, "[l]a disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de Defensa Nacional y en esta Ley") son desarrolladas en los mencionados preceptos de las Reales Ordenanzas, donde se imponen al militar una serie de principios y valores que han de ser respetados por el mismo en el ejercicio de la carrera de las armas: máximo respeto a los símbolos de la Patria (art. 6); Disciplina (art. 8); Jerarquía (art. 9); lealtad y compañerismo en el marco de la unidad de las FAS (art. 10); dignidad de la persona (art. 11); espíritu militar (art 14); primacía de los principios éticos (art. 15); tradición militar de los Ejércitos (art. 21); historial y tradiciones (art. 23), entre otros. El compromiso con ese sistema de valores y principios a los que el militar libremente se adhiere desde el comienzo de su vida castrense no es sino reflejo de la coherente exigencia por el ordenamiento de acatamiento de aquellos que "*constituyen el sustrato moral del sistema constitucional* y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales", siendo además -especialmente respecto de aquellos a los que se les asigna por el propio ordenamiento constitucional la última garantía del mismo mediante el uso de las armas- "constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos." Ello no ha de verse, en mi opinión, en términos de adhesión ideológica con el entero sistema de principios y normas emanados del texto constitucional. *Vid.* al respecto, por todas, la STS, Sala 3ª, de 11 de febrero de 2009, relativa a la asignatura "Educación para la Ciudadanía", Rec. nº 905/2008, FJ 6º.

[783] Así, como asevera Cotino Hueso, "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 principio de 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. (…)
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. (…)
Para dejar de ser un mero instrumento armado que pueda 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

supone igualmente no una apoliticidad total[784] sino un necesario apartidismo o neutralidad política que le exige el respeto a las opciones políticas existentes, entre las que se pueden encontrar, desde luego, las que defiendan valores contrarios al sistema o régimen constitucional imperante.[785]

Por consiguiente, si bien, en mi opinión, existe una clara cobertura constitucional a la pertenencia del militar a una opción política, debe mantener un comportamiento de exquisita neutralidad política tanto en sus expresiones como conducta[786], lo que le debe impedir, por ejemplo, colaborar o participar en las actividades de las distintas tendencias políticas, así como ocupar cargos directivos o rectores en las formaciones políticas[787]; pero ello no debe implicar, siguiendo doctrina constitucional reiterada[788], una adhesión positiva o comunión ideológica con el sistema de valores establecido por la Norma suprema y, mucho menos, con todos y cada uno de los preceptos constitucionales.

---

político que, en última instancia los Ejércitos deben defender." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 671-675.

[784] Afirma al respecto Cotino que "[e]l militar es una persona que, como tal, no puede mantenerse aislada y sin sentimientos al respecto la realidad política y social que le rodea. No es posible afirmar la apoliticidad del ser humano, y por tanto, la del militar." *Ibídem.*, págs. 371-372.

[785] Respecto a los términos neutralidad política, apoliticismo y apartidismo, *vid.* TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, F., "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española…" ob. cit., págs. 125 y 126. *Vid.* al respecto igualmente, FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Fuerzas Armadas-Sociedad: Del mutuo aislamiento a la progresiva integración", ob. cit., págs. 62-64.

[786] Sobre el concepto de neutralidad política, *vid.* la STS, Sala 5ª, de 17 de julio de 2006, FJ 4º, recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 204/26/2006 (caso del discurso del Teniente general, jefe de la fuerza terrestre) y la referencia a la misma en las págs. 63, 310 y ss. *supra*.

[787] Tal y como quedó expuesto, el estatuto del militar en este aspecto se contempla en los arts. 7.1 (neutralidad política y sindical); 12.2 (libertad de expresión e información) y 14.3 (límites de las asociaciones profesionales) de la ley orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las FAS.

[788] En este sentido resulta plenamente trasladable aquí lo declarado por el Tribunal Constitucional respecto al juramento o promesa de acatamiento de la Constitución. Así"[l]a sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31 entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la Norma fundamental." (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3). Además, STC 119/1990, de 21 de junio, que, enjuiciando el amparo promovido por diputados electos de Herri Batasuna, establece la posibilidad de que los diputados adquieran la condición de tales pronunciando la fórmula del juramento o promesa "por imperativo legal". *Vid.* sobre esta cuestión ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección "Estudios Constitucionales", Madrid, 2008, pág. 131 y ss.

En esta línea debemos precisar que los tipos disciplinarios[789] caracterizados por la emisión o manifestación de expresiones contrarias a la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes o las personas y autoridades que encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, entre otras conductas, han de interpretarse, en el sentido expuesto, de que al militar no le es exigible comunión ideológica pero sí respeto y mesura en las manifestaciones que realice respecto a estas instituciones.[790]

Ocupándonos del derecho de sindicación, éste es uno de los pocos cuya restricción o excepción se permite expresamente por el Constituyente para las FAS así como para los Institutos con disciplina militar. (art. 28.1 CE).[791] A la prohibición del art.

[789] Arts. 7.29, 8.32 y 17.4 LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

[790] Por todas, STC 371/1993, FJ 5 y STS, Sala 5ª, de 3 de septiembre de 2010. Téngase en cuenta además que los principios de jerarquía y subordinación no suponen la proscripción de la simple discrepancia y mera crítica. (Véase STS de 11 de octubre de 1990, FJ 7). Del mismo modo, en opinión de Blanquer Criado, el deber de fidelidad pasiva de los militares no excluye la crítica contra determinados principios o preceptos constitucionales. BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*, ob. cit., pág. 454. Como decíamos, que no se exija comunión ideológica con todos los principios y normas constitucionales, así como con sus símbolos representativos, no implica que el militar pueda faltar al respeto a los mismos con sus expresiones, o realizar un cuestionamiento permanente y desmesurado de la institución de la que forma o pretende formar parte, realizando, entre otros, comentarios controvertidos y displicentes hacia el acto de jura de bandera. Tal fue la conducta seguida por un alumno de un centro docente de formación militar de la Guardia Civil, y que motivó que incurriese en la falta disciplinaria grave consistente en "La observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil", prevista en el apartado 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2000, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, siendo sancionado por la Subsecretaria de Defensa con la baja en el centro docente de formación de la Guardia Civil, sanción confirmada por la Ministra de Defensa y, ya en vía judicial, por el Tribunal Militar Central y la Sala 5ª del Tribunal Supremo, en STS de 3 de octubre de 2011, recurso 30/2011, resolución de la que cabe destacar respecto a la conducta del recurrente lo siguiente: "el alumno encartado efectuó comentarios en diversas ocasiones, en los que cuestionaba la Bandera y la Patria, con expresiones impropias de quien acaba de ingresar en la Academia de la Guardia Civil, y que pretende formar parte de este prestigioso Instituto Armado de naturaleza militar. Expresiones o comentarios que, lógicamente, escandalizaron a algunos de sus compañeros, y que definen su modo de pensar y sentir a cerca de los valores patrios. Valores que todo Guardia Civil, específicamente dado su carácter militar, debe respetar absolutamente." (FJ 5º).

[791] A diferencia de lo previsto por la Constitución para los jueces, magistrados y fiscales, puesto que el art. 127 les prohíbe sin más el derecho de sindicación, para los militares es solo una posibilidad la de limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho, que se ha materializado, sin embargo, hasta la entrada en vigor de la nueva LODDFAS, en la prohibición tanto del derecho de sindicación como de afiliación a asociaciones reivindicativas (art. 181 ROSFAS de 1978, aunque ello luego no se sancionase por vía disciplinaria). Por el contrario, para los jueces, magistrados y fiscales, el art. 127 CE les garantiza el derecho de asociación profesional, al igual que sí reconoce ahora expresamente la LODDFAS 2011 en su art. 14.2, desarrollado en el título III, capítulo I de la misma. Como bien señala Peñarrubia Iza, el legislador tiene tres opciones respecto a dichos DDFF en el ámbito militar. Así, puede admitir sin más el derecho de sindicación; "se puede modular o limitar su ejercicio, pero reconociendo la sindicación o el asociacionismo profesional de los militares; y se puede, finalmente, exceptuar este derecho de entre los fundamentales que pueden ejercer quienes están sometidos a la disciplina militar." PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 211.

7.2 LODDFAS 2011[792] se une lo dispuesto en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical, que excepciona el ejercicio de este derecho a "*los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar*". Es, por tanto, una habilitación del Constituyente al Legislador, quien, continuando la senda de las derogadas Reales Ordenanzas, libremente ha decidido eliminar cualquier clase de actividad sindical en el seno de las Fuerzas e Institutos sujetos a disciplina militar, lo que incluye la proscripción de los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga, así como acciones sustitutivas o similares a este derecho, o aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas. (art. 7.2 LODDFAS).[793]

[792] Prevé el precepto en cuestión lo que sigue: "El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos." Asimismo, arts. 11, 12 y 41 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

[793] De esta forma, utilizando asimismo las previsiones del art. 28.1 CE, cabría plantearse la posibilidad de que el legislador orgánico reconociese a los militares un derecho de sindicación limitado o, incluso, pleno, con reconocimiento del derecho de huelga como parte del núcleo de la acción sindical. Señala, sin embargo, Herbón al respecto, en una postura contraria al encaje constitucional del pleno, o incluso limitado, reconocimiento del derecho de libertad sindical de los militares lo siguiente: "¿es realmente posible que el legislador orgánico decidiera en el futuro modificar el régimen jurídico de la libertad sindical de los militares y permitir su pleno ejercicio, que incluiría en su seno el libre ejercicio de la huelga? De una lectura superficial de la Constitución, parece desprenderse claramente que sí sería factible, pues dicha libertad es reconocida a «todos», incluidos por tanto militares y guardias civiles. Sin embargo, un obstáculo insalvable, en nuestra opinión, se alza contra esta posibilidad: el inmediato cumplimiento de las órdenes militares legítimas (…) que exigen las Ordenanzas militares y garantizan tanto el Código Penal castrense como los regímenes disciplinarios de Fuerzas Armadas y Guardia Civil, impedirían plantear ante las mismas la huelga, que no sería sino una forma encubierta de desobediencia a la prestación de ese servicio al que los militares están obligados. El conflicto de intereses que la huelga plantea a la disciplina castrense no tiene, en nuestra opinión, solución intermedia, puesto que disciplina militar y huelga son conceptos antitéticos: si hay disciplina militar, no cabe huelga; si se reconoce la huelga, no hay Ejército." Continúa el autor aseverando que "en tanto en cuanto el artículo 8.2 CE siga recibiendo desarrollo y se mantengan formalmente unas Fuerzas Armadas militares, el reconocimiento del derecho de huelga es incompatible con las mismas, resultando que caso de admitirse en ellas el ejercicio del derecho de huelga podría concluirse sin duda alguna que la organización que recibiera dicha denominación sería una máscara vacía de sentido alguno; se estaría en presencia de un simple *nomen iuris* («Fuerzas Armadas») con el que definir los mecanismos defensivos de la nación, pero absolutamente carentes de la eficacia que la disciplina militar dota a cualquier organización." HERBÓN COSTAS, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?", ob. cit., págs. 99-100. Culmina el autor con la siguiente conclusión: "un derecho de sindicación sin huelga (o sin cualquiera de las otras facultades-derechos que caracterizan la acción sindical y que diferencian al sindicato de la asociación profesional) no supone un ejercicio del derecho reconocido por el artículo 28.1 CE, sino del derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE. Por tanto, la única posibilidad constitucional de desarrollar la previsión contenida por el artículo 28.1 CE en el sentido de limitar la libertad sindical del militar, reconociéndole su ejercicio, sería la de establecer determinados límites concretos a los tres derechos-facultades que configuran la acción sindical y que integran el contenido esencial del derecho, pero permitiendo su ejercicio, aunque fuera de manera muy restringida. Sin embargo, la contradicción

Como ya hemos adelantado más arriba, a diferencia del vigente art. 14 LODDFAS 2011, las Reales Ordenanzas prohibían en su art. 181 no solo la afiliación sindical sino la pertenencia a asociaciones con finalidad reivindicativa en un aparente intento de evitar cualquier fraude de ley[794] bajo un inicuo ejercicio del derecho de asociación, constituyendo o afiliándose a asociaciones que pudiesen encubrir una actividad sindical. Esta interdicción tropezaba, sin embargo, decíamos, con la imposibilidad de perseguir disciplinariamente este tipo de conductas en virtud de un estricto principio de tipicidad. A las llamadas asociaciones profesionales o reivindicativas, no obstante, les era negada su inscripción en el Registro de asociaciones del Ministerio del Interior, identificando a las mismas con los sindicatos y su actividad. No se diferenciaba, por ello, ejercicio del derecho de asociación para la defensa de intereses económicos y sociales respecto al derecho de sindicación.[795] Debemos añadir además los problemas interpretativos que ocasionaba la dicción del derogado art. 181 de las Reales Ordenanzas; es decir, ¿qué es lo que entendía el Legislador de 1978 por asociaciones reivindicativas?, ya que, en principio, parece intrínseco a la naturaleza del derecho de asociación la unión de personas para la defensa de determinados intereses y, por ello, su promoción o reivindicación pública.[796] Como apuntaba al respecto Herbón

---

entre cualquier forma de condicionamiento por parte de los uniformados del cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la cadena de mando militar y las exigencias de una mínima disciplina que así se denomine hace que, en el caso de que el legislador optara por esta vía de reconocimiento del derecho, se esté incumpliendo el mandato contenido en el artículo 8.2 CE, que ordena que España disponga de unas Fuerzas Armadas militares." *Ibídem.*, pág. 103. Blanquer considera, sin embargo, que "el artículo 28 de la Constitución no imposibilita que la Ley Orgánica atribuya a los militares un derecho de sindicación restringido." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*, ob. cit., pág. 551.

[794] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, págs. 379 y ss. Así, según Herbón, la regulación del asociacionismo profesional en la Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, "no es otra cosa que un intento de dar cauce al incipiente movimiento asociativo *parasindical* injertado en el seno de la Benemérita, y su objetivo no es otro que excluir cualquier conexión de los miembros del Cuerpo con actividades sindicales." HERBÓN COSTAS, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?", ob. cit., pág. 38. La cursiva es del autor.

[795] Resulta reveladora la argumentación de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (sección 7ª), en sus Sentencia de 30 de junio de 1997, *vid. infra.* Ésta es la opinión asimismo de Peñarrubia Iza, que confunde el asociacionismo profesional con el "fenómeno sindical". PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 190.

[796] Según Casado Burbano "la mención a estas someras características del fenómeno asociativo es lo suficientemente expresiva para comprender el recelo con que el legislador ha contemplado siempre el ejercicio de este derecho por los militares en la esfera política y profesional…" Ello lo funda en exigencias de una "fiel sumisión", "estricta neutralidad" y "una plena y absoluta disponibilidad". Encuentra como pacíficas, sin embargo, la pertenencia del militar a asociaciones de carácter científico, cultural, religioso, mercantil, artístico o deportivo ajenas a la vida política y al servicio, sin que llegue a ofrecer una argumentación de qué entiende este autor por "ajenas a la vida política", con la dificultad añadida de que la reivindicación o defensa de determinados intereses es un aspecto esencial del fenómeno asociativo y, por ello, del DF de asociación. CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho*

Costas, "[e]l legislador ordenancista parece guiarnos en este punto al reconocer expresamente que:

> «Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social» (art. 181, párrafo 2º, ROFAS)."[797]

De manera que, como señalaba este autor[798], la prohibición no podría afectar a esta clase de asociaciones; cabía deducir de ello que el legislador las creía menos peligrosas para la neutralidad política y sindical de las FAS; sin embargo, ¿acaso no pueden tener igualmente un carácter reivindicativo? De la misma forma, no resultaba comprensible el significado de las palabras "*legalmente autorizadas*" como requisito añadido de este tipo de asociaciones, que, en ningún caso, podía significar un régimen de autorización previa en virtud de lo previsto en el art. 22.3 CE.

No obstante, aunque jurisprudencialmente[799] comenzaba a abrirse la brecha, el caso que supuso un punto de inflexión en el reconocimiento jurisprudencial a los militares de su derecho de asociación profesional fue el referido a la negativa de inscripción por el Ministerio del Interior de la modificación de los estatutos de la Hermandad del Personal en Situación Ajena al Servicio Activo (HEPERMISA), puesto que con ello, según la Resolución del Ministro[800], la Hermandad permitía la participación de los militares en la reserva activa y sus fines eran reivindicativos, incurriendo de este modo en la restricción prevista en el art. 181 de la Ley 85/1978, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Frente a la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 1992[801] se alzó en casación la asociación afectada ante el Tribunal Supremo, cuyos argumentos se sintetizan en la pura identificación de las asociaciones que defienden intereses económicos, sociales o profesionales con los sindicatos, pues de otra manera quedaría el campo abierto al fraude de ley, ya que

> "[s]i […] se entendiera que el artículo 28 de la Constitución sólo permite excluir del ámbito de las Fuerzas Armadas la acción de sindicatos formalmente constituidos como tales, se propiciaría un fraude que, […] sería no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del art. 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación de sindical para soslayar

---

Constitucional Militar, ob. cit., pág. 147.

[797] HERBÓN COSTAS, J.J., *Los derechos de asociación política y sindicación de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, ob. cit., pág. 170.
[798] *Ibídem.*
[799] *Vid.* STC 291/1993, de 18 de octubre, FJ 2; SSTS de 30 de junio de 1994 y de 18 de julio de 1997, FJ 9º, B.
[800] Que confirmaba en reposición la Resolución de la Secretaría General Técnica de 21 de marzo de 1991.
[801] Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª.

la previsión del art. 28.1 del mismo Texto Constitucional, en relación con el art. 1.3 de la LOLS y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato."[802]

Sin embargo, como era de esperar, el Tribunal Constitucional termina pronunciándose en un procedimiento de amparo sobre este asunto.[803] Así, frente al automatismo de los órganos de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Constitucional establece una clara diferencia entre un sindicato y una asociación reivindicativa, reflejada en el conjunto de manifestaciones que definen la actividad sindical, de manera que

> "[e]ntre tales rasgos o caracteres figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias [por todas SSTC 98/1985, de 29 de julio, F. 2; 134/1994, de 9 de mayo, F. 4 b), y 74/1996, de 3 de abril, F. 4] se plasma en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)."[804]

Podemos afirmar que tales manifestaciones constituyen el núcleo de la libertad sindical, declarando el Supremo intérprete de la Constitución que

> "el derecho de asociación que regula el art. 22 CE «se refiere a un género –la asociación– dentro del cual caben modalidades específicas», entre ellas las de aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE). Pero más allá de la común pertenencia a este género amplio nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone, en primer lugar, una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, F.6). Y supone también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente."[805]

Se da entrada, por tanto, por vía jurisprudencial al reconocimiento de las asociaciones reivindicativas, que no sindicatos, algo que comenzó por trasladarse legalmente al ámbito de la Guardia Civil, donde su Ley Orgánica de 2007 dispone claramente la posibilidad de constituir asociaciones "para la defensa y promoción de sus

[802] STS de 30 de junio de 1997, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, FJ 6º.
[803] STC 219/2001, de 31 de octubre.
[804] *Ibídem.*, FJ 10, *in fine*.
[805] FJ 10.

derechos e intereses profesionales, económicos y sociales", es decir, asociaciones reivindicativas, (art. 13.1), dedicando todo un título de la ley (el VI) a las mismas.

En el ámbito de las Fuerzas Armadas, el reconocimiento y consagración expresa por el legislador del derecho de asociación profesional llegó con la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes, concretamente en su art. 14.2, desarrollado en el capítulo I del título III de la misma norma, que, a similitud de lo establecido para la Guardia Civil, regula de forma profusa el régimen jurídico y estatuto de estas entidades, sus derechos, la posibilidad de celebrar reuniones en las instalaciones de las Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa así como los medios con los que han de contar por expresa prescripción legal. (arts. 44 y 45). En este sentido resulta significativo, entre otros aspectos, que el reconocimiento legal expreso de estas asociaciones, frente a la mera cobertura jurisprudencial de que hasta el momento gozaban, supone el derecho a realizar informes, propuestas (art. 40.1) así como gozar de una serie de medios tales como lugares para la exposición y difusión de sus anuncios, comunicaciones o publicaciones (art. 44.1). Además las que cumplan ciertos criterios de representatividad podrán:

> "a) Estar representadas en el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas.
> b) Contribuir por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de proyectos normativos que afecten al régimen de personal.
> c) Presentar propuestas o realizar informes en relación con los asuntos que sean competencia del Consejo." (art. 40.2).

Se establecen, no obstante, determinados límites en el ejercicio del derecho de asociación profesional ya consagrados por la jurisprudencia de la Sala 5ª. Así, al margen de la realización de las actividades propias de la acción sindical ya indicadas, las asociaciones tienen prohibida la realización de las manifestaciones que los militares individualmente considerados no podrían llevar a cabo en el ejercicio del derecho a su libertad de expresión, reunión, manifestación o petición; conductas que, por lo general, vulnerarían el principio de neutralidad política de las FAS. Se trata de una especie de cláusula de cierre prevista en los arts. 9.5 (neutralidad política) y 41 (límites al ejercicio de otros derechos) de la Ley Orgánica 11/2007, de derechos en el ámbito de la Guardia Civil, que ha tenido su reflejo en la nueva ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (arts. 14, 33.3 y 42)[806] La jurisprudencia ha hecho

[806] Así Pascua Mateo ya se hacía eco en 2006 de estas restricciones, dudando de que el ejercicio del derecho de petición por estas asociaciones pudiese entenderse como el ejercicio colectivo del mismo y, por ello proscrito por las normas disciplinarias militares. En este sentido tanto la Ley Orgánica 11/2007 (art. 38.1), como la LODDFAS [art. 40.1 a)] consagran la posibilidad de las asociaciones de formular

hincapié fundamentalmente en la necesidad de evitar la cobertura fraudulenta de la asociación para la realización de actividades por sus representantes que no se compadecen con los límites que afectan a los miembros de las FAS en el ejercicio de sus DDFF. Así, por todas, la STS (Sala 5ª) de 18 de noviembre de 2010 (ya en aplicación de la nueva LO 11/2007) que declara lo siguiente:

> "Es cierto, como hemos indicado en nuestra tan aludida Sentencia de 03.03.2010, que al recurrente, como presidente, portavoz o representante de una Asociación de miembros de la Guardia Civil y contemplando su actuación con la nueva perspectiva aportada por la citada Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que reconoce a los integrantes del Cuerpo, en los términos antedichos, el derecho de asociación, "se le debe conceder un amplio margen de libertad de expresión en las actuaciones dirigidas a la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de sus compañeros. Pero, en todo caso, dentro de las limitaciones propias del respeto a la disciplina debida en la prestación del servicio", por lo que esta libertad no puede, en ningún caso, alcanzar al anuncio de actuaciones que pretenden forzar a la Administración a hacer, o, como en este caso, dejar de hacer, algo -en concreto, iniciar acciones disciplinarias-, pues ello comporta una inadmisible coerción sobre los órganos encargados de dirigir la Institución. […]. *La circunstancia de ostentar la condición de cargo directivo de una Asociación profesional no comporta la exclusión de quienes desempeñen dicha labor representativa de la aplicación de la normativa disciplinaria propia de la Guardia Civil, de manera que las actuaciones jurídicamente antidisciplinarias de los mismos no se encuentran, por tal razón, excluidas de reprochabilidad, como, al parecer, se pretende por la parte.*"[807]

Sin embargo, todas las salvaguardas o cláusulas de cierre incluidas en los arts. 41 de la LO 11/2007 y, ahora en el art. 42 LODDFAS 2011 parecían revelar inútiles los esfuerzos del Legislador atendiendo a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de septiembre de 2010[808], que anulaba la resolución del Subdelegado del

---

peticiones, propuestas, solicitudes y sugerencias. PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 385.

[807] FJ 5º. Los subrayados son míos. En el mismo sentido, STS de 29 de octubre de 2004. *Vid.* además PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 385. La cursiva es mía.

[808] Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 8ª), Sentencia 847/2010, FFJJ 4º y 6º, recursos 636 y acumulado 649/2010 en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. Esta resolución se hallaba precedida de la STSJ de la misma Sala (sección 9ª), de 13 de abril de 2010, que, en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, resuelve el recurso nº 1162/2008, interpuesto por una asociación profesional de la Guardia Civil, contra la instrucción del Director General de la Policía y de la Guardia Civil de 16 de octubre de 2008 en relación con el ejercicio del derecho de manifestación. En dicho escrito el Director General ponía de manifiesto la normativa aplicable al derecho de manifestación de los Guardias Civiles y afirmaba que la manifestación convocada para el siguiente día 18 por diversos sindicatos policiales tenía una clara consideración de acto sindical, concluyendo que la participación individual en la misma de cualquier miembro de dicho Instituto *está prohibida y podría tener la consideración de falta muy grave por exceder de los derechos reconocidos a aquéllos y por desobediencia grave a las órdenes o instrucciones de un superior*. Como indica la sentencia en su FJ 4º "[l]as restricciones a la mera asistencia a reuniones o manifestaciones

Gobierno en esa Comunidad por la que prohibía una manifestación de dos asociaciones profesionales de la Guardia Civil y lo hacía conectando los arts. 8 y 9 de la LO 11/2007, al llegar a la consideración que la prohibición del art. 8 de la Ley se refiere exclusivamente a la organización de manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical y no de aquellas que, careciendo de tal carácter, tengan por finalidad la promoción de sus intereses profesionales, siendo ello una finalidad legítima coincidente con el objetivo del Derecho de asociación profesional reconocido en el art. 9.1 de la Ley.

El caso es que la Ley Orgánica de derechos en el ámbito de las FAS presenta una redacción idéntica o similar en cuanto a la finalidad de las asociaciones profesionales. Así el art. 33.1 dispone que "[l]as asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas que tengan como finalidad la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados y se inscriban en el Registro al que hace referencia el artículo 36.1, se regirán por lo dispuesto en este título." Todo ello en conexión con el art. 14.2 de la norma, que se refiere al derecho de asociación con la finalidad reivindicativa de los intereses profesionales y los derechos reconocidos en esta ley orgánica, parecía abrir el camino, a similitud de lo que empezaba a tener lugar en el ámbito de la Guardia Civil[809], a la plena legitimidad y cobertura constitucional y legal de las manifestaciones reivindicativas o de intereses profesionales en el ámbito de las FAS, dentro de los límites impuestos por los arts. 14 y

---

consisten en no vestir el uniforme reglamentario, en no portar armas (oportuna reiteración de la limitación del art. 21.2 CE) y en no respetar la neutralidad propia de la condición de Guardia Civil, inciso este último que suscita la principal controversia del pleito." Añade en este sentido (FJ 5º) que "[s]i la finalidad del art. 8.3 LO 11/2007 es preservar la neutralidad de la Guardia Civil como institución, sólo tiene sentido prohibir la asistencia a los Guardias que lo hagan en concepto de tal, es decir, en su cualidad de integrantes de aquélla. Si no transciende esa condición de los manifestantes, no hay riesgo para la neutralidad del Cuerpo. En caso opuesto los Guardias tendrían vedado el ejercicio del derecho por la única razón subjetiva de su pertenencia al Instituto, hallándose privados de ejercitarlo en su condición de ciudadanos y en defensa de intereses derivados de esa mera condición. De este modo se les imposibilitaría acudir a casi todas, sino a todas, las manifestaciones, pues evidentemente la inmensa mayoría de estos actos tienen connotaciones sindicales o políticas. En esta hipótesis nos encontraríamos ante una injustificada, por desproporcionada, limitación del derecho." Concluye la declaración jurisdiccional desestimando la demanda, aludiendo a las especiales circunstancias que concurren en este supuesto, de forma que "[*n]o nos hallamos, entonces, ante la eventual participación de los Guardias Civiles como ciudadanos por intereses inherentes a su condición de tales, sino en la asistencia a una manifestación que, formalmente convocada por terceros, tiene por finalidad reivindicar derechos de naturaleza sindical* cuya titularidad se atribuye, entre otros, a los propios Guardias Civiles. *Es inconcebible que la asistencia de un Guardia Civil a ese acto no lo fuera en su condición de tal y sí en la de simple ciudadano, pues eran sus derechos o intereses corporativos el objeto de la manifestación, de manera que, además, difícilmente puede decirse que esa asistencia, aun cuando fuera aparentemente a título individual, dispusiera de naturaleza anónima.*" (FJ 5º).

[809] Art. 36 y ss. de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

33.3 de la LODDFAS 2011, particularmente en lo que se refiere a la imposibilidad de vincularse a las organizaciones políticas o sindicales o a sus actos; es decir, el respeto del principio de neutralidad política, al igual que se prescribe, aunque de forma más escueta, en el art. 9.5 de la Ley Orgánica de derechos en el ámbito de la Guardia Civil.

La Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 16 de septiembre de 2010, siguiendo la doctrina constitucional[810] y la LO 11/2007, delimita claramente entre actividades profesionales y sindicales[811] y ello le sirve de cobertura para "*reconocer el derecho de reunión –y manifestación- de los actores para la defensa y promoción de sus intereses profesionales.*"[812] Concluía pues la resolución judicial estimando el recurso de los demandantes –tras el señalado deslinde de la acción sindical respecto a la promoción de intereses profesionales- afirmando "*con rotundidad que, a los efectos de la limitación del derecho de reunión de los guardias civiles, carecen de tal naturaleza* [sindical] *las de promoción de sus intereses profesionales, en la medida en que las desenvuelvan al margen de cualquier organización sindical.*" Luego, daba la impresión de que el art. 41 LO 11/2007 (precepto al que no hace referencia la resolución judicial), y el 42 LO 9/2011, por lo que respecta a las FAS, no mantenía las actividades de las asociaciones completamente dentro de los límites existentes para el ejercicio individual de los DDFF comentados por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

Así, el legislador, en mi opinión, como un intento de corregir ese recorrido dispar de la Guardia Civil con el resto de la Institución militar, ha dictado la Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Esta escueta norma, pactada en el Senado entre los dos grandes partidos políticos, y cuya tramitación ha resultado notablemente peculiar[813], señala, en lo que nos interesa, en su art. 1 lo siguiente:

---

[810] Fundamentalmente, la STC 219/2001.
[811] FJ 4º.
[812] *Ibídem.*
[813] La norma se pactó entre los dos grandes partidos como una enmienda al proyecto de Ley de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad que se tramitaba en el Senado. El texto carece de exposición de motivos o preámbulo ya que su aprobación definitiva en el Congreso como ley Orgánica se efectuó tras desgajar los dos preceptos que la componen de la señalada ley ordinaria que se tramitaba en el Senado, hoy ya aprobada como Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, publicada, al igual que la comentada Ley Orgánica 11/2011 el 2 de agosto en el *BOE*. En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 29 de julio de 2011, que da cuenta de la aprobación definitiva de la controvertida Ley

"La regulación contenida en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, será también de aplicación a la Guardia Civil, en su condición de instituto armado de naturaleza militar."

A mi juicio, la clara finalidad de la norma es evitar las manifestaciones reivindicativas de los miembros de la Guardia Civil que habían recibido el amparo jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en septiembre de 2010. De esta forma, a la prohibición del derogado art. 8.1 de la Ley Orgánica 11/2007 de derechos de los miembros de la Guardia Civil, se suma la prevista en el art. 13.1 de la nueva ley para las FAS (ahora aplicable a los miembros de la Guardia Civil) por la que se proscribe, "[v]istiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar" la organización, participación o asistencia en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.

Con ello, queda cerrada cualquier expectativa de reconocimiento del derecho a convocar, participar o asistir a cualquier manifestación reivindicativa o de intereses profesionales en el ámbito militar, ya sea en las FAS o en la Guardia Civil, tanto por parte de las asociaciones como de los militares individualmente considerados.[814]

No obstante lo anterior, bien es verdad que ¿cuál será el contenido del derecho de asociación profesional en el ámbito de las FAS o de los institutos armados si sus componentes tienen prohibido manifestarse para la defensa de los intereses de sus afiliados? Teniendo por esencia toda manifestación una finalidad reivindicativa debiera imponerse una interpretación amplia del derecho de asociación profesional y afirmar el derecho de las asociaciones de miembros de las FAS y de la Guardia Civil a promover reuniones y manifestaciones en defensa de sus intereses, siempre que ello se produzca con estricto respeto a los límites de la neutralidad política y la disciplina impuestos a los miembros de las FAS, lo que implica no portar uniforme ni hacer uso de su condición militar (art. 13 LODDFAS y 8.3 LODDGC).[815]

Orgánica, se declara literalmente lo siguiente: "La presente Ley Orgánica resulta del desglose de la disposición final segunda del Proyecto de Ley de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad." Esta apresurada forma de legislar en materia de DDFF –sea constitucional o no- reformando una ley orgánica mediante la introducción de una enmienda en el Senado a una ley ordinaria ha sido justificada de la siguiente forma en la *web* oficial del Senado: "*Se ha aprobado una enmienda en una Ley ordinaria que modifica una Ley Orgánica sobre la base de otros dos precedentes: - Ley de Comercio Minorista del año 1995. - Ley de Introducción al Euro del año 1998.*" La cursiva es mía.

[814] Dispone al respecto el art. 42.1 LODDFAS: "*Están excluidos del ámbito de actuación de las asociaciones profesionales* el llamamiento al ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de la misma, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo, así como *la realización de acciones que excedan el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley a los miembros de las Fuerzas Armadas, especialmente los regulados en los artículos 12 y 13.*"

[815] Así, considera atinadamente Herbón que la señalada "restricción que unida a ese concepto jurídico indeterminado utilizado por la norma que es el «uso de la condición militar» puede hacer inoperativo del

Por lo que hace al derecho de asociación de los militares en el Derecho comparado y, comenzando por Alemania, éste es uno de los derechos que el art. 17a.1 de la Ley Fundamental de Bonn no comprende entre los que resulta posible restringir a un profesional de la milicia. Es por ello, que el derecho de asociación profesional así como el de sindicación no encuentra otros límites para los militares alemanes que los existentes para la generalidad de los ciudadanos.

Sorprende, por el contraste con otros regímenes –incluyendo el nuestro, el estatuto existente en Suecia, donde, pese a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 14 del Capítulo II del Instrumento de Gobierno de 1974, se reconoce ampliamente el derecho de sindicación de los militares así como el derecho a la huelga[816], sin perjuicio de las particularidades propias del ámbito público donde se ejerce este derecho, a saber, el de la Defensa Nacional.

Por el contrario, en Portugal, en uso de la habilitación dada por el art. 270 de la Constitución de 1976, el art. 31 de la Ley nº 31-A/2009, de 7 de julio, de Defensa Nacional, aunque reconoce expresamente a los militares el derecho de constituir asociaciones profesionales, lo excluye para las que revistan carácter político, partidario o sindical.[817]

Destaca asimismo el sistema belga, donde el art. 27 de su Constitución garantiza a todos los ciudadanos sin excepción el derecho de asociación. La única limitación establecida por la Ley de 11 de julio de 1978 estriba en la necesidad de que la afiliación sindical lo sea a una organización profesional exclusivamente castrense. De la misma forma se contempla en el régimen belga la posibilidad de que los militares no solo pertenezcan a un partido político sino que incluso lleguen a participar en sus reuniones cuando se encuentren fuera de servicio, prohibiéndoseles, eso sí, que lleguen a ostentar cargos rectores en la formación.[818]

---

derecho de asociación profesional, que es esencialmente reivindicativo. Resulta difícilmente sostenible, en nuestra opinión, que, tras el reconocimiento del ejercicio del derecho de asociación profesional a los militares por la STC 219/2001, de 31 de octubre, que entiende constitucional y legítima la reivindicación de sus intereses socioeconómicos, pueda prohibírseles la asistencia a manifestaciones convocadas por asociaciones profesionales." HERBÓN COSTAS, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?", ob. cit., pág. 63.

[816] Desde la Ley de 1 de enero de 1966, aunque aún son anteriores libertades propias de la acción sindical, puesto que desde 1965 les es posible participar en negociaciones colectivas, llegando a pactar la jornada laboral semanal de los militares.

[817] El Decreto-Ley n. º 295/2007, de 22 de agosto regula el estatuto de los dirigentes asociativos de las asociaciones profesionales de militares de las Fuerzas Armadas portuguesas.

[818] Ley belga de 14 de enero de 1975.

Un régimen similar respecto al derecho de asociación sindical encontramos en los Países Bajos, donde, aunque el art. 12a de la Ley de 19 de diciembre de 1931 reguladora del estatuto del personal militar impide a los miembros de las FAS el ejercicio del derecho de asociación, no ocurre así con el derecho de asociación profesional, expresamente reconocido a lo que se suma la consagración *de facto* del derecho de sindicación desde 1883, reflejado en la existencia de diversos sindicatos militares, que ostentan facultades propias de la acción sindical como la negociación colectiva así como la participación en órganos o comités con amplias facultades de informe, propuesta y concertación en materia del personal militar.

En Francia, según el art. 10 del estatuto general del militar o *code de la défense*, está prohibida a los militares en activo la adhesión a grupos o asociaciones políticas.[819] Respecto al derecho de sindicación y asociación profesional, resulta revelador el art. L4121-4, cuya dicción es la siguiente:

> "El ejercicio del derecho de huelga es incompatible con la condición de militar. La existencia de grupos profesionales militares con carácter sindical así como la adhesión de militares en activo a grupos profesionales son incompatibles con las reglas de la disciplina militar.
>
> Corresponde a los jefes velar por el interés de sus subordinados y rendir cuenta, por vía jerárquica, de todos los problemas de carácter general de los que tengan conocimiento."[820]

En cuanto al sistema italiano, el art. 98.3 de la Constitución de 1947 habilita la posibilidad, mediante ley, de restringir la afiliación política, entre otros, a los militares en activo. No obstante, aunque la Ley 382/1978, de 11 de julio, reguladora de las normas de principio sobre la disciplina militar limita al profesional militar la participación en este tipo de organizaciones, de la misma forma que le prohíbe participar en reuniones y manifestaciones políticas así como distribuir propaganda a favor o en contra de este tipo de organizaciones, no podemos hallar una prohibición explícita en la ley italiana al derecho del militar de afiliarse a un partido político, de lo

[819] Artículo L4121-3 redactado por Ley nº 2008-493 de 26 de mayo de 2008, art.3.

[820] Aunque, en mi opinión, con esta redacción la interdicción del derecho de asociación profesional sigue siendo evidente en el derecho francés, Pascua manifiesta que la Ley 2005-270 ha supuesto algún cambio en este aspecto, "de modo que si bien sus artículos 5 y 6 mantienen en sus mismos términos las prohibiciones relativas a las asociaciones o grupos de carácter político y sindical, respectivamente, desaparece, sin embargo, la de constituir asociaciones profesionales, siempre que no encubran un sindicato (art. 6, párrafo 2)." PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 344.

que se concluye que la afiliación política es libre, con las limitaciones señaladas.[821] Sí prohíbe el art. 8 de la señalada ley de 1978 el derecho de sindicación[822], admitiéndose por el apartado 3 del mismo precepto la posibilidad de constituir asociaciones profesionales así como afiliarse a las mismas.

Sorprende la regulación del Reino Unido en el sentido de que, si bien, como comprobamos más arriba, existía una rigidez respecto a la libertad de expresión, en garantía del principio de neutralidad política, lo que coarta enormemente al militar a la hora de realizar manifestaciones públicas sobre temas relativos a las FAS, tiene reconocido el derecho de afiliarse a un partido político aunque, a semejanza de lo que sucede en otras legislaciones de derecho comparado[823] las *Queen's Regulations* le prohíben toda clase de participación en reuniones políticas, salvo su mera asistencia de paisano, fuera de servicio y del establecimiento militar. Tiene reconocido asimismo el derecho de sindicación y asociación profesional. Similar régimen permiten respecto a las asociaciones políticas las Directrices del Departamento de Defensa de Estados Unidos, aunque reconociendo el derecho de los militares norteamericanos a asistir y participar en sus reuniones sin uniforme militar.[824] Más restrictivo es el sistema estadounidense en relación con la libertad sindical, ya que la Directriz 1325.6, de 1 de octubre de 1996, de principios para regular las actividades de disidencia y protesta entre miembros de las Fuerzas Armadas prohíbe a los jefes de unidad la negociación sindical en relación al personal militar en activo.[825]

[821] *Vid. ibídem.*, pág. 347.
[822] Lo que no es del todo pacífico puesto que se trata de una restricción no prevista constitucionalmente, motivando la Sentencia 449/1999, de 27 de diciembre, de la Corte Constitucional italiana, que, aun rechazando la concepción institucionalista de las FAS, justifica las limitaciones en orden a dar cabida "a organizaciones cuya actividad podría resultar incompatible con los caracteres de cohesión interna y neutralidad del ordenamiento militar."
[823] *Ad. ex.*, casos de Alemania, Bélgica e Italia.
[824] Apartado E3.2.2.2 del Anexo 3 de la Directriz 1344.10, de 15 de junio de 1990, sobre la actividad política de los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo
[825] Apartado 3.5.3.

CAPÍTULO VIII: LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN ASUNTOS PÚBLICOS

8.1.- Los derechos de sufragio activo y pasivo.

El art. 23.1 CE reconoce exclusivamente a los ciudadanos españoles la participación en los asuntos públicos, "directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal." En su apartado 2 consagra el derecho de los españoles de acceder "en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes." Este precepto, en conexión con el art. 13.2 limita estos derechos, en cuanto manifestación más evidente del ejercicio de la soberanía, a los nacionales españoles. Para Aláez Corral "en la medida en que la soberanía es la cualidad que expresa la autorreferencialidad y la positividad del ordenamiento jurídico, la reforma constitucional representa la función normativa que también expresa de un modo más nítido esta cualidad. De ahí que en ella sólo puedan participar de forma directa o indirecta aquellos individuos en los que concurre a un tiempo la condición de ciudadano y de nacional (…) Ésta, y no otra, es la razón de que buena parte de los textos constitucionales democráticos occidentales limiten, como hacen los arts. 13.2 y 23 CE, el derecho de sufragio en las elecciones de los órganos capacitados para participar en la función legislativa y sobre todo, en la función de reforma constitucional, únicamente a los ciudadanos que forman parte de aquel colectivo nacional."[826] Éste parece ser el razonamiento del Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 (FJ 3.C).

[826] ALÁEZ CORRAL, B., "Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía", en Pietro Costa/ Benito Aláez Corral, *Nacionalidad y Ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, págs. 122-123. Por un concepto de ciudadanía conectado a la residencia y no exclusivamente a la nacionalidad aboga Bastida cuando afirma que "[l]a diferencia entre ser humano y ciudadano debería ser mínima y lo contrapuesto a ciudadano no debería ser el extranjero, sino el no residente, el transeúnte. Es contrario al principio democrático identificar la ciudadanía con la nacionalidad. El pueblo soberano lo forman no los nacionales, sino los ciudadanos; las generaciones vivas de ciudadanos, no las generaciones vivas de los que pertenecen a una comunidad de descendencia (nación)." BASTIDA FREIJEDO, F., "La soberanía borrosa: la democracia", en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, *Soberanía y Constitución*, nº 1, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pág. 413. En el mismo sentido, Presno Linera asevera que "el pueblo del Estado deben integrarlo el conjunto de personas que participan en la relación jurídica que surge con la residencia en el territorio sobre el que se aplica tal ordenamiento. La plena legitimación democrática del sistema exige que los residentes puedan intervenir en la creación y modificación del ordenamiento al que están sometidos, desapareciendo la diferencia, incompatible con la democracia, entre "ciudadanos activos" y "ciudadanos pasivos", entre personas que deciden y personas que únicamente soportan la decisión." PRESNO LINERA, M.A., "El sufragio en una sociedad democrática decente: el voto de los extranjeros", accesible en http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm., pág. 5. De este mismo autor, "¿Quién debe

Así, la doctrina constitucional […], al realizar una interpretación conjunta del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes y del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos con los requisitos que señalen las leyes, ha afirmado que se trata de "dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político consagrados en el art. 1 CE", que se presuponen mutuamente y aparecen "como modalidades o variantes del mismo principio de representación política" (SSTC 71/1989, de 20 de abril, FJ 3; y 119/1995, de 17 de julio, FJ 2), lo que "permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran" (SSTC 119/1995, de 17 de julio FJ 3; y 153/2003, de 17 de julio, FJ 8).[827]

En lo que al derecho de participación política se refiere, será objeto de nuestro análisis las peculiaridades en el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo de los militares al haber diseñado nuestro texto constitucional "un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa" (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3).[828]

Como parte asimismo de los derechos del art. 23 CE debe ser objeto de nuestro análisis el acceso a la función pública militar, así como su progresión en la misma de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE).

Por lo que respecta en primer término al derecho de sufragio activo de los militares, ninguna peculiaridad reviste en su reconocimiento y ejercicio respecto al resto de los ciudadanos. Así la nueva ley orgánica de derechos y deberes de 2011 dispone en su art. 15.1 lo siguiente:

> "Los miembros de las Fuerzas Armadas tienen derecho de sufragio activo; lo pueden ejercer de conformidad con lo establecido en la legislación sobre régimen electoral general. Las autoridades competentes y los mandos militares establecerán los procedimientos y medios necesarios para facilitar el voto de los militares que se encuentren en cualquier destino y misión, en especial fuera del territorio nacional o cuando estén de servicio o guardia coincidiendo con jornadas electorales."

---

integrar el pueblo soberano?", en VV. AA., Monitor *democrático, ¿Polarización en las expectativas democráticas?*, Editorial Porrúa/UNAM, México, 2009, págs. 706-719.

[827] STC 105/2012, de 11 de mayo, FJ 6. Asimismo, por todas, SSTC 136/2011, de 13 de septiembre y 62/2011, de 5 de mayo.

[828] STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6. Asimismo, STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3.

Más al contrario, al igual que sucedía en las derogadas Reales Ordenanzas de 1978[829], y como tenemos oportunidad de comprobar, se ordena a la Administración que se arbitren los medios necesarios para facilitar el ejercicio del derecho al voto de los militares de servicio o, especialmente, los que se encuentren fuera del territorio nacional en cumplimiento de cualquier misión o embarcados en los buques de la Armada. En este sentido, de forma más exhaustiva, el art. 74 de la Ley Orgánica 5/1985, de de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), prescribe lo siguiente:

> "El Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, regulará las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores para el voto por correo del personal embarcado en buques de la armada, de la marina mercante o de la flota pesquera, del personal de las fuerzas armadas españolas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que estén cumpliendo misiones en el exterior, así como para el voto por correo de los ciudadanos que se encuentren temporalmente en el extranjero entre la convocatoria de un proceso electoral y su celebración."[830]

El desarrollo de estas garantías se opera en primer lugar para los militares embarcados en buques de la Armada. Así, el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, en su art. 9 establece una serie de especialidades para garantizar el voto por correo del personal embarcado. Puesto que el art. 72 LOREG establece, entre otros requisitos para ejercer el voto por correo, la necesidad de personación del interesado en cualquier oficina de Correos al objeto de solicitar de la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo electoral un certificado de inscripción en el Censo, el señalado art. 9 del RD 605/1999 dispone que la citada solicitud de inscripción en el Censo "podrá obtenerse de la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral donde el interesado esté inscrito, *cursando*

[829] La dicción literal del antiguo art. 184 de las ROSFAS 1978 era la siguiente: "Los mandos militares darán las debidas facilidades a los componentes de las Fuerzas Armadas para que puedan ejercer libremente el derecho de voto." Asimismo, para los miembros de la Guardia Civil la Ley Orgánica 11/2007 resulta igualmente garantista en el caso del sufragio activo: "Los Guardias Civiles ejercerán el derecho de voto de acuerdo con lo establecido en el régimen electoral general. Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para posibilitar su ejercicio, especialmente cuando deban prestar servicio coincidiendo con jornadas electorales y durante sus misiones en el extranjero." (art. 10.1).

[830] Redacción dada por la art. 2 de la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. El precepto en su redacción originaria aun se refería al derecho de sufragio por los ciudadanos que se encuentren cumpliendo el servicio militar y omitía la referencia a las especialidades de los militares que estén cumpliendo misiones en el exterior salvo lo referente al personal embarcado en buques de la Armada. En este sentido, como apunta Gálvez Muñoz, hay que tener en cuenta "la reducida actividad que nuestras Fuerzas Armadas han desarrollado fuera de las fronteras nacionales hasta hace muy poco tiempo. Se puede decir que hasta la implicación, a finales de la década de los 80 del pasado siglo, de nuestras Fuerzas Armadas en operaciones internacionales de mantenimiento de la paz, no se había evidenciado la necesidad de regular un procedimiento de votación específico para los militares españoles operantes en el exterior." GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., "El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 90, julio-diciembre 2007, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 25.

dicha solicitud por radiotelegrafía", y ello con los requisitos que para el correspondiente mensaje señala el art. 9.2 del Real Decreto de 1999.

A los efectos previstos en los párrafos a) y b) del artículo 72 LOREG, los servicios de radiotelegrafía de los buques tendrán la consideración de dependencias delegadas del Servicio de Correos y los Comandantes y Capitanes o el Oficial en el que expresamente deleguen la de funcionarios encargados de la recepción de la solicitud. (art. 9.4). Ninguna especialidad resta examinar en cuanto al ejercicio de este derecho por personal embarcado aparte del hecho de que la remisión de la documentación electoral así como el sufragio con destino a la Mesa electoral en que le corresponda votar se remitirá por correo certificado y urgente, a través de los puertos en que el buque atraque. (art. 9.5 y 6 del Real Decreto 605/1999).

Por otra parte, la Disposición adicional tercera del mismo reglamento contiene una habilitación normativa al Ministerio de Defensa para dictar las normas que resulten necesarias para la adaptación de lo previsto en el artículo 9 del presente Real Decreto al personal embarcado en buques de la Armada, cuando se encuentren en situaciones excepcionales, vinculadas con la Defensa Nacional, que así lo aconsejen.[831] En dichas normas podrán incluirse, asimismo, las previsiones oportunas para asegurar el ejercicio del derecho al sufragio, mediante el voto por correo, del personal perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas que se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en las precitadas situaciones excepcionales, y que participe o coopere con las Fuerzas de los países aliados y de Organizaciones internacionales en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional.

En ejercicio de esta habilitación se dictó la Orden 116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional. Esta norma contiene como principales especialidades, además de las

[831] Gálvez Muñoz critica este requisito para el ámbito de aplicación de este especial procedimiento de ejercicio del derecho de sufragio ya que "en el caso de que se aceptara que el personal embarcado en buques de la Armada o perteneciente a unidades militares terrestres o aéreas destacadas fuera del territorio nacional pudiera, en algunos casos, desarrollar labores no vinculadas con la defensa nacional ni con la participación o cooperación, con las Fuerzas de los países aliados o de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz internacional, no encontramos razón alguna para que el legislador desee dejar a estos electores fuera del procedimiento especial que estudiamos", entendiendo el requisito rechazable al no perseguir ninguna finalidad constitucionalmente legítima. *Vid.* GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., "El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., pág. 34. Con razón este autor añade lo innecesario de estas exigencias puesto que en el nuevo art. 74 LOREG, al habilitar al Gobierno para regular este procedimiento especial, simplemente se refiere a los miembros de las FAS que estén «cumpliendo misiones en el exterior».

ya descritas para el personal embarcado[832], que las solicitudes del certificado de inscripción en el censo así como la remisión de la documentación electoral (por conducto del Comandante del buque o jefe de la unidad) se llevan a cabo a través del Director General de Personal del Ministerio de Defensa. Establece asimismo el apartado quinto de esta disposición que

> "El elector procederá a ejercer su derecho al voto, una vez recibida la documentación a que hace referencia el punto anterior. De los votos emitidos se hará cargo el Comandante del buque o Jefe de la Unidad, que los custodiará, garantizando su seguridad, integridad y secreto, hasta que sean recogidos por el encargado de su transporte a territorio nacional.
>
> La Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa hará llegar los votos recibidos al organismo autónomo Correos y Telégrafos, antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones, el cual los remitirá con carácter urgente a la Mesa electoral correspondiente."[833]

Como apunta Pascua Mateo, "se pone de manifiesto la incidencia de estas situaciones en el estatuto de los militares, si bien en este caso no para agravar su condición, sino, por el contrario, para reforzar el deber de los poderes públicos de garantizar en la medida en que sea viable el pleno ejercicio de un derecho."[834] Para Gálvez Muñoz, el objetivo del legislador al facilitar al colectivo militar que se encuentra en estas situaciones el ejercicio del derecho de sufragio activo "entra de lleno en el terreno de la labor promocional de la participación política que deben llevar a cabo los poderes públicos ex artículo 9.2 CE".[835]

---

[832] Señala al respecto el autor citado en la nota anterior que "[c]on el procedimiento especial de los militares en el exterior se ha tratado, pues, de adaptar el procedimiento especial del personal embarcado a las peculiaridades que pueda presentar el ejercicio del derecho de voto por parte de los militares que se hallen fuera del territorio nacional cumpliendo determinadas misiones." *Ibídem.*, pág. 26.

[833] Gálvez critica el hecho de que no se haya atribuido a los comandantes de buque y jefes de unidad la consideración de funcionario público también a los efectos de entrega de la documentación electoral y de la recepción de los sobres con los votos y estima que la subordinación al Gobierno de estas autoridades no garantiza su independencia en el proceso. Ello condujo, según este autor, a que "en las elecciones generales de 14 de marzo de 2004 a que en la base de Diwaniya, en Irak, se creara una especie de órgano de gestión y control formado por el Comandante interventor [al que le están atribuidas las funciones de Notaría Militar] y el asesor jurídico [Oficial de apoyo al mando perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar]. Se encargó de presenciar y dar fe del depósito de los votos y de organizar su custodia." *Ibídem.*, págs. 53 y 54.

[834] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 411 y 412. Según Alli Turrillas encuadra estas facilidades en una "marcada actitud abierta para el ejercicio del derecho al voto". ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 294.

[835] Este autor va desgranando así los diferentes procedimientos de ejercicio del derecho de sufragio activo regulados en el ordenamiento: Así, además del voto directo o en urna, distingue el voto a distancia. A su vez "dentro de cada una de estas modalidades de votación existe un procedimiento general u ordinario de emisión del voto y varios especiales destinados a determinados colectivos de electores; y, en tercer lugar, que en el caso del voto a distancia esos procedimientos especiales son seis: el de los ciudadanos que acrediten sufrir enfermedad o incapacidad que les impida formular personalmente su solicitud de voto por correo el de los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el exterior; el de los electores residentes-ausentes en relación con las elecciones generales, autonómicas y europeas; el de este mismo colectivo pero respecto de las elecciones locales; el del personal embarcado en los buques de la Armada, de la Marina Mercante española o de la flota pesquera de altura que durante el período electoral toquen puerto en España; y, finalmente el del personal embarcado en buques de la Armada o perteneciente a

Muy distinta es la situación en lo que respecta al derecho de sufragio pasivo de los militares, tratándose de esta forma de uno de los derechos expresamente limitados por el Texto constitucional. Así prescribe el art. 70 CE que la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso y, entre otros colectivos como Magistrados, Jueces y Fiscales en activo, a "los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo." [art. 70.1 e)]. Este mandato se concreta, como no puede ser de otra forma, en la causa de inelegibilidad prevista en el art. 6.1 i) LOREG, que declara inelegibles a los colectivos señalados en el art. 70.1 e) CE extendiendo la restricción a los militares de complemento. Pues bien, la nueva Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (LODDFAS), contiene al respecto el siguiente tenor literal, en su art. 15.2:

> "Los militares se encuentran incursos entre las causas de inelegibilidad que impiden el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Para ejercer este derecho deberán solicitar el pase a la situación administrativa prevista, a estos efectos, en la Ley de la carrera militar."

Observemos que la nueva LODDFAS extiende la restricción a toda clase de militares, profesionales o no, cuando la ley electoral solo había determinado la inelegibilidad de los militares profesionales y de complemento, que son asimismo profesionales de las FAS. Aunque, a primera vista, una vez suprimido el servicio militar obligatorio como tal, no parezca tener sentido tal precisión, puesto que todos los integrantes de las Fuerzas Armadas quedarían unidos a las mismas por una relación de servicios de carácter profesional, ello no resulta del todo así, olvidándose la nueva LODDFAS de los alumnos de los centros docentes militares de formación, que con arreglo al art. 3, "[t]ambién adquieren condición militar, *sin que su vinculación sea una relación de servicios profesionales…*" (art. 3.7 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar).

Obviamente, y al margen de la práctica imposibilidad que un alumno de la enseñanza militar de formación compatibilizase -sin perder su carrera- el plan de estudios que debe superar con el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, la ley orgánica de derechos y deberes de los militares no resulta la norma constitucionalmente habilitada para prever ni extender las causas de inelegibilidad establecidas en el art. 70.1 CE, puesto que existe una reserva constitucional en este sentido a favor de la Ley Electoral, Ley Orgánica *ex* art. 81 CE. Así

---

unidades militares terrestres o aéreas que se encuentre destacado en el exterior." GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., "El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., págs. 22 y 23.

> "el art. 70.1 C.E. contiene efectivamente una reserva en favor de la Ley Electoral para la regulación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, a la vez que establece un elenco de causas que constituye ciertamente un contenido necesario del régimen jurídico de esas inelegibilidades e incompatibilidades. El texto de este artículo, como dijimos en la STC 72/1984, al disponer que la Ley Electoral determinará las causas de incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso, las relacionadas en dicho precepto, «no está simplemente dotando a esa Ley de un contenido mínimo preceptivo (...) está diciendo que esa materia -las incompatibilidades de Diputados y Senadores sólo puede ser regulada en la Ley Electoral» (fundamento jurídico 3.°)."[836]

Se impone por ello una reforma en este sentido de los arts. 6 y 7 LOREG para adaptarla a la nueva realidad respecto a los componentes de las Fuerzas Armadas.

La participación de los miembros de las Fuerzas Armadas en activo –concretamente mediante el ejercicio del derecho de sufragio pasivo- poco parece compadecerse con las exigencias de neutralidad política y sindical exigidas a los miembros de la Institución militar (art. 7 LODDFAS); no se trata, por ello, de una proscripción a los ciudadanos que son militares (o jueces o policías) del ejercicio de sus derechos fundamentales sino de su incompatibilidad con la "permanencia en activo al servicio de las armas."[837]

Así, "[l]os Magistrados, Jueces y Fiscales, así como los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías, en activo, que deseen presentarse a las elecciones, deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda." (art. 7.3 LOREG).[838] En opinión de Pascua, "[l]a redacción del art. 70.1 e) CE permite al legislador optar por un amplio abanico de posibilidades, desde la exigencia del abandono de la carrera militar para quienes pretendan presentarse a un cargo representativo, hasta el tan favorable de los servicios especiales…"[839] No puedo en este sentido coincidir plenamente con este autor ya que, si

---

[836] STC 19/1991, de 31 de enero de 1991, FJ 2. En el mismo sentido, SSTC 45/1983, de 25 de mayo; 80/1987, de 27 de mayo; 150/1992, de 19 de octubre y 166/1993, de 20 de mayo. Así, aunque las causas de inelegibilidad del art. 70 CE constituye un cuadro de mínimos, pudiendo ser ampliado por el legislador en sede orgánica, existe una reserva a favor de la ley electoral al respecto. *Vid.* asimismo FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El derecho de sufragio pasivo de los militares de carrera tras la Ley del Régimen del Personal Militar Profesional", en *Revista de Administración Pública*, núm. 120, septiembre-diciembre 1989, pág. 29.

[837] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 425. La transgresión de esa prohibición se encuentra sancionada en la LORDFAS 1998 (art. 8.34) como falta disciplinaria grave con esta dicción:

> "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."

[838] Contempla asimismo la LOREG la prohibición a todo miembro en activo de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas o Municipales, a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo y a los miembros de las Juntas Electorales de difundir propaganda electoral o llevar a cabo otras actividades de campaña electoral. (art. 52), prescripción cuyo incumplimiento se castiga como delito electoral en el art. 144.2 LOREG.

[839] *Ibídem.*

bien la Norma Fundamental veda a los militares en activo el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, ello no quiere decir que las consecuencias del pase a otra situación administrativa (deferidas, por otra parte, a la ley que regula el régimen del personal militar) con la finalidad de ejercer un derecho ciudadano, hayan de ser desproporcionadas, y ello por innecesarias, a la finalidad pretendida de garantizar la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, haciendo perder al militar su carrera o convirtiendo el abandono de la misma en irreversible, tal y como sucedía tras la regulación operada por el preconstitucional y derogado Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regulaba el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, que en su art. 5 imponía para ejercer tales derechos el pase a la situación de retirado o el pase definitivo a la equiparable "situación especial", si se trataba de Oficiales Generales, lo que en ambos casos significaba el abandono definitivo e irreversible de la carrera militar.[840] Tal norma preconstitucional, si bien pudo resultar adecuada en los convulsos momentos de la Transición democrática española[841], se consideró con razón por la doctrina claramente desproporcionada una vez asentado el sistema democrático en nuestro país[842], siendo además claramente contraproducente respecto al fin perseguido ya que, evitar en todo caso el ejercicio por los militares del derecho de sufragio pasivo o condenar a la pérdida irreversible de su carrera al que tuviese la sola tentación de presentarse a unas elecciones (aun no siendo elegido), en poco contribuye a la necesaria integración en una

[840] *Vid.* en este sentido, Blanco Valdés, que afirma con razón que la situación claramente restrictiva del derecho de sufragio pasivo se da "no tanto porque se prohíba a los militares tal ejercicio cuanto porque la consecuencia derivada del mismo será la pérdida *definitiva e irreversible* de la condición de militar." BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, ob. cit., pág. 101. La cursiva es del autor. Las restricciones impuestas por el Real Decreto-ley 10/1977 son calificadas por Gómez Martínez como la "virtual [yo diría real] expulsión del servicio activo para quienes se presentasen candidatos a elecciones para cargo público." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 137.

[841] Fernández Segado se refiere al Decreto-Ley de 1977 como una norma excepcional para un momento también excepcional puesto que aparecía "enormemente condicionada por la histórica coyuntura en que va a ver la luz: la celebración de las primeras elecciones libres y verdaderamente democráticas después de ocho lustros." *Vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El derecho de sufragio pasivo de los militares de carrera…", ob. cit., pág. 17. López-Medel habla de situación coyuntural y especial. LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J., "El acceso del militar profesional a los cargos públicos electivos", en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990, pág. 448.

[842] *Vid. ad ex. ibídem*. págs. 19-21. En este sentido la estabilidad del sistema democrático como la primacía del poder civil sobre el militar quedan hoy fuera de todo cuestionamiento por la Institución castrense mediante su estricta neutralidad política, principios que se verán más reforzados cuanto mayor sea la leal conciencia participativa en los asuntos públicos por parte de los miembros que componen las Fuerzas Armadas, derecho "sólo limitado en la estricta medida en que pueda quedar comprometido el principio anterior. [el de neutralidad política]" PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 398 y 399. En el mismo sentido, LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J., "El acceso del militar profesional a los cargos públicos…", ob. cit., pág. 450.

sociedad democrática avanzada de sus Fuerzas Armadas, a las que debe exigírseles neutralidad política pero no la apoliticidad de sus miembros, entendida como separación de la sociedad respecto a la que se encuentran integrados, y cuyos valores constitucionales se les ha encomendado precisamente defender.[843]

Un carácter rehabilitador para los militares que pasaron a retiro y perdieron irreversiblemente su carrera debido al ejercicio de actividades políticas o sindicales, y ello por efecto de la aplicación del Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, lo tuvo el art. 1 de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, por la que se regula el reconocimiento de determinados empleos militares, que les reconocía el derecho a solicitar el empleo militar que hubiese obtenido en régimen ordinario de ascensos el que les siguiera en el escalafón de procedencia en el momento de su pase a retiro.[844]

Habiendo quedado deferida pues, en virtud del juego de los arts. 70.1 CE y 6.1 y 7.3 LOREG, la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio pasivo por los militares al pase a la situación administrativa que corresponda y, por ello, a las determinaciones de las correspondientes leyes reguladoras de la función pública militar, los requisitos

[843] En este sentido advierte Cotino que la pretensión de mantener alejados a los militares de la vida política, que se pretende garantizar mediante las restricciones al derecho de sufragio pasivo, entre otras, "acaba en mayor o menor medida distanciando[los] del resto de la sociedad." COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., págs. 25 y 26.

[844] Sin embargo, el carácter reparador de la ley 27/1991 fue más simbólico que real ya que, a pesar de las previsiones de su art. 1, que, en cierta forma, contemplaba mediante el ascenso la reconstrucción de la carrera militar de los afectados por el retiro irreversible a causa del ejercicio de actividades políticas o sindicales, el nuevo empleo militar se les concederá con efectividad de la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/1991 y además, y esto es lo importante, "*no supondrá modificación alguna en su situación de retirado ni en los derechos que tuvieran reconocidos con anterioridad.*" (art. 1 de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, por la que se regula el reconocimiento de determinados empleos militares). Significativo al respecto es el supuesto de un Teniente Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar que, para poder ser incluido en las candidaturas al Senado en las elecciones generales de 1977, hubo de solicitar y, por Orden de 25 de abril de ese año, obtener el pase a la situación de retirado. Una vez celebrados los comicios y, pese a no haber conseguido el acta de senador, perdió cualquier posibilidad de volver a la carrera militar, quedando retirado con carácter definitivo. En aplicación de la ya citada Ley 27/1991 se le concede el derecho al ascenso a Coronel Auditor, aunque continuando en retiro. Frente a ello, el interesado formuló sucesivas solicitudes y recursos pretendiendo su ascenso a Consejero Togado, o subsidiariamente a General Auditor, del Cuerpo Jurídico Militar de las Fuerzas Armadas, ya que el primero es el grado que alcanzó el militar en el Cuerpo Jurídico del Aire que seguía en el escalafón al interesado. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sección 5ª), en sentencia de 9 de julio de 1998, recurso nº 932/1995, termina pronunciándose a favor de las pretensiones del interesado, concediendo su derecho al ascenso a General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar de las Fuerzas Armadas, con efectividad de 1 de enero de 1992, continuando en su situación de retirado, al considerar, entre otras cuestiones, que "el recurrente quedó impedido para ser evaluado, clasificado y elegido, en su situación irregular de retirado, de lo que ha de ser reparado justa y legalmente", de forma que, dado que el militar que le seguía en el escalafón alcanzó el máximo empleo del cuerpo jurídico militar (general consejero), "por la "ficción legal" de la Ley nº 27 de 5 de diciembre, de carácter especial, temporal, coyuntural y reparadora, el hoy recurrente por la reconstrucción de su carrera militar, lo hubiera también alcanzado, si hubiera continuado en las Fuerzas Armadas, desde el año 1977 al año 1992, como ha dejado establecido la citada Ley." (FJ 8º; para las circunstancias fácticas, *vid.* FFJJ 2º, 3º y 4º).

introducidos por éstas se convierten en desproporcionados si el ejercicio del derecho de sufragio pasivo supone el abandono de la carera militar o, introduce trabas tan gravosas para la misma, que hagan desistir a cualquier profesional que no desee poner en la práctica fin a su trayectoria en la milicia. Respecto a ello debemos afirmar que ha existido asimismo una evolución en las leyes reguladoras del personal militar:

Así, la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, que derogó al preconstitucional Real Decreto-ley 10/1977, disponía que la situación de los militares que fuesen "designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo" o "nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos" era la de excedencia voluntaria [art. 100.1 b) y c)]. Sin embargo, el régimen jurídico se completaba con lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del mismo precepto: para los que se presentaren a las elecciones a órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo "si no resultasen elegidos, permanecerán en la situación de excedencia voluntaria por un período de dos años, a contar desde el momento de la concesión del pase a dicha situación. Si resultaran elegidos continuarán en esta situación hasta dos años después de la terminación de su mandato." Esta especie de "cuarentena" de dos años tras abandonar el cargo político les era igualmente aplicable a los que viniesen ocupando un cargo en los gobiernos nacional o autonómicos o un puesto de alto cargo en cualquiera de sus administraciones. (Art. 100.5). Esta reforma operada en 1989, incluso mejorando el régimen establecido en 1977, convertía en totalmente gravoso para la carrera militar del interesado el ejercicio del derecho de sufragio pasivo contribuyendo indudablemente a "disuadir y desincentivar cualquier tipo de participación política representativa de los militares"[845], ya que no solo se obligaba a un periodo de dos años de "cuarentena como medio para *desintoxicar* políticamente"[846] (con el consiguiente perjuicio para la carrera

[845] LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J., "El acceso del militar profesional a los cargos públicos…", ob. cit., pág. 451. En este sentido se pronunciaba igualmente López Benítez, para quien "[s]e trata, en definitiva, de poner las cosas muy complicadas, de pintar un panorama muy oscuro para que pocos sean los que sientan la tentación de emprender el camino de la política, y abandonen, siquiera temporalmente, el ejercicio de la noble profesión de las armas. Naturalmente, un argumento tan desviado difícil acomodo encuentra en el texto constitucional." LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, ob. cit., pág. 508.

[846] La referencia al "período de cuarentena o de desintoxicación política" la efectúa el citado autor, quien asegura que "tratándose de la profesión de ideas sólidamente sedimentadas en la conciencia humana, difícilmente se podrá llegar a su borrado a través de períodos correctivos. Nuevamente se vuelve a confundir aquí el necesario apartidismo del militar con la inequívoca politicidad del mismo." *Ibídem.*,

profesional) al militar antes del regreso al servicio activo, después de haber ejercido el cargo público sino incluso en el supuesto de haberse presentado a las elecciones y no haber resultado elegido, con lo que continuaban produciéndose los negativos efectos para la carrera del profesional en el que se penalizaba el fracaso en el intento al presentarse a las elecciones, en palabras de Gómez Martínez.[847] Blanquer va aun más lejos señalando que "para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por los militares profesionales la Ley 17/1989 sólo es aparentemente más beneficiosa que el Real Decreto-Ley 10/1977."[848] En efecto, según el art. 100.7 de esta derogada norma, transcurridos los dos primeros años en la situación de excedencia voluntaria permanecerá en su Escala y empleo en el puesto que ocupara en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la inmovilización, pero la pérdida de puesto será definitiva. Si se le concediese esta situación por segunda o sucesivas veces, quedará inmovilizado en el puesto que tuviere en su Escala y empleo en el momento de la concesión. Pero, a ello debemos añadir que al militar de carrera en situación de excedencia voluntaria no le será computable el tiempo permanecido en ella a efectos de trienios y derechos pasivos ni como tiempo de servicios efectivos, salvo en el caso del apartado 2 de este artículo y durante el primer año de duración de cada período de excedencia del supuesto contenido en el apartado 3. (Art. 100.8).

Obviamente, por si estas desproporcionadas consecuencias no bastasen para convencer al militar para que desistiese de la idea de participar en las elecciones o aceptar un cargo político, aun recaía sobre él una negativa consecuencia más, con arreglo a la Ley 17/1989, propia en general de la situación de excedencia:

> "En la situación de excedencia voluntaria no se podrá permanecer menos de dos años, salvo por aplicación del régimen de incompatibilidades o, en su caso, en los supuestos de los apartados 2 y 3 de este artículo, ni más de diez en períodos consecutivos o alternos. Antes de transcurrir este último plazo, el interesado deberá solicitar el cese en esta situación. Si así no lo hiciera perderá su condición de militar de carrera." (art. 100.6).[849]

---

pág. 508. *Vid.* igualmente, GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 136.

[847] *Ibídem*.

[848] BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 562.

[849] Como, con razón, advertía Blanquer el punto crítico es que el militar de carrera que estuviese "durante más de diez años (en períodos consecutivos o alternos) en situación de excedencia voluntaria por ejercer el derecho de sufragio pasivo pierde toda su carrera", por lo que este autor consideraba esta norma solo "relativamente mejor" al Real Decreto-Ley 10/1977. *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 564. Asimismo FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El derecho de sufragio pasivo de los militares de carrera…", ob. cit., pág. 42. Este autor se hace eco asimismo de las consecuencias enormemente gravosas para la carrera del militar que suponía, con arreglo a la ley de personal de 1989, el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el profesional de la milicia, pese a lo cual no considera esas limitaciones contrarias a la Constitución por desproporcionadas o discriminatorias respecto al régimen previsto para jueces, fiscales o magistrados. *Ibídem*, págs. 39 y 41.

La situación del militar que decidía ejercer el derecho de sufragio cambió a mejor con la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que sustituyó a la de 1989. Sin embargo, ya por Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil se había eliminado el periodo de dos años en excedencia tras haber fracasado la elección o cesado en el cargo público.[850] La nueva ley de régimen de personal de 1999 continuaba ordenando el pase a la situación de excedencia voluntaria para los militares profesionales que decidiesen ejercer el derecho de sufragio pasivo o aceptar determinados altos cargos en la Administración [art. 141.1 a) y b)] confirmando así la eliminación de las restricciones a las que nos acabamos de referir (art. 141. 3 y 4). Ahora bien, los efectos negativos sobre la carrera del militar ya se manifestaban a los dos años en esta situación puesto que "[t]ranscurridos los dos primeros años en la situación de excedencia voluntaria, el interesado permanecerá en el escalafón u ordenación correspondientes en el puesto que ocupara en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la inmovilización, pero la pérdida de puestos será definitiva. Si se le concediese esta situación por segunda o sucesivas veces, quedará inmovilizado en el puesto que tuviere en el escalafón u ordenación correspondientes en el momento de la concesión." (art. 100.7). Asimismo solo se garantizaba la posibilidad de ascender durante los dos primeros años de permanencia en la situación de excedencia voluntaria, siempre que tuviese cumplidos, en unidades,

[850] Peñarrubia entendía que las restricciones mencionadas se debían a la aplicación de un "concepto sociológicamente institucional de la Función militar" que "carecía de justificación en este caso, sobre todo teniendo en cuenta que la neutralidad se puede pedir al militar que está en activo en las Fuerzas Armadas, pero no al que está en una situación distinta." Curiosamente entiende justificado, sin embargo, este autor que "se detenga la carrera militar de quien ejercite este derecho [se refiere a la no computación de este periodo a efectos de tiempo de servicio], pero como una *opción personal* y *no como una restricción impuesta* para evitar el ejercicio del derecho de sufragio pasivo." PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., págs. 193 y 194. Las cursivas son mías. Gómez Martínez considera sin embargo con razón estos límites como "discriminaciones incomprensibles", si las comparamos sobre todo con las existentes en ese momento para el resto de la función pública. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 138. Fernández Segado, pese haber criticado en 1989 esa especie de "cuarentena" en la que se encontraban los militares tras haber ejercido un cargo público o no resultar elegido para el mismo, mantuvo en un nuevo trabajo tras la nueva ley de personal de 1999 la necesidad de que "alguna cautela debiera haberse establecido". Admite, no obstante, el autor que "el nuevo régimen jurídico trata de acomodarse a esa idea de «ciudadano de uniforme» que rige el estatuto jurídico de los militares profesionales en los países democráticos." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 17 de mayo", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 74, julio-diciembre 1999, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 40.

centros u organismos del Ministerio de Defensa, los tiempos de función y, en su caso, de mando a los que se refiere el artículo 112 de la Ley. (Art. 141.8).[851]

Con todo, este régimen, propició que algún autor considerase que la situación administrativa en que quedaban los militares con arreglo a la ley de personal de 1999 era notablemente mejor que el establecido para las carreras judicial y fiscal tras la reforma introducida en la LOPJ por Ley Orgánica 5/1997, de 27 de noviembre, "que quedan ahora como los Cuerpos de funcionarios que tienen mayores dificultades para iniciar carrera política", pese a lo cual entendía que la situación de los militares seguía siendo menos favorable que lo previsto para los funcionarios civiles en el art. 29.2 de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, que quedaban en servicios especiales.[852]

Finalmente, la Ley 39/2007, de la Carrera Militar ha realizado un importante esfuerzo por homogeneizar la situación administrativa de los militares a la del resto de funcionarios públicos cuando deciden ejercitar el derecho de sufragio pasivo. Así, su art. 109.1 dispone que "[l]os militares de carrera y los militares de tropa y marinería con compromiso de larga duración, serán declarados en situación de servicios especiales cuando: … d) Sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resulten elegidos en las mismas." La nueva norma realiza un importante avance en la dirección de que el

[851] Como advierte Gómez Martínez este régimen de la Ley 17/1999 "[e]n la práctica... obligaba a los militares que pretendían ostentar una candidatura a elegir entre ésta o su carrera, lo que desde luego pone en entredicho la proporcionalidad de tal restricción." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 133. En el mismo sentido Alli Turrillas, para el que, aunque, en referencia a la situación de excedencia en que quedaba el militar tras el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en la Ley de personal de 1999, "el conjunto es muy ventajoso en los primeros años en cuanto al ascenso, mantenimiento de puestos en el escalafón, etc., (…) "a los dos años la caída de sus derechos es bastante notable" Alli Turrillas. ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 294.

[852] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 428 y 429. La situación administrativa sigue siendo para los funcionarios civiles la de servicios especiales en virtud del art. 87.1 e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Actualmente, los jueces y magistrados, y ello tras la reforma operada por la Ley Orgánica 12/2011, de 22 de septiembre, "serán declarados en la situación de servicios especiales: ... f) Cuando sean nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto o Decreto autonómico, o elegidos para cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales." Resulta significativa la cautela prevista respecto a estos servidores públicos de que "[e]n este caso, así como en el supuesto previsto en la letra f) del artículo 356, los Jueces y Magistrados, y los funcionarios de otros Cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente, deberán de abstenerse de conocer de los asuntos concretos vinculados con su actividad política." (art. 351 LOPJ). Como podemos comprobar, ni siquiera se establece el tiempo de cautela previsto por la Ley 17/1989 para los militares profesionales, y ello teniendo en cuenta que en esta caso sí se encontraría justificada ya que se trata de funcionarios que van a tomar decisiones jurisdiccionales que deben estar caracterizadas por el principio de independencia e imparcialidad, lo que explicaría una razonable exclusión del ejercicio jurisdiccional, por ejemplo, en los mismos órganos en los que vino ejerciendo sus funciones con anterioridad a ocupar el cargo político o en el mismo territorio sobre el que intervino en política, en los cargos incompatibles con la función judicial.

hecho de que el militar asuma un cargo público[853] o se presente a las elecciones sea lo menos gravoso posible para su carrera. En este sentido dispone que el tiempo permanecido en esta situación sea computable a efectos de tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos (art. 109.3 LCM) y que el militar profesional en situación de servicios especiales pueda ascender si tiene cumplidas las condiciones de ascenso establecidas en esta ley. (art. 109.4). Esto último ya resulta más difícil cuando el militar se mantiene en esta situación durante un prolongado tiempo. Debemos, a estos efectos, tener en consideración la evaluación permanente al que está sometido el militar en su carrera y, por supuesto, para ascender a los diferentes empleos.[854] De hecho, ha sido precisamente la LCM 2007 la que, de los distintos sistemas de ascenso (elección, clasificación, concurso o concurso-oposición y antigüedad) ha establecido que solo sea posible ascender por antigüedad al empleo de capitán o asimilados y a sargento primero en el caso de los suboficiales (art. 89 LCM). Si a ello sumamos que para el ascenso a determinados empleos se exige la permanencia en determinado tipo de destinos (tiempo de mando o función), o la obtención de titulaciones específicas militares (art. 90 LCM) y encontrarse en las zonas de escalafón que para cada empleo y escala determinen los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire (art. 94 LCM), resulta obvio que la carrera del militar en situación de servicios especiales quedará mermada frente a sus compañeros en servicio activo, que mantienen la posibilidad de realizar los méritos precisos para el ascenso tras la oportuna valoración por la junta de evaluación respectiva.[855] Aun no considerando desproporcionado el demérito producido en la carrera del militar que queda durante largo tiempo en situación de servicios especiales, como sucedía con las restricciones impuestas por las leyes de personal de 1989 y 1999, ya que una cosa es introducir desventajas o discriminaciones que no sufren el resto de los servidores públicos y otra pretender la consecución *ex lege*

[853] Si prestamos atención al art. 109.1 LCM, veremos que contempla una larga lista de cargos públicos cuya asunción por el militar profesional determina su pase a servicios especiales.

[854] Dispone en este sentido el art. 85 LCM lo siguiente: "Los militares profesionales serán evaluados para determinar su aptitud para el ascenso al empleo superior, para seleccionar los asistentes a cursos y para comprobar la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas.
Los que mantengan una relación de servicios mediante compromisos serán evaluados para determinar su idoneidad para su renovación."

[855] *Vid.* asimismo el desarrollo de la LCM por el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. (art. 14 y ss.). *Vid.* al respecto el interesante estudio monográfico sobre el particular de ALBA RODRÍGUEZ, M., "Las condiciones de aptitud del militar profesional", en *Estudios de Derecho Militar 2009*, Colección de Estudios jurídicos y Fiscales de la Defensa, Centro de Investigación y doctrina legal, Catálogo general de publicaciones oficiales, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, pág. 279 y ss.

de los méritos precisos para ascender cuando *de facto* no ha tenido lugar su consecución –lo que sí supondría un trato discriminatorio con el resto de los compañeros del militar que se encuentran en servicio activo-[856], sí debemos destacar que, dadas las peculiaridades de la carrera del militar –sometido a un constante proceso de evaluación inédito, al menos por ahora, para el resto de los servidores públicos[857]- no podemos considerar, pese al importantísimo esfuerzo realizado por la LCM, que la homogenización con el resto de la función pública haya sido total a la hora de determinar la situación administrativa en que queda el militar que ejerce el derecho de sufragio pasivo y ello sin olvidar que quien ejerce este derecho fundamental ya no es el militar en activo [art. 70.1 e) CE], quedando en suspenso su condición militar.[858]

Por lo que respecta al derecho comparado en la materia, en Francia la cuestión aparece regulada en el art. L4121-3 del *Code de la défense*, que prohíbe el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a los militares en activo:

> "Está prohibida a los militares en activo la adhesión a grupos o asociaciones políticas.
> A salvo de las inelegibilidades previstas por la ley, los militares pueden ser candidatos a toda función pública electiva; en este caso, la prohibición de adhesión a un partido político prevista en el primer párrafo se suspende mientras dure la campaña electoral. En caso de ser elegidos y de aceptar el cargo, esta suspensión se prolonga mientras dure el mandato.
> Los militares que son elegidos y aceptan el mandato pasan a la excedencia [*détachement*] prevista en el artículo L.4138-8."[859]

En la Ley portuguesa n.º 31-A/2009, de 7 de julio, de Defensa Nacional, su art. 33, de acuerdo con la habilitación concedida constitucionalmente para establecer límites en ese ámbito[860], regula la *capacidad electoral pasiva* de los militares, permitiendo que, en

[856] Debemos coincidir en este aspecto con Gómez Martínez en que las diferencias respecto a otros colectivos son ya menores, "aunque alguna diferencia continua existiendo en el ámbito interno, por ejemplo a efectos de baremo en las evaluaciones para el ascenso, pero esto es relativo porque también existen diferencias entre los que están en servicio activo, en función del destino que ocupan." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 138.

[857] En este sentido, aunque la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público prevé la evaluación del desempeño del trabajo por los empleados públicos, que las Administraciones Públicas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia [art. 14 c), 17 b) y 20], ello queda al albur de las determinaciones de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto (art. 17), al objeto de determinar la carrera horizontal de empleado público, lo que hasta el momento, no ha tenido traducción legal en la posibilidad de pérdida de la condición de funcionario a causa de una evaluación desfavorable.

[858] Al respecto prevé el art. 109.5 LCM que el militar profesional en servicios especiales "durante el tiempo de permanencia en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares."

[859] Redactado por Ley n°2008-493 de mayo de 2008, art. 3. En esta situación el militar goza de un favorable régimen que le permite conservar la antigüedad así como beneficiarse de ascensos así como derechos pasivos.

[860] Así, el art. 270 de la Constitución de la República de 2 de abril de 1976 habilita al legislador al establecimiento de límites, entre otros, a "la capacidad electoral pasiva para los militares y agentes militarizados de los cuadros permanentes en servicio activo, así como para los agentes de los servicios y

tiempo de paz, concurran a las elecciones como "candidatos no inscritos", y tras la concesión de una licencia especial, disponiendo que la etapa del mandato representativo cuenta en la carrera del militar como tiempo de permanencia en el puesto y como tiempo de servicio efectivo a efectos de antigüedad, disponiéndose su reincorporación al servicio activo a la extinción del mandato o si el candidato no es elegido. Sin embargo, el derecho de sufragio pasivo de los militares portugueses es excepcionado o limitado en tiempo de guerra, estado de sitio o de emergencia, determinando estas situaciones la reincorporación del militar al servicio activo, lo que hace depender el derecho de participación política de los militares y su mismo mandato representativo de la concurrencia de alguna de estas situaciones excepcionales. Aunque el tiempo de mandato representativo no perjudica, en principio, como hemos señalado, la carrera del militar, cuando éste es elegido para un segundo mandato la ley determina el pase a la situación de reserva[861]

Por lo que respecta a Italia, la Ley núm. 382 de 11 de julio de 1978[862], por la que se aprueban las normas de principio sobre la disciplina militar en su art. 6 determina que

---

de las fuerzas de seguridad" y ello "en la medida estricta de las exigencias propias de las respectivas funciones".

[861] El tenor del art. 33 de la Ley portuguesa de Defensa Nacional de 2009 dispone lo siguiente:

"1 — En tiempo de guerra, los militares en activo, no pueden concurrir a las elecciones a los órganos de soberanía, del gobierno propio de las Regiones Autónomas y del poder local, o al Parlamento Europeo.

2 — En tiempo de paz, los militares en activo, pueden aspirar a los órganos referidos en el número anterior mediante licencia especial a conceder por el Jefe del Estado Mayor del ejército al que pertenezcan.

3 — La solicitud para la concesión de la licencia especial debe hacer mención a la voluntad del solicitante de ser candidato no inscrito en cualquier partido político e indicar la elección a la que pretende concurrir.

4 — La licencia especial debe ser concedida en el plazo de 10 ó 25 días útiles, dependiendo de que el solicitante preste servicio en territorio nacional o en el extranjero, y producirá efectos a partir de la publicación de la fecha de la elección de que se trate.

5 — El tiempo de ejercicio del mandato para el que el militar sea elegido en los términos de los números anteriores cuenta como tiempo de permanencia en el puesto y como tiempo de servicio efectivo a efectos de antigüedad.

6 — La licencia especial caduca, determinando la reincorporación del militar al servicio activo, cuando:

a) Del escrutinio final de los resultados electorales resulte que el candidato no fue elegido;
b) Cuando habiendo sido el candidato elegido, su mandato se extinga por cualquier causa o se suspenda por un período superior a 90 días;
c) Con la declaración de estado de guerra, de estado de sitio y del estado de emergencia.

7 — Los militares en situación de reserva que sean titulares de uno de los órganos referidos en el nº 1, excepto de los órganos de soberanía o del Parlamento Europeo, solo podrán ser requeridos al servicio activo en caso de declaración de guerra, de estado de sitio o del estado de emergencia, que determinan la suspensión del respectivo mandato.

8 — En las situaciones en que el militar electo ejerza el mandato en régimen de permanencia y a tiempo completo, puede solicitar, en el plazo de 30 días, el pase voluntario a la situación de reserva, que es diferida con efectos a la fecha de inicio de aquellas funciones.

10 — Determina el pase a la situación de reserva la elección de un militar para un segundo mandato, con efectos a partir de la fecha de inicio del respectivo ejercicio."

El Decreto-Ley n. º 279-A/2001, de 19 de octubre (*Diário da República* n.º 243) regula los efectos de la licencia especial concedida a los militares de las fuerzas Armadas para el ejercicio de mandatos electivos.

[862] *Gazz. Uff.*, de 21 de julio, n. 203.

las Fuerzas Armadas deben mantenerse en todo momento fuera de la controversia política.

A los militares que se encuentran en alguna de las situaciones previstas en el párrafo tercero del artículo 5 les queda prohibido participar en las reuniones y manifestaciones de los partidos políticos, asociaciones y organizaciones políticas, así como la realización de propaganda a favor o en contra de partidos, asociaciones, organizaciones políticas o candidatos a las elecciones política y administrativas. No obstante, los militares elegidos para el Parlamento nacional, el Parlamento Europeo y los Consejos Regionales pasan de oficio a la denominada situación de "licencia sin sueldo" durante la duración de su mandato, computándose ese periodo a efectos de antigüedad y derechos pasivos. (art. 903 del *Codice dell'ordinamento militare*).[863]

En Alemania la Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (*Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten*), de 19 de marzo de 1956, tras consagrar en el art. 15 determinadas reglas de comportamiento de los militares destinadas a preservar la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, el art. 25 establece que el militar puede presentarse como candidato a las elecciones al *Bundestag*, al cuerpo legislativo de un *länder* o como representante municipal, pero se notificará inmediatamente a sus superiores, concediéndosele una licencia remunerada de dos meses, tiempo durante el que se le reconoce libertad de expresión para llevar a cabo la campaña electoral. Si resulta elegido para el cargo representativo, pasaría a una situación, cuya duración no se le tiene en cuenta a efectos de antigüedad pero sí para la pensión de retiro. Al término del mandato, el profesional se reincorpora al servicio activo.

Por lo que se refiere al Reino Unido, el militar en activo tiene absolutamente vedado el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, excepto en las elecciones locales, salvo que renuncie a la carrera militar. Así, los militares son inelegibles para la Cámara de los Comunes, el Parlamento de Escocia, las asambleas de Gales, Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.[864]

Por lo que hace a Estados Unidos, ninguna previsión se establece al respecto en su Constitución Federal de 1787. Sin embargo, el Título 10 del *United States Code* (Sec. 973) determina que ningún militar en servicio activo o en la reserva puede aceptar un

[863] Aprobado por Decreto Legislativo de 15 de marzo de 2010, n. 66.
[864] Respectivamente, en virtud de la *House of Commons Disqualification Act* de 1975, *Scotland Act* de 1998,*Government of Wales Act* de 2006 y la *European Parliamentary Elections Act* de 2002.

cargo que le obligue a separarse de su unidad, o interfiera en el cumplimiento de sus deberes militares.

Añaden los apartados 2 y 3 de la norma que, a excepción de que se autorice por ley, los miembros de las Fuerzas Armadas a quienes se aplican estas restricciones no pueden mantener o ejercer funciones propias de un cargo civil en el Gobierno de los Estados Unidos siempre que sea un cargo electivo o que requiera el nombramiento por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado ni mantener o ejercer funciones propias de un cargo civil en el Gobierno de un Estado (o de cualquier subdivisión política de un Estado).

No obstante, existe una amplia posibilidad de que los miembros de las FAS ejerzan derechos de participación política, pudiendo, entre otros aspectos, registrar, votar y expresar a título individual, su opinión personal sobre los candidatos políticos y sus programas; promover y animar a otros a ejercer su derecho de voto, si ello no supone el ejercicio de su autoridad oficial o influencia para interferir con el desarrollo de cualquier elección; participar en las elecciones, si no es en representación de un partido político, no interfiere con los deberes militares, se hace sin uniforme, y el Secretario del departamento ha dado su aprobación previa o participar en actividades para recaudar fondos para actividades políticas, asistir a mítines, debates, encuentros, concentraciones, como espectador, sin uniforme y cuando no se trate de representaciones oficiales.[865]

Coincidimos, pues, con Pascua en que, salvo algunas excepciones, la línea general del derecho comparado respecto al derecho de sufragio es la de "admitir, con más o menos facilidades, la posibilidad de que los militares se presenten a las elecciones y ocupen cargos públicos, si bien se les exige hacerlo en situaciones ajenas al servicio activo, que en la mayor parte de los casos no suponen grandes quebrantos en su carrera profesional."[866]

8.2.- El acceso en condiciones de igualdad a la función pública militar. En particular, el sexo, la edad y la nacionalidad. La pérdida de la condición militar.

Como parte asimismo del art. 23 CE se consagra el derecho de acceso a la función pública (por lo que aquí interesa, la militar) que –adelantemos ya- implica su progresión en la misma de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad,

[865] Directiva del Departamento de Defensa 1344.10, de 19 de febrero de 2008, sobre Actividades Políticas por los Miembros de las Fuerzas Armadas (*Political Activities by Members of the Armed Forces*).
[866] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 399.

mérito y capacidad. A estos efectos resulta imprescindible conectar las disposiciones del art. 23.2 con las del 103.3 CE, preceptos cuyos principios deben presidir los procesos selectivos para el acceso a la función pública, incluida la militar.[867] Ello "entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador."[868]

Resulta asimismo doctrina constitucional reiterada que el art. 23.2 CE "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 (SSTC 75/1983, 15/1988 y 47/1989). Sin embargo, 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 (SSTC 192/1991 y 200/1991)" (STC 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7).[869]

El derecho del art. 23.2 implica pues la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes; de manera que la Constitución reserva a la ley, y, en todo caso, al principio de legalidad, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar legalmente cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.[870]

---

[867] *Vid.* por todas al respecto SSTC 67/1989, de 18 de abril; 269/1994, de 3 de octubre y 73/1998, de 31 de marzo. Mantiene Pulido Quecedo que "los principios de mérito y capacidad por un lado, son una prolongación de la igualdad para garantizar a través de términos generales y abstractos el igual acceso a la Administración Pública (vertiente, por tanto, de *derecho subjetivo*), por otro, constituye una *regla organizativa* al servicio de la eficacia, imparcialidad y objetividad de los intereses personales de la administración pública (*componente organizativo*)." PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas, Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 408. Las cursivas son del autor.

[868] Por todas, SSTC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6 y 126/2008, de 27 de octubre, FJ 3.

[869] Igualmente, a título de ejemplo, SSTC 235/2000, de 5 de octubre y 30/2008, de 25 de febrero.

[870] Al respecto, SSTC 73/1998, de 31 de marzo, y 138/2000, de 29 de mayo.

Supone asimismo el contenido de este derecho, según la doctrina del Alto Tribunal que "nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas "en condiciones de igualdad", lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril)."[871] Igualmente ello supone el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal forma que "[e]n todos los momentos del proceso selectivo la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las 'condiciones de igualdad' a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo en relación con las propias 'leyes', sino también con su aplicación e interpretación [por todas, SSTC 10/1998, de 13 de enero, FJ 5, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c)]" (STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4). En definitiva el art. 23.2 CE, garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo."[872]

Pues bien, los principios constitucionales expuestos quedan garantizados legalmente en el acceso a la enseñanza de formación militar, al igual que para el resto de la función pública[873], puesto que "[e]l ingreso en los centros docentes militares de

[871] STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6. En cuanto a las referencias individualizadas "del art. 23.2 de la Constitución deriva el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones «se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas» (STC 50/1986, de 23 de abril). (…) De ahí que se exija que los requisitos o méritos se establezcan «con carácter general» (STC 42/1981), siendo constitucionalmente inaceptable que «se produzcan acepciones o pretericiones ad personam en el acceso a las funciones públicas» (STC 148/1986, de 25 de noviembre). «Lo que el art. 23.2 de la Constitución Española prohíbe es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de las funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos sino mediante referencias individuales y concretas» (STC 18/1987, de 16 de febrero)." (STC 67/1989, de 18 de abril, FJ 2; en este sentido igualmente, STC 269/1994). De manera que a día de hoy serían impensables las llamadas plazas de gracia para el ingreso en las academias militares de ciertas personas mediante una ley *ad casum*. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar como leyes de caso único la Ley de 20 de diciembre de 1952 por la que se concede el derecho a plaza de gracia en la Escuela Naval Militar y demás Cuerpos de la Armada a los nietos del Almirante don Francisco Moreno y Fernández. (BOE núm. 358, de 23 de diciembre) o la Ley de 1 de agosto de 1935, concediendo plaza de gracia, previo examen de suficiencia, en la Escuela Naval y demás Cuerpos de la Armada a los nietos varones del Capitán de navío D. Joaquín Bustamante y Quevedo. (BOE núm. 214, de 2 de agosto). Estas normas actualmente no solo serían contrarias a los principios constitucionales del mérito y la capacidad sino que en puridad no se compadecen siquiera con las exigencias mismas de la ley como disposición de carácter abstracto y general. Igualmente contrarios a tales principios constitucionales serían las previsiones contenidas antaño en la normativa de acceso a los centros docentes militares y que reservaban plazas de gracia a los hijos de militares fallecidos. *Vid.* al respecto, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 478.

[872] STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6. Un completo resumen de la doctrina constitucional al respecto lo encontramos en la STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.

[873] Afirma con razón Peñarrubia que la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a los señalados principios derivados de los arts. 23.2 y 103.3 CE es aplicable igualmente a la Función militar como parte

formación se efectuará mediante convocatoria pública a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los demás principios rectores para el acceso al empleo público." (art. 56.1 y ss. LCM).[874]

No obstante, existen determinadas circunstancias que, de una manera u otra, influyen, o son susceptibles de influir, en el acceso a la función pública militar y, por ello, en los correspondientes procesos selectivos, así como en el desarrollo de la carrera del profesional en condiciones de igualdad. Se tratan, entre otras, del sexo o género, la orientación sexual, la nacionalidad, la edad, así como las aptitudes psicofísicas.

8.2.1.- La discapacidad o enfermedad.

Comenzando por estas últimas, tanto para acceder a la función militar como para permanecer en ella (art. 83 LCM) es preciso reunir unas determinadas aptitudes

---

de la función pública del Estado y que "[l]as especialidades de la legislación militar no pueden amparar que sea de otra forma, por el hecho de que la carrera militar siga existiendo frente a lo difusa que resulta la carrera en la actual función civil" sin justificar ninguna diferenciación para la función militar, lo que no obsta a que el *carácter funcionarial pleno* se atribuya, según afirma con buen criterio este autor, a los que ostentan una relación con las FAS de carácter permanente. PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., págs. 235 y 236. La cursiva es mía. Pulido Quecedo opina que "la proyección del artículo 23.2 CE aquí debe manifestarse, principalmente en el acceso al sistema de enseñanza militar. Menor proyección debe poseer, a mi juicio, en lo que pudiéramos llamar *carrera militar*. Aquí, en línea con lo que ocurre en otros ordenamientos, sostenemos que las garantías derivadas del artículo 23.2 CE se refieren estrictamente a la función pública *stricto sensu* y no al ejército profesional." PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas*, ob. cit., págs. 387 y 388. Las cursivas son del autor. Discrepamos rotundamente con la conclusión alcanzada por este autor cuando niega a los militares con una relación de servicios de carácter permanente el carácter de integrantes de la función pública, algo que, además de no fundamentar de modo convincente –ya que la especial naturaleza de las Fuerzas Armadas o sus valores no justifican la exclusión sin más de los principios constitucionales referidos a la función pública- resulta absolutamente contrario a la consideración de las Fuerzas Armadas como parte integrante de la Administración del Estado –y consecuentemente, de sus integrantes como servidores públicos- que el mismo autor defiende. Cosa distinta es que se sostenga-en la línea de la doctrina constitucional expuesta más arriba- que los principios constitucionales del mérito y capacidad no son exigibles con la misma intensidad durante el desarrollo y promoción en la carrera, pero ello para toda la función pública. Distinta posición sostenía ya en 1964 Carrión Moyano, y ello curiosamente en una época en que las tesis que defendían una caracterización institucional de las Fuerzas Armadas gozaban de mayor predicamento. Así mantenía este autor que "[e]n el estado actual de la cuestión puede afirmarse que la delimitación del concepto de funcionario se opera en la doctrina por la conjunción de una serie de notas que indudablemente y siguiendo la teoría unitaria, son aplicables con exactitud al funcionario militar: 1.º Nombramiento ajustado a la ley y en virtud de acto administrativo (...) 2.º Incorporación a un determinado grado administrativo (...) 3.º Incorporación a una plantilla predeterminada, que implica el número de funcionarios independientemente de los destinos de los mismos, si bien esté concebida en contemplación a las necesidades de éstos. (...) 4. º Contraprestación económica a favor del funcionario militar (...) 5.º Regulación del *status* del funcionario militar por el Derecho administrativo (...)" CARRIÓN MOYANO, E., "El militar como funcionario público", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 18, julio-diciembre 1964, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, págs. 40 y 41. En el mismo sentido Alli, para quien jurídico-administrativamente, el militar (de carrera) es un funcionario público. *Vid.* ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 99 y ss.

[874] *Vid.* igualmente art. 3 y ss. del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas.

psicofísicas, lo que implica establecer un cuadro médico de exclusiones en el acceso a la enseñanza militar de formación para aquellos aspirantes que padezcan determinadas patologías o limitaciones físicas que se consideren incompatibles con las exigencias de la vida militar. Así, en desarrollo del art. 56.5 LCM, el art. 8.3 del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas determina que

> "En los procesos de selección para cursar las enseñanzas de formación se verificará, mediante reconocimientos médicos y pruebas psicológicas y físicas, que el aspirante posee la necesaria aptitud psicofísica. […] El Ministro de Defensa determinará los cuadros médicos de exclusiones y las pruebas físicas que se deberán superar para ingresar en los diferentes centros docentes militares de formación. Los declarados no aptos en el reconocimiento médico o en las pruebas físicas quedarán eliminados del proceso selectivo."

La Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, sigue siendo de aplicación a todos los procesos de selección por mandato de la disposición transitoria sexta del precitado Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas. Esta norma establece exclusiones médicas en razón a diversas patologías apreciables en el individuo y que, objetivamente, le incapaciten para completar el plan de estudios en el centro militar de formación o sean incompatibles con la profesión o la vida militar, según la redacción, a modo de ejemplo, de alguno de los puntos del anexo del cuadro de exclusiones.[875] Resulta obvio que la enfermedad o minusvalía que incapacite para el desempeño de la profesión castrense constituye un legítimo motivo de exclusión en lo que al acceso a la función pública militar respecta sin que, en aras a la efectividad de las Fuerzas Armadas, y de cara al cumplimiento de las misiones que el art. 8 CE les atribuye, resulten posibles "la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas", y a las que se refiere la STC 269/1994, de 3 de octubre[876], que convalida la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un

[875] Así podemos citar, dentro de las *Enfermedades y causas generales*, "utilización de cualquier tipo de medicación o droga que pueda disminuir la capacidad de reacción del examinado o que funcionalmente incapaciten para la profesión militar" (apartado 11) o "Secuelas postquirúrgicas con trastornos funcionales incompatibles con la profesión militar" (apartado 8, dentro de *D. Aparato digestivo*).
[876] FJ 4.

colectivos con minusvalías. Por otra parte, *poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas* figura como un requisito general para poder participar en los procesos selectivos en el art. 56.1 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, norma que, abundando en nuestro razonamiento, cuando ordena reservar en las ofertas de empleo público un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, lo condiciona a que *superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas*. (Art. 59.1).

8.2.2.- El sexo y el género

El art. 4.1 LODDFAS, después de reflejar expresamente la prohibición de discriminación alguna por razón de sexo o género, formula un mandato a los poderes públicos:

"Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar."

Sin embargo, las señaladas circunstancias tradicionalmente han influido en el acceso a la profesión militar hasta el punto de que ésta aparecía tradicionalmente vedada a las mujeres. Ha tenido que ser, tras diez años de vigencia del texto constitucional, que en su art. 14 proclama la igualdad ante la ley[877], cuando el Gobierno, y ello como consecuencia de la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[878], reguló su acceso a través del Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de

[877] La dicción del precepto constitucional es la siguiente: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

[878] En tal sentido, PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 154. Igualmente Pascua, quien señala que "[e]sta adaptación se ha ido haciendo con cierto retraso y en algún caso a trompicones, sorprendida la administración militar por alguna sentencia que antes o después había de producirse." PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 466. En el mismo sentido, quien sostiene que la pasividad del legislador, al remitir el tratamiento de la cuestión a una ley futura, "*parecía una decisión premeditada de paralización temporal sine die.*" ARROYO YANES, L.M., "Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 59, enero-junio 1992, Madrid, pág. 118. La STC 216/1991, de 14 de noviembre, que resuelve el recurso de amparo interpuesto, tras señalar que "los poderes públicos -el legislador parlamentario, el Gobierno y la Administración- heredan de la etapa preconstitucional una situación de desigualdad consistente en que las mujeres encontraban vedado su acceso a las Academias Militares, exclusión a todas luces inconstitucional…" recuerda claramente que

> "…el legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora, ni proponerse plazo, al menos aproximativo, en orden a aquella corrección. Y

febrero, si bien restringiendo el acceso de las mujeres básicamente a los Cuerpos Generales de los Ejércitos, esto es, les impedía, al menos de momento, convertirse en militares con mando sobre fuerza o integrar la misma, a salvo del ingreso como Guardias civiles de segunda (art. 3 del Decreto-Ley).[879] Según el preámbulo del propio Decreto-Ley "[l]a incorporación de los demás Cuerpos de los Ejércitos se hará de una forma progresiva a medida que se vayan efectuando adaptaciones de diversa índole que, al tiempo que aseguren la adecuada integración, permitan mantener el normal desarrollo de las funciones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas." Lo cierto es que la Administración había dispuesto de diez años desde la promulgación de la Constitución para realizar las necesarias adaptaciones para la plena integración de la mujer en las FAS. De hecho el principio constitucional de la igualdad y no discriminación por razón de sexo así como cualquier otra condición personal o social se encontraba ya incorporado al art. 185 de las Reales Ordenanzas de 1978 y el art. 36 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 remitía a la ley la forma de participación de la mujer en la defensa nacional.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, aunque en su preámbulo manifiesta que con esta norma *alcanza su plenitud el plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejercicio profesional dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas*, se prohibían las distinciones terminológicas en los empleos militares entre hombre y mujer (art. 10.4) y se establecía que los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso en los centros docentes militares de formación (art. 44.3), sin embargo el art. 74.5 aun contemplaba la posibilidad de que las normas de provisión de destinos podrían establecer particularidades para la mujer

---

aunque la LODN -en la interpretación de su art. 36 más favorable para el legislador- no resulta inconstitucional a se, puesto que, encarándose, en un momento postconstitucional tan temprano como 1980, con la desigualdad existente, no la mantiene sino, indirectamente, de forma temporal y carente de justificación.
Esa justificación se invoca por vez primera en el Real Decreto-ley 1/1988. Ahora bien, esta disposición con fuerza de ley, que prolongó la situación de desigualdad en el acceso a la enseñanza superior militar en perjuicio de la población femenina hasta que se realicen «las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas» (art. 4), no puede contemplarse ahora por las causas ya apuntadas, entre las cuales la de ser posterior a la negativa de acceso a las pruebas." (FJ 6).

[879] En este sentido, permitía el art. 2 el acceso a los cuerpos de ingenieros de los ejércitos y de los que poco más tarde se unificaron conformando los conocidos Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, cuyas funciones son eminentemente técnicas, a saber, Cuerpo Jurídico, Cuerpo Militar de intervención, Cuerpo de Sanidad Militar y Cuerpo de Músicas Militares.

derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas. Estas particularidades se traducían básicamente en las previsiones del art. 25 del Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas que, bajo la rúbrica "*Destinos del personal femenino*", limitaba a las mujeres los destinos "de tipo táctico u operativo en unidades de La Legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas. Tampoco podrán 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."

La total equiparación tanto en el acceso como en los destinos y carrera de los militares por razón de sexo no llegó hasta la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, donde, según su exposición de motivos

"el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres y eliminarse cualquier discriminación a la mujer al no hacer 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."[880]

De forma que las principales discriminaciones que ya aparecían plasmadas en la legislación de personal de 1999 y en las correspondientes convocatorias son el reflejo de las llamadas acciones positivas[881] o, más exactamente, de la discriminación inversa[882],

[880] *Vid.* al respecto art. 63.4. Sin embargo, según Cotino, "el interés del Estado por la mujer en las FAS no reside en una apasionada vocación constitucional igualitaria, sino que tiene un marcado carácter igualitario…" que el señalado autor explica –teniendo en cuenta que se refiere a los principios de la primera década del siglo XXI- en que el proceso de profesionalización de las FAS españolas "se topa con graves problemas para satisfacer la oferta de plazas." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 499 y 500.

[881] Tal es la definición que del concepto proporciona el art. 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres:

"Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso." Se pretende que la perspectiva de género informe con carácter transversal la actuación de todos los Poderes Públicos. (art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007).

Sobre el concepto de perspectiva de género y su aplicación en las FAS, *vid.* PÉREZ VILLLOBOS, M.C. y ROMO AVILÉS, N., "Igualdad y género. Conceptos básicos para su aplicación en el ámbito de la seguridad y defensa", en VV.AA., *El papel de la mujer y el género en los conflictos*, Cuadernos de Estrategia 157, Ministerio de Defensa, Instituto español de Estudios Estratégicos, Centro Mixto Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra, Madrid, 2012, pág. 21 y ss. Asimismo, RODRÍGUEZ RUIZ, B. y RUBIO MARÍN, R, "De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado Democrático", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007, Madrid, págs. 115-159. Igualmente, MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., "La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional

tendentes a favorecer la integración de la mujer flexibilizando para ellas los requisitos o marcas a superar en las pruebas físicas de acceso. Sobre la legitimidad constitucional de esas medidas debe centrarse nuestro debate actualmente. Dicho con otras palabras, ¿resulta legítimo constitucionalmente prever requisitos más flexibles para el acceso de mujeres a puestos de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas que un hombre en sus mismas condiciones no ha podido alcanzar precisamente por la exigencia de unas marcas superiores? Ello debe ser objeto de nuestro análisis partiendo de las evidentes diferencias entre las funciones a desempeñar entre los distintos cuerpos y escalas pero asumiendo asimismo que en un puesto de la estructura operativa o de la fuerza de los ejércitos el nivel físico a alcanzar por el militar profesional debe ser el mismo con independencia del sexo en orden a garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus misiones constitucionales, sin que las legítimas medidas de acción positiva (fundamentalmente para favorecer la plena integración de la mujer en el empleo público así como la conciliación familiar y laboral, la maternidad o la lucha contra la violencia de género) deban convertirse en desigualdades injustificadas para el acceso a la profesión militar, y menos aún de carácter paternalista, como las que aun figuraban en algún precepto de la Ley 17/1999.[883] Al respecto resulta sumamente esclarecedora la sentencia constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, que declara lo siguiente respecto a la discriminación de la mujer para el trabajo en la mina:

> "En muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones. En este caso ese prejuicio es la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, y es a partir de ese prejuicio desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas. Sea esta una percepción defectuosa o errónea o sea una percepción desfasada tras la evolución social, lo cierto es que este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios al suponer para la mujer un especial límite o desventaja. A diferencia de los varones, a las mujeres se les veda la posibilidad de realizar trabajos en el interior de las minas, estableciéndose una exclusión vinculada directamente a las diferencias de sexo.
>
> No existen razones concluyentes que permitan llevar a la conclusión de que las condiciones especialmente gravosas del trabajo en el interior de las minas o el riesgo para la salud o de accidentes se incremente en todos los casos por la constitución y condiciones de la mujer respecto a

12/2008, de 29 de enero", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 142, octubre-diciembre 2008, Madrid, págs. 106-108.

[882] La diferenciación de estos conceptos y su ajuste constitucional lo encontramos *ad. ex*. en LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., "La igualdad real y efectiva desde la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional español", en *Anuario jurídico y económico escurialense*, XL, Madrid, 2007, pág. 191 y ss.

[883] Disponía esta norma en relación a la asignación de destinos que "[l]as mujeres no podrán ser asignadas a puestos de unidades de la fuerza, excepto si han manifestado expresamente su voluntariedad para ello." [art. 182.3a)].

> la del varón. Aunque la especial dureza de este trabajo pueda requerir determinadas exigencias de fortaleza y condición física, éstas habrán de ser exigibles por igual al hombre o a la mujer, al margen de su sexo, sin que pueda ser relevante al respecto la eventualidad de que un mayor número de hombres que de mujeres puedan reunir en el caso concreto esas exigencias. Comprobadas las mismas, no existe razón alguna (salvo que esté en juego, lo que no ocurre en el presente caso, el embarazo o la maternidad) que pueda justificar la exclusión absoluta de la mujer de este tipo de trabajo."[884]

No puedo compartir, por ello, la postura del algún autor que, ciertamente de forma muy fundamentada, considera legitimada constitucionalmente la exclusión de la mujer de las FAS en los puestos o unidades de combate al cuestionar la idoneidad de su presencia en puestos de evidente riesgo personal. Asevera asimismo que "[s]obre todo para embarazadas y madres (en ningún caso)." Invoca igualmente la puesta en grave riesgo de la "feminidad" en orden a la protección de la integridad y libertad propia de la mujer en el ámbito afectivo y sexual.[885] Además de que el autor no razona en este caso a qué se refiere con estos argumentos, resulta peligroso generalizar ya que, condiciones o aptitudes físicas y psíquicas aparte, los mismos argumentos podrían llevar a excluirlas de otro tipo de profesiones como las fuerzas y cuerpos de seguridad o los bomberos, cuando en estos campos profesionales no resulta tan debatida la igualdad por razón de

[884] FJ 4. En sentido contrario a los estereotipos de género, *vid.* Igualmente la reciente STEDH (Gran Sala) de 22 de marzo de 2012, Caso Konstantin Markin contra Rusia.

[885] ALLI TURRILLAS, J.C., "La evolución normativa en la incorporación de la mujer a las FAS", en VV.AA. (María Gómez Escarda e Isidro Sepúlveda Muñoz, eds.), *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2009, pág. 82. En su estudio este autor justifica sus argumentos en el hecho de que las naciones que más conflictos bélicos emprenden excluyen a las mujeres de los puestos de combate, siendo así los más significativos EEUU, Israel y el Reino Unido. Sin embargo, si atendemos a la última legislación en estos países así como a trabajos más recientes sobre derecho comparado en esta materia, observamos como la tendencia cambia; esto es, se exigen unos requerimientos físicos mínimos para puestos de combate pero sin exclusiones por razón de sexo. Así, Gran Bretaña es la que más restricciones conserva en *United Kingdom legislation, Section 85 (4) the Sex Discrimination Act 1975 (SDA75)*, que establecía una exención con el fin de asegurar la eficacia combativa de las Fuerzas Armadas, así como en la Ley de Igualdad de 2010 (*Scheduke 3, part 4 of the Equality Act 2010*), lo que viene determinando la exclusión del Cuerpo de Caballería Real y el Real Cuerpo Armado de Infantería en el Ejército de Tierra; el *Royal Air Force Regiment*, en el Ejército del Aire y *Royal Marine Commands* y *Submarines* en la Armada, al menos en los puestos en los que el principal objetivo es «enfrentarse y matar al enemigo», admitiéndose en puestos logísticos. *Vid.* al respecto en GALLARDO RODRÍGUEZ, P., "La mujer militar en las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *El papel de la mujer y el género en los conflictos*, Cuadernos de Estrategia 157, Ministerio de Defensa, Instituto español de Estudios Estratégicos, Centro Mixto Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra, Madrid, 2012, pág. 160. Sin embargo, en Estados Unidos la tendencia es hacia la integración de la mujer en todos los puestos de las FAS. Así, mantiene Gallardo Rodríguez que "el Secretario de Defensa Robert Gates anunci[ó] en abril de 2010 el deseo de que la Armada integrara a las mujeres en los submarinos. Se está trabajando un plan para la integración de las mujeres que prevé la inclusión de tres mujeres en ocho tripulaciones de submarinos de ataque y de misiles balísticos. Los submarinos se han elegido de acuerdo con las instalaciones para dormir y sanitarias ya disponibles, con objeto de tener que hacer pocos cambios en ellos." GALLARDO RODRÍGUEZ, P., "La mujer militar en las Fuerzas Armadas", ob. cit., pág. 169. Esta evolución la podemos observar asimismo en Israel. *Vid. ibídem.*, pág. 170

sexo en el acceso a estos cuerpos así como la influencia que ello haya de tener en la eficacia y el rendimiento de esas instituciones, desempeñándose por mujeres actuaciones de riesgo en las mismas condiciones que el hombre[886], y ello considerando además que en los ejércitos modernos las aptitudes del militar ya no se miden tanto desde el punto de vista de las virtudes físicas o potencia muscular cuanto desde el eficiente manejo de las nuevas tecnologías y la capacidad de adaptación y organización, entre otros valores aun fundamentales para asegurar la eficacia de las FAS como la disciplina, que no son propios en exclusiva del sexo masculino.[887] Por otra parte, el hecho de la paternidad o maternidad de los miembros de las FAS o determinadas profesiones de peligro para la vida con eventuales bajas personales no debe, en principio, y de forma concluyente, determinar ninguna consecuencia en cuanto a la operatividad de los cuerpos integrados de forma indistinta por hombres y mujeres, sin perjuicio de la protección al embarazo y a la maternidad, en el sentido determinado por la Ley de la carrera militar y la Ley del estatuto básico del empleado público, cuestiones a las que más adelante nos referiremos.

Sí mantengo que, en el acceso a la función pública –por lo que nos interesa ahora, en las Fuerzas Armadas- deben exigirse, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, unas determinadas aptitudes psicofísicas, un mínimo, que posibilite que los ejércitos desempeñen de forma eficiente las misiones que les atribuye el art. 8 CE.[888] No encuentro, por ello, justificado constitucionalmente que, si partimos de que cuando la

[886] Lo que se puede observar asimismo en el caso de las Fuerzas Armadas en países con conflictos armados abiertos actualmente en teatros de operaciones donde participa la mujer. Así Gallardo Rodríguez reconoce que en el ejército estadounidense "las tres cuartas partes de las mujeres que participaron en el informe DACOWITS en 2010 indicaron que habían sido expuestas a posibles acciones hostiles contra su persona o su Unidad, y la mitad había recibido fuego hostil. Más de 259.000 de los 2.2 millones de militares que han servido en Iraq y Afganistán han sido mujeres. A fecha de 1 de abril 2011 hay 1.758 heridas y 137 muertas." *Ibídem.*, pág. 168.

[887] En este sentido, *vid.* COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., pág. 67.

[888] Así Alli mantiene que para evitar llegar a una igualdad que parte de una base falsa, debe establecerse un estándar mínimo de adecuación para el puesto, "quien no lo pase, no vale". ALLI TURRILLAS, J.C., "La evolución normativa en la incorporación de la mujer…", ob. cit., págs. 76 y 77. Este autor finaliza concluyendo al respecto que "el único criterio válido en las FAS es el de la eficacia y eficiencia del servicio." *Ibídem.*, pág. 90. En este sentido igualmente Cotino para quien "los baremos fijados para el acceso a estas unidades de combate no tienen por qué ser más permisivos con la mujer pues... *al enemigo le resulta indiferente el sexo de su adversario.*" COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., págs. 70 y 71. En especial, *vid.* nota a pie de la pág. 71. Las cursivas son del autor. Igual opinión sostiene Blanquer para quien "para acceder o permanecer en las Fuerzas Armadas, la mujer debe pasar las mismas pruebas físicas que los hombres, dado que puede ocupar cualquier puesto de combate. […] Si un militar lanza una granada, lo importante es que tenga fuerza física suficiente para que aquélla legue a una cierta distancia mínima, con independencia del sexo del miembro de las Fuerzas Armadas que la arroje." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 185 y 186.

mujer supera las marcas físicas mínimas exigibles para el ingreso determinando así la acreditación de que va a desempeñar de forma eficaz las misiones que le van a ser asignadas, sin embargo, el aspirante del sexo masculino quede fuera por no superar las marcas superiores establecidas para él, aunque lleguen a alcanzar resultados más altos que los de la mujer.[889]

En este sentido, bajo el amparo del art. 56.6 LCM[890] y 3.1 g) del Reglamento de 2010 de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas se invocan "distintas condiciones físicas" para fundamentar diversas marcas para hombres y mujeres. Pues bien, una de dos, o se parte de que a una aspirante del sexo femenino no se le exige el mínimo para los puestos de la estructura operativa de las FAS o se está admitiendo que se discrimina al hombre, exigiéndole marcas superiores al mínimo, por el hecho de serlo.

Este debate, a mi juicio, no debe resolverse estableciendo acciones positivas a favor de la mujer con marcas inferiores a las de los hombres puesto que, en esas condiciones, pese a lograr su acceso a la enseñanza militar de formación, luego verá sus expectativas truncadas al no mantener el nivel físico exigido a sus compañeros del sexo opuesto en un hipotético escenario de operaciones, haciendo así un flaco favor a la

[889] Afirma al respecto con razón Pascua que "dicha dualidad hace quebrar el Derecho constitucional de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (…) En efecto, aunque pudiera argumentarse, solo como hipótesis, que una rebaja de las marcas que tradicionalmente regían las pruebas selectivas no tiene necesariamente que atentar a la eficacia de las Fuerzas Armadas, máxime en un Ejército en el que el factor tecnológico adquiere cada día mayor relieve, lo que no admite contestación es que la reducción, de operarse, debería ser general y beneficiar a todos los candidatos –hombres y mujeres- en liza." PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 487. Así podemos extraerlo igualmente de alguna decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre. Asimismo, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. (Diario Oficial de 26 de julio de 2006, núm. 204). En este sentido declara el Tribunal de Justicia que "[e]l artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 [...] , apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos." (STJCE, Sala sexta de 6 de julio de 2000, Asunto C-407/98, Caso Katarina Abrahamsson y otros contra Elisabet Fogelqvist).

[890] "En los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de género que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso.
Reglamentariamente se determinará la forma en que las aspirantes realizarán las pruebas si están condicionadas por embarazo, parto o posparto asegurando, en todo caso, su protección."

integración de la mujer en las FAS.[891] Si admitimos además que, en algunos cuerpos y escalas, donde sus funciones no estriban tanto en el mantenimiento de un determinado nivel físico, existen igualmente marcas diferenciadas por razón de sexo, terminaremos concluyendo que la discriminación inversa establecida carece de justificación constitucional desde el punto de vista del art. 14 CE.[892]

Sin perjuicio de las medidas de apoyo a la maternidad y protección del embarazo, entre otras acciones positivas a favor de la conciliación de la vida familiar y laboral así como de la igualdad entre mujeres y hombres, el acceso a la función pública –en este caso, militar- debe producirse de acuerdo con los principios del mérito y capacidad exigiendo para el acceso a la carrera militar –o incluso a cada vacante o puesto, una vez dentro[893]- unos determinados niveles de aptitud física con independencia del sexo del

[891] *Vid.* en este sentido, FRIEYRO DE LARA, B., "La mujer soldado en España", en VV. AA. (María Gómez Escarda e Isidro Sepúlveda Muñoz, eds.), *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2009, págs. 178 y 179.

[892] Así, la Orden DEF/1078/2012, de 21 de mayo, por la que se aprueban las pruebas físicas y marcas a alcanzar en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación y para la superación de los planes de estudios de la enseñanza de formación, establece lógicas diferencias entre los llamados cuerpos generales de los ejércitos –integrados por militares formados para unidades de la fuerza y, por ello, de combate- y los Cuerpos de Intendencia del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y de oficiales y técnica de oficiales del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra, de Ingenieros de la Armada y del Ejército del Aire así como los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, esto es, Escalas de oficiales de los Cuerpos Jurídico Militar y Militar de Intervención, Escalas de oficiales y de oficiales enfermeros del Cuerpo Militar de Sanidad y Escalas de oficiales y suboficiales del Cuerpo de Músicas Militares.

[893] Considera al respecto Alli que "la regla de oro debe ser la adecuación de las condiciones mínimas por debajo de las cuales un puesto no cumple con sus expectativas de eficacia para el sistema." ALLI TURRILLAS, J.C., "La evolución normativa en la incorporación de la mujer…", ob. cit., pág. 91. Este autor mantiene de forma más exhaustiva en otro lugar que "la idea más idónea para una adecuada presencia femenina en las unidades, en una organización amplia y compleja, con infinitud de tareas, como son las FAS, es el establecimiento de un completo y detallado catálogo de capacidades y requerimientos físicos para cada puesto concreto. En este sentido, lo aceptable es elaborar un catálogo de puestos «tipo» operativos o no operativos, con su respectivo nivel físico de acceso y de mantenimiento
(cosa que falla en ocasiones). Por lo tanto, quien no supere esos listones, sea hombre o mujer, no puede ser admitido o mantenerse en esos lugares. En fin, si esta cuestión es espinosa lo es porque suscita el debate de cuánta capacidad física es necesaria para cada puesto y del porqué de la menor capacidad física de la mujer: si es una cuestión natural o sociocultural. De este factor depende todo. No se pueden establecer otros baremos que aquellos que resulten idóneos para la eficacia militar de la unidad, puesto o lugar que se ocupe." ALLI TURRILLAS, J.C., "La reforma de las leyes militares en el contexto de los cambios en la seguridad y la defensa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, Madrid, pág. 592. Igualmente, Pascua, que habla de diferenciar las condiciones físicas mínimas según los destinos a los que se pretenda concurrir. PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 491.
Tal parece ser el sentido de la previsión del art. 101.2 LCM, *Provisión de destinos*, con la dicción siguiente: "…Entre los requisitos exigidos para ocupar determinados destinos se podrán incluir límites de edad y establecer *condiciones psicofísicas especiales* que serán acreditadas en función del expediente al que hace referencia el artículo 83." Sin embargo, este precepto, idéntico al contenido en el art. 129.2 de la Ley 17/1999, de Régimen de Personal, no ha sido desarrollado en el art. 5 del Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional, ni suele ser usual, que yo sepa, especificar las condiciones psicofísicas exigibles en las relaciones de puestos militares.

aspirante y ello en orden al eficaz cumplimiento de los fines que nuestro Texto Fundamental asigna a las FAS, tal y como lo impone categóricamente el art. 103.3 CE así como el funcionamiento eficaz de la Administración (art. 103.1 CE)[894], *dispensando a hombres y mujeres el mismo tratamiento y operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras*. (STC 13/2009, de 19 de enero, FJ 5 *in fine*).

Cosa distinta son, como decíamos, las acciones positivas establecidas en la Ley de la Carrera Militar, como consecuencia de la reforma operada en la Ley de personal de 1999 por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres para garantizar ese principio *en todo lo relacionado con el acceso a las Fuerzas Armadas, su formación y carrera militar*, que la nueva LCM de 2007 propugna en el preámbulo como uno de sus objetivos *para responder a las nuevas realidades de los Ejércitos, donde la mujer ya está presente en una proporción progresivamente en aumento. Asimismo, se pretende conjugar la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar*. Pues bien, aunque el art. 6.1 LCM remite a la citada Ley Orgánica 3/2007 para la aplicación de los citado principios[895], la Ley de la Carrera Militar, tras prever que las normas y criterios relativos a la igualdad, la prevención de la violencia de género y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar establecidos para el personal al servicio de la Administración General del Estado serán aplicables a los militares profesionales con las adaptaciones y desarrollos que sean necesarios (art. 6.2), contiene varias disposiciones tendentes a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y la conciliación de la vida familiar y laboral.

En este sentido, y dejando al margen diferencias por razón de género fundamentadas por la LCM en las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso, cuestiones ya analizadas hasta el momento en un sentido crítico por nuestra parte, se establece

[894] Mantiene Pascua en este sentido que la rebaja de las marcas establecidas para las mujeres se enfrenta de manera directa con el principio de eficacia de la Administración Pública consagrado en el art. 103.1 CE. *Ibídem.*, pág. 486. De igual modo opina Blanquer, que considera que "si un determinado destino puede ser ocupado tanto por un hombre como por una mujer, las condiciones físicas que se exijan deben ser idénticas para ambos sexos, so pena de vulnerar tanto el principio de igualdad, como la eficacia de las Fuerzas Armadas…" BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., pág. 186.

[895] En realidad, la Ley Orgánica 3/2007 lo que dispone en esencia es, volver a remitir a las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas, eso sí, estableciendo que las mismas "procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas. " (art. 65). Por otra parte el contenido del art. 66 de esta norma coincide esencialmente con el art. 6.2 LCM.

asimismo la habilitación al Reglamento[896] para determinar "la forma en que las aspirantes realizarán las pruebas si están condicionadas por embarazo, parto o posparto asegurando, en todo caso, su protección." (Art. 56.6 LCM).

Por otra parte, el art. 72 LCM ordena que a las mujeres se les faciliten, conforme a lo que se establezca reglamentariamente, nuevas oportunidades de asistir a los cursos de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional (claves en las evaluaciones y, por tanto en la carrera del militar) cuando por situaciones de embarazo, parto o posparto no puedan concurrir a la convocatoria.

El art. 87.1 LCM previene que los órganos de evaluación se adecúen en lo posible a la aplicación equilibrada del criterio de género, disposición similar a la establecida para los órganos de selección para el acceso a la enseñanza militar de formación por el art. 13.1 del Reglamento de 2010 de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas.

En materia de ascensos se establecen asimismo acciones positivas ya que a la mujer se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a cualquier empleo militar. (Art. 90.3 LCM).

En el art. 101.3 establece el derecho preferente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, a ocupar otro destino que se encuentre vacante y cuya provisión sea necesaria para la mujer militar víctima de violencia de género que se vea obligada a cesar en su destino para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.[897] Igualmente se dispone que durante el periodo de embarazo la mujer militar tenga derecho a ocupar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico o cometido adecuado a las circunstancias de su estado que podrá ser distinto del que estuviera desempeñando. La aplicación de este supuesto no implica pérdida del destino. (art. 101.6 LCM y art. 26 del Reglamento de destinos de 2011).

En lo que respecta a las situaciones del militar profesional se recoge igualmente en la LCM una modalidad de excedencia para que las mujeres militares profesionales víctimas de violencia de género puedan hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a quienes les será posible solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia. (art. 110.6 LCM).

[896] Así el Real Decreto 35/2010, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, establece una sección, la 5ª, dedicada a la *protección de la maternidad*, cuyo art. 18, *Desarrollo de las pruebas en caso de embarazo, parto o posparto*, dedica una serie de medidas específicas a tal fin.

[897] La medida aparece desarrollada en el vigente art. 27 del Real Decreto 456/2011, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional.

Pues bien, todas las normas que acabamos de citar son evidentes medidas de acción positiva que tienden a facilitar el principio de igualdad de forma efectiva entre hombres y mujeres ya no en el acceso a la función pública pero sí durante su carrera militar.[898] Cabe preguntarse en este sentido por la compatibilidad de estas medidas con el principio de igualdad puesto que, dejando sentado que en el nuevo sistema de evaluaciones establecido en la LCM los destinos, situaciones o méritos del profesional son claves para la progresión en su carrera, las señaladas acciones establecidas a favor de la mujer aparecen con la clara pretensión, y posible resultado, de, en ciertos supuestos, igualar en la carrera a aquellos que no han alcanzado los mismos méritos que sus compañeros de armas varones. Ésta es la posición sostenida por Alli quien considera que estas ventajas suponen una "doble discriminación para el varón", ya que se verá adelantado por quien no ha prestado el mismo servicio.[899] No puedo, sin embargo, compartir esa conclusión. Primero, porque, como hemos indicado más arriba en numerosas ocasiones, la carrera del militar se encuentra sometida a un constante proceso de evaluación, por lo que las "ventajas" concedidas prorrogándole la realización de un curso, dándole preferencia en un concreto destino o entendiendo cumplidas determinadas condiciones para el ascenso no son realmente significativas respecto al conjunto de méritos de una evaluación para el ascenso a un determinado empleo. Por otra parte, además, como asimismo indicábamos más arriba, para el ascenso a un determinado empleo se exige la permanencia en determinado tipo de destinos (tiempo de mando o función), o la obtención de titulaciones específicas militares (art. 90 LCM) y encontrarse en las zonas de escalafón que para cada empleo y escala determinen los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire (art. 94 LCM), por lo que resulta obvio que la carrera de la mujer militar, por poner un ejemplo, en situación de excedencia o licencia (incluso por violencia de género) quedará mermada frente a sus compañeros en servicio activo, que mantienen la posibilidad de realizar los méritos precisos para el ascenso tras la oportuna valoración por la junta de evaluación

[898] Según Gómez Martínez, "[p]odemos concluir que la actual legislación militar es conforme con el marco general para la adopción de acciones positivas que ha venido a delimitar la vigente Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 245. *Vid.* igualmente, OEHLING DE LOS REYES, A., "La mujer en la defensa y en las fuerzas armadas en España: una perspectiva aproximativa jurídico-constitucional", en VV.AA., *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 345-361.

[899] ALLI TURRILLAS, J.C., "La evolución normativa en la incorporación de la mujer…", ob. cit., págs. 78 y 79.

respectiva.[900] En definitiva, la mujer militar, al igual que sus compañeros varones, si quiere progresar en su carrera, debe hacer méritos para ello, lo que exige la permanencia en ciertos destinos, realizando cursos, obteniendo informes de sus superiores, y debiendo al efecto mantenerse en situación de servicio activo, de cara a su clasificación en posición satisfactoria en el correspondiente proceso de evaluación para el ascenso.

Por otra parte, resulta, como hemos señalado, doctrina constitucional reiterada que 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, siendo posible 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,[901]como serían el principio de igualdad entre mujeres y hombres o la conciliación de la vida familiar y laboral, sin que, por lo expuesto, podamos considerar las medidas carentes de una justificación objetiva y razonable o que deparen unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. En este sentido, hemos de recordar que las medidas de acción positiva previstas en la LCM favorecen a la mujer militar no en consideración a su sexo exclusivamente[902] sino en atención a las limitaciones derivadas

[900] *Vid.* asimismo el desarrollo de la LCM por el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. (art. 14 y ss.). *Vid.* al respecto el interesante estudio monográfico sobre el particular de ALBA RODRÍGUEZ, M., "Las condiciones de aptitud del militar profesional", ob. cit., pág. 279 y ss.

[901] SSTC 192/1991, 200/1991, 365/1993, de 13 de diciembre. Igualmente, por todas, SSTC 235/2000, de 5 de octubre y 30/2008, de 25 de febrero.

[902] En este sentido, *vid.* STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7, que enjuicia una de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación al art. 153.1 del Código penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas contra la violencia de género, afirmando al respecto que "no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados…" Al respecto, no conviene dejar de olvidar que el art. 136.4, en lo referente a la incorporación de los reservistas obligatorios, menciona entre las causas que permiten suspender la misma aquellas "de carácter personal, profesional, *de género* o de otra índole", encomendando al Reglamento su desarrollo. Debe destacarse en este sentido que las causas de suspensión que pueda contemplar el desarrollo reglamentario nunca podrá, bajo infracción del principio de igualdad, regular causas de suspensión en atención exclusivamente al sexo del reservista, máxime, cuando a día de hoy, la mujer ha quedado plenamente incorporada a las FAS, con posibilidad de acceso a todos los destinos de sus armas, cuerpos y escalas, por lo que le atañen exactamente las mismas obligaciones que, en virtud del art. 30 CE, resultasen exigibles a los ciudadanos españoles. El abandono de los estereotipos de género debe suponer igualmente la proscripción de las diferencias de trato que discriminen a los hombres respecto a las mujeres militares, como tuvo ocasión de recordar la Gran Sala del Tribunal europeo de Derechos Humanos al estimar la demanda de un militar ruso frente a su gobierno, cuyas autoridades le habían denegado el permiso de paternidad porque los tres años de licencia por este motivo tan sólo se concedían al personal militar femenino. El Tribunal concluye que "el reparto tradicional de roles entre los sexos en la sociedad no puede servir de justificación para la exclusión de los hombres, incluidos los que trabajan en el ejército, del permiso parental. Al igual que la Sala, la Gran Sala considera

del embarazo o parto en orden a la conciliación de la vida familiar con su carrera profesional, fines todos ellos legítimos *ex* art. 9.2 CE.[903]

8.2.3.- La orientación sexual y la identidad de género

A pesar de que las diferencias basadas en estas circunstancias no están entre las expresamente proscritas por el art. 14 CE, hay que entenderlas comprendidas en la referencia final de este precepto cuando prohíbe discriminación alguna por "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", algo que no se refleja en la jurisprudencia constitucional hasta la STC 41/2006, de 13 de febrero.[904]

A día de hoy, sin embargo, en primer lugar, la orientación sexual no puede impedir o implicar algún tipo de discriminación en el acceso a las Fuerzas Armadas o en el desarrollo de la carrera militar o, provocar, en suma, como antaño, alguna clase de reproche penal o disciplinario como conductas lesivas del "honor" o de la "dignidad" militares.[905]

---

que los estereotipos ligados al sexo, como la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de los niños, mientras que los hombres ganan dinero, no puede, en si misma constituir una justificación válida de la diferencia de trato en cuestión, de la misma manera como tampoco lo pueden los estereotipos de mismo tipo basado en la raza, origen, color u orientación sexual." (Párrafo 143). Por ello, el alto órgano supranacional, frente a la invocación del gobierno ruso de que la ampliación del derecho al permiso parental a los militares masculinos podría interferir con el poder de combate y la eficacia operativa de las fuerzas armadas, cuando la concesión de este derecho a los miembros femeninos no comporta tal riesgo porque las mujeres son menos numerosas que los hombres en el ejército, estima la demanda al entender que la exclusión de los militares del sexo masculino del derecho al permiso parental, cuando las militares de sexo femenino sí se benefician de él, no puede considerarse como basado en una justificación objetiva y razonable. (Párrafos 144 y 151). STEDH (Gran Sala) de 22 de marzo de 2012, Caso Konstantin Markin contra Rusia.

[903] *Vid.* en este sentido STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4.

[904] Mantiene el Alto Tribunal que llega a esta conclusión "a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE." (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3). Asimismo, STC 198/2012, de 6 de noviembre, que valida la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que reconoce, mediante la reforma del art. 44 CC, la posibilidad de celebrarlo con los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. *Vid.* FJ 11 de la citada sentencia. Por lo que se refiere a la transexualidad, véase, *ad. ex.*, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4.

[905] Lo que resulta sorprendente es que ya vigente la Constitución, así como sus valores y principios, se produjesen pronunciamientos del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional que daban carta de naturaleza punitiva a la censura moral relativa a la homosexualidad en el seno de las FAS. Así, SSTS de 5 de marzo de 1986 (Ponente: Tejada González) y de 21 de septiembre de 1988 (Ponente: Jiménez Villarejo). Pero sorprende aún más la posición del supremo intérprete de la Constitución, quien en el ATC 446/1984, de 11 de julio, inadmite el amparo solicitado por dos militares contra el Auto de 22 de febrero de 1984, del Consejo Supremo de Justicia Militar, concediendo firmeza a la Sentencia del Consejo de Guerra reunido en Alcalá de Henares el 9 de noviembre de 1983, que condenó a los recurrentes por delito contra el honor militar, más concretamente por el delito que todavía contemplaba el en ese momento

Finalmente, y de forma expresa, la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes proscribe expresamente este motivo de discriminación al disponer en su art. 4.1 que "[e]n las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, *orientación sexual*, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

Vinculada asimismo al libre desarrollo de la personalidad, así como al acceso en condiciones de igualdad a la función pública (arts. 10.1, 14 y 23.2 CE)[906], se encuentra la cuestión de la transexualidad o el llamado "cambio de sexo", que no puede ya tratarse de una circunstancia que, como hasta hace escaso tiempo[907], justifique razonablemente desde una perspectiva constitucional impedimento alguno para el acceso a las Fuerzas Armadas ni ningún tipo de discriminación en la carrera del profesional.

En este sentido, han sido eliminadas del cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros militares de formación determinadas causas médicas que, objetivamente definidas, impedían el acceso a las Fuerzas Armadas en determinados supuestos de transexualidad.[908]

---

vigente art. 352 del Código de Justicia Militar, y que castigaba con un mínimo de seis meses y un día de prisión militar y la accesoria de separación del servicio al militar que cometiese "actos deshonestos con individuos del mismo sexo". *Vid.* en este sentido, lo expuesto al respecto en el capítulo III, epígrafe 3.2.3. Asimismo, sobre la cuestión, NOLTE, G. (ed.), *European Military Law Systems*, ob. cit., págs. 87-88.

[906] Declara al respecto el Tribunal Constitucional que "no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos […] a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incomprensión que produce en terceros su disforia de género. En relación con lo anterior, es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE." STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4. *Vid.* asimismo, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002, en los asuntos *I. c. Reino Unido* (Gran Sala) y *Christine Goodwin c. Reino Unido* (Sección 1ª). Más recientemente, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de enero de 2004, en el asunto *K.B.*

[907] Basta al efecto consultar alguna de las noticias de la prensa periódica. *Vid.*, a modo de ejemplo, el diario *El Mundo*, de 23 de enero de 2009, que, en la sección de Defensa, titulaba "*El Ejército mantiene que la ausencia de pene es motivo de exclusión*", dando así cuenta de la pregunta parlamentaria formulada respecto al caso de "un transexual de 28 años que nació mujer y al que se le rechazó en 2007 su entrada en el Ejército como hombre por no tener genitales masculinos." Noticia accesible en http://www.elmundo.es/elmundo/2009/01/29/espana/1233250734.html. Consultada el 25 de enero de 2014.

[908] Se trataba fundamentalmente de las personas que, habiendo nacido e inscritas registralmente como mujeres modificaron posteriormente la identidad sexual que no se correspondía con su identidad de género. Ello provocaba que, cuando esas personas se habían sometido a cirugía de reasignación sexual, en

8.2.4.- La extranjería

La nacionalidad española sigue figurando como requisito *sine qua non* para el acceso a la función pública en general[909], y a la militar en particular[910], y ello al conectarse el ejercicio de la función pública del Estado –al igual que sucede con el derecho de participación política del art. 23.1 CE[911]- con la noción de soberanía, que reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. (art. 1.2 CE).[912] Ésta es la razón de que el art. 13.2 CE limite a los ciudadanos españoles la titularidad de

aplicación del cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros militares de formación aprobado por Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre (BOE nº 220, del 13), se les impidiese el acceso a las Fuerzas Armadas al aparecer incursas en los siguientes motivos de exclusión: "Falta total del pene" y "Pérdida, ausencia o atrofia de ambos testículos." (Apartados 8 y 9, respectivamente del epígrafe *J. Aparato urogenital*, incluido en el anexo de la citada norma). Los señalados motivos médicos de exclusión fueron finalmente eliminados mediante la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo (BOE del 5), mucho más coherente con los derechos fundamentales de los arts. 14 y 23.2 CE, y con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con la paralela línea del legislador en ese sentido, que ya había aprobado, antes incluso de la precitada Orden PRE/2622/2007, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, norma que precisamente anuncia en su exposición de motivos que su objeto es "regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. Contempla también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado."

[909] En efecto, el art. 56.1 a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, exige como requisito para participar en los procesos selectivos poseer la nacionalidad española, salvando la excepción de los nacionales de la Unión Europea prevista en el artículo siguiente, donde se prescribe que "[l]os nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, *con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas*." (art. 57.1).

[910] Art. 56.3 LCM, que establece la regla general.

[911] Abogando por un concepto jurídico de pueblo como conjunto de personas sometidas a determinado ordenamiento y, consecuentemente, por una participación política basada en el criterio de la residencia, *vid.* PRESNO LINERA, M.A., "La titularidad del derecho de participación política", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 104, mayo-agosto 2002, pág. 554 y ss. Asimismo, BASTIDA FREIJEDO, F., "La soberanía borrosa: la democracia", ob. cit., pág. 413.

[912] La vinculación de la nacionalidad con las señaladas funciones que impliquen, de forma directa o indirecta, ejercicio de poder público ha sido admitida asimismo por reiterada jurisprudencia comunitaria como una excepción a la libre circulación de trabajadores y la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros. (art. 39 TCE). Así, el primer hito en la materia lo constituye la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica, 149/79. Aunque la doctrina comunitaria ha ido perfilando el concepto de Administración Pública mediante una definición uniforme "[e]sta disposición [la excepción a la libertad consagrada en el art. 39 TCE] se refiere a los empleos que implican 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 y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad." (STJCE de 30 de septiembre de 2003, Anker y otros, C-47-02, párrafo 58). De la misma fecha, Caso Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (TJCE 2003/294), párrafos 42-50. Asimismo, STJCE de 2 de julio de 1996, asunto Comisión/Grecia, C-290/94, párrafo 2. *Vid.* igualmente, GUILLÉN CARAMÉS, J y FUENTETAJA PASTOR, J.A., "El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas de los Estados miembros", en *Revista de Administración Pública*, núm. 146, mayo-agosto 1998, Madrid, pág. 473 y ss.

los derechos reconocidos en el art. 23, entre los que se encuentran el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

Ahora bien, ¿resulta proscrito *ex* art. 23.2 CE el acceso de extranjeros a la función pública militar? Ciertamente, si procedemos a una atenta lectura del precepto constitucional, lo que consagra el mismo como un derecho fundamental de la exclusiva titularidad de los españoles es *la prohibición de que el legislador pueda regular el acceso a tales cargos y funciones en términos discriminatorios*[913], posibilitando así la aprobación de "una norma de rango legal que autorice a los extranjeros a participar en ciertos sectores de la función pública aunque imponiéndoles cargas o límites que no rigen, en cambio, para los españoles."[914]

De esta forma, la Ley 32/2002, de 5 de julio, que modifica la Ley 17/1999 al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería[915] constituye un hito[916] en el acceso a la función pública militar al permitir la entrada en las FAS como militares de tropa y marinería de nacionales de países que mantengan especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos con España.[917] Dicha

[913] Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, FJ 3, B).
[914] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 459. En el mismo sentido, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 523.
[915] Desarrollada por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería.
[916] Sin embargo, la medida no es totalmente inédita en el Derecho Público español, a juzgar por el Informe del Abogado del Estado de 1 de marzo de 2001, emitido con carácter previo a la mentada Ley 32/2002. Por su interés reproducimos el párrafo correspondiente: "*El supuesto no carece de antecedentes históricos en nuestros ejércitos e incluso no podemos olvidar que la Orden de 11 de septiembre de 1970 que regula el Reglamento del voluntariado de la Legión, no derogada (vid. sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de febrero de 1999), prevé en su artículo 1 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 35 años»*." (al texto de este informe puede accederse mediante a través de la página oficial del *Boletín Oficial del Estado*: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/abogacia_estado.php. En efecto, remitiéndonos al antecedente histórico más inmediato, el "Tercio de extranjeros", más conocido como la Legión española, fundada mediante el Real Decreto de 28 de enero de 1920, se integraba de extranjeros y españoles de 18 a 40 años. (Real Orden Circular de 4 de septiembre de 1920, *Gaceta* nº 155). Por Real Orden Circular de 10 de noviembre de 1920, *Gaceta* del 15, se ampliaba la posibilidad de ingreso a los españoles menores de edad, con consentimiento de sus padres o tutores, de forma "*similar del de admisión de voluntarios en todos los Cuerpos del Ejército, siempre que se trate de individuos españoles.*"
[917] Debemos coincidir en este aspecto con Cotino en que la preferencia por determinadas nacionalidades para el ingreso en las FAS no supone un trato discriminatorio, debiendo precisar que se trata de un derecho configurado legalmente, entrando en juego además bienes constitucionalmente protegidos como los intereses de la defensa nacional o las relaciones diplomáticas mantenidas por España con las naciones de la órbita iberoamericana, a lo que se debe añadir que en el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería "se determinan los países que reúnen las condiciones de vinculación histórica, cultural y lingüística con España, partiendo siempre de que, en todo caso, su legislación o la que pueda establecerse en convenios internacionales debe permitir dicho acceso sin pérdida de la nacionalidad y sin vulnerar prohibiciones expresas de alistamiento militar en nuestras Fuerzas Armadas." (Preámbulo

posibilidad es confirmada por la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería [art. 3.1 a)] y por el art. 3.5 de la Ley de la Carrera Militar de 2007.[918]

Sin embargo, las posibilidades del militar de tropa y marinería extranjero son muy limitadas ya que tiene vedado la firma de un compromiso de larga duración y, por consiguiente, la adquisición de la condición de permanente (arts. 9 y 12 de la Ley 8/2006). La otra excepción al principio de nacionalidad española de la función pública militar la constituyen los militares de complemento[919], nuevamente militares temporales, por lo que parece seguir siendo un principio inamovible en el Derecho Público español la posesión de la nacionalidad española para adquirir la condición de *funcionario* –aunque no de empleado- militar, es decir, de militar de carrera.

Nos encontramos, pues, con una clase singular de militares que se encuentran con que a su estatuto de extranjeros en España se suma el haz de limitaciones propio de la relación de sujeción castrense. De esta forma, resulta obligado plantearse si al militar extranjero es posible limitar sus derechos fundamentales de una forma más intensa que a los españoles que forman parte de las FAS.

Para responder a esa pregunta debemos tener en cuenta que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley" (art. 13.1 CE).

La interpretación que ha otorgado a este precepto el supremo intérprete constitucional es clave para determinar el estatuto jurídico de los extranjeros en España. El criterio rector, según el Alto Tribunal, estriba en el principio de la dignidad humana, dando lugar así a

"derechos del título I que "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles" (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de

---

del Reglamento). *Vid.* en ese sentido, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 526.

[918] Dispone la norma en cuestión lo siguiente: "Los extranjeros *en situación de residencia legal* podrán vincularse a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal como militares de tropa y marinería en los casos y por los procedimientos regulados en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería y como militares de complemento de acuerdo con lo previsto en esta ley." La residencia legal en España es exigida asimismo en el art. 3.2 de la Ley 8/2006, de Tropa y Marinería.

[919] La adquisición de la categoría de oficiales de complemento queda abierta (Disposición Adicional 6ª.2 de la Ley de la Carrera) a los nacionales de países que mantengan con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos pero exclusivamente en el Cuerpo Militar de Sanidad, especialidad de Medicina y ello por los graves problemas que ocasiona a las FAS la carencia de estos profesionales, que no se cubre mediante las convocatorias anuales de concurso-oposición para oficiales de carrera. "Su compromiso tendrá una duración, a contar desde su nombramiento como alumno, de ocho años y […] podrán acceder a la condición de militar de carrera, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62, una vez adquirida la nacionalidad española." (Disposición Adicional 6ª.2 LCM, *in fine*).

ellos "en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]" (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que "pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos "inherentes a la dignidad de la persona humana" (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva."[920]

A su vez dentro de este primer grupo el TC distingue derechos en los cuales no es posible introducir distingo de ninguna clase (derecho a la vida, integridad física o moral, tutela judicial efectiva) y aquellos otros en los que si bien "*el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer "condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio por parte de aquéllos,…*"[921]

De otro lado, declara el Tribunal Constitucional que de determinados derechos son titulares los extranjeros en la medida de lo dispuesto por los Tratados y la Leyes (FJ 4º, 2º párrafo, STC 107/1984, FJ 4º). Mantiene el TC que "[a]*l regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio "en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros", si bien aquella libertad "no es en modo alguno absoluta" (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).*" (FJ 4 de la STC 236/2007). Éste sería el caso del derecho al trabajo, el derecho a percibir una prestación de desempleo y, con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España. Por otra parte, existen DDFF de los que sólo son titulares los nacionales españoles. Se trataría del derecho de participar en asuntos públicos (art. 23 CE, en conexión con el art. 13.2).

Partiendo con algunos autores de lo criticable del criterio del Alto Tribunal, al establecer una gradación respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros, en función de su conexión con la dignidad humana[922], hemos de coincidir con Cotino en que la igualdad resulta absoluta en

[920] STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.
[921] *Ibídem.*, FJ 4.
[922] Así mantiene Vidal Fueyo que "no es mi intención poner en duda el indiscutible fundamento axiológico, material por tanto, de los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra, pero

aquellos derechos llamados del primer grupo, esto es, derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, etc.[923], pero ¿sería legítimo por ejemplo introducir en la Ley Orgánica de derechos de los militares condiciones de ejercicio o límites por parte de los extranjeros al derecho de reunión o manifestación, además de las ya impuestas a los militares de nacionalidad española?[924] Pues bien, hemos de llegar a la conclusión de que tales limitaciones serían posibles, siempre que sean proporcionadas, se respete el contenido mínimo o esencial del derecho fundamental y estén orientados a preservar otros DDFF o bienes con relevancia constitucional.[925]

Ni la Ley de la Carrera Militar ni la Ley 8/2006, de Tropa y Marinería configuran distinción alguna en cuanto al estatuto de los extranjeros militares. Es el vigente Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería, que, en su preámbulo manifiesta que la norma se dicta "con claro ánimo integrador e igualitario, que se plasma en la aplicación generalizada del régimen previsto para los españoles con idéntica condición, *adecuándose, no obstante, a aquellos parámetros derivados del concepto tradicional de nuestras Fuerzas Armadas y de la misión constitucional que tienen asignada.*"

Sin embargo, estas enigmáticas palabras no se traducen en un régimen jurídico de derechos y deberes peculiar para los extranjeros militares respecto a sus compañeros de profesión de nacionalidad española. Baste al efecto comprobar cómo el art. 5 del Reglamento realiza una declaración general por la que "tendrán los derechos y deberes establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, reconocidos en

---

elaborar una clasificación de estos derechos según su mayor o menor vinculación con dicha dignidad me parece extremadamente arriesgado. Y es arriesgado porque no se considera lo frágil del concepto «dignidad de la persona», que se convierte fácilmente en una idea «pre» y «meta»-constitucional, que puede descansar en argumentos muy respetables desde una perspectiva ética, pero poco consistentes desde una óptica estrictamente jurídica, y desde luego, no son las percepciones subjetivas sobre lo que la «dignidad de la persona» sea las que pueden garantizar un ámbito de seguridad jurídica y excluir la arbitrariedad del intérprete." VIDAL FUEYO, M.C., "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros…" ob. cit., págs. 358 y 359.

[923] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 523 y 524.

[924] La respuesta a esta pregunta procede, a mi juicio, tras compartir las críticas de la señalada autora a la sentencia constitucional de 2007, particularmente, cuando manifiesta que "¿No es demasiado arriesgado afirmar —como hace el Tribunal Constitucional— que degrada más tal dignidad» la privación del derecho a asociarse, que la del derecho a circular libremente por el territorio nacional, a residir o a trabajar en condiciones de igualdad?"

En mi opinión, la «mera» condición de persona es, de acuerdo con el artículo 10.1 CE, el único requisito para estar en posesión del tal «dignidad» y para ser un potencial titular de todos los derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución." *Ibídem.*, pág. 363.

[925] Por todas, STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 7.

función de su condición…", norma que tendría su emplazamiento apropiado en la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, puesto que, como hemos indicado más arriba respecto a la incidencia en otros derechos, se trata de una disposición con carácter de ley orgánica que, en función de la materia, tiene por objeto "regula(r) el ejercicio por los miembros de las Fuerzas Armadas de los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en la Constitución, con las peculiaridades derivadas de su estatuto y condición de militar y de las exigencias de la seguridad y defensa nacional" (art. 1.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las FAS), algo que podemos entender aplicable igualmente a los militares extranjeros.

8.2.5.- La edad

Por lo que respecta al acceso a la enseñanza militar de formación, y por ello, a la función pública militar, ha venido resultando una circunstancia con evidente trascendencia a la hora de materializar la vocación militar de los ciudadanos, por cuanto suelen fijarse como límite de acceso edades tempranas, quedando cuestionada su constitucionalidad por algún autor.[926]

[926] Así, según Cotino, la verdadera motivación de la fijación de una temprana edad como tope para el acceso a la función pública militar no estriba en razones referentes al diseño de la carrera profesional o de idoneidad física sino que reside en "asegurarse la socialización del militar para los puestos más significativos de los Ejércitos" a través de una "formación militar [que] implica inculcar una serie de 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 Constitución. 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." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 486 y 487. Pues bien, admitiendo que al autor no le falta razón en lo propicias que son las edades jóvenes para inculcar valores a través de la educación, no existe constancia, si echamos un vistazo a los planes y programas de estudios de los centros docentes militares, de que en la enseñanza militar se impartan valores castrenses que no resulten del propio Texto Constitucional. Así el art. 64.1 d) LCM 2007 prescribe que uno de los criterios a los que se deben ajustar los planes de estudios de la enseñanza de formación para la incorporación o adscripción a las diferentes escalas de las Fuerzas Armadas es precisamente *fomentar los principios y valores constitucionales, contemplando la pluralidad cultural de España*. Significativas asimismo al respecto son las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, que, consagrando una serie de principios éticos y normas de actuación del militar (Capítulos I y II del Tít. I), como valores propios de la esfera castrense, en los que obviamente el militar en fase de formación es educado, esos principios no son otros que los derivados del propio sistema constitucional y, en modo alguno, pueden resultar incompatibles con él. Basta al efecto leer atentamente el art. 129 ROSFAS, *Formación en valores* (Cap. II, Tít. V, *De la función docente*) con la siguiente dicción: "El que ejerza la función docente fomentará los principios y valores constitucionales, contemplando la pluralidad cultural de España, y promoverá en sus alumnos los principios éticos y las reglas de comportamiento del militar, con el objetivo de que todos los miembros de las Fuerzas Armadas fundamenten su ejercicio profesional en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en estas Reales Ordenanzas." Esa educación, basada en valores constitucionales, no puede ser considerada un adoctrinamiento contraria a los arts. 16.1 y 27 CE. Así se pronuncia reiterada jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo relativa a la asignatura "Educación para la Ciudadanía", por todas, la STS de 11 de

Dispone al respecto el art. 56.3 LCM que "[p]ara optar al ingreso en los centros docentes militares de formación será necesario… tener cumplidos dieciocho años."[927]

Curiosamente la Ley contempla el posible acceso de menores de edad a los centros docentes militares, quedando así sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares (art. 3.7 LCM), cuando previene que "a las pruebas se podrán presentar también los que en el año de la convocatoria vayan a cumplir dieciocho años de edad, aunque su acceso o adscripción a una escala quedará supeditado a alcanzar dicha edad."[928]

---

febrero de 2009 (Rec. nº 905/2008) cuando afirma, en referencia a "los *valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional* y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales" que

"*no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos.* Por el contrario, será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público cuando se esté ante valores distintos de los anteriores. Estos otros valores deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica." (FJ 6). En el mismo sentido, SS de la misma fecha (Recs. núm. 948, 949 y 1013/2008). Las cursivas son mías.

Vid. al respecto asimismo ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., "Fines educativos y sociedades paralelas", ob. cit., págs. 219 y ss. Alli Turrillas mantiene en cambio una posición favorable al adoctrinamiento pero *institucional*, "aspecto que tiene mucho que ver con el régimen de institución total de las academias y su consecuencia, que veremos, cual es la domesticación o conformación." Adoctrinamiento en "esa serie de valores y principios de organización que hacen del ejército una máquina eficaz" y que justifica en base a las particulares misiones encomendadas a las FAS. "Se trata –según el autor- de un sistema cuyo fin es la conversión institucional del aspirante a militar de carrera. Puede hablarse, por tanto, de toda una *domesticación* o, si se quiere utilizar un término más suave, de una *conformación* del individuo." ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., págs. 208-211.

[927] Dispone en cuanto a los requisitos de edad el art. 56.1 c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que "[p]ara poder participar en los procesos selectivos será necesario reunir los siguientes requisitos: […] Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público."

[928] Respecto a la aplicabilidad de las leyes penales y disciplinarias militares a los alumnos menores de edad de centros docentes militares, conviene precisar que no obstante la plena vigencia del estatuto militar en cuanto a este colectivo, la aplicación de la ley penal militar no se sustanciará ante los órganos de la Jurisdicción militar sino ante los juzgados de menores, a los que queda atribuido el conocimiento de los "hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales" según dispone el propio art. 1.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, norma que incluso excluía a la jurisdicción militar del conocimiento de los delitos de su competencia en el supuesto de su comisión por mayores de 18 y menores de 21, cuando era posible la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 a esa franja de edad (*vid.* antigua Disposición adicional primera, derogada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre). De esta forma, queda desdoblada la competencia jurisdiccional en cuanto a la aplicación de las leyes penales y disciplinarias respecto a los alumnos militares menores de edad, puesto que las posibles infracciones del Código Penal Militar serían de la competencia de la jurisdicción de menores, mientras que la revisión jurisdiccional de las sanciones por faltas disciplinarias impuestas por los mandos militares siguen siendo de la competencia de los Tribunales militares, a través del recurso contencioso-disciplinario militar, regulado en los arts. 448 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Se produciría así un desgajamiento en las ramas de un mismo árbol, que para Alli constituyen un tronco común, a saber, la Justicia militar (hay que entender, penal) y el Derecho disciplinario militar. *Vid.* al respecto ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 388 y ss.

Respecto a *los límites de edad que no se pueden superar*, la ley en realidad remite a las disposiciones reglamentarias (art. 56.3 *in fine*), constituidas por las normas del precitado Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, cuyo art. 16 establece un amplio espectro de edades máximas dependiendo de la exigencia de titulación universitaria previa o de los cuerpos o escalas a las que se pretenda acceder. Teniendo en cuenta que el ingreso sin titulación previa de grado universitario se lleva a cabo, dentro del nuevo diseño de la enseñanza militar de formación operado por la Ley de la Carrera Militar, y que faculta para la obtención de un "título de grado universitario del sistema educativo general" (art. 44.1 LCM), se establecen distintas edades dependiendo de que el acceso se realice a través del sistema de promoción, con o sin titulación, o a través del acceso directo. Mientras que estos límites, normalmente más bajos, operan en el caso de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, para incorporarse a las diferentes escalas de oficiales de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, se establecen, como viene siendo habitual, edades más elevadas.

Pero, por otra parte, resultan llamativas las normas de la disposición transitoria quinta del Real Decreto 35/2010, puesto que procede a la ampliación de los límites máximos de edad, en los procesos de selección que se convocaron durante los años 2010, 2011 y 2012, llegando en algún supuesto a exonerar de los límites de edad a quienes tuviesen la previa condición militar, lo que a buen seguro ha resultado la parte más controvertida de esta norma, fundamentalmente para quienes pretenden acceder de forma directa.

Por lo que respecta ya al debate que nos atañe en cuanto a los límites de edad establecidos por el desarrollo reglamentario de la LCM, a la luz de la perspectiva constitucional resulta doctrina reiterada que "[l]a 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."[929]

"Pero sería equivocado inferir de aquí –continúa afirmando el Alto Tribunal- que todo funcionario, 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."

El Tribunal Constitucional exige finalmente que la norma que establezca los límites de edad para el acceso a la función pública esté basada en fundamentos razonables según criterios de valor aceptados con generalidad, así como que dicho medio sirva adecuada y proporcionalmente al objeto que se ha querido amparar y fines a conseguir con la norma que la establezca. (FJ 7 de la STC 75/1983), correspondiendo "a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer los argumentos que el diferente tratamiento legal posea (SSTC 68/1982, de 22 de noviembre; 75/1983, de 3 de agosto, FJ 5). O, dicho ahora desde la perspectiva del art. 23.2 CE, en la medida en que las normas de acceso a la función pública local incorporan un requisito relacionado con la edad, que no guarda relación con los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos (art. 103.3 CE), deben argumentar su razonabilidad en este proceso constitucional."[930]

Así, recientemente, el Supremo intérprete de la Norma Fundamental termina haciendo depender la legitimidad de los límites de edad de las circunstancias de cada caso concreto:

> "En consecuencia, la constitucionalidad o no de la norma que introduce la diferenciación de trato por razón de la edad como circunstancia objetiva en el acceso a las funciones públicas dependerá de cada supuesto en particular, de modo que la norma será inconstitucional en los supuestos en los que no exista para tal diferenciación de trato justificación razonable (STC 37/2004), y, en cambio, será constitucional cuando la diferenciación de trato por razón de la edad responda a una definición objetiva y general de las condiciones que debían reunir quienes querían acceder a los puestos de que se trate; diferenciación, por otra parte, que ha de justificarse debidamente (STC 75/1983)."[931]

[929] STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3.
[930] STC 37/2004, de 11 de marzo, FJ 6.
[931] STC 29/2012, de 1 de marzo, FJ 5 *in fine*.

Pues bien, para el análisis a la luz de los arts. 23.2 y 103.3 CE de los límites de edad introducidos por el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, hemos forzosamente de tener en cuenta la abundante jurisprudencia contencioso-administrativa recaída particularmente en lo referente a las edades máximas establecidas para el acceso a las diferentes escalas de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Así, sin ánimo de exhaustividad, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid legitimaba constitucionalmente dichos límites "no sólo en la potestad del Estado de seleccionar al personal que considere idóneo para el cometido de las funciones a encomendarle, sino incluso en el que esta selección concreta tiene por fin el que por el Estado se garantice la seguridad ciudadana, lo cual implica la realización de cometidos que requieren en todo funcionario policial un buen estado físico general, lo que se garantiza de modo objetivo no sólo con la realización de pruebas físicas, sino igualmente con el establecimiento de un límite de edad para el acceso a la función policial. Y si la edad y las condiciones físicas son elementos esenciales para la función policial, por su eficacia, operatividad, riesgo y penosidad, serán estas mismas circunstancias las que justifiquen la limitación de edad por ingreso, y por ello la hagan razonable y Constitucionalmente admisible, sin que de ella pueda colegirse arbitrariedad o discriminación alguna."[932]

Sin embargo, estas resoluciones, así como los límites de edad impuestos en las respectivas convocatorias de acceso a los Cuerpos Nacional de Policía y Guardia Civil, han sido revocados por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que en su Sentencia de de 16 de mayo de 2012, a la hora de analizar la legitimidad del límite de treinta años para el acceso por el turno libre a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía declara que

> "hemos de tener presente que, ciertamente, por la naturaleza de las funciones a desempeñar en un cuerpo o escala puede ser preciso que quienes se integran en ellos no superen una edad que les haga inadecuados para cumplirlas. Del mismo modo, no ha de excluirse que por la configuración de los mismos o por las características de la organización en la que se encuadren, deba limitarse esa edad máxima de ingreso para permitir que el desarrollo de la carrera administrativa de los funcionarios se concilie con las relaciones dispuestas entre los diferentes cuerpos y escalas. O que sea imprescindible limitarla para hacer posible que quienes ingresen en la función pública alcancen la formación necesaria para el eficaz cumplimiento de las tareas correspondientes. En cambio, vistas las reglas generales sentadas legalmente, no parece que sean válidas razones relacionadas con la generación de los derechos pasivos o de cualesquiera otros por parte de los funcionarios: si, en

[932] *Vid.* por todas, SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de junio (Sección 6ª, Rec. nº 618/2007), 1 de abril (Sección 6ª, Rec. nº 1773/07) y 3 de marzo de 2011, (Sección 7ª, Rec. nº 3368/2008), 18 de julio de 2010 (Sección 7ª, Rec. nº 1525/2005) y 7 junio de 2007 (Sección 9ª, Rec. nº 639/2006).

> principio, la regla es que no haya más límites que los señalados para la jubilación forzosa, está claro que queda excluido este criterio de entre los que podrían justificar una edad máxima distinta. Son solamente los que descansan en los intereses públicos los que han de considerarse para introducir excepciones."[933]

Llegado el momento de analizar los límites de edad impuestos por el art. 16 del Real Decreto 35/2010, de acceso a la enseñanza militar de formación, hemos de justificar constitucionalmente la imposición de una edad máxima para el acceso a un centro militar de formación y, por ende, a las Fuerzas Armadas con el objeto de garantizar que a los centros castrenses de formación acceden los aspirantes que reúnan los niveles físicos mínimos para superar el plan de estudios y las distintas pruebas físicas exigidas, todo ello dirigido a que los distintos profesionales que se integren en las Fuerzas Armadas garanticen la operatividad y eficacia de éstas en orden al cumplimiento de las misiones que constitucionalmente les vienen asignadas *ex* art. 8 CE.

Ahora bien, sentado este principio general del mérito y capacidad, en estrecha conexión con la eficacia que de la Administración Pública predica el art. 103.1 CE, en el mismo sentido que defendíamos respecto al sexo, conviene precisar, si prestamos atención a los distintos cuerpos y escalas que conforman las FAS, que a no todos los militares se les exige la misma formación previa ni todos ellos van a desempeñar misiones o funciones operativas o de combate. Así sucede con las diferentes escalas de oficiales de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, por lo que resulta justificado constitucionalmente que a los aspirantes a estos cuerpos y escalas, cuyas titulaciones universitarias previas así como la existencia de duros procesos selectivos de varios años de duración en algún caso, y cuyos requerimientos físicos de acceso y permanencia son obviamente menores, por desempeñar funciones eminentemente técnicas, se les imponga un límite más alto de edad.

Lo que a mi juicio carece de todo soporte constitucional *ex* arts. 23.2 y 103.3 CE es que el Reglamento de acceso a la enseñanza militar de formación contemple topes

[933] STS de 16 de mayo de 2012, sección 7ª, Recurso núm. 3158/2011, FJ 5º. En el mismo sentido, SS de esta misma Sala y Sección de fechas 17 de octubre (Recurso nº 4018 y 6393 de 2008) y 16 de diciembre de 2011 (Recurso nº 158/2010) y 17 de enero de 2012 (Recurso nº 5372/2010). Sí se declara, sin embargo por la misma sala y sección, en el recurso interpuesto por la Asociación de Suboficiales de las Fuerzas Armadas contra el Real Decreto 35/2010, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso en la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, que los límites de edad a los suboficiales para acceder a la escala de oficiales estarían justificados "por el hecho de exigir que el suboficial que pretende promocionar a la escala de oficiales lo haga con una edad que permita alcanzar en su carrera ciertos empleos según las necesidades que en cada uno de ellos tengan las Fuerzas Armadas." STS de 4 de abril de 2011, Recurso nº 129/2010, FJ 1º.

más altos de edad cuando el acceso se produce por promoción interna[934], ya que el *estándar* de condiciones físicas marcado por la edad es el mismo, con independencia de la previa pertenencia a las FAS del aspirante, siempre que se superen las preceptivas pruebas físicas. Ahora bien, la inconstitucionalidad del Reglamento resulta patente en su disposición transitoria quinta que exime totalmente de los límites de edad, para algunos cuerpos y escalas, cuando el acceso se produce por promoción en distintas convocatorias, fundamentalmente, las correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012. La evidente discriminación introducida exclusivamente por razón de edad respecto a los que pretenden el acceso a estos cuerpos de forma directa no se justifica en estos casos ni siquiera con la teoría de que el límite más alto de edad iría en perjuicio de la superación de las distintas marcas físicas previstas en los planes de estudios[935] ya que lo que vale para los que ya forman parte de las FAS, debería servir para los que pretender acceder sin pertenecer previamente a ellas. Ésas razones fueron las utilizadas por la Sala 3ª del Tribunal Supremo para anular la resolución de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil por la que se convocaba oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes al ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía, en la medida en que excluían por razón de edad a varios aspirantes, entendiendo precisamente "relevantes para nuestro pronunciamiento estos datos: (a) la fijación de los treinta y cinco años de edad como límite para acceder a la Escala Ejecutiva por oposición libre siendo ya funcionario del Cuerpo Nacional de Policía en activo; (b) la inexistencia de límite de edad para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía por promoción interna; (c) la

[934] Así, el art. 16 del Real Decreto 35/2010, respecto a los Cuerpos Generales e Infantería de Marina establece para el ingreso directo sin exigencia previa de titulación de grado universitario el límite de 20 años, mientras que para el ingreso por promoción sin exigencia previa de titulación de grado universitario impone la edad máxima de 31 años. Por lo que se refiere al acceso a las diferentes escalas de oficiales de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, salvo diversas excepciones referentes a la especialidad de Medicina, fija la edad máxima en 30 años para el acceso directo y 35 para la promoción.

[935] Advierte en este sentido Menéndez Sebastián que "la observancia de estas condiciones físicas probablemente se comprobaría con mayor acierto sometiendo a los candidatos a pruebas y exámenes de constatación de su agilidad, destreza, resistencia, etc. No en vano, la idea de que el cumplimiento de una edad supone la merma irremediable y progresiva de las aptitudes personales no es más que un estereotipo social de difícil constatación empírica en todos los casos, fundamentalmente porque a este potencial deterioro físico suele acompañar la acumulación de experiencia y de conocimientos que con frecuencia puede ser tan útiles o más que las habilidades físicas." MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La edad máxima como límite para el acceso a la función pública", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 13, 2005, Madrid, pág. 56.

supresión de una edad máxima distinta de la de jubilación forzosa para acceder a plazas de Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra."[936]

De este modo, en lo que respecta a la edad máxima para acceder a las FAS, la solución constitucionalmente adecuada pasaría, teniendo en cuenta las diferencias referentes a la clase de cuerpo o escala a la que se pretenda acceder así como la titulación exigida en su caso, de acuerdo con criterios técnicos constitucionalmente fundados, y sin distinciones en razón a la previa condición militar del aspirante, por establecer edades máximas para cualquier ciudadano que, cumpliendo el resto de los requisitos exigidos en la convocatoria, pretenda optar al ingreso en los centros militares de formación, garantizando tanto el respeto al principio de igualdad como del mérito y capacidad en el acceso a la función pública militar, y ello en orden asimismo a la consecución de la operatividad de las Fuerzas Armadas y a la eficacia que para toda la Administración Pública exige el Texto Constitucional (art. 103.1 en conexión con el art. 8 CE).

8.2.6.- La especialidad de la función militar. Diferencias entre empleos, cuerpos y escalas.

Por otra parte, dada su incidencia en la carrera funcionarial, a la luz de los tan citados principios constitucionales de la igualdad, mérito y capacidad, debemos preguntarnos si todas las diferencias existentes entre los distintos cuerpos, escalas o institutos armados de carácter militar y sus componentes tienen suficiente cobertura constitucional *ex* arts. 14 y 23.2 CE. Cabe traer aquí a colación el interesante trabajo de Cotino Hueso sobre la singularidad militar[937], y en el que analiza precisamente de forma comparativa el régimen y estatus de los militares con el resto de los ciudadanos y con el resto de los empleados públicos (distinto sistema penal, jurisdiccional, disciplinario, retributivo, etc.) para, finalmente, abordar las diferencias existentes en el seno de la misma institución militar, entre sus diferentes empleos, cuerpos o escalas. El mérito de este trabajo reside precisamente en analizar por vez primera las citadas distinciones escapando de tópicos demasiado utilizados por la jurisprudencia constitucional, que justificaba generalmente las diferencias invocando la particularidad del ámbito castrense, las exigencias de la disciplina militar o las peculiaridades del derecho penal y procesal militar en la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la

[936] STS de 16 de mayo de 2012, sección 7ª, Recurso núm. 3158/2011, FJ 6º.
[937] COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit.

unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución.[938]

Aunque admitamos, como admitimos, que dichos principios u organización –constitucionalmente fundamentados- sirvan para justificar diferencias de regímenes jurídicos, las mismas deben obedecer, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a una justificación objetiva y razonable sin que la misma peculiaridad de la institución militar justifique por sí sola un trato diferente con el resto de los ciudadanos y particularmente con los demás servidores públicos.[939] Coincidimos esencialmente con Cotino cuando afirma que "[e]sta 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 lo militar porque las FAS son diferentes.*"[940]

Por lo que respecta a las distinciones de régimen jurídico entre los distintos empleos, cuerpos y escalas militares, debemos tener presente la jerarquización del

[938] Por todas, SSTC 180/1985, 14 y 68/1996 y AATC 71/1987, de 21 de enero y 238/1994, de 20 de julio.

[939] Por lo que respecta a las diferencias retributivas con la función pública civil, se ofrece una sólida justificación jurisprudencial en la STS, Sala 3ª, de fecha 9 de abril de 1999, por la que se desestima el recurso en el que se impugnaban directamente determinados preceptos del Real Decreto 1844/1996 en cuestión por miembros de las Fuerzas Armadas con destino en el Ministerio de Defensa, y ello en relación con determinados complementos retributivos. Así "para que la impugnación intentada pudiese prosperar sería necesario que se justificase que las categorías de funcionarios civiles y militares con que los recurrentes establecen el término de comparación tienen idénticas o, al menos, equivalentes funciones que las que ellos desempeñan, las mismas exigencias de preparación, responsabilidad, intensidad de dedicación y, en general, las mismas circunstancias básicas que integran el complejo de derechos y deberes que define el estatuto de cada Cuerpo, Escala, categoría o grupo de funcionarios. El Tribunal Constitucional -añade tiene declarado al respecto que la simple constatación de la diferencia retributiva entre dos Cuerpos o categorías de funcionarios no puede servir de fundamento suficiente para una demanda de amparo, sin necesidad de ulteriores razonamientos, ni, en definitiva, permite justificar una pretensión de equiparación de retribuciones en sede constitucional, fundada en exigencias pretendidamente derivadas del derecho fundamental a la igualdad (sentencias 77/1.990 y 48/1.992). Igualmente ha señalado reiteradamente que la igualdad o desigualdad entre Cuerpos de funcionarios o, más en general, entre estructuras que, en cuanto tales, y prescindiendo de un sustrato sociológico real, son creación del derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellos, esto es, de su configuración jurídica. (sentencias 71/1.984 y 68/1.989)". En el mismo sentido, SSTSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 30 de marzo (Rec. nº1189/1998) y 17 de mayo de 2002 (Rec. nº 1149/1998) y STSJ de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 22 de octubre (Rec. nº 706/1999). En esta última resolución se invoca, para eludir la comparación con el régimen retributivo de la función pública civil, la entonces vigente disposición final tercera de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, que equiparaba el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, pero permitiendo su adaptación a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, a las peculiaridades de la carrera militar y a la singularidad de los cometidos que tienen asignados, por lo que se trata, según la sentencia, solamente de un principio general de igualación, que no impide las distinciones que nacen de la evolución de sus respectivos sistemas retributivos. (FJ 6º).

[940] COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., pág. 47. La cursiva es del autor.

ámbito militar[941] así como la realización de funciones distintas por los diversos cuerpos y escalas que conforman las FAS o el ámbito castrense.[942] Ahora bien, coincidiendo en lo esencial con el mencionado autor en que, salvando las exigencias propias de la disciplina inherente al ámbito militar, "no puede excluirse la igualdad ni incluso respecto del diferente régimen que se dé en razón de la distinta escala de la que se proceda y, sobretodo, del empleo y posición que se ocupe en las FAS"[943], yo añadiría que siempre que las diferencias no obedezcan a una fundamentación objetiva y razonable y resulten proporcionadas en relación al fin perseguido, tal y como se deriva de consolidada doctrina constitucional.[944] Así, como llega a admitir el citado autor, dada la diversidad de cuerpos, armas y ejércitos, con "distintas misiones, medios y necesidades"[945], en principio no podemos considerar irrazonable o desproporcionada cualquier diferencia de régimen jurídico existentes entre los mismos, en razón a las distintas funciones que desempeñan, en su contribución a la consecución de los fines que las FAS tienen constitucionalmente asignados.

Ejemplo de la posición que venimos sosteniendo es la fundamentada STC 236/1994, de 20 de julio, y en la que se enjuicia la pretensión del demandante de equiparar a efectos de grupo de clasificación y nivel de complemento de destino a los

---

[941] Resulta al respecto revelador el art. 21.1 LCM: "Dentro de las diferentes categorías los militares están ordenados por empleos, criterio esencial en la organización jerarquizada de las Fuerzas Armadas. Los diferentes puestos de su estructura orgánica estarán asignados en las relaciones de puestos militares a un empleo o indistintamente a varios. Esa asignación dependerá de las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los cometidos que se deban desarrollar."

[942] De esta forma, el art. 25 LCM, Cuerpos y escalas, prescribe lo siguiente:

> "1. Los militares de carrera y los militares de tropa y marinería se integrarán, y los militares de complemento se adscribirán, en los distintos cuerpos de acuerdo con los cometidos que deban desempeñar. Los cuerpos tendrán carácter específico según los requerimientos de cada uno de los Ejércitos o carácter común para dar respuesta a necesidades generales de las Fuerzas Armadas.
>
> A los miembros de cada cuerpo se les asignarán diferentes cometidos que llevarán a cabo mediante el ejercicio de las funciones y el desarrollo de las acciones relacionadas en el artículo 19, en el ámbito de su Ejército los de los cuerpos específicos y en el de las Fuerzas Armadas los de los cuerpos comunes y todos ellos, también, en los demás ámbitos del Ministerio de Defensa.
>
> 2. Dentro de cada cuerpo los militares profesionales se agrupan en una o varias escalas de oficiales, con arreglo y con las denominaciones que se especifican en este capítulo, en escala de suboficiales y en escala de tropa o de marinería, en correspondencia con las diferentes categorías militares y según las facultades profesionales que tengan asignadas y los requisitos educativos exigidos para su incorporación a ellas. Las facultades profesionales en cada escala son consecuencia de la preparación recibida y delimitan el nivel de responsabilidad en el cumplimiento de los cometidos asignados en los diferentes destinos.
>
> 3. La creación, extinción o integración de cuerpos y escalas se efectuará por ley."

[943] COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., pág. 62.

[944] Por todas, entre las más recientes, *vid*. las SSTC 171/2012, de 4 de octubre y 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5.

[945] COTINO HUESO, L., "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio...", ob. cit., pág. 64.

Subtenientes de la Guardia Civil con los de las Fuerzas Armadas. Declara al respecto el Alto Tribunal que

"En lo que aquí importa, la Guardia Civil, ha sido configurada por el legislador como un Cuerpo de Seguridad dentro del colectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Preámbulo y arts. 9, 13 y ss. de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo), de modo 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 (art. 8 C.E.; arts. 26, 38 y 39 Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio; arts. 11 y 12 Ley Orgánica 2/1986) e igualmente distinto es su encuadramiento en el seno de la Administración y dependencia orgánica (arts. 8, 10 y 12 Ley Orgánica 6/1980; arts. 9, 10, 13 y 14 Ley Orgánica 2/1986). Desde esta perspectiva es necesario tener en cuenta, asimismo, que los diversos aspectos de la relación funcionarial o profesional de sus miembros, entre ellos, el retributivo, se encuentran sometidos a un régimen normativo propio y diferenciado, y no aplicable indistintamente a unos y otros.

Dicho esto, resulta evidente, en consecuencia, que los miembros de la Guardia Civil y los de las Fuerzas Armadas pertenecen a Cuerpos o categorías funcionariales configuradas como estructuras diferenciadas y definidas con características propias. Podrá haber en ellos rasgos comunes, como los relativos, por ejemplo, a la denominación de sus empleos, pero ese paralelismo, cuando existe, es un dato fáctico que no implica en modo alguno una igualdad jurídicamente definida, toda vez que no existe criterio legal igualatorio en virtud del cual se hayan equiparado u homologado esos dos Cuerpos o categorías distintas de funcionarios, bien con carácter general, bien, por lo que aquí interesa, a efectos retributivos; de este modo, no estando legalmente equiparados unos y otros funcionarios, el principio de igualdad ante la Ley no exige que se les dispense el mismo tratamiento jurídico, pues a falta de la necesaria equiparación legal no se puede equiparar dos Cuerpos o categorías funcionariales que quedan configurados como estructuras específicas y diferenciadas con características propias (STC 68/1989, fundamento jurídico 2º), siendo, por lo demás, doctrina reiterada de este Tribunal que el art. 14 C.E. no autoriza comparaciones entre las diversas situaciones derivadas de la pertenencia a diferentes Cuerpos o categorías funcionariales (STC 77/1990, fundamento jurídico 3º; AATC 28/1984; 2/1989; 54/1992)."[946]

Abundando aún más en la tesis mantenida respecto al trato diferente a los desiguales, existen otros cuerpos en las Fuerzas Armadas con regímenes jurídicos diferenciados. Se trata de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, por oposición a los cuerpos específicos de cada uno de los ejércitos, y que, sin pertenecer estrictamente a ninguno de ellos, surgieron como consecuencia del proceso de unificación emprendido por mandato del art. 28.2 de la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, con la finalidad de "unificar todos los servicios cuya misión no sea exclusiva de un solo Ejército para permitir el funcionamiento conjunto con criterios de eficacia y economía de medios." Se trata de cuerpos con funciones eminentemente

[946] FJ 3. Peñarrubia se manifiesta, sin embargo, crítico con esta resolución, al mantener, aludiendo a diversos cuerpos militares, pertenecientes o no a las Fuerzas Armadas, como la Guardia Civil, que, al margen de sus sistema de reclutamiento, formación, función y origen, "[e]ntre todos ellos existe un único criterio de unidad conceptual, que es precisamente el que considera irrelevante el Tribunal constitucional: el de la jerarquía, plasmado, en definitiva, en el grado militar." PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 159. En el mismo sentido, STC 237/1994, de 20 de julio, FJ 3. Sobre las diferencias retributivas de los miembros de las FAS con los militares de la Guardia Civil, *vid.* asimismo STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Andalucía, Sección 4ª de 19 de julio de 2000, Rec. nº 610/99. Sobre diferencias entre diversas escalas *vid.* la STS, Sala 3ª, sección 7ª, de 17 de marzo de 1997.

técnicas, ahora contemplados en el art. 26.4 LCM 2007.[947] Pues bien no resulta irrazonable o desproporcionado a la luz del principio de igualdad que los miembros de estos cuerpos, no preparados para el combate o el mando en la fuerza o la instrucción y adiestramiento de la misma en cada uno de los ejércitos, carezcan de aptitud legal e idoneidad para el desempeño de servicios y guardias que garanticen el funcionamiento y seguridad de las unidades, centros y organismos. Tal cuestión, no exenta de polémica jurisprudencial fue resuelta en ese sentido por la STS, Sala 3ª, de 4 de febrero de 2003.[948] De esta forma, el art. 42.2 LCM 2007 prescribe, al igual que el art. 24.3 de su predecesora Ley 17/1999, la capacidad profesional de los militares integrados en los cuerpos específicos de los Ejércitos para desempeñar los cometidos no atribuidos particularmente a un cuerpo concreto dentro de su Ejército y para prestar los servicios y guardias que garanticen el funcionamiento y seguridad de las unidades, centros y organismos, lo que excluye de tales tareas a los cuerpos comunes, sin que, en razón a las características, funciones, preparación y aptitudes de estos cuerpos pueda calificarse la diferencia como irrazonable o desproporcionada.[949]

Sí ofrece más problemas constitucionales la forma en la que se ha llevado a cabo la integración de las escalas de oficiales por la nueva Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

---

[947] Son, según este precepto, el Cuerpo Jurídico Militar, el Cuerpo Militar de Intervención, el Cuerpo Militar de Sanidad y el Cuerpo de Músicas Militares.

[948] Recurso de casación en interés de ley nº 3438/2001. *Sensu contrario*, la STS, Sala 3ª, de 4 de febrero de 2003, FJ 6º (Recurso de casación 3/2002, dictado en interés de ley) señala, respecto al Cuerpo de Especialistas del Ejército, su capacidad para prestar guardias y servicios, ya que forman parte de los "Cuerpos Específicos de los Ejércitos". En igual sentido se manifiesta el art. 16.3 de las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero. Véase asimismo la STSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8ª, de 13 de abril de 2012, recurso nº 264/2011.

[949] De la misma forma, y por el contrario, no ha de calificarse de discriminatoria la posibilidad de pase anticipado a la reserva a los 56 años (y no, a los 61) otorgada por la DT 8ª LCM 2007, con eficacia temporal hasta el 31 de julio del año 2013, a los miembros de los cuerpos específicos de los ejércitos, es decir, los pertenecientes a los cuerpos generales, de infantería de marina y de especialistas de los ejércitos. Ésa es la conclusión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 8ª) al resolver el recurso contencioso-administrativo de varios suboficiales músicos (a la sazón, pertenecientes a los cuerpos comunes de las FAS) contra las resoluciones de la Subsecretaría de Defensa por la que se les denegaba a los recurrentes el pase a la reserva anticipada al cumplir los 56 años de edad. Frente a la alegación de estos de que resultaba discriminatoria la norma al establecer un trato diferente entre los suboficiales músicos (pertenecientes a los cuerpos comunes de las FAS) y los integrados en los cuerpos específicos de los ejércitos, señala el Tribunal que "[e]n el caso de autos no se ha ofrecido término suficiente de comparación del que inferir un hipotético trato discriminatorio, porque no puede pretenderse que lo sea invocar que a otros cuerpos militares se les da un tratamiento distinto y más favorable, puesto que se trata de cuerpos militares que implican servicio de armas, lo que suponen mayores requerimientos físicos y superior exigencia de responsabilidad ante las graves consecuencias que pueden derivarse del manejo de armamento, y ello no puede predicarse de los músicos militares, por lo que se entiende que el tratamiento diferenciado está justificado en razón de tales diferencias, que no pueden entenderse discriminatorias." STSJ de Madrid de 24 de julio de 2013, recurso nº 54/2012, FJ 5º.

En este sentido, y en lo que nos interesa, hasta la entrada en vigor de las previsiones al respecto de la nueva Ley de la Carrera Militar[950] resultaba posible el acceso a dos escalas diferenciadas: las escalas superiores de oficiales y las escalas de oficiales, denominadas anteriormente escalas medias[951]. Las diferencias eran significativas tanto en lo referente a los estudios cursados, nivel educativo alcanzado y a los empleos militares que resultaba posible alcanzar en cada una de ellas, por citar algún ejemplo.

Así, la enseñanza militar para la incorporación a las Escalas de Oficiales (de tres años de duración) se correspondía con la educación universitaria de primer ciclo mientras que la enseñanza militar para la incorporación a las Escalas Superiores de Oficiales (de una duración de cinco años) equivalía legalmente a la educación universitaria de segundo ciclo, de forma que "[e]n cada uno de los grados indicados, la obtención del primer empleo militar al incorporarse a la correspondiente Escala será equivalente, respectivamente, a los títulos del sistema educativo general [...] de diplomado universitario, arquitecto técnico o ingeniero técnico y de licenciado, arquitecto o ingeniero. (Art. 51.2 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, ya derogado).

Pues bien, la nueva LCM sustituye las antiguas escalas *por una nueva y única escala de oficiales en cada cuerpo, con el propósito de superar las disfunciones del modelo actual, acomodarse al proceso de conformación del espacio europeo de educación superior y potenciar el papel de los suboficiales. Esta medida tiene en cuenta, además, la experiencia de ejércitos de otros países de nuestro entorno.* (Preámbulo).

Esta integración en una única escala de oficiales para cada cuerpo la efectúa la Ley, de forma que los procedentes de la antigua escala superior quedarían incorporados en todo caso a las nuevas escalas de oficiales de los cuerpos generales correspondientes (disposición transitoria cuarta, 7, a)]. La incorporación de los procedentes de las escalas de oficiales de los cuerpos generales y de especialistas a las nuevas escalas de oficiales de los cuerpos generales tendrá carácter voluntario, de forma que "[l]os que no hayan renunciado a la incorporación serán convocados para realizar un curso de adaptación cuyos aspectos relativos a contenido, duración, calendario de realización, normas de

[950] Según la disposición transitoria cuarta, 1 LCM "[e]l 1 de julio de ese año [2009] se constituirán los cuerpos y escalas definidos en esta ley..."

[951] *Vid.*, entre otros, art. 33 de la derogada Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

aplazamiento, repetición, renuncia, requisitos para su superación y régimen de evaluaciones y calificaciones, así como los casos en que dicho curso tendrá carácter de actualización a los efectos previstos en el artículo 90.2, serán establecidos por orden del Ministro de Defensa antes del 31 de enero del año 2008."[952] Debemos añadir que los componentes de dichas escalas que superen el curso, en el momento de su incorporación efectiva a las nuevas escalas, tendrán el reconocimiento académico equivalente al título de grado universitario.[953]

Pues bien, la letra b) de la disposición transitoria cuarta de la LCM ha sido objeto de una cuestión de constitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, planteada mediante Auto de 24 de marzo de 2010, en el marco del recurso contencioso-administrativo contra la Orden Ministerial por la que se regula el curso de adaptación para la incorporación a la escala de oficiales, al considerar que "este curso de adaptación, regulado en la Orden Ministerial 54/2008, es el único condicionante impuesto por la disposición transitoria cuarta de la Ley 39/2007 a los componentes de la escala de menor nivel para incorporarlos a una escala de la que han de formar parte los de mayor nivel, sin que se vea acompañado de alguna otra medida de corrección, como la que se planteó en la tramitación parlamentaria de conceder un incremento en la antigüedad, pudiendo generar unas consecuencias contrarias a los principios de mérito y de capacidad reconocidos en el artículo 103, apartado 3 de la constitución, en relación con el artículo 23.2 de la Constitución."[954]

Teniendo en cuenta que, al igual que para el acceso a las antiguas escalas superiores de oficiales, el nuevo modelo de enseñanza militar de formación diseñado por la LCM y sus normas de desarrollo[955] exigen para la obtención del título universitario de grado del sistema educativo general la superación de un plan de estudios ordenado en cinco cursos académicos, no parece compadecerse con las exigencias del mérito y capacidad contenidas en los arts. 23.2 y 103.3 que los oficiales con una cualificación equivalente a una titulación universitaria media, queden automáticamente incorporados, en igualdad de condiciones, a la única escala de

[952] Disposición transitoria cuarta, 7, b). El desarrollo a que se refiere la LCM se efectuó por Orden Ministerial 54/2008, de 29 de mayo, por la que se regula el curso de adaptación para la incorporación a la escala de oficiales. (BOD nº 111, de 6 de junio).
[953] Último párrafo introducido en este precepto por la disposición adicional 15.b) y c) de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre.
[954] Procedimiento ordinario 657/2008, FJ 5º.
[955] *Vid.* concretamente el art. 22.1 del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas.

oficiales de su cuerpo, con la simple superación de un curso que apenas alcanza el año de duración.[956]

8.2.7.- La pérdida de la condición militar por circunstancias sobrevenidas

Como hemos tenido ocasión de afirmar al comienzo de este epígrafe, el art. 23.2 CE garantiza no solo el acceso a la función pública en condiciones de igualdad sino el respeto a dichos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (bien es cierto que de forma más atenuada) a lo largo de la carrera funcionarial[957], de manera que la pérdida de la condición de funcionario –en este caso, de militar profesional- ha de estar presidida por la presencia de circunstancias previstas en la ley y que obedezcan a una fundamentación constitucional objetiva y razonable.

La peculiaridad de la carrera militar reside en que los sometidos a ella, como hemos tenido ocasión de afirmar más arriba, son objeto de una evaluación permanente. En este sentido, el art. 85 LCM[958] "Los militares profesionales serán evaluados para determinar su aptitud para el ascenso al empleo superior, para seleccionar los asistentes a cursos y para comprobar la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas." De igual forma "[l]os que mantengan una relación de servicios mediante compromisos serán evaluados para determinar su idoneidad para su renovación." El sistema de evaluaciones propio de la función militar, y que, de

[956] Debemos en este sentido precisar que la fase presencial del citado curso de adaptación no alcanza realmente en su fase presencial el año académico de duración. Así lo dispone la Orden Ministerial 54/2008 que desarrolla prácticamente por entero el régimen del curso de adaptación cuando prescribe que "[l]a duración de los cursos queda establecida en 35 semanas de las que, como mínimo, 14 serán a distancia y otras 14 presenciales." [apartado octavo b)].

[957] *Vid.* por todas, STC 192/1991, de 14 de octubre. Al respecto, asimismo, PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 273 y ss. Pulido sostiene que "el estatuto funcionarial no queda constitucionalmente garantizado por el art. 23.2 CE en relación con el art. 103.3 CE." De forma que, según este autor, "[e]n nuestro sistema tienen protección constitucional a través de la vía del artículo 23.2 CE lo referente al *acceso* en condiciones de igualdad con arreglo a los principios de mérito y capacidad, la *permanencia* en la función en la que ingresó y la preservación del cargo frente a suspensiones o la extinción de la relación jurídico-funcionarial al margen de las causas legales." PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas*, ob. cit., págs. 422-426. De igual modo, el mismo autor mantiene que "la proyección del artículo 23.2 CE aquí debe manifestarse, principalmente en el acceso al sistema de enseñanza militar. Menor proyección debe poseer, a mi juicio, en lo que pudiéramos llamar *carrera militar*." *Ibídem.*, pág. 387.

[958] El art. 3 del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería afina aún más cuando dispone que

"Los militares profesionales serán evaluados para determinar:

a) La aptitud para el ascenso al empleo militar superior.

b) La selección de asistentes a determinados cursos de actualización.

c) La idoneidad para la renovación del compromiso.

d) La idoneidad para la suscripción del compromiso de larga duración.

e) La idoneidad de quienes tengan suscrito un compromiso de larga duración para acceder a la condición de militar de carrera.

f) La insuficiencia de facultades profesionales.

g) La insuficiencia de condiciones psicofísicas."

momento no tiene parangón en la función pública civil[959], viene caracterizado asimismo por la alta discrecionalidad de que se dota a los órganos administrativos que deciden un proceso de evaluación, afectando al militar en su progresión de carrera o incluso poniendo fin a la misma.

No ofrece así dificultad desde un punto de vista constitucional la legitimación del pase a retiro del militar por edad o por insuficiencia de condiciones psicofísicas. En este último caso, y como consecuencia de un reconocimiento ordinario o extraordinario al efecto, resulta posible iniciar un expediente al profesional para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas, a efectos de la limitación para ocupar determinados destinos según las exigencias que figuren en las relaciones de puestos militares, del pase a retiro o de la resolución del compromiso (en el caso de los militares con compromisos temporales) si, en estos dos últimos casos se aprecia inutilidad permanente para el servicio. (art. 114 en relación con el 83 y 120 LCM).[960] Conviene al efecto señalar que al militar, particularmente a los que pertenecen a cuerpos o destinos de alta operatividad, le son exigidas unas determinadas condiciones físicas y psíquicas para el eficaz desempeño de las misiones atribuidas a las FAS. Baste al efecto señalar

[959] Así, la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su Exposición de Motivos justifica la evaluación del desempeño del trabajo por los empleados públicos de la siguiente forma:

"Elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos, que las Administraciones Públicas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento. Generalizando algunas experiencias que ya existen en el ámbito de nuestras Administraciones Públicas, se introduce así un factor de motivación personal y de control interno, que es común a las reformas del empleo público que se han adoptado o se están articulando en el ámbito europeo. Es obvio, en efecto, que las oportunidades de promoción y, en alguna medida, las recompensas que corresponden a cada empleado público han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización, pues resulta injusto y contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio."

Aunque ese anuncio parece traducirse en la parte dispositiva de la ley, de forma que las Administraciones Públicas deberán establecer la evaluación de su personal a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. [art. 14 c), 17 b) y 20], ello queda al albur de las determinaciones de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto (art. 17), al objeto de determinar la carrera horizontal de empleado público, lo que, pese a que las Administraciones Públicas deben determinar "los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto" (art. 20.3), hasta el momento, no ha tenido traducción legal en la posibilidad de pérdida de la condición de funcionario a causa de una evaluación desfavorable. Para ello resulta preciso tener en cuenta que la competencia sobre esas cuestiones corresponden al Estado, al entrar en el contenido de la expresión "régimen estatutario de los funcionarios públicos", empleada por los arts. 103.3 y 149.1.18 CE. Al respecto, *vid.* SSTC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8 y 113/2010, de 24 de noviembre, FJ 3.

[960] El expediente con los señalados fines se regula en el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

que el art. 25 de las nuevas ROSFAS 2009 dispone, entre las normas de actuación del militar, que "[m]antendrá una sólida formación moral, intelectual, humanística y técnica, un elevado conocimiento de su profesión y una adecuada preparación física, que le capaciten para contribuir a la eficacia de las Fuerzas Armadas y faciliten su adaptación a la evolución propia de la sociedad y del entorno internacional, así como a la innovación en medios y procedimientos."[961]

Pues bien, el detrimento o la desaparición de ese *conjunto de aptitudes y cualidades psicofísicas que se requieren para el desempeño de determinados cargos, destinos y la permanencia en el servicio*[962] de las Fuerzas Armadas se revelan como causa con cobertura constitucional suficientemente para determinar la resolución del compromiso, la limitación para ocupar determinados destinos o el pase a retiro del profesional, ya que, como afirma Alba Rodríguez "[l]a condición militar precisa unas condiciones psíquicas y físicas normalmente más exigentes que las que pueden requerirse en otras profesiones civiles, condiciones que se requieren tanto para el ingreso en las Fuerzas Armadas, como durante el desarrollo de su carrera profesional."[963]

Distinto resulta a mi juicio el retiro del militar decidido a consecuencia de la apreciación de insuficiencia de facultades profesionales [art. 114.2 e)]. Así, por mandato del art. 119.1 LCM "[c]uando se produzca la declaración definitiva de no aptitud para el ascenso, por los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire se ordenará el inicio del expediente para determinar si existe insuficiencia de facultades profesionales. También lo podrán ordenar como consecuencia de los informes personales de calificación."[964] Una interpretación constitucionalmente adecuada de esta norma *ex* art. 23.2 CE, determina que el expediente solo debe culminar con la limitación para ocupar determinados destinos –lo que ya supondrá en sí poner fin a las expectativas de carrera del militar- o el retiro del profesional cuando se acredite en el procedimiento una carencia o detrimento notables en "el conjunto de conocimientos, aptitudes y cualidades que capacitan al militar para el

[961] Prevé asimismo el art. 40 que "[p]restará especial atención y cuidado a todos los aspectos que afecten a la salud y a la prevención de conductas que atenten contra ella. Considerará la educación física y las prácticas deportivas como elementos básicos en el mantenimiento de las condiciones psicofísicas necesarias para el ejercicio profesional y que, además, favorecen la solidaridad y la integración."
[962] Art. 1 h) del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero.
[963] ALBA RODRÍGUEZ, M., "Las condiciones de aptitud del militar profesional", ob. cit., pág. 326.
[964] El desarrollo de esta disposición lo encontramos en el art. 12 del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería.

adecuado desempeño de su actividad profesional" [art. 1 g) del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero], algo que, sin embargo, el Reglamento de evaluaciones de 2009 parece reservar solamente para los expedientes de pérdida de aptitudes profesionales derivados del estudio de la colección de informes personales a la que se refieren los artículos 79 y 81 LCM (art. 12.2 del Reglamento).

En suma, aunque según la precitada autora "[e]l procedimiento para la declaración de falta de facultades profesionales aparece como un procedimiento muy garantista que pretende evitar que se separe discrecionalmente al personal militar de la carrera de las armas"[965], debemos recordar que el expediente se sustancia ante las juntas de evaluación determinadas en el art. 5 del Reglamento de evaluaciones de 2009, órganos administrativos, que con gran margen de discrecionalidad técnica[966], deben

[965] ALBA RODRÍGUEZ, M., "Las condiciones de aptitud del militar profesional", ob. cit., pág. 325. Defiende Peñarrubia asimismo la constitucionalidad de este tipo de evaluaciones. *Vid.* PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 283.

[966] Al respecto conviene destacar que, además de la documentación prevista en el art. 4.2 del Reglamento de evaluaciones de 2009, la junta analizará "[c]ualquier otro informe que estime oportuno el órgano de evaluación, especialmente los que completen la información sobre la actuación profesional de los interesados." [art. 4.2 d) del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero]. En este sentido, la llamada "discrecionalidad técnica" de los órganos de calificación y selección o juntas de evaluación aunque no impide su control jurisdiccional *ex* arts. 24 y 106 CE, sí que se sustituya el criterio técnico del calificador u órgano de selección por el del órgano jurisdiccional. La afectación del principio de control judicial de la actividad administrativa y del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva ha provocado la intervención del Supremo Intérprete de la Constitución quien, desde la STC 39/1983 y 97/1993, ha establecido su doctrina al respecto, resumida, *ad. ex.* en la Sentencia 219/2004, de 29 de noviembre. La Sala 3ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones resaltando la STS de 14 de Julio de 2.000 (Recurso 258/1997), que, como señala la Sentencia de 14 de julio de 2009 (Recurso nº 307/2007) expone y resume los criterios a seguir del modo siguiente:

> "...Ese carácter de órganos especializados en específicos saberes que corresponde a los tribunales calificadores ha determinado la aceptación, en su actuación evaluadora, de un amplio margen de apreciación, esto es, de eso que doctrinalmente se ha venido en llamar discrecionalidad técnica.
>
> Esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y , consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.
>
> 4) Lo anterior explica que las normas reguladoras de la actuación de esos órganos calificadores solo exijan a estos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico. Y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica.
>
> Y cuando tales normas no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria." FJ 5º.

Sin embargo, una última jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (Sección 7ª) se muestra más estricta a la hora de "ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa", ya que "[u]n punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico." Por último, "[l]a fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la

valorar cuestiones (la competencia profesional de un militar) de carácter eminentemente subjetivas, máxime cuando el procedimiento se inicia a causa del estudio de la colección de informes personales desfavorables, documentos caracterizados, como ya hemos afirmado más arriba, por una valoración del profesional a través de conceptos (como cualidades de carácter profesional, cualidades personales –a saber, de carácter, intelectuales o físicas-, y de prestigio profesional y capacidad de liderazgo –por ejemplo, la actitud ante el servicio, organización del trabajo propio, asignación de cometidos, trabajo en equipo, actitud ante los superiores, eficacia o adaptación a las variaciones de la situación) por sus superiores con altas cotas de subjetividad y discrecionalidad.

Por lo expuesto, en mi opinión, dicha causa de retiro o de pérdida de la condición militar solo puede tener lugar legítimamente cuando, tras el oportuno expediente administrativo instruido al efecto, que no sancionador[967], se alcance por la

---

motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada." (STS de 18 de noviembre de 2011, FJ 6º).
Vid. sobre esta cuestión PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., págs. 268-306. Del mismo autor, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar", en *Revista de administración pública*, Nº 133, 1994, Madrid, págs. 287-310.

[967] Es fundamental destacar que estos procedimientos no tienen la consideración de sancionadores y, por ello, utilizarlos con tal finalidad resultaría una desviación de poder proscrita por el ordenamiento, al tratarse de sanciones encubiertas, hurtando al interesado las garantías del procedimiento disciplinario, así como desconociendo el cuadro de sanciones que, en este caso, la LORDFAS establece. Se trata de procedimientos administrativos, que llevan aparejadas para los interesados las garantías del procedimiento administrativo común previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esto es, alegaciones, práctica de pruebas, vista del expediente, trámite de audiencia, etc. Así se manifiesta igualmente la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 25 de julio de 2011 (Rec. nº 1211/2005), respecto a la causa de pérdida de la condición de alumno prevista en el art. 71.2 c) LCM, consistente en la "[c]arencia de las cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1.d) y f) acreditada en expediente personal extraordinario, mediante resolución motivada y previa audiencia del interesado." Declara la Sala que no se trata de un expediente sancionador y que, no debe utilizarse con tal finalidad represiva. Así afirma que "el idéntico efecto de la pérdida de la condición de alumno militar puede provenir de actos mediante los que la Administración ejerce la potestad sancionadora reconocida en el art. 25 CE y en el art. 127 y siguientes LRJ-PAC, y de otros que no conllevan dicha potestad. Esta circunstancia no es exclusiva del ámbito militar, puesto que es frecuente la coincidencia de las repercusiones desfavorables que comporta para el ciudadano la imposición de sanciones administrativas y lo que son meras consecuencias legales ligadas a ciertas conductas del administrado o acciones emanadas de la Administración pero destinadas al mero restablecimiento de la legalidad, a veces incluso a través de la coerción." Precisamente para "deslindar entre ambas clases de actos y dilucidar si la sustracción del Derecho sancionador de una medida aflictiva para el administrado está justificada fuera de esa faceta represiva y no implica una vulneración de sus garantías" (FJ 3º) acude el órgano judicial a la doctrina constitucional, particularmente a la STC 48/2003, de 12 de marzo, que declara al respecto lo que sigue:

> "Como señalamos en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 3), y 276/2000, de 26 de noviembre (FJ 4), para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la

junta de evaluación la convicción, y ello desde el prisma de los principios constitucionales del mérito y capacidad, acerca de la carencia o detrimento notables en el conjunto de conocimientos, aptitudes y cualidades que capacitan al militar para el adecuado desempeño de su actividad profesional con la eficiencia exigible *ex* art. 103.1 CE a los componentes de la Administración Pública.

8.3.- El derecho de petición de los militares.

El derecho de petición de los miembros de las fuerzas e institutos armados constituye una de las pocas excepciones donde las restricciones a las que se encuentran sometidos estos profesionales en el ejercicio de sus DDFF aparecen previstas expresamente en el Texto Constitucional. Dice así el art. 29 CE: "1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica."

Así, a diferencia de otros DDFF, donde solo se incluye una habilitación al Legislador para limitar o excluir el derecho para los militares (*ad ex.* libertad sindical), o ni siquiera esto, viniendo las limitaciones de mano de la legislación sectorial de desarrollo, en esta ocasión es el propio texto fundamental el que restringe el derecho para los militares en dos aspectos:

1. La prohibición de las peticiones colectivas.
2. El ejercicio del derecho con arreglo a su legislación específica. Adelantemos ya que el ejercicio del derecho de petición en el seno de las FAS conlleva una particular forma de llevarlo a cabo respecto a cuestiones relacionadas con el servicio: el conducto reglamentario.

---

existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa […] No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente." (FJ 9).

Pero la misma Constitución incluye en otras partes de su articulado referencias al derecho de petición, en este caso las dirigidas a las Cámaras de las Cortes Generales: "1. Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas. 2. Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan." (art. 77).

El desarrollo de este derecho fundamental[968] ha venido de mano de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (LODP), que ha supuesto la derogación de la preconstitucional Ley 92/1960, de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición.[969] Pues bien, en el momento de la promulgación de la LODDFAS 2011, dos preceptos legales, derogados ambos por ésta, reflejaban las restricciones constitucionales respecto al ejercicio por militares del derecho fundamental del art. 29 CE. Se trataban del art. 1.2 de la señalada LODP 2001[970] y del art. 160 de la Ley 17/1999, de Régimen de personal de las Fuerzas Armadas[971], referido precisamente al derecho de petición, norma con carácter de ley ordinaria y que no resultaba, por ello, el marco jurídicamente apropiado para el desarrollo de un derecho

[968] Mantiene Fernández Sarasola que el desarrollo tardío es debido a la marginalidad a la que ha quedado reducido el derecho de petición en los modernos Estados democráticos, merced a la presencia en ellos de recursos administrativos y judiciales, así como de órganos de defensa de las libertades ciudadanas. FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, nº 65, mayo-agosto 2002, Madrid, pág. 197. No comparte Gómez Martínez la opinión sobre su carácter residual. Muestra de ello, según este autor, es el interés del legislador por mantenerlo bajo control, lo que produce un efecto disuasorio sobre el personal militar, que procurará obtener satisfacción a sus pretensiones a través de otros medios. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., págs. 166 y 167.

[969] Esta norma fue desarrollada en el ámbito militar (art. 4 de la Ley 92/1960) por el Decreto 93/1962, de 18 de enero, por el que se regula el derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados, que no ha sido formalmente derogado.

[970] Cuyo texto prescribía lo siguiente: "Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados, o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, sólo podrán ejercer este derecho individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica."

[971] El precepto aparecía con el siguiente tenor literal: "El militar podrá ejercer el derecho de petición, individualmente, en los casos y con las formalidades que señala la Ley reguladora del mismo. Su ejercicio nunca podrá generar reconocimiento de derechos que no correspondan de conformidad con el ordenamiento jurídico." Curiosamente, frente a lo previsto para los restantes DDFF, la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, no dejó vigente el precepto de las antiguas Reales Ordenanzas para las FAS relativo al derecho de petición, a saber, el art. 199. Se trató de una operación deliberada del legislador, ya que uno de los preceptos que la disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 mantuvo con vigor es precisamente el ya derogado art. 160 de la Ley 17/1999, de Régimen de personal de las FAS. Otros dos preceptos de esta norma que mantuvieron su vigencia bajo la LCM 2007 eran los arts. 161 y 162, ya derogados igualmente por la nueva ley orgánica de derechos y deberes de 2011, y relativos respectivamente a las quejas sobre las condiciones del personal y régimen de vida en el ámbito militar, y a la forma de dirigirse el militar al Defensor del Pueblo, y que tienen su parangón, respectivamente, en los arts. 28 y 17 de la nueva LODDFAS 2011.

fundamental, aunque solo fuese para remitir a la propia legislación de desarrollo del mismo, en aquel momento preconstitucional.

Pues bien, ambas disposiciones han sido derogadas por la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que, en lo que respecta al ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas Armadas, prescribe lo siguiente en su art. 16:

> "El militar podrá ejercer el derecho de petición sólo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al determinado en la citada ley orgánica. En el artículo 28 se establecen y regulan las vías para la presentación de iniciativas y quejas en el ámbito de las Fuerzas Armadas."

Sin descender a las distintas modalidades de ejercicio del derecho de petición, salvo en lo que suponga especialidad o excepción del régimen previsto para los miembros de las FAS o Institutos armados, nos limitaremos, por ello, al análisis de las peculiaridades o restricciones en el ámbito militar, es decir, la prohibición de realizar peticiones colectivas y la necesidad del conducto reglamentario. Ello no empece, sin embargo, para que nos refiramos, siquiera de manera preliminar, a la naturaleza jurídica del derecho de petición, que puede ser calificado bien como una garantía individual bien como una forma de participación ciudadana.[972]

Ello nos servirá además para deslindar la institución de otras figuras jurídicas que quedan al margen del derecho de petición. Así la STC 242/1993, de 14 de julio declara al respecto que "[l]a petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar. Concepto residual, pero no residuo histórico, cumple una función reconocida constitucionalmente, para individualizar la cual quizá sea más expresiva una delimitación negativa. En tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el proceso penal o la acción pública en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo. La petición en el sentido estricto que aquí interesa no es una reclamación en la vía administrativa, ni una demanda o

[972] *Vid.* en este sentido PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 517-519. Fernández Sarasola se hace eco de la doctrina que le atribuye un carácter mixto debido a su naturaleza híbrida, a medio camino, dice este autor, entre una libertad civil y un derecho de participación política. FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "Comentario a la Ley 4/2001…" ob. cit., págs. 198 y 199. Igualmente la postura de este autor es defendida en FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "Un derecho residual: el derecho de petición en el ordenamiento constitucional español", en *Revista Vasca de Administración Pública*, septiembre-diciembre 2000, nº 58, 1, págs., 149-151. Exactamente, en el mismo sentido, Gómez Martínez, para quien la consideración como derecho de participación política o derecho de libertad depende de que la legitimación para su ejercicio comprenda a los ciudadanos españoles exclusivamente o también incluya a los extranjeros. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 150.

un recurso en la judicial, como tampoco una denuncia, en la acepción de la palabra ofrecida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal o las reguladoras de la potestad sancionadora de la Administración en sus diversos sectores.[973] La petición, en suma, vista ahora desde su anverso, puede incorporar una sugerencia o una información, una iniciativa, «expresando súplicas o quejas», pero en cualquier caso ha de referirse a decisiones discrecionales o graciables (STC 161/1988), sirviendo a veces para poner en marcha ciertas actuaciones institucionales, como la del Defensor del Pueblo[974] o el recurso de inconstitucionalidad de las Leyes [arts. 54 y 161.1 a) C.E.], sin cauce propio jurisdiccional o administrativo, por no incorporar una exigencia vinculante para el destinatario."[975]

En lo tocante a las especificidades propias del ámbito militar debemos comenzar por referirnos a la prohibición de peticiones colectivas. Consagrada expresamente en el art. 29.2 CE, se reitera en el art. 16 LODDFAS 2011. Para la Guardia Civil, la prohibición aparece en el art. 13 de la Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.[976] La justificación de esta restricción impuesta por la misma Constitución se basa una vez más en los principios de disciplina y subordinación, tan necesarios para el cumplimiento de las altas misiones que el art. 8 CE asigna a las FAS. Casado Burbano alude al tan mencionado efecto intimidatorio que podría provocar sobre una autoridad civil cualquier petición colectiva llevada a cabo por componentes de las FAS.[977]

Así, el Tribunal Constitucional en su Auto 375/1983, de 30 de julio afirma que "[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

[973] Esta doctrina que no resultaba una innovación del Tribunal Constitucional se ha trasladado al art. 3, segundo párrafo LODP cuando dispone que "[n]*o son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley.*"

[974] Los regímenes especiales del derecho de petición se regulan por su normativa específica. Así, las peticiones a las Cámaras parlamentarias se rigen por lo dispuesto en el art. 77 CE y en los respectivos Reglamentos parlamentarios, a los que remite, como no puede ser de otra forma –en virtud del principio de reserva de reglamento parlamentario-, la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 4/2001, reguladora del derecho de petición; las peticiones o quejas al Defensor del Pueblo se rigen por su legislación específica, a la que remite el art. 17 LODDFAS 2011, cuando dispone que "[e]l militar podrá dirigirse *individual y directamente* al Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo."

[975] FJ 1.

[976]"Los Guardias Civiles podrán ejercer el derecho de petición, de *forma individual*, en los casos y con las formalidades que señala la legislación reguladora del derecho de petición." (art. 13). La cursiva es mía.

[977] CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ob. cit., pág. 137. En el mismo sentido, Fernández Sarasola, quien justifica la prohibición de que los militares puedan ejercer colectivamente el derecho de petición por motivos de seguridad del Estado y de la posible presión que pudieran ejercer sobre la vida pública. FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "Un derecho residual: el derecho de petición…", ob. cit., pág. 149. Peñarrubia Iza lo justifica "para evitar que se pueda quebrantar la disciplina por la agrupación de quienes tienen entregado el uso de la fuerza del Estado." PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., págs. 403 y 404.

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 los 25, 28, 32, 42, 47, 177 y 203 de las Reales Ordenanzas.

Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos, como lo demuestra que la Constitución expresamente permita que se limite o excluya del ámbito del derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas en el art. 28.1, y, lo que es más decisivo para este caso, les vede el ejercicio colectivo del derecho de petición en el art. 29.2, estando con ello en consonancia lo previsto en los arts. 180, 181 y 182 de las Reales Ordenanzas, al prohibir en amplio espectro a los militares el ejercicio colectivo de determinados derechos de carácter político-social.

Sentado lo precedente, ha de entenderse conforme a la Constitución el contenido del art. 203 de las RR OO, sometiendo las peticiones de los militares a sus superiores a un régimen restrictivo: exigiendo se lleven a cabo individualmente y por conducto regular, y sólo permitiendo que, previa autorización, se recabe el parecer de otros compañeros, así como prohibiendo en todo caso la presentación de reclamaciones o peticiones colectivas."[978]

Ahora bien, las especialidades del derecho de petición en el ámbito militar y, por ello, la prohibición de peticiones colectivas solo se aplican a las peticiones afectantes a la relación militar del sujeto; así, por ejemplo, peticiones relativas al servicio, reivindicaciones profesionales o relativas al desarrollo de la Ley de la Carrera Militar. Supondría en palabras de Pascua Mateo "incluir […] todas aquellas materias que caigan dentro de la competencia del Ministerio de Defensa, no sólo las relativas a cuestiones de personal, ámbito naturalmente propicio para la proliferación de quejas profesionales, sino también a aspectos como la política de defensa, adquisición de material, modelo de ejército, etc. Pero, además, preciso es aplicar las especialidades previstas en el art. 29.2 CE a todas aquellas peticiones, sea cual sea su objeto, que se presenten como manifestación de una voluntad institucionalizada, es decir, que asuman la representación de la totalidad o un sector de las Fuerzas Armadas, […] como una petición presentada por las Fuerzas Armadas en la que se manifestase su preocupación

[978] FJ 2. La doctrina también invoca razones de disciplina para fundamentar tales restricciones unidas a la necesaria neutralidad política de Instituciones que ostentan el monopolio del uso de las armas. *Vid.* en este sentido PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 539 y ss. Asimismo, MOZO SEOANE, A., "El Derecho Fundamental de petición: contenido y régimen jurídico. Su regulación en el estatuto del Personal Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 93, enero-junio 2009, Madrid, pág. 148. Sorprende, sin embargo, que las restricciones únicamente penden sobre las fuerzas e institutos de naturaleza castrense sin que llegue a alcanzar a otros cuerpos o fuerzas (de seguridad) no militares que, a buen seguro, utilizan las armas –debido a su función constitucionalmente encomendada- de manera más habitual que las Fuerzas e Institutos militares.

por la deriva política del país o, extremando la imaginación, su rechazo a participar en una guerra a la que haya decidido concurrir el Gobierno."[979]

De manera que, sin perjuicio de que sería clarificador y recomendable una redacción rotunda del art. 16 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas en el sentido de que las restricciones operan exclusivamente en relación con las peticiones incardinadas en el ámbito militar o referidas a cuestiones relacionadas con las Fuerzas e Institutos Armados, parece descabellado[980] imponer a un militar la sanción, a todas luces desproporcionada, por la comisión de la falta grave prevista en el art. 8.18 de la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las FAS (LORDFAS) debido a la formulación de una petición en absoluto relacionada con el ámbito militar (como puede ser aquella en la que se promueven penas más graves para el delito de maltrato animal) y que resulta inocua para el principio de neutralidad política y de disciplina[981], que parece ser el bien jurídico protegido por el conjunto de la dicción del precepto en cuestión, esto es, "[h]acer 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*."[982]

Aunque el militar podrá plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida, de acuerdo con lo que específicamente se establece

---

[979] PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 530. De la misma opinión es Gómez Martínez. *Vid.* GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., págs. 152 y 153.

[980] Sin embargo, Pascua Mateo da cuenta de la controversia existente durante la tramitación de la LODP de 2001, en la que finalmente se impuso la redacción propuesta por el Ministerio de Defensa, con el apoyo del Consejo de Estado, frente a la tesis del Ministerio de Presidencia que propugnaba una dicción del art. 1.2 de la Ley que resultase más generosa con el derecho de petición de los militares, de manera que se conservasen las limitaciones pero exclusivamente "*en lo que afecte al ámbito de su actividad profesional.*" Tomado de PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., págs. 540-544. Curiosamente más garantista y clarificador resultaba el preconstitucional art. 1 del Decreto 93/1962, de 18 de enero, por el que se regula el derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados, en desarrollo de la ya derogada Ley 92/1960, que aún no ha sido formalmente derogado, y cuyo texto, en lo que ahora nos interesa, prescribe lo siguiente:

"*El ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados habrá de someterse a las normas peculiares que establece la presente disposición, siempre que sus peticiones* estén en el ámbito de la Ley reguladora y *se refieran a materia de la competencia de los Ministerios o Autoridades militares, o que de algún modo afecte a éstos o a los Ejércitos.*
Fuera de los casos antedichos, las peticiones de este personal se atenderán únicamente a las prescripciones de la Ley reguladora."

[981] Así Blanquer entiende que "[t]ampoco hay obstáculo alguno que impida que un grupo de militares (…) apoye solidariamente una iniciativa legislativa popular…" BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., pág. 586.

[982] Art. 8.18 LORDFAS. La cursiva es mía.

en el artículo 28 LODDFAS 2011[983], ello no obsta la posibilidad de que el miembro de las FAS o institutos armados ejerza, como cualquier ciudadano, el derecho de petición del art. 29 CE. Lo que sucede es que cuando se lleve a cabo respecto a asuntos del servicio o cuestiones relacionadas con el ámbito militar o la Defensa, siempre deberá ser de forma individual. Si interpretásemos el art. 16 LODDFAS 2011 de forma que imperen en todo caso las restricciones propias del ámbito militar llegaríamos al resultado más arriba señalado de que el militar podría ser sancionado por la comisión de una falta grave (que sanciona fundamentalmente comportamientos gravemente contrarios a la disciplina) del art. 8.18 LORDFAS por la simple realización de una petición –junto a otros ciudadanos- que en nada afecte a la disciplina militar y con nula incidencia o relación siquiera con el ámbito castrense.

La otra particularidad relevante del ejercicio del derecho de petición en el ámbito castrense radica en el ejercicio del mismo con arreglo a su legislación específica. (art. 29.2 CE). Se traduce en que, para asuntos del servicio, el militar debe dirigir las peticiones (pero también instancias, recursos o reclamaciones) a sus superiores por conducto reglamentario; esto es, no puede dirigirlas directamente sino a través de sus

---

[983] El tenor literal del precepto, a similitud del derogado art. 161 de la Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, es el siguiente:

"1. El militar podrá plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida, de acuerdo con lo que se establece en este artículo y en su desarrollo reglamentario, sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular.
2. Las iniciativas y propuestas, que afecten con carácter general a los miembros de su categoría, se podrán presentar por cada militar en su unidad ante el oficial, suboficial mayor y cabo mayor designados a tal efecto, quienes las trasladarán al jefe de unidad.
El jefe de unidad atenderá y resolverá, en lo que esté en el ámbito de sus competencias, las cuestiones planteadas o las remitirá, con el informe que proceda, al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente.
El Mando o Jefatura de Personal acusará recibo, analizará las propuestas en los órganos que se determinen y resolverá, en el ámbito de sus competencias, o las enviará a la Subsecretaría de Defensa. Anualmente se proporcionará información sobre el contenido de las propuestas y el resultado de su estudio.
3. Los miembros de las Fuerzas Armadas podrán presentar quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida siguiendo el conducto regular en la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas y haciéndolo de buen modo, verbalmente o por escrito. Si no se considerasen suficientemente atendidas podrán presentarse directamente y por escrito, remitiendo copia al jefe de su unidad, ante los mandos u órganos directivos que se determinen reglamentariamente, los cuales acusarán recibo e iniciarán, en su caso, el procedimiento que corresponda. En caso de rechazar la queja lo harán en escrito motivado.
4. Lo previsto en este artículo será sin perjuicio del ejercicio de los derechos y acciones que legalmente correspondan a los miembros de las Fuerzas Armadas."

Podemos extender a este específico precepto relativo a las quejas en el ámbito militar las consideraciones que algún autor realizaba al precedente normativo del mismo, esto es, el art. 161 de la Ley 17/1999 que, era considerado por algún autor, debido a la proximidad al precepto relativo al derecho de petición, como una manifestación más del ejercicio del derecho del art. 29 CE. En este sentido, MOZO SEOANE, A., "El derecho fundamental de petición…", ob. cit., pág. 150. Otros, sin embargo, como Pascua Mateo, mantienen que "las quejas previstas no son un recurso, ni una simple petición, sino un medio potestativo para reclamar el cumplimiento de un derecho reconocido por el ordenamiento, sin tener que acudir al régimen de recursos administrativos y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa." PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, ob. cit., pág. 549.

jefes directos "*por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver.*"[984] Esta exigencia aparece, como podemos comprobar, actualmente definida en una norma de rango reglamentario (el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas), con el único respaldo de una lacónica referencia al *mantenimiento del conducto regular*, al final del art. 28 LODDFAS, o una todavía más enigmática referencia a la obligación de los miembros de la Guardia Civil de presentar las quejas *por el cauce reglado* (art. 33.2 LO 11/2007).

De manera que tanto en las FAS[985] como en la Guardia Civil[986] sus respectivas Leyes disciplinarias sancionan como una norma penal en blanco la omisión del conducto reglamentario, infracción cuya delimitación se llenará con lo dispuesto ahora reglamentariamente, ya que las respectivas leyes orgánicas de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, con sus escuetas referencias, no han definido en forma alguna qué ha de entenderse por conducto reglamentario o reglado.[987] Por estos motivos, nos encontramos ya, bien es cierto que antes de la

---

[984] Art. 28 de las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. La dicción completa del precepto es la siguiente:

"Para asuntos del servicio se relacionará con superiores y subordinados por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver."

El art. 38, "*Quejas y reclamaciones*" vuelve a recordar esta exigencia:

"Si tuviera alguna queja o reclamación sobre asuntos del servicio que pudieran afectar o perjudicar sus intereses, lo pondrá en conocimiento de sus superiores, haciéndolo de buen modo y por el conducto reglamentario. Todo ello sin perjuicio de ejercitar los derechos o acciones que legalmente le correspondan."

Debemos entender aplicables estos preceptos a los miembros de la Guardia Civil en virtud de la nueva redacción dada al art. 2.2 de las nuevas RROO para las FAS así como la adición a su texto de una Disposición adicional única por el Real Decreto 1437/2010, de 5 de noviembre, por el que se declara de aplicación para los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

[985] La LORDFAS de 1998 sanciona como falta leve en su art. 7.14. "[h]*acer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados.*"

[986] La Ley 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil contempla como falta leve "[l]*a omisión del conducto reglamentario para formular cualquier solicitud, reclamación o queja relacionadas con el servicio.*" (art. 9.8).

[987]Sin embargo, si comparamos la norma de remisión (las leyes disciplinarias) y la norma remitida (la norma reglamentaria que aprueba las RROO para las FAS) no encontramos un ingente o profuso desarrollo reglamentario por esta última de lo ya dispuesto y asumido por las respectivas leyes orgánicas. Así el Real Decreto 96/2009 se limita a ratificar la exigencia del conducto regular "*según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario*". Dicho de otra forma, no existe en la norma reglamentaria una trascendente innovación o desarrollo de lo ya quedaba perfectamente asumido en las Leyes disciplinarias como una obligación de todo militar en su relaciones con la superioridad por asuntos del servicio, al margen de la reconocida posibilidad de colaboración de las norma reglamentaria con la ley, y todo ello sin perjuicio de que se establezca y regule de forma mucho menos parca dicho cauce reglado en una norma legal, al menos en sus aspectos básicos.

promulgación de la LODDFAS 2011[988], con algunos autores que consideraban que con esta nueva regulación reglamentaria que imponía (ahora solo define) el conducto reglamentario se estaban vulnerando los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley, dado que la Constitución impone en su art. 105 la reserva de ley para la regulación del procedimiento administrativo y la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común –aplicable igualmente en el ámbito del Ministerio de Defensa- no exige a la hora de que los ciudadanos interpongan sus instancias o escritos ninguna clase de especialidad o conducto reglamentario (art. 38.4).[989]

La nueva Ley Orgánica de derechos y deberes tuvo una perfecta ocasión para –utilizando la habilitación constitucional- establecer o mantener claramente – aunque salvando las excepciones al mismo ya previstas[990]- el conducto reglamentario, tal y

[988] Efectivamente, antes de la vigencia de la Ley Orgánica 9/2011, la exigencia del conducto reglamentario a los miembros de las FAS se encontraba exclusivamente en las ROSFAS 2009, norma reglamentaria a la que había que acudir para llenar los respectivos preceptos disciplinarios, únicas disposiciones con rango de ley orgánica que contemplaban la exigencia del conducto regular, por cierto, a través del sistema punitivo por lo que a los miembros de las Fuerzas Armadas se refiere.

[989] MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A. y ALÍA PLANA, M., "El conducto reglamentario en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil a la luz de la nueva legislación: ¿es posible que haya desaparecido?", en *Cuaderno Práctico*, nº 3, enero-abril 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, págs. 85-103. Entendían así estos autores –insisto, antes de la promulgación de la LODDFAS 2011- que "hasta el momento en que fueron derogadas las RR.OO de 1978, existía la obligación del militar y por ende del Guardia Civil, de cursar sus escritos a través de sus jefes. Lo anterior no conllevaba ninguna contradicción con lo dispuesto en el art. 38.4 de la LRJAP-PAC, toda vez que era una norma de rango legal la que establecía dicha obligación, por lo que se respetaba el principio de jerarquía normativa del art. 9.3 de la CE.

El problema surge cuando se han derogado dichas RR.OO y, a su vez, se ha producido una deslegalización de su contenido, ya que, a día de hoy, las RR.OO están desarrolladas por un Real Decreto (norma de carácter reglamentario). En este momento sí existe una disfunción legal, al estar un reglamento contradiciendo, en cierta forma, lo dispuesto en una norma con rango de ley." *Ibídem.*, pág. 91. En opinión de estos autores no resultaba suficiente por sí solo la cobertura dada al conducto reglamentario por las respectivas Leyes Orgánicas de Régimen Disciplinario de las FAS y de la Guardia Civil, ya que, al tratarse de tipos disciplinarios en blanco, a la norma remitida debería dársele rango de ley y, no siendo así, se vulneraba el principio de la reserva de ley para el procedimiento administrativo establecida en el art. 105 c) CE por lo que los respectivos tipos disciplinarios, pese a estar reflejados en sendas leyes orgánicas, no podrían sostener ninguna sanción por este motivo que no fuese anulada en vía jurisdiccional. *Ibídem*., págs. 96-103.

[990] Así podemos señalar como excepciones al conducto reglamentario las siguientes: las quejas dirigidas al Defensor del Pueblo (art. 17 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y art. 14 de la Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil); la denuncia ante el Juez Togado o el Fiscal Jurídico-Militar (arts. 134 a 140 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar) así como los escritos registrados de forma telemática o electrónica en virtud de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En concreto, *vid.* la ORDEN DEF/2416/2005, de 18 de julio por la que se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos por el Ministerio de Defensa y los organismos públicos adscritos al departamento y se crea un registro telemático para la presentación de escritos y solicitudes. Además resulta reveladora la creación del "Sistema de Información de Personal del Ministerio de Defensa" (SIPERDEF), establecido en virtud de la Instrucción del Secretario de Estado de la Administración Militar 113/1995, de 27 de junio de 1995, que ha sido dictada precisamente para dar cumplimiento al art. 45.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

como aconsejan razones de disciplina[991], si es que el legislador lo consideraba oportuno, pero ello en el precepto dedicado precisamente a la materia en cuestión: el art. 16, bajo la rúbrica *Derecho de petición*. Curiosamente, como si se tratase de un aspecto menor, y con un carácter secundario, en el precepto relativo a las iniciativas y quejas, tras un amplio tratamiento del procedimiento para elevar las mismas a través de los superiores, se introduce como una simple referencia la siguiente coletilla: "*…sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular*."[992] Prestando atención al art. 28.1 observamos que la dicción de dicha norma da por supuesto el mantenimiento del conducto reglamentario como una exigencia que se deba dar por sobreentendida, sin que merezca una regulación expresa o, al menos, su explícita imposición como un deber del militar en el lugar que le es propio: la norma con carácter de Ley Orgánica que aprueba el estatuto de derechos y deberes del militar.

De *lege ferenda* resulta asimismo una redacción rotunda y clara del art. 16 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas en el sentido de que las restricciones derivadas del art. 29 CE operan exclusivamente en relación con las peticiones incardinadas en el ámbito militar o referidas a cuestiones relacionadas con las Fuerzas e Institutos Armados, al igual que se establece en el ya citado art. 1 del preconstitucional Decreto 93/1962, de 18 de enero, por el que se regula el derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados, que aún no ha sido formalmente derogado.

Debemos ultimar este epígrafe con una referencia al Derecho comparado. Así, comenzando por Portugal, el art. 270 de la Constitución de 1976 habilita la restricción del derecho de petición colectiva a los militares, así como a los agentes militarizados en

---

[991] La exigencia del conducto reglamentario para Blanquer, sin embargo, resulta contraria a la Constitución ya que "no es necesaria o indispensable para conservar la disciplina, no es de la menor intensidad posible y no es proporcional con los fines que se persiguen." Tras aludir el autor a la posibilidad de presentar peticiones individuales de forma directa y sin necesidad de seguir el conducto reglamentario ya que, a su juicio, "el respeto y mantenimiento de la disciplina militar no exige que las peticiones individuales dirigidas al Gobierno, por poner un ejemplo, se presenten ante el superior jerárquico del militar que formula la petición", admite el fundamento constitucional "para imponer algún tipo de intervención administrativa para ejercer el derecho de petición (…) exigiendo que en tiempo de paz el militar que la formule (…) debe comunicar a su superior jerárquico el ejercicio de este derecho fundamental". BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado*,… ob. cit., págs. 585-586. En esa línea, una interpretación más suavizada de la exigencia del conducto reglado, parece seguirse por el Tribunal Supremo flexibilizándose notablemente el rigor de esta exigencia en el ámbito militar. La finalidad del conducto regular es que no se sustraiga al conocimiento del superior inmediato lo que se pide o solicita aunque no se cumplan exactamente con las exigencias del conducto regular. Al respecto *vid.* la STS, Sala 5ª (Contencioso-Disciplinario militar) de 9 de mayo de 2011.

[992] El texto completo del artículo 28.1 es el siguiente: "1. El militar podrá plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida, de acuerdo con lo que se establece en este artículo y en su desarrollo reglamentario, *sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular*."

servicio activo. De esta forma, el vigente art. 32 de la Ley nº 31-A/2009, de 7 de julio, de Defensa Nacional, les reconoce el derecho de promover o presentar peticiones colectivas "dirigidas a los órganos de soberanía o a otras autoridades, siempre que las mismas no pongan en peligro la cohesión y disciplina de las Fuerzas Armadas, ni el deber de neutralidad política, partidaria y sindical de sus miembros."

Por lo que respecta a Alemania, el art. 34 de la Ley de 19 de agosto de 1975, reguladora del estatuto del soldado, en uso de la facultad conferida por el art. 17.a.1 de la Ley Fundamental de Bonn,[993] reconoce este derecho a los militares pero remite su desarrollo a disposiciones particulares al respecto. Así, la Regulación de 16 de enero de 1991 sobre quejas militares dispone en su parágrafo 1.4 que "no se admiten las quejas colectivas".

En cuanto a Francia, la Ley 2005-270 guarda silencio al respecto pero si observamos el Decreto 2005-796 nos encontramos con la proscripción de las peticiones colectivas.

En Italia, ni su Constitución de 1947 ni la Ley 382/1978, de 11 de julio, que regula las normas de principio sobre la disciplina militar establece distingos en cuanto al ejercicio del derecho de petición por miembros de las FAS respecto al resto de los ciudadanos.[994] Continúa, sin embargo, vigente la previsión del art. 180.2 del Código Penal Militar de Paz aprobado por Real Decreto de 20 de febrero de 1941, que establece como delito la presentación colectiva, mediante pública manifestación, de peticiones, propuestas o reclamaciones, siempre que concurran cuatro o más militares.[995]

Respecto a los Estados Unidos, el derecho de petición, en su modalidad de derecho de queja por asuntos del servicio, se garantiza por el art. 138 del *Uniform Code of Military Justice.*[996] Por lo demás, el derecho de petición llega a extenderse hasta, en virtud de las Directrices del Departamento de Defensa[997], poder ejercitar una especie de iniciativa legislativa e incluso la propuesta de candidatos en un proceso electoral.

[993] Que permite introducir limitaciones al derecho de petición colectiva de quienes pertenezcan a las FAS.
[994] *Vid.* al respecto arts. 3, 50 y 71 de la Constitución.
[995] Hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 126, de 2 de mayo de 1985, el art. 185.1 del Código Penal Militar de Paz castigaba la petición colectiva sobre asuntos del servicio o de la disciplina.
[996] El art. 1034 del Título 10 del *United States Code* contempla la posibilidad de los militares de presentar quejas ante un Miembro del Congreso de los Estados Unidos.
[997] Directriz 1344.10, de 15 de junio de 1990 relativa a la actividad política de los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo. Directriz E3.2.5.

CAPÍTULO IX:

BALANCE SOBRE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FAS

La nueva Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas supone un hito en el derecho militar español y forma parte, junto con la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera militar[998], y las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, de una profunda innovación del mismo. Ha sido la primera, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la que ha marcado el rumbo de las demás y les ha servido de guía así como de causa última de su existencia.[999] En este sentido, en su disposición final tercera, encargó al Gobierno la remisión al Congreso de los Diputados de "un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar". La Ley de la Carrera Militar continúa la cadena reforzando el mandato en su preámbulo[1000], anticipando que "la actualización del régimen del personal militar se completará por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se regulará el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la Constitución y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar".

Por otra parte, el proceso innovador emprendido por la nueva Ley de derechos y deberes arrastra en buena lógica asimismo la reforma del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas para adaptarlo al nuevo estatuto del militar en lo que a sus DDFF se

---

[998] Acompañada de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería.

[999] Muestra de esta intensa imbricación es el derogado art. 4.3 de la Ley de la Carrera Militar (bajo la rúbrica *Reglas de comportamiento del militar*), de la siguiente dicción:

"Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas desarrollarán reglamentariamente las reglas de comportamiento del militar con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta Ley y recogerá, con las adaptaciones debidas a la condición militar, el código de conducta de los empleados públicos."

Pues bien, abundando en el argumento expuesto, el art. 4 de la ley de la Carrera ha sido trasladado de forma íntegra y se ha convertido en el nuevo art. 6 de la Ley Orgánica de derechos y deberes, con todo lo que ello significa en cuanto a la delimitación del contenido y, fundamentalmente, de los límites a los derechos de los militares. Aunque en el precepto, insisto, como en la Ley de la Carrera, se enuncian principios como la disciplina, jerarquía y unidad, no basta esta simple enunciación por sí sola para deslegalizar un sector cual es la regulación de DDFF así como la imposición de límites en la relación especial de sujeción propia del ámbito castrense. *Vid.* en este sentido, *supra* capítulo III, apartado 3.2.

[1000] Apartado IX.

refiere. Así la Disposición final octava del nuevo texto de derechos de los miembros de las FAS ordena remitir al Congreso en el plazo de un año un proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.[1001]

Señala a continuación que "[e]l texto tendrá en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre derechos y garantías fundamentales en el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar y su necesaria adaptación a la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, a la presencia de la mujer y a la organización y misiones que les vienen señaladas en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional."[1002] En lo que aparentaba ser la técnica de una ley de bases, el proyecto de ley orgánica de derechos y deberes llegaba a disponer incluso la clasificación de las faltas del futuro régimen disciplinario así como el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva en todos los casos.[1003] Pero la "revolución" en el derecho militar va incluso más allá (o al menos se pretende) puesto que, debido a la enmienda introducida en el texto de la ley tras su tramitación en el Senado, la nueva ley de derechos y deberes ordena asimismo la elaboración de un proyecto de ley para la actualización de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar y para realizar las necesarias adaptaciones de las leyes procesales militares (actual apartado 3).

Aunque existe alguna novedad importante en el régimen de DDFF de los militares, la regulación de la mayor parte de los derechos reconocidos no resulta sino expresión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala 5ª del Tribunal

[1001] El proyecto, aunque fue sido remitido al Congreso de los Diputados (*BOCG*, Congreso de los Diputados, de 10 de junio de 2011, serie A, Proyectos de Ley, nº 129-1), caducó por la disolución de las Cámaras. Actualmente, se encuentra en tramitación parlamentaria un nuevo proyecto de ley orgánica de régimen disciplinario de las FAS.). *Vid.* el texto de la iniciativa en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, serie A, núm. 47-1, de 17 de mayo de 2013, núm. 47-1.

[1002] Apartado 1.

[1003] Esta referencia expresa (apartado 2) tenía su razón de ser en las previsiones formalmente vigentes aún en el momento de la tramitación de la nueva ley orgánica derechos y deberes y que, radicadas en la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, de 13 de abril [art. 453 en relación con el 468 b)], impedían la interposición de recurso judicial contra las sanciones disciplinarias derivadas de la comisión de una falta disciplinaria leve. *Vid.* no obstante el estado actual de la situación tras la STC 202/2002, de 28 de octubre. El mandato de respeto al derecho de tutela judicial efectiva ha desaparecido tras la aprobación definitiva por el Congreso de la nueva ley. Pese a ello, hay que entenderlo implícito en el mandato de adecuación a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de garantías constitucionales en el ejercicio de la potestad disciplinaria así como en el encargo de actualización de las leyes procesales militares (asimismo DF 8ª). Finalmente, la STC 177/2011, de 8 de noviembre (resultante de la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en la STC 202/2002) declaró inconstitucionales y nulos los controvertidos preceptos de la norma procesal militar.

Supremo sobre el particular; esto es lo que debemos concluir respecto a la libertad de expresión, reunión y manifestación –aunque con alguna precisión reseñable, que ya ha quedado expuesta más arriba- así como en cuanto al derecho de petición. Destaca el reconocimiento expreso por primera vez en la historia constitucional española del derecho de asociación profesional a los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 14 de la ley)[1004] a cuyo ejercicio el texto dedica todo un título: el III, que regula de forma profusa el régimen jurídico y estatuto de estas entidades, sus derechos, la posibilidad de celebrar reuniones en las instalaciones de las Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa así como los medios con los que han de contar por expresa prescripción legal (arts. 44 y 45). En este sentido resulta significativo, entre otros aspectos, que el reconocimiento legal expreso de estas asociaciones, frente a la mera cobertura jurisprudencial de que hasta el momento gozaban, supone el derecho a realizar informes, propuestas (art. 40.1) así como gozar de una serie de medios tales como lugares para la exposición y difusión de sus anuncios, comunicaciones o publicaciones (art. 44.1). Además las que cumplan ciertos criterios de representatividad podrán:

> "a) Estar representadas en el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas.
> b) Contribuir por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de proyectos normativos que afecten al régimen de personal.
> c) Presentar propuestas o realizar informes en relación con los asuntos que sean competencia del Consejo." (art. 40.2).

Significativa asimismo es la creación del señalado Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas-incardinado dentro del Título III relativo al ejercicio del derecho e asociación profesional- y atribución al mismo de destacables competencias de informe y propuesta en materia del estatuto del militar profesional (art. 46 y ss.) así como del Observatorio de la vida militar "como órgano colegiado, de carácter asesor y consultivo,

[1004] El reconocimiento legal del derecho de asociación profesional choca frontalmente con el régimen vigente hasta el momento, en que, si bien se admite, debido a la doctrina constitucional (STC 219/2001), la posibilidad del militar de fundar, inscribir así como afiliarse a asociaciones de carácter profesional, estas entidades y sus miembros no gozaban de los derechos ahora previstos en la nueva ley (Título III) para poder desempeñar dignamente el ejercicio de sus funciones asociativas. Así, ilustrativo respecto a la situación anterior a la ley de derechos y deberes resulta el Informe del Asesor Jurídico del Cuartel General del Ejército de Tierra de 4 de agosto de 2009, que, en sus conclusiones, declara al respecto lo siguiente:

"Las asociaciones que en la actualidad cuentan entre sus miembros con militares no pueden hacer valer tal condición, fundamentalmente porque no hay Ley que así lo reconozca, además de no cumplir, generalmente, con todas las características que definen una asociación profesional. En razón de lo expuesto, ninguna autoridad o mando tiene obligación legal de dispensar un trato especial o diferenciado a tales asociaciones. Éstas y sus representantes carecen de derecho a reunirse en instalaciones militares o a informar públicamente en tablones de anuncio o cualesquiera otros medios de difusión de acceso generalizado."

El contenido íntegro de este informe resulta accesible en la página *web* de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), http://www.aume.org/index.php/7-noticias?start=616, consultado el 25 de enero de 2014.

adscrito a las Cortes Generales, para el análisis permanente de la condición de militar y de la forma con que el Estado vela por los intereses de los miembros de las Fuerzas Armadas." (art. 53 y ss.).

Existe por otro lado alguna innovación o más bien aclaración (o no) del estatuto jurídico de los reservistas voluntarios mientras no se encuentren activados. Esta figura, inexistente cuando se promulgaron las Reales Ordenanzas de 1978, plantea algún problema en lo que al ejercicio de sus DDFF se refiere puesto que solo tienen condición militar mientras se encuentren activados e incorporados a las Fuerzas Armadas, aplicándoseles plenamente el ordenamiento militar (arts. 2.2 y 52.1). El problema surgía en el caso de una afiliación política o sindical preexistente y que, interpretando el hasta el momento vigente régimen de derechos y deberes de los miembros de las FAS, ocasionaba que el militar reservista –la mayor parte de las veces activados solo por espacio de unos días- tuviese que renunciar a su adscripción política o sindical –insisto, debido a su permanencia en las FAS durante unos pocos días al año- o, por el contrario, incurrir en una falta disciplinaria grave. La nueva ley de derechos y deberes solventa la cuestión de la siguiente forma: "Podrán mantener su afiliación a organizaciones políticas o sindicales, pero quedará suspendida mientras se encuentren incorporados a las Fuerzas Armadas." (art. 52.3).

Menos fundamento tiene a mi juicio que al reservista activado se le permita, fuera de su unidad y sin hacer uso de su condición de militar, realizar actividades políticas y sindicales derivadas de su previa adscripción a partido o sindicato siempre que no estén relacionadas con las Fuerzas Armadas. (art. 52.4). De la misma forma, si prestamos atención, hallamos otra diferencia significativa respecto al estatuto del resto de militares: mientras que hasta el momento quedaba clara la aplicación al reservista del régimen disciplinario de las FAS (art. 132.1 de la Ley de la Carrera Militar) la redacción del art. 52.8 de la nueva ley de derechos y deberes induce a la confusión, a saber: "La vulneración de lo dispuesto en los apartados anteriores, así como la comisión de un acto contrario al prestigio de las Fuerzas Armadas dará lugar al inicio de un expediente para su verificación que podrá concluir con la baja del reservista, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente."

Parece como si el Legislador tuviese temor de aplicar plenamente el estatuto militar a estos profesionales ya que, si bien, por un lado declara su condición militar (art. 52.1), por otro les reconoce –ostentando la condición de militar- facultades propias

del derecho de afiliación política o sindical –que le son negadas al resto de los militares de la misma forma que huye de la aplicación a estos militares del régimen disciplinario de las FAS[1005], introduciendo además la desconcertante y curiosa posibilidad de inicio de un expediente por la comisión de un *acto contrario al prestigio de las Fuerzas Armadas*, que no aclara si se refiere al comportamiento del reservista activado o en su vida civil, sin perjuicio del juicio que nos pueda merecer dicha posibilidad con arreglo a las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad (art. 25 CE).[1006]

Pero, a mi juicio, la transformación de mayor calado que ha supuesto la nueva ley es la aparición de una norma que aborda de forma integral, y siguiendo el precedente de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, el régimen de DDFF del militar. Cabe en este sentido realizar varias precisiones:

1.- La nueva ley supone, frente a las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 1978, un auténtico estatuto de los derechos y deberes del sujeto a disciplina militar.[1007]

2.- Se abandona la equívoca y, cuando menos, defectuosa técnica de regular o delimitar el contenido y límites de los DDFF de los militares a través de las leyes orgánicas de régimen disciplinario de las FAS y de la Guardia Civil. Debe, en este

[1005] Sin embargo, el proyecto de nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario abona aún más la confusión y contempla a los reservistas dentro de su ámbito de aplicación. (art.2.2). *Vid.* el texto de la iniciativa en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, serie A, núm. 47-1, de 17 de mayo de 2013, núm. 47-1.

[1006] *Vid.* asimismo lo señalado *ut supra* para las llamadas conductas contrarias al honor o dignidad de la Institución militar en el epígrafe 3.2.3.

[1007] Precisamente entre los motivos de la aprobación urgente de las Reales Ordenanzas de 1978 podemos encontrar la necesidad de "salir al paso de un movimiento reivindicativo sobre la elaboración de una tabla de derechos y deberes del militar incluidos en una especie de *estatuto*." SUÁREZ PERTIERRA, G., "La significación de las Reales Ordenanzas en el contexto de la reforma militar", en *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, 2000, Madrid, págs. 263. En mi opinión se trató, con ello, de eludir que la cuestión de los DDFF de los militares formase parte del debate político. Enlaza ello con la pretendida idea –que planea en el espíritu de la Directiva aprobada en septiembre de 1977 por el Teniente General Gutiérrez Mellado, en ese momento Vicepresidente el Gobierno para Asuntos de la Defensa- de la necesidad de aprobación de un código corporativo o "código de los profesionales", apartando pues la cuestión de los derechos y deberes de los militares del ordinario debate parlamentario y, por ello, político. Muestra de todo ello es la forma en que se aprobaron las ROSFAS de 1978. No se introdujo el texto en el debate parlamentario sino que tuvo lugar de forma similar a la aprobación de una norma reglamentaria de carácter técnico, llegando a barajarse que fueran simplemente promulgadas por el Rey, como mando supremo de las FAS, con el refrendo del Ministro de Defensa. *Vid.* al respecto SUÁREZ PERTIERRA, G., "La significación de las Reales Ordenanzas…", ob. cit., págs. 265, 278 y 279. Asimismo Jiménez Villarejo cuestiona la virtualidad de las ROSFAS para configurar el estatuto jurídico de los militares profesionales en la perspectiva de sus derechos fundamentales aunque sí de sus deberes. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 77, 2001 (Ejemplar dedicado a: *In memoriam* José Francisco de Querol y Lombardero), Madrid, pág. 449.

sentido, ser la ley disciplinaria la que se ajuste al estatuto de derechos y deberes del militar establecido por una ley orgánica con esa finalidad y no las leyes disciplinarias (aunque vengan revestidas del carácter de ley orgánica) las que delimiten el contenido y límites de los DDFF de los militares.[1008]

3.- Aunque figura en el Preámbulo de la Ley de la Carrera Militar (IX) y consta al respecto el precedente de la Ley de derechos de la Guardia Civil (Título V), no parece la nueva ley de derechos de los miembros de las FAS el lugar idóneo, por ser materia extraña a su contenido –que debe venir definido por el desarrollo o regulación de los derechos fundamentales estrictamente considerados *ex* art. 53.2 CE- para ocuparse de los derechos y deberes de carácter profesional y social (Título II).

4.- Se echa en falta una mínima referencia, que sería propia de este estatuto, al elemento definitorio que por excelencia afecta más a los DDFF del militar: la permanencia del mismo.[1009] Como hemos visto más arriba[1010], las distintas situaciones –quizá sean las que inciden de una forma más profunda en los DDFF del militar- que caracterizan esa permanencia, a saber, la relación superior-inferior dentro y fuera de servicio, las normas de *cortesía* militar, las regulaciones sobre policía personal y aspecto físico así como lo relativo al "régimen de vida" de los alumnos, internos en establecimientos disciplinarios militares o los aspectos relativos a la dignidad y honor de la Institución militar, aparecen reguladas por normas de rango ínfimo que no respetan el principio de reserva de ley (arts. 53 y 81 CE). El nuevo texto, con carácter de Ley Orgánica, sería, a mi juicio, el lugar idóneo para establecer unas normas mínimas o bases que permitiesen abordar todas estas situaciones –que afectan de forma nada desdeñable a los DDFF- con respeto al principio de proporcionalidad.

Parece asimismo pertinente, en la línea de lo previsto por la Disposición final octava de la nueva ley "*realizar las necesarias adaptaciones de las leyes procesales*

[1008] El mandato de la nueva ley encargando remitir al Congreso un proyecto de ley orgánica de régimen disciplinario de las FAS para adaptar éste, e incluso el Código Penal Militar, al nuevo estatuto de DDFF del militar se contiene en la DF 8ª.

[1009] Algo que sigue reconociéndose claramente en la reciente STC 106/2011, de 20 de junio, cuando afirma que no hay que olvidar que "*ésta* (la soldado que solicita amparo frente a sendas resoluciones de dos órganos judiciales militares) *se halla sometida al rigor de una relación de sujeción especial que se deriva de su estatuto militar, dentro del cual las relaciones de jerarquía y subordinación proyectan sus efectos de forma permanente (art. 9 de las vigentes RROO para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero)…*" Sí se consagra en el art. 22 de la Ley Orgánica 9/2011 la disponibilidad permanente para el servicio del militar que se trata en realidad de una manifestación más del carácter permanente de la relación de sujeción del militar, al igual que sucede con las tan citadas normas de cortesía, disciplina o aspecto físico del miembro de la milicia.

[1010] Capítulo III, apartado 3.2.

militares" al objeto a mi juicio no solo de que se garantice lo que constituye un Derecho Fundamental de garantía –la plena tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario y penal militar- sino de que se arbitren en concordancia con lo ya dispuesto por el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar[1011], mecanismos de tutela jurisdiccional de los DDFF reconocidos en el nuevo estatuto, tutela que a mi juicio debe ser sumaria para preservar en procesos de cognición limitada y de forma urgente los DDFF reconocidos a los militares cuando pudieran verse menoscabados por decisiones de la Administración militar. Ejemplo de ello serían la posibilidad de *lege ferenda* de atribuir a los jueces togados militares competencia para fiscalizar, autorizar o –simplemente- intervenir en las actuaciones de la Administración militar que pudieran afectar a DDFF como la posibilidad apuntada más arriba de suspender ciertas manifestaciones en ejercicio de la libertad de expresión que afecten a materias sensibles para la Defensa nacional[1012] o los registros que prevé el art. 10.2 de la ley de las taquillas, efectos y pertenencias del militar que estuvieren en la unidad y ordenados por el jefe de la misma, donde la intervención judicial podría estribar en la previa autorización prevista por el art. 10.2 o en la fiscalización *a posteriori*.

[1011] "La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y *demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense*, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración del estado de sitio." La cursiva es mía.

[1012] *Vid*. Capítulo VII, apartado 7.2.

PARTE III: LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

CAPÍTULO X: LA TUTELA EXTRAJUDICIAL. LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

10.1.- La tutela extrajudicial de los derechos

No debemos perder de vista, antes de referirnos a los medios de tutela jurisdiccional, que el ordenamiento constitucional español proporciona medios de protección extrajudiciales como el Defensor del pueblo y el Ministerio Fiscal aunque en el ámbito de la Administración militar no sean de los más utilizados por el ciudadano.

En este sentido, el Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I CE puede supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales, lo que, en el ámbito militar, tiene su reflejo en el art. 14 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, de la siguiente dicción:

> "El Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el título primero de la Constitución en el ámbito de la Administración Militar, sin que ella pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional."

Aunque estadísticamente el número de quejas dirigidas durante el año 2012 por personal militar[1013] a esta Institución no alcanza, ni de lejos, las presentadas por funcionarios, personal laboral y estatutario de la Administración General del Estado, de la Seguridad Social, de las CC. AA. y de las Corporaciones Locales, que totalizan 253.095 frente a las 380 del primer grupo[1014], no puede desdeñarse el papel de este órgano constitucional, al que el ordenamiento facilita el acceso del militar obviando las exigencias del conducto reglamentario, puesto que "podrá dirigirse individual y directamente al Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo." (art. 17 LODDFAS 2011).

[1013] Al que el informe de esta Institución referente a 2012 añade además las quejas de personal de fuerzas y cuerpos de seguridad.

[1014] *Vid.* todo ello en el Informe Anual a las Cortes Generales correspondiente a 2012, accesible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index2012.html. Estas estadísticas pueden ser comparadas con las relativas a la tutela por la Fiscalía Jurídico-Militar o la propia Jurisdicción Militar. Así, la estadística de la Jurisdicción Militar de 2011 en el Plan Estadístico de la Defensa, editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa y accesible en http://www.portalcultura.mde.es/publicaciones/publicaciones/Anuarios_Estadisticas/Estadisticas/

Por lo que se refiere a la tutela por el Ministerio Fiscal, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. (art. 124 CE), atribuyéndole el art. 3.3 de su Estatuto orgánico aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre "[v]elar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa."

Pues bien, en el ámbito de la jurisdicción militar, la Fiscalía Jurídico Militar, dependiendo del Fiscal General del Estado, se integra en el Ministerio Fiscal ejerciendo las señaladas funciones tuitivas ante los órganos judiciales castrenses (art. 12 de la Ley Orgánica 50/1981 y arts. 87 a 89 LOCOJM), cobrando un especial papel en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, en el que es parte *ex* art. 518 a) LOPM 1989.

No debemos soslayar asimismo las instituciones creadas, o modificadas, por la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes de 2011, como el Consejo de personal de las Fuerzas Armadas[1015] o el Observatorio de la Vida Militar, al que le corresponde, entre otras cuestiones, "[e]fectuar análisis y propuestas de actuación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los miembros de las Fuerzas Armadas." [art. 54.1 a) LODD].

10.2.- La tutela judicial.- Fundamento y configuración constitucional de la Jurisdicción Militar

Teniendo en cuenta que actualmente es posible que los DDFF en el ámbito castrense puedan ser tutelados en distintas jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales[1016],

[1015] Así, ante este órgano las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas pueden "plantear propuestas o sugerencias en materias relacionadas con su estatuto y condición de militar, el ejercicio de los derechos y libertades, el régimen de personal y las condiciones de vida y trabajo en las unidades." (art. 46.1 LODD). Este órgano aparece desarrollado en el Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas.

[1016] En efecto, la tutela penal puede, dependiendo del delito cometido, corresponder a la Jurisdicción ordinaria o a la militar (art. 12 y ss. de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, LOCOJM) y la tutela contencioso-administrativa frente a actos de la Administración militar admite, asimismo, dos vertientes jurisdiccionales, bien en el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción ordinaria (arts. 1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) , o bien en el ámbito del proceso contencioso-disciplinario de la Ley Procesal Militar. [arts. 17 LOCOJM, 448 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar y 3 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio]. Parte al respecto González Pérez de que "[c]uando la supuesta lesión de los derechos e intereses proviene de la Administración militar, si la

y aun partiendo del carácter necesariamente restringido de la jurisdicción militar *ex* art. 117.5 CE, nuestro estudio en cuanto a la garantía misma de los derechos debe partir de la peculiaridad constitucionalmente reconocida de la Jurisdicción castrense y dirigida a la efectividad de las Fuerzas Armadas para el logro de los altos fines que les asigna el art. 8 CE[1017], analizando precisamente si las especialidades –como veremos, reducidas prácticamente al ámbito orgánico- inciden en los derechos del art. 24 CE, particularmente por la naturaleza de los órganos llamados a prestar esa garantía, aunque sea en el reducido ámbito designado por la Norma Suprema.

En efecto, la Constitución, tras consignar los principios propios del Poder Judicial de un Estado de Derecho (independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley de sus integrantes) establece asimismo que "[e]l principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales" para, a renglón seguido, contemplar la especialidad de la jurisdicción militar. Así, "[l]a 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. 117.5 CE). Si bien el Texto Supremo dispone, junto

---

actuación de ésta viene regulada por el Derecho administrativo, la vía idónea de defensa será la del proceso administrativo. Si la actuación estuviese regulada por una norma no administrativa, la pretensión se deducirá ante el orden jurisdiccional correspondiente, civil (art. 9.2, LOPJ) o social (art. 9.5, LOPJ, y, en su caso, penal (art. 9.3, LOPJ), con las especialidades que pudieran existir." GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, Tercera edición, Civitas, Madrid, 1998, pág. 273.

[1017] Ésta, junto con la necesaria especialización propia del peculiar ordenamiento que aplica es la justificación constitucional de la existencia de una jurisdicción organizada al margen del Poder Judicial. Así lo declara el Tribunal Constitucional en la STC 97/1985, de 29 de julio, cuando afirma que las Fuerzas Armadas "necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la C. E. les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines". FJ 4. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica", en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 56-57, julio-diciembre 1990 y enero-junio 1991, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, págs. 18 y 19. Igualmente Cotino se refiere a la eficacia de la defensa militar como base de la jurisdicción militar tanto en tiempo de paz como en guerra. COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 423. Jiménez Villarejo hace hincapié para fundamentar la especialidad de la jurisdicción castrense en la singularidad del derecho que aplica. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 53, enero-junio 1989, Tomo I, Madrid, págs. 11-15. Esa doble justificación se deduce asimismo del preámbulo de la LOCOJM al declarar que "[l]a jurisdicción militar tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos permanentes y ha sido siempre una jurisdicción especializada, carácter que se deriva de la naturaleza del Derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce." Doig Díaz, sin embargo, niega que cualquier especialidad que pretenda atribuirse a las Fuerzas Armadas tenga que ver con la organización judicial encargada de juzgar los delitos cometidos por sus miembros, "no resultando razonable que se comprenda a la jurisdicción militar como una más de sus especialidades." DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Valencia, 2003, pág. 114.

a otras excepciones[1018], la existencia de la jurisdicción militar organizada al margen del Poder Judicial, la Constitución establece varias cautelas en cuanto a la misma:

1.- su reducción al ámbito estrictamente castrense.

2.- su sujeción a los principios constitucionales.

3.- la unidad en el vértice, es decir, la necesidad, de que, al menos en la cúspide, se integre en la jurisdicción ordinaria, por imperativo del art. 123.1 CE.

Pues bien, las prevenciones del constituyente respecto a la jurisdicción militar se justificaban en base a que, a la entrada en vigor del Texto constitucional, como venía siendo una constante a lo largo de nuestra historia[1019], su configuración, ámbito competencial y funcionamiento poco se compadecían con los principios y garantías propios de un Estado de derecho. Baste al efecto señalar que, de acuerdo con el Código de Justicia Militar de 1945, vigente hasta las sucesivas reformas que adaptaron las leyes penales y procesales militares a la nueva Constitución, la jurisdicción militar se ejercía, salvando las competencias del Consejo Supremo de Justicia Militar[1020], por las llamadas autoridades judiciales y los consejos de guerra. Las primeras, esto es, los Capitanes Generales de las distintas Regiones militares y mandos asimilados, suponían el núcleo de la jurisdicción castrense tradicional, representando la confusión del mando militar y la función de juzgar; y a ellas, junto a su Auditor, les venían atribuidas, entre otras, la incoación de los procedimientos penales, el nombramiento para cada procedimiento de los jueces instructores (art. 137 CJM)[1021] y secretarios, declarar la nulidad de las

[1018] Igualmente sucede con la jurisdicción del Tribunal de Cuentas (art. 136.2 CE) y la del mismo Tribunal Constitucional (Título IX CE) reguladas respectivamente por sendas leyes orgánicas, a saber, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

[1019] Para un estudio histórico de la jurisdicción castrense *vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica", ob. cit., págs. 13-61.

[1020] Este órgano distaba mucho de ser un tribunal de apelación o casación sino que sus competencias fundamentalmente se reducían al enjuiciamiento de aforados (art. 101) y diversas cuestiones competenciales, de forma que solo venían conociendo de las causas seguidas ante un consejo de guerra en los supuestos en que la autoridad judicial no estuviese conforme con la sentencia o ésta fuese de muerte. (arts. 52. 9º y 11º y 798). Le correspondía asimismo al Consejo Supremo dirimir los disensos en materia de justicia entre las autoridades militares y sus auditores (art. 107. 2º), de forma que por esa curiosa vía incidental podrían conocer de la sentencia dictada por un consejo de guerra.

[1021] Esta competencia que venía atribuida a la autoridad judicial permitía que el capitán general de la región militar o autoridad o jefe militar competente designase a su libre arbitrio al juez instructor de la causa. El oficial designado pasaba a depender de la señalada autoridad judicial. Huelga decir, que estas previsiones, contenidas en el art. 137 y ss. del CJM 1945 resultaban difícilmente compatibles con los principios enunciados en el art. 117.1 CE así como con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). La predeterminación legal del juez era desconocida asimismo con la facultad otorgada al Gobierno por el art. 143 del CJM 1945, habilitándole, bien por propia iniciativa, cuando lo estime conveniente o necesario al interés de la justicia, y previa audiencia al Consejo Supremo de Justicia Militar o bien a propuesta de este tribunal, para nombrar un Juez especial con jurisdicción en todo o en parte del territorio nacional, para la persecución de delitos de la competencia de la Jurisdicción Militar. Estas

actuaciones, disponer la reunión de los consejos de guerra, resolver sobre incompatibilidades, excusas, y recusaciones de los llamados a intervenir en los procedimientos, aprobar las sentencias de los consejos de guerra y elevar al Consejo Supremo de Justicia Militar las causas cuyas sentencias no les correspondiese aprobar o no hubiesen obtenido su aprobación. (art. 52 CJM 1945). El conocimiento de las distintas causas se seguía comúnmente ante los llamados consejos de guerra –ordinarios o de oficiales generales- que, sin embargo, no podían considerarse verdaderos órganos jurisdiccionales puesto que sus miembros eran nombrados para cada caso concreto por la autoridad judicial, es decir, el mando militar (normalmente, el Capitán General de la región militar), sin que las reglas para ello obedeciesen en absoluto a la predeterminación legal exigible en los estados de derecho.[1022] Pero es que, las sentencias dictadas por estos peculiares órganos legos en derecho, con la excepción del llamado vocal ponente[1023], no eran firmes hasta que recibiesen la aprobación de la llamada autoridad judicial. (art. 797), quien en ejercicio de su *disenso* podía elevar la causa al Consejo Supremo de Justicia Militar.

Pues bien, a la anomalía que representaba en el sistema judicial la configuración y constitución de los tribunales castrenses se sumaba la conocida hipertrofia de la jurisdicción militar con una desmesurada extensión competencial por razón del delito, de la persona y del lugar, de tal forma que cualquier infracción, aun propia del Código

previsiones fueron utilizadas mediante el Real Decreto 287/1981, de 26 de febrero, por el que se nombra Juez especial al Consejero Togado del Cuerpo Jurídico del Aire don José María García Escudero (BOE del 28) "para la instrucción de la causa encaminada al esclarecimiento y comprobación de los hechos que culminaron en el asalto al Congreso de los Diputados durante los días veintitrés y veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y uno." (art. 1 del citado Real Decreto). Ello dio lugar a que varios de los condenados en esa causa recurriesen en amparo ante el Tribunal Constitucional dicho nombramiento así como las actuaciones judiciales derivadas del mismo, lo que incluía la pretensión de nulidad de la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el recurso 441/1982, de fecha 22 de abril de 1983 así como la del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio de 1982. Pues bien, el alto tribunal, en los AATC 460/1983, de 13 de octubre; 473/1983, de 19 de octubre y 569/1983, de 23 de noviembre inadmite a trámite las demandas de amparo al considerar que no se había agotado la vía judicial previa ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, que el supremo intérprete de la Constitución estimó la procedente al impugnarse actos del Gobierno de la Nación.

[1022] Baste al efecto prestar atención al art. 69 CJM. El art. 75 CJM ordenaba que el presidente y uno de los vocales del consejo habían de pertenecer en lo posible al mismo cuerpo y unidad del encausado. Igualmente, el art. 78 permitía a la autoridad judicial realizar las designaciones del presidente y vocales con arreglo a las necesidades del servicio. Jiménez Villarejo recuerda en este sentido que se trataba de órganos "discrecionalmente compuestos para cada ocasión", considerando atinadamente así que "el derecho a un juez predeterminado en la ley estaba, en importante y grave medida, ausente bajo la vieja legalidad." JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar", ob. cit., págs. 23 y 24.

[1023] El hecho de que la antigua justicia castrense descansase en el mando militar, normalmente lego en derecho, se pretendía suplir mediante el nombramiento de un miembro del Cuerpo Jurídico Militar como vocal ponente de los consejo de guerra así como la necesidad de que las resoluciones de la autoridad judicial militar fuese previamente dictaminadas por el llamado Auditor, perteneciente al mismo cuerpo jurídico. En este sentido, *vid.* art. 59-61 CJM.

penal común, que incidentalmente guardase relación con el ámbito militar por razón del lugar de comisión, o los sujetos activo o pasivo del delito, sin perjuicio de las figuras consideradas delitos propiamente militares por afectar al interés de las Fuerzas Armadas o de la Defensa nacional,[1024] eran conocidas por los tribunales castrenses.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978, tal y como avanzábamos, necesariamente hubo de suponer un cambio en la organización de la jurisdicción castrense. Una tímida adaptación, aunque claramente insuficiente se produjo con la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar cuyas principales novedades se tradujeron en "una cierta tecnificación"[1025] de los órganos jurisdiccionales instaurando los juzgados togados militares de instrucción y en la posibilidad de interposición de recurso de casación ante la justicia militar o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar.[1026]

[1024] Muestra del excesivo ámbito competencial de la jurisdicción militar lo encontramos en que el CJM 1945 atribuía a su conocimiento los delitos –cometidos por cualquier persona- de injuria o calumnia a las corporaciones o institutos, Armas, cuerpos y Clases militares (art. 6.2º); los insultos, ofensas o menosprecios a la Nación, su Bandera, el Himno nacional, los emblemas o insignias militares (art. 6.3º), que tienen su origen en la Ley para la represión de los delitos contra la Patria y el Ejército de 23 de marzo de 1906, más conocida como Ley de Jurisdicciones; asimismo, los delitos cometidos por personal civil con motivo u ocasión de servicio que presten en Centros, Dependencias o Establecimientos militares (art. 6.6º). Por razón del lugar le venía atribuido a la jurisdicción castrense el conocimiento de los delitos cometidos por cualquier persona en establecimientos militares, arsenales, fábricas y edificios públicos o particulares de cualquier otra clase destinados al alojamiento de fuerzas o servicios militares, aunque en ellos no se encuentren tropas ni estén ocupados militarmente. [art. 9.1 a)]. Pero es que lo sorprendente es la atribución competencial a la jurisdicción castrense para conocer de cualquier delito cometido en aguas del mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes, nacionales o extranjeras, que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima española, de la de sus posesiones o de los países sujetos a su protectorado así como en el espacio aéreo sujeto a la soberanía nacional [art. 9.1 b) y c)]. Se añadía en el art. 10 del código castrense de 1945 que "[l]as plazas de Soberanía del Norte de África, con excepción de las ciudades de Ceuta y Melilla y sus respectivos términos municipales, se considerarán en constante estado de guerra, y, en tal concepto los Tribunales y Autoridades Militares conocerán de todos los delitos cometidos en las mismas, cualquiera que sea la persona del delincuente, con sujeción a las reglas establecidas en esta Ley."
Además por razón de la persona, automáticamente les quedaba atribuido a los tribunales castrenses cualquier clase de delito cometido por militares, con una sorprendente definición de "militar" a los efectos de aplicación del Código de Justicia Militar (art. 13). En definitiva, salvando la etapa de la 2ª República, la expansión competencial de la jurisdicción castrense ha sido común a lo largo de la historia reciente, que se vería, si cabe, intensificada con el Régimen político surgido de la Guerra Civil. Fernández Segado se refiere así al protagonismo de la jurisdicción militar en esa etapa advirtiendo de que ello "será muy significativo de lo que se convertirá en una pauta endémica al régimen franquista: el excesivo protagonismo de la jurisdicción militar y su desmesurada hipertrofia." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica", ob. cit., pág. 51 y ss.

[1025] En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, enero-abril 2004, Madrid, pág. 212.

[1026] La adaptación a las garantías constitucionales pretendida en los arts. 13 y 14 de la Ley Orgánica 9/1980 fue muy limitada ya que los condenados solo podían recurrir las condenas superiores a tres años de privación de libertad. De hecho los mencionados preceptos fueron declarados inconstitucionales en sendas SSTC 76/1982, de 14 de diciembre y 27/1985, de 26 de febrero.

La adaptación definitiva de la jurisdicción militar a los principios constitucionales no llegará hasta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), complementada en el ámbito adjetivo por la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM).

La primera de estas normas realizó un verdadero esfuerzo de adaptación a los principios constitucionales y, sin perjuicio de analizar más adelante su parte dispositiva en este sentido, las intenciones del legislador aparecen ya anunciadas en el preámbulo, donde, además de privar a los mandos militares del ejercicio de la potestad jurisdiccional,[1027] pretende consagrar la independencia, "la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la ley de quienes desempeñan esta función…", estableciendo además "un sistema de constitución de los órganos judiciales que garantice su predeterminación" así como la "tecnificación jurídica de los órganos […] que respeta, no obstante, la tradicional composición mixta de los Tribunales castrenses de técnicos en derecho y profesionales de las Armas y que tiene también su

[1027] Privación compensada no obstante con la originaria atribución por el art. 111 y ss. LOCOJM a los Mandos Militares Superiores designados por Real Decreto para interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre, "al objeto de que estos puedan velar, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y otros intereses esenciales de los Ejércitos." (Preámbulo). Esta anomalía procesal fue eliminada por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, al tratarse de "una especialidad de la Jurisdicción Militar que no tiene parangón en ningún otro orden jurisdiccional…" (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2003). Previamente esta facultad de los mandos militares ya había sido criticada por la doctrina al considerarla "difícilmente comprensible" y "suscitadora de problemas", al dar lugar a la posibilidad de existencia de dos acusaciones públicas, defendiendo los señalados intereses esenciales de los Ejércitos. *Vid*. en este sentido, JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar", ob. cit., págs. 18 y 19. Parece, sin embargo, quedar algún resquicio de estas facultades en la posibilidad que el art. 143 LOPM 1989 atribuye a los mandos militares promotores del parte de recurrir en apelación las decisiones que los Jueces Togados adoptan al finalizar el procedimiento judicial denominado diligencias previas y contempladas en el art. 141 LOPM. A estos efectos resulta curioso y a la vez revelador el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero de 20 de abril de 2010 (DP 11/15/09) por el que resuelve el recurso de súplica interpuesto contra el anterior del mismo órgano de 20 de octubre de 2009 en el que acordaba confirmar el auto de archivo del procedimiento con imposición de costas al mando recurrente. Pues bien, en la nueva resolución el órgano judicial de apelación castrense razona que "[l]a legitimación que instaura el artículo 143 de la Ley Procesal Militar, y desarrolla el 254, a favor de los Mandos Promotores [...] es, como con acierto expone el Asesor Jurídico del Cuartel General de la Fuerza Terrestre en su bien construido y desarrollado escrito, de carácter institucional y tiene parangón, pero solo alguno, con la función que en el proceso se encomienda al Ministerio Fiscal, hasta el punto, que como el recurrente nos recuerda, la doctrina ha sostenido la inconveniencia de mantener ambas legitimaciones." Añade de forma clarificadora el Tribunal que esta legitimación "[t]iene su origen o razón de ser en motivos similares o idénticos a los que hicieron que en su momento se confiriera legitimación a los entonces Capitanes Generales para interponer Recurso de Casación ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo contra las sentencias de los Tribunales Militares de instancia, motivos que atendían, más que a fundamentos técnico-jurídicos, a una aceptación "pacífica" de la profunda reforma que se llevó a cabo en la Jurisdicción Militar mediada la década de los ochenta del pasado siglo." (FJ III). Concluye finalmente el órgano judicial castrense que la única analogía que se puede establecer respecto a la legitimación de los mandos militares en el art. 143 LOPM es con el acusador particular ya que ambos actúan –a diferencia del Fiscal- en defensa de sus intereses. (FJ V). Esta resolución resulta accesible en la edición electrónica de la *Revista Jurídica Militar*, de 3 de junio de 2010, año 7, núm. 64. El auto de octubre de 2009 del mismo órgano judicial se puede consultar en la misma revista, en su nº 58, de diciembre de 2009.

respaldo constitucional en la Institución del Jurado." De forma que, con la excepción del llamado "vocal militar" –solo en el caso de los órganos colegiados-, la jurisdicción militar se conforma mediante una estructura judicializada permanente[1028] pero organizativamente separada de la jurisdicción ordinaria suponiendo además evidentes especialidades en cuanto al estatuto de los miembros de los Tribunales Castrenses (nombramientos, ascensos, régimen disciplinario y la pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar de sus componentes) así como al gobierno de dicha Jurisdicción, cuyo contraste con los principios constitucionales, por lo que a esas especialidades se refiere, examinaremos más adelante- que solo se une con la ordinaria en el Tribunal Supremo, tras la creación por la LOCOJM –y por imperativo del art. 123.1 CE- de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo[1029], cuyos miembros, sin perjuicio de su procedencia[1030], pasan –si ya no lo tenían- a ostentar estatuto de magistrado del Alto Tribunal. (art. 28 LOCOJM).

Pues bien, con carácter preliminar cabe preguntarse si el legislador ha elegido el único de los modelos constitucionalmente posibles o, si embargo, la opción (o incluso supresión) por otra configuración de la justicia militar entra dentro de las opciones que el legislador, con respeto a las prescripciones constitucionales, puede legítimamente llevar a cabo.

Más concretamente, Peñarrubia Iza, mantiene que "había varias opciones, todas ellas constitucionalmente posibles. Se podía dejar un sistema de consejos de guerra adaptado a la Constitución, como vemos que se hizo en un primer momento; se podía jurisdiccionalizar la Justicia militar, dejándola vinculada a la organización militar; se podía sacar o desvincular del ámbito militar, pero manteniendo unos órganos especializados; o bien se podía prescindir de la Jurisdicción militar y llevarse sus competencias a los órdenes judiciales penal y contencioso-administrativo. Todas estas opciones son constitucionalmente legítimas y están amparadas por el art. 117.5 de la Constitución."[1031]

[1028] Los órganos judiciales militares creados por la LCOJM son, además de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (integrada en la jurisdicción ordinaria), el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales así como los Juzgados Togados Militares Territoriales y Centrales. (arts. 22, 32, 44, 53 y concordantes de la LOCOJM).

[1029] *Vid*. art. 22 LOCOJM.

[1030] Según el art. 24 LOCOJM "[l]a Sala de lo Militar del Tribunal Supremo estará integrada por su Presidente y siete Magistrados. Cuatro de los ocho miembros de la Sala procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar."

[1031] PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 364. Cotino mantiene que la "existencia de una jurisdicción militar, cuanto menos como orden especializado, está garantizada por la Constitución." Añade no obstante este autor que sería legítima la opción legislativa

Ahora bien, en mi opinión, lejos de coincidir con este autor, no creo que sean muchas las opciones que le queden al legislador desde el punto de vista constitucional. Así, en primer lugar sería inviable conservar el modelo de justicia militar basado en consejos de guerra por mucho que se intentase adaptar al Texto Fundamental, según lo postulado por este autor. Hemos visto así que un sistema –por mucho que se maquille- donde los supuestos órganos judiciales son nombrados por un mando militar- esto es, administrativo- sin sujetarse a predeterminación legal alguna y los miembros de esos tribunales carecen de la formación jurídico-militar precisa para proporcionar la tutela judicial que demanda el art. 24 CE a lo que se suma la necesidad de aprobación por el mando militar de las sentencias de los consejos marciales no colma las exigencias ni los principios constitucionales exigidos por el art. 117 CE ni permite calificar de órganos

---

que no le atribuyese "todas las competencias que en virtud de este ámbito estrictamente castrense podría albergar" así como la existencia de una jurisdicción militar ejercida "ejercida por los jueces y magistrados ordinarios y sujetos al gobierno del Consejo del poder Judicial". Advierte, sin embargo, que la existencia de la jurisdicción castrense "queda reconocida por la fuerza normativa del tenor expreso de la Constitución, que no puede ser obviado." COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., págs. 427-429. Mantiene en parecido términos Fernández Segado que "no existe en la jurisdicción militar un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Ello no obstante, su existencia constituye una singularidad jurisdiccional de relevancia constitucional, singularidad que se traduce, como reconociera el Juez de la Constitución, en el hecho de que la jurisdicción castrense no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales respecto de la jurisdicción ordinaria." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., pág. 210. Calderón Susín entiende asimismo que la existencia de la jurisdicción militar resulta un imperativo constitucional. *Vid.* CALDERÓN SUSÍN, E., "En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 83. Este autor, frente a lo que opina Fernández Segado, habla de un "núcleo inderogable" en la jurisdicción militar, que han impuesto los constituyentes. *Ibídem.*, pág. 99. El sistema español contrasta con varios sistemas de derecho comparado. Así, afirma Rodríguez-Villasante que "no debemos olvidar que en numerosos países de nuestro entorno occidental europeo no existe una Jurisdicción militar dentro del territorio nacional en tiempos de paz o normalidad, bien porque ha sido suprimida o está en trance de serlo. Son ejemplos muy relevantes: Francia, Alemania, Portugal, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, Bélgica y próximamente Italia. En otros países (Finlandia y Países Bajos) la Justicia Militar se imparte en Salas especiales incardinadas en la Jurisdicción ordinaria. Por lo menos en Europa puede hablarse sin exageración de la progresiva desaparición de la organización clásica de la Jurisdicción militar en situaciones de normalidad. En contraste pervive en los sistemas de corte anglosajón y en los países iberoamericanos…" RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., "El Derecho Militar del siglo XXI (segunda parte): la organización de la Jurisdicción Militar. Diversos sistemas de Derecho y legislación comparada", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio 2004, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 60. La reforma del sistema italiano a que se refiere Villasante fue finalmente acometida por la Ley 244/2007, de 24 de diciembre, continuando las modificaciones adoptadas por la Ley de 7 de mayo de 1981. Se trata de un sistema mixto de militares y magistrados por oposición entre licenciados en Derecho. Según estas reformas, el Ministro de Defensa y el Consejo de la Magistratura Militar ostentan con respecto a los jueces militares las mismas atribuciones que el Ministro de Justicia tiene atribuidas en relación con el Consejo Superior de la Magistratura y los magistrados ordinarios. *Vid.* al respecto la página del *Ministero della Difesa* italiano sobre la jurisdicción militar http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Pagine/default.aspx. Debemos recordar asimismo que el art. 103 de la Constitución italiana confiere, en tiempos de paz, a los tribunales militares ejercer jurisdicción sobre los delitos militares cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas.

jurisdiccionales a los tan citados consejos de guerra que hasta la entrada en vigor de la nueva legislación procesal militar ejercían sus funciones en el ámbito judicial castrense.

De esta forma, como exigencia *sine qua non* "[l]a jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal […] ha de ser "jurisdicción", es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva." A ello ha de añadirse la exigencia constitucional del respeto a los principios constitucionales.[1032]

No creo asimismo, en discrepancia con Peñarrubia, que resulte ajustado a la Constitución la supresión de la jurisdicción militar o su total integración en la jurisdicción ordinaria mediante la creación de un nuevo orden jurisdiccional y, mucho menos, que sus competencias queden absorbidas totalmente por los órdenes penal y contencioso-administrativo, lo que supondría vaciar de contenido la previsión del art. 117.5 CE. Respecto a la posibilidad de creación de un "orden jurisdiccional militar" en la jurisdicción ordinaria poco parece compadecerse asimismo con las exigencias del

[1032] STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4. No obstante, no faltan autores que defienden que lo que la Constitución quiso preservar con la excepción del art. 117.6 es el modelo tradicional de justicia militar insertado en la estructura militar para el mantenimiento de la disciplina. Así Parada mantiene que debió mantenerse el viejo sistema o configurar la justicia militar como un orden jurisdiccional más dentro del cuerpo único de jueces y magistrados de carrera pertenecientes al Poder judicial. La adecuación del sistema defendido por este autor a los principios constitucionales merece el siguiente análisis por parte del mencionado autor: "Cierto que la Constitución impone la reducción de la Justicia militar al ámbito castrense y su adecuación a los principios de la Constitución. Sin embargo, esta adecuación parece referirse al Derecho penal militar (por ejemplo: supresión de la pena de muerte en tiempo de paz, como exige el artículo 15) o a las garantías procesales (doble instancia, entre otros aspectos), y no a la composición, militar o letrada, de los tribunales, o a las facultades judiciales del mando militar…" PARADA VÁZQUEZ, R., "Toque de silencio por la Justicia militar", ob. cit., págs. 11-14. Este destacado administrativista sostiene una tesis institucionalista respecto a las Fuerzas Armadas y argumenta que "[e]ntender, por el contrario, que la exigencia de adecuar la Justicia militar «a los principios constitucionales» se refiere, no exclusivamente, a algunos aspectos procesales (derechos de audiencia, garantía judicial efectiva, doble instancia, etc.) y sustantivos (entre ellos la eliminación de la pena de muerte en tiempos de paz), sino también a los orgánicos, haciendo de la justicia castrense un orden jurisdiccional más, una justicia de juristas y no de militares propiamente tales, una justicia administrativa desde el Ministerio y no desde los Cuerpos de Ejército, las escuadras y el Consejo Supremo de Justicia Militar, es difícil de admitir, pues para ese viaje no se necesitaban las alforjas de tantas excepciones e invocaciones de las singularidades del derecho militar, ni, menos aún, salvar de la unidad judicial común a la jurisdicción castrense." *Ibídem.*, pág. 35. Llega a afirmar este autor que el nuevo modelo de justicia militar supone "una infracción a 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 funcionarial militar [se refiere a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar], una leve formación castrense y un uniforme." *Ibídem.*, pág. 41. No comparte la misma opinión Fernández Segado para el que "la función jurisdiccional debe ser ejercida por verdaderos órganos judiciales militares a los que se ha de rodear de las garantías necesarias..." resaltando este autor que "el ejercicio de la jurisdicción castrense debe en todo caso acomodarse a «los principios de la Constitución». A este respecto, pueden considerarse de particular interés: los principios informadores de la función jurisdiccional (presupuestos ya en la integración de la misma en el Poder Judicial del Estado), los principios procesales constitucionales y los derechos y garantías constitucionales, y de modo particularísimo los del art. 24 CE." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., págs. 210-211.

constituyente, quien distingue a la jurisdicción militar como una excepción a la unidad del cuerpo único de jueces y magistrados, sin que la Carta Magna realice similares alusiones respecto a cualquiera de los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo o social) con la finalidad de excluirlos de la organización única del Poder Judicial.[1033]

10.3.- El ámbito estrictamente castrense. La extensión y límites de la jurisdicción militar. Su relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

En el momento de abordar la configuración legislativa de la jurisdicción castrense y su adecuación a los principios constitucionales debemos detenernos en primer lugar en la competencia de la jurisdicción castrense. Así, partiendo de la indudable desmesura competencial que en el pasado caracterizaba a los tribunales militares, la Constitución limita al legislador circunscribiendo sus competencias al *ámbito estrictamente castrense* y a los *supuestos de estado de sitio*. (art. 117.5 CE). Es por ello, que tras la limitada reforma operada por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, la adecuación definitiva a la norma constitucional se hubiese de efectuar por la LOCOJM de 1987, que en su arts. 12 y 13, y obviando la vigencia de estado de sitio o

[1033] *Vid.* esta interpretación en RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., "La Jurisdicción Militar en el art. 117.5 de la Constitución", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, págs. 23 y 24. Sostiene igualmente Jiménez Villarejo que "[l]a jurisdicción militar subsiste como jurisdicción especial en todos los niveles orgánicos inferiores a la Sala 5ª por lo que en ellos no se reduce a simple orden jurisdiccional. En la Sala 5ª, por el contrario, sí. Allí se disuelve la especialidad y la jurisdicción militar queda transmutada en orden jurisdiccional. […] La idea de que, con la creación de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, la jurisdicción militar se había transformado, en su más alto nivel y sólo allí, en un orden jurisdiccional que se adicionaba a los clásicos órdenes civil, penal, contencioso-administrativo y laboral, fue tempranamente acogida por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo en los autos que dictó el 13 de julio de 1988." JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Subsistencia de la especialidad de la jurisdicción militar", en VV.AA., *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, págs. 129 y 130. Por ello la dicción del art. 1 LOCOJM cuando declara a la jurisdicción militar como integrante del Poder Judicial del Estado, no resultan técnicamente correctas, o al menos no debe dársele la interpretación de que los órganos judiciales castrenses integren (salvo en la cúspide) el cuerpo único de los jueces y magistrados del Poder Judicial. García Ballester, por el contrario, defiende que la jurisdicción castrense se trata de "un orden jurisdiccional especializado, con características propias y peculiares, al igual que los restantes órdenes de la jurisdicción única del Estado." GARCÍA BALLESTER, P., "Jurisdicción militar y Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 58, julio-diciembre 1991, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 153 y ss. Navas Córdoba afirma que el carácter especial de la jurisdicción militar solo lo es para distinguirla de la ordinaria ya que ello ninguna minoración puede producir en las garantías del justiciable. Postula así la consideración de la jurisdicción castrense como especializada y vaticina que "camina en una dirección inexorable a su total configuración como una Jurisdicción Ordinaria para el ámbito restringido militar." NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La Jurisdicción Militar: ¿jurisdicción ordinaria o especial?", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 70, julio-diciembre 1997, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 196 y ss.

tiempo de guerra, limita básicamente la competencia penal de la jurisdicción militar al conocimiento de los delitos contemplados en el Código Penal Militar.[1034]

La sujeción de la competencia de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense no solo se impone por el art. 117.5 CE sino que, según reiterada doctrina constitucional, *«el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria» (SSTC 75/1982, 111/1984, 66/1986 y 4/1990), y que «el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional» (STC 105/1985).*[1035]

De esta forma "[e]l art. 117.5 C.E. impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo estrictamente castrense, por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas. 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

[1034] A ello ha de añadirse la competencia para conocer de aquellos delitos 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 (art. 12.3 LOCOJM) así como "[e]n 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." (art. 12.4).

[1035] STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 2. Debemos recordar en este sentido que respecto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley el Tribunal Constitucional "tiene declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, que este derecho constitucional exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4). Exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (AATC 42/1996, de 14 de febrero, FJ 2, y 102/2004, de 13 de abril, FJ 4). De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales—, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2, por todas)." STC 210/2009, de 26 de noviembre, FJ 3.

constitucional» (STC 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."[1036]

Los criterios seguidos por la LOCOJM en cuanto a la competencia penal de la jurisdicción militar suponen que en tiempo de normalidad le queden atribuidos los delitos contemplados en el CPM. Se hizo por ello imperativo redefinir el concepto de delito militar, constituyendo así el reproche de conductas que atenten contra bienes jurídicos estrictamente militares, de forma que la inclusión en el CPM de injustos que no protejan esos fines serían contrarios al ámbito estrictamente castrense que la Constitución quiere para la jurisdicción militar.[1037] Así, Jiménez Villarejo mantiene que en el nuevo CPM aprobado por Ley Orgánica 13/1985 "el delito militar se ha visto circunscrito a las acciones u omisiones que atentan o ponen en peligro valores, intereses o bienes jurídicos esencialmente militares o directamente vinculados a la seguridad o defensa nacionales; caracterización que, en la mayoría de los tipos delictivos se complementa con un elemento subjetivo consistente en la condición de militar del autor del hecho."[1038]

[1036] STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 3. Abundando más, añade el Alto Tribunal que "la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como 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 C.E.); 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." STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 3, *in fine*.

[1037] De forma que evidentemente no basta para considerar que una conducta delictiva se encuentra dentro del ámbito castrense exigido por el art. 117. 5 CE simplemente con introducirla formalmente en el CPM, si en ella no es posible hallar conexión alguna con el ámbito castrense. Ésta es asimismo la interpretación desde temprano de la Sala de Conflictos de Jurisdicción quien en su sentencia de 2 de abril de 1990 (conflicto nº 10/1989) declara que "Para solucionar los conflictos jurisdiccionales surgidos con la Jurisdicción Militar no basta con la mera interpretación gramatical o sistemática de los preceptos sustantivos y procesales que pueden entrar en colisión, es necesario profundizar en el análisis de las situaciones jurídicas enfrentadas para examinar si se ha producido una lesión a intereses estrictamente militares o, por el contrario, existen otros bienes jurídicos que se estimen dignos de protección preferente por la jurisdicción ordinaria." FJ 1º.

[1038] JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar", ob. cit., pág. 14. Señala Fernández Segado al respecto que "[l]a incriminación de conductas por el Código se apoya fundamental, aunque no exclusivamente, en los delitos propiamente militares", de forma que "el Código Penal Militar, "aun asentándose e los delitos propiamente militares, acoge numerosas salvedades frente a esa regla. Estas son la consecuencia obligada de que el Código Penal Militar ha tratado de proteger los intereses, valores y medios materiales de los Ejércitos en orden a posibilitar que la Institución armada esté en condiciones de hacer frente en todo momento, con el mayor grado de eficacia posible, al cumplimiento de los fines que constitucionalmente tiene asignados con vistas, en último término, a la salvaguarda de ese bien constitucional que es la defensa de la comunidad nacional. Y los bienes protegidos no quedarían debidamente protegidos si el CPM se hubiese limitado a tipificar los delitos

Ello no obsta a que, excepcionalmente, los civiles puedan ser sujetos activos de los tipos contemplados en el CPM cuando con ello se tutelen los precitados bienes jurídicos de carácter militar o relacionados con la eficacia, los fines o los medios atribuidos a las FAS para el cumplimiento de sus misiones constitucionales.[1039] Parece evidente que en estos supuestos hallaría justificación constitucional, atendiendo a la lesión de bienes jurídicos esencialmente militares así como a criterios de conexidad delictiva, el tratamiento de estas figuras en una ley penal especial, con el consiguiente sometimiento a la jurisdicción castrense.[1040]

---

propia o exclusivamente militares." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, págs. 205-208.

[1039]Así sucede con los delitos de allanamiento de base, acuartelamiento o establecimiento militar (art. 61 CPM), contra centinela (art. 85 CPM), contra la Administración de la Justicia Militar (art. 180 y ss. CPM) así como contra la hacienda en el ámbito militar (arts. 193 y 197 CPM).

[1040] Así se deduce, *ad. ex.* de las SSTC 75/1982, de 13 de diciembre, FJ 4 y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5. Igualmente, CALDERÓN SUSÍN, E., "En torno a los límites constitucionales de la competencia…", ob. cit., pág. 100 y ss. Asimismo en HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., "En torno a la nueva jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 55, tomo I, enero-junio 1990, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 177. *Vid.* igualmente COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pág. 433. Fernández Segado mantiene que "son más excepcionales aquellas conductas incriminadas como delitos militares en que el sujeto activo puede ser un civil, que aquellas otras que, atentando en principio contra bienes jurídicos de naturaleza común, han sido convertidas en delito formalmente militar, bien sobre la base de su carácter pluriofensivo y de la clara prevalencia del interés militar sobre el común, bien por las circunstancias de la acción, como, por ejemplo, el hecho de tener como sujeto activo a un militar o de verificarse en un lugar militar..." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz", ob. cit., pág. 205. Este autor, aunque admite la constitucionalidad del sometimiento de paisanos a la jurisdicción militar, critica la selección de las conductas tipificadas en el CPM de las que puede ser sujeto activo un civil, al considerarla "un tanto arbitraria". *Ibídem.*, pág. 206. Otros autores como Olga Gil consideran que "para estas pocas conductas, no sería necesario que la (jurisdicción) castrense conserve sus atribuciones penales para los no militares, así los delitos contra la Hacienda militar o contra la Administración de Justicia militar pueden ser equiparables a los comunes y quizá valdría con que simplemente la normativa común, fuera aplicada de forma supletoria y aun cuando sean cometidos por militares. No vemos razón de su tratamiento en el código penal militar. Y por otra parte, en el caso de desobediencia, maltrato, lesiones o muerte citados no vemos la dificultad de que sean condenadas por la jurisdicción ordinaria y tuteladas como conductas ordinarias agravadas si estamos ante lesiones o muerte del centinela." Afirma así la autora que la posible problemática de la sumisión de los no militares a la jurisdicción castrense en tiempo de paz se vería solventada "dado que estas conductas son pocas y perfectamente subsumibles en la normativa ordinaria." GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 179 y 180. Similar postura sostiene Doig Díaz, quien se pregunta "qué sentido tiene enjuiciar a civiles en tanto sujetos extraños a las Fuerzas Armadas y ajenos a valores como la disciplina o la jerarquía." DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., págs. 76 y 77. La actual extensión de la jurisdicción castrense respecto a civiles en España choca con las previsiones de otros textos constitucionales. Así, el art. 103 de la Constitución italiana de 1947 dispone que "[l]os tribunales militares en tiempo de guerra tendrán la jurisdicción establecida por la ley. En tiempo de paz tendrán jurisdicción únicamente para los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas." Esta redacción encontraba más similitudes con el texto constitucional español republicano de 1931 que disponía que "[l]a jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados." (art. 95). La Constitución griega defiere a una ley especial la regulación de los tribunales militares "ante los que no puede llevarse a los particulares;" (art. 96.4). La Constitución irlandesa de 1937 contempla la posibilidad del establecimiento de la jurisdicción militar "por infracción de la ley militar, presuntamente cometidos por personas sujetas a la ley militar, y también para juzgar las infracciones cometidas durante un estado de guerra o de rebelión

Resulta a mi juicio legítimo asimismo a la luz de los preceptos constitucionales que queden atribuidos a la jurisdicción militar, por la vía de su inclusión en el CPM, conductas del Código Penal Común como tráfico de drogas en establecimiento militar, riñas tumultuarias, lesiones o muerte entre militares del mismo empleo que, cometidas en establecimiento o unidad militar afecten al buen orden, régimen o servicio de las Fuerzas Armadas. De esta forma, parece absurdo que las agresiones entre militares de distinto empleo –incluso fuera de servicio- se tipifiquen como delitos de insulto a superior o abuso de autoridad –por mucho que afecten, entre otros bienes jurídicos, a la disciplina- mientras que las lesiones o muerte entre militares del mismo empleo en el interior de un establecimiento militar e incluso de servicio hayan de castigarse de acuerdo con el Código Penal Común, y ello puesto que "el conocimiento [por la jurisdicción militar] de un delito por razón del lugar en que se cometieron los hechos, está justificado porque esos hechos afecta[n] al «buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas»"[1041], bienes jurídicos de carácter eminentemente militar y que merecen estar dotados asimismo de protección jurídico-penal por la legislación penal y procesal específica castrense.[1042]

---

armada." El texto prohíbe asimismo que los miembros de las Fuerzas Armadas que no se hallen en servicio activo sean juzgados por un consejo de guerra u otro tribunal militar por delitos cuya competencia corresponda a los tribunales ordinarios. (art. 38.4). El art. 213 de la Constitución portuguesa de 1976 dispone que "[d]urante la vigencia del Estado de Guerra se formarán tribunales militares con competencias para el enjuiciamiento de delitos de naturaleza estrictamente militar." El art. 84 de la Constitución austríaca suprime la jurisdicción militar, salvo en tiempo de guerra. Por lo que se refiere al texto constitucional belga, circunscribe, igualmente, la jurisdicción militar al tiempo de guerra (art. 157). Reveladoras son las previsiones del ordenamiento turco. Así el art. 145 de su Constitución de 1982 establece que "[l]a justicia militar será ejercida por tribunales militares y tribunales disciplinarios militares. Estos tribunales tendrán jurisdicción para juzgar a personal militar por infracciones militares, por faltas cometidas por ellos contra otro personal militar o en lugares militares, o por faltas relacionadas con el deber y servicios militares.

Los tribunales militares también tendrán jurisdicción para juzgar a personal no militar por faltas reguladas en leyes especiales; y por infracciones cometidas mientras desarrollan sus deberes especificados por la ley o contra personal militar o los lugares militares establecidos por ley." Sin embargo, con la finalidad de alinearse con las prácticas nacionales de la Unión Europea, en junio de 2009 fue modificado el Código Penal Militar Turco, de forma que los civiles ya no puedan ser sometidos a la jurisdicción militar. *Vid.* el interesante artículo de ASLAN, M.Y., "Military Criminal Jurisdiction under turkish law", en *Aühfd yıl 2008*, documento que ha sido presentado en el 8º Congreso de Derecho Penal Militar Internacional, celebrado en Budapest, Hungría, del 6 al 10 de julio de 2007. Accesible en http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-02/AUHF-2008-57-02-aslan.pdf Enlace visitado el 5 de febrero de 2014.

[1041] STC 75/1982, de 13 de diciembre, FJ 4.

[1042] En este sentido, asimismo CALDERÓN SUSÍN, E., "En torno a los límites constitucionales de la competencia…", ob. cit., pág. 104. No opina lo mismo Millán Garrido para quien "en caso de delitos (comunes) cometidos en acto de servicio o en lugar militar, cuando los hechos afecten al buen régimen de las Fuerzas Armadas, pueden ofrecerse razones para el mantenimiento de la competencia. No obstante, tales supuestos, de alguna forma, exceden del ámbito estrictamente castrense, porque la conducta entraña, ante todo un delito común, la infracción de una norma del Código Penal con la que se protegen bienes no militares, y el que con ella resulta también afectado el servicio o la disciplina –lo que, en su caso, será

La LOCOJM atribuye asimismo a la jurisdicción castrense "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."

La compatibilidad con los arts. 24.2 y 117.5 CE de la atribución a la jurisdicción militar de la revisión judicial de las sanciones disciplinarias militares ha sido declarada por la STC 113/1995, de 6 de julio. De esta forma, advierte el Alto Tribunal que "si estos derechos 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."[1043]

Añade el Supremo intérprete que la Jurisdicción Militar es, aunque con singularidades, una auténtica jurisdicción y, por ello, "los órganos de la jurisdicción militar deben ejercer su potestad jurisdiccional «de acuerdo con los principios de la

---

relevante en cuanto a una eventual aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas- no puede ser razón determinante, como tampoco ninguna otra de índole pragmática, para excluir estos hechos de su conocimiento por la jurisdicción ordinaria." MILLÁN GARRIDO, A., "Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 53, enero-junio 1989, Tomo I, Madrid, pág. 117. No obstante, el propio autor admite que con estos tipos delictivos cometidos en establecimiento militar o en el que el sujeto pasivo es asimismo un militar (aunque sea de la misma graduación) se lesionan bienes jurídicos como el buen régimen, la disciplina o el servicio propio de las FAS. Fernández Segado defiende la plena constitucionalidad de la competencia de la jurisdicción militar, al hilo de las enmiendas (núms. 45 y 46) del Grupo Parlamentario de Coalición Popular en el Congreso a la redacción del art. 12.1 LOCOJM, respecto de "aquellas conductas que afectaran al buen régimen, servicio o seguridad de las Fuerzas armadas, si se cometieren en lugar militar o en acto de servicio, pues en otro caso se producirían enojosas intromisiones de la jurisdicción ordinaria en la vida militar para conocer de pequeños delitos y faltas." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz", ob. cit., pág. 209 y ss. En el mismo sentido, ESCRIBANO TESTAUT, P., "Reflexiones sobre la atribución de competencia a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa de personal", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, nº 79, enero-junio 2002, Tomo I, Madrid, pág. 89. Este autor propugna residenciar ante la jurisdicción castrense los delitos comunes cometidos por militares en acto de servicio o con ocasión del mismo, o en unidades o establecimientos militares.

[1043] STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 5. Asimismo STC 161/1995, de 7 de noviembre. *Vid.* asimismo mi artículo "El acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 95-96, enero-diciembre 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 256 y ss. Parte de la doctrina critica no obstante la atribución a la jurisdicción militar de competencias revisoras en materia disciplinaria militar. Así, González Pérez mantiene que "no parece que el régimen disciplinario militar esté informado por principios tan peculiares que postule proceso distinto del común administrativo." Advierte además este autor que "[u]na vez superada la supuesta confusión existente al fijar la línea divisoria entre lo penal y lo disciplinario en el ámbito militar (...), la naturaleza jurídico-administrativa de las normas reguladoras del ejercicio de la potestad disciplinaria militar conduce a que las pretensiones en ella fundadas deban ser examinadas en el proceso administrativo." GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ob. cit., pág. 282.

Constitución» (art. 117.5, in fine, C.E.), lo que significa, entre otras cosas, que están vinculados a los derechos y libertades fundamentales como todos los poderes públicos y que en el ámbito de su competencia, esto es, en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, han de tutelar igualmente los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 de la Constitución.

Si en otra ocasión y a propósito del habeas corpus este Tribunal ha afirmado que la jurisdicción militar es competente para conocer de la vulneración de derechos fundamentales (SSTC 194/1989, fundamento jurídico 5., 44/1991, fundamento jurídico 3., y 106/1992, fundamento jurídico 2.), ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 C.E. a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto; o que la tutela que de dichos derechos pueden prestar los Tribunales militares en el ámbito de su competencia no puede ser tan efectiva como la de los restantes Tribunales, lo que sería asimismo incierto; o, finalmente, que el art. 53.2 C.E. estaría consagrando la posibilidad de que, aun en materias propias de su competencia, las características del procedimiento preferente y sumario sirviera para desposeer a los tribunales militares de su competencia, lo que -como señala el Abogado del Estado- sería absurdo."[1044]

Dentro del ámbito estrictamente castrense debemos considerar igualmente, y de acuerdo con la precitada doctrina constitucional, la posibilidad, no abierta aun salvo en lo relativo al habeas corpus[1045], de tutela de los derechos fundamentales de los militares cuando en los mismos se incida por parte de la Administración militar en ejercicio de sus potestades no necesariamente sancionadoras. De forma que parece pertinente que se arbitren, en concordancia con lo ya dispuesto por el art. 4 LOCOJM[1046], mecanismos de

[1044] STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6. El Alto Tribunal, abundando en su argumentación declara que la expresión «Tribunales ordinarios» adoptada por el art. 53.2 C.E. no puede excluir a los Tribunales militares y que no existe diferencia en la actuación jurisdiccional de unos y otros [los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria] que autorice a temer una disminución de las garantías del justiciable cuando actúa la especial dentro del ámbito estricto que le es propio. (FFJJ 4 y 5).

[1045] Art. 61.3 LOCOJM.

[1046] Señala el precepto en cuestión: "La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y *demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense*, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración del estado de sitio." La cursiva es mía. La posibilidad de tutela de otros DDFF, además de lo relativo al habeas corpus y el recurso contencioso-disciplinario militar no recibe eco alguno en la doctrina cuando no el recelo de algún autor. *Vid.* al respecto FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Extensión de la Jurisdicción Militar", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 118. Contraria a la competencia del juez togado

tutela jurisdiccional de los DDFF reconocidos en la nueva ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las FAS, tutela que a mi juicio debe ser sumaria para preservar en procesos de cognición limitada y de forma urgente los DDFF reconocidos a los militares cuando pudieran verse menoscabados por decisiones de la Administración militar. Ejemplo de ello serían la posibilidad de *lege ferenda* de atribuir a los jueces togados militares competencia para fiscalizar -autorizando, suspendiendo o ratificando- o simplemente intervenir en las actuaciones de la Administración militar que pudieran afectar a DDFF como la posibilidad apuntada más arriba de suspender ciertas manifestaciones en ejercicio de la libertad de expresión que afecten a materias sensibles para la Defensa Nacional o los registros que prevé el art. 10.2 LODDFAS de las taquillas, efectos y pertenencias del militar que estuvieren en la unidad y ordenados por el jefe de la misma, donde la intervención judicial podría estribar en la previa autorización prevista por el art. 10.2 o en la fiscalización *a posteriori*. El conocimiento de estos asuntos debiera configurarse en la Ley Orgánica Procesal Militar en el Libro relativo a los procedimientos judiciales militares no penales (Libro IV)[1047] pero evidentemente (salvo el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario contemplado en el art. 53.2 CE[1048]) con una estructura que si bien debe ser contradictoria, respetando las garantías de los titulares de los DDFF en cuestión, no obedece en absoluto a la estructura de un proceso contencioso. En este sentido, deberían quedar atribuidas asimismo a la jurisdicción militar, a través de las oportunas modificaciones en la LOCOJM o LOPJ, la competencia para "*las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular* [situados en el establecimiento militar]*, siempre que ello proceda para la*

---

en el *habeas corpus* así como en materia contencioso-disciplinaria se muestra Gil García al no considerar a los órganos de la jurisdicción militar dentro del término "tribunales ordinarios", en la línea de los votos particulares a la STC 113/1995. Opina asimismo, en ese sentido, la autora que esas materias exceden del "ámbito estrictamente castrense". GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, ob. cit., pág. 182 y ss.

[1047] Dentro de este libro de la LOPM de 1989, bien podría añadirse una *parte tercera* bajo la rúbrica *Otros procedimientos judiciales militares no penales* con un título único, a saber, "*Procedimientos en los casos de autorización, suspensión o ratificación de las medidas previstas en el ámbito de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas así como autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares.*" Asimismo deberán operarse las pertinentes modificaciones de la LOCOJM de 1987 así como de la propia LOPJ de 1985 y de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, a lo que deberíamos añadir determinadas correcciones de la propia Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Estas propuestas de *lege ferenda* han sido presentadas por el que suscribe en forma de borrador más completo en las Jornadas de la Jurisdicción Militar celebradas en A Coruña el 26 de marzo de 2012, cuyas conclusiones se elevaron al Tribunal Militar Central, y que estribaron sobre las propuestas en relación con la reforma de la jurisdicción militar.

[1048] Art. 453 LOPM.

ejecución forzosa de actos de la Administración pública", en este momento atribuidas a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo[1049] así como la autorización, ratificación o fiscalización jurisdiccional *a posteriori*[1050] de los registros que prevé el art. 10.2 de la ley de derechos y deberes de las taquillas, efectos y pertenencias del militar que estuvieren en la unidad.

Cuestión más controvertida resulta a mi juicio la atribución a la jurisdicción militar de la competencia para la revisión jurisdiccional de las conocidas como cuestiones de personal, esto es, la impugnación en vía contencioso-administrativa de las distintas resoluciones dictadas por el Ministerio de Defensa y sus órganos centrales o periféricos, lo que incluye los actos administrativos provenientes de autoridades de la estructura de los distintos ejércitos, cuando resuelvan cuestiones de personal, es decir, las propias de ascensos, evaluaciones, servicios, jornada, destinos, entre otras cuestiones afectantes al militar como funcionario público.

Pues bien, estas cuestiones, en mi opinión, salvo que se acredite alguna conexión con el ámbito castrense, como podría suceder por ejemplo, con las decisiones administrativas sobre los turnos de guardias o servicios y su exoneración, reducciones de jornada, lactancias, etc. y cualquier otra materia de derecho administrativo que afectase a la vida de las unidades, teniendo en cuenta particularmente el concepto *necesidades del servicio*, son aspectos propios del desarrollo de la carrera del militar como funcionario, tal y como hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo, lo que impide que exista justificación constitucional para que estas cuestiones, máxime las

[1049] Art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

[1050] En diversos parajes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa encontramos referencias a similares procedimientos judiciales no contenciosos para la autorización o ratificación posterior de medidas administrativas que inciden en los DDFF. Así por ejemplo, además de la las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular; autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental; autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición (art. 8.6); recursos contra los actos dictados por la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, y de la autorización de prórroga de los plazos de las medidas de dicha Comisión, conforme a los previsto en la Ley de Prevención y Bloqueo de la Financiación del Terrorismo [art. 11 e)]; pero quizá el caso paradigmático es el contemplado en el nuevo art. 122 bis incorporado por la Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y que atribuye a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo la competencia para la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 así como para autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico. (art. 9.2 de la ley 29/1998).

que afectan al nacimiento y extinción de la relación funcionarial, se residencien fuera del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tal y como actualmente establece la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.[1051]

10.4.- Los principios constitucionales en la actual configuración de la jurisdicción militar

La Constitución de 1978 al contemplar la existencia de la jurisdicción castrense quiso llevarlo a cabo, como indicábamos más arriba, rompiendo con su configuración tradicional y, al efecto, introduce dos grandes límites: la reducción de su competencia al ámbito estrictamente castrense, cuestión a la que acabamos de prestar atención y, en segundo lugar, la sujeción a los principios constitucionales, expresión que parece superflua, dada su incardinación en un precepto, el art. 117 CE, que consagra los principios propios del Poder judicial de un Estado de Derecho y las garantías de sus integrantes para la consecución de los primeros. En este sentido el art. 117.1 CE dispone que "[l]a justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley." Asimismo prescribe en el apartado 2º que "[l]os Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley."

Si examinamos el precepto constitucional en su totalidad parece que los principios configuradores del poder judicial así como las garantías de sus integrantes se refieren solo al "cuerpo único" de los jueces y magistrados de carrera integrantes del

[1051] *Vid.* arts. 9.1 a), 10 y 11.1 a). *Vid.* el interesante artículo de Escribano Testaut sobre las propuestas existentes en el marco del Consejo General del Poder Judicial para la atribución de competencias a la Sala 5ª del Tribunal Supremo en materia de personal. El autor, frente a quienes argumentan que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo no es un órgano más de la jurisdicción militar sino una sala del Tribunal Supremo a la que se le ha encomendado la función revisora de la jurisdicción militar, afirma que no resulta una opción aconsejable dado que este órgano tiene su razón de ser y configuración en la existencia de la jurisdicción militar y, por otra parte, los tribunales castrenses no encuentran su cometido fuera del derecho sancionador, sea penal o disciplinario, por vía de fiscalización. Sí debemos añadir que, en mi opinión, este autor olvida la posibilidad de que el ámbito competencial de la jurisdicción militar pueda legítimamente extenderse a otras cuestiones dentro del ámbito estrictamente castrense no necesariamente vinculadas con el ámbito sancionador. *Vid.* ESCRIBANO TESTAUT, P., "Reflexiones sobre la atribución de competencia a la Sala de lo Militar…", ob. cit., págs. 60-91. Doig Díaz llega a plantearse la posibilidad de atribución de cuestiones de personal a la jurisdicción militar para sostener su argumento de que "sorprende que la jurisdicción militar sea competente sólo para determinados asuntos penales y para la revisión jurisdiccional de las sanciones disciplinarias, y no así para el resto de materias vinculadas con las Fuerzas Armadas, de las que conoce el orden jurisdiccional contencioso administrativo." Añadiendo a continuación que "[n]o puede negarse que estos asuntos tienen relación con la misión de las Fuerzas Armadas, pero lo importante del caso es que dichas materias conflictivas no requieren ser resueltas por jueces militares, como no tendrían tampoco que serlo los delitos militares." DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., págs. 113 y 114.

poder judicial ordinario. Efectivamente, el hecho de que el reconocimiento de la jurisdicción militar se efectúe a renglón seguido de la consagración del principio de unidad jurisdiccional –como excepción al mismo, y ello en conexión con el art. 122.1 CE, parece dar a entender que las garantías propias del poder judicial de un Estado de Derecho han de entenderse referidas exclusivamente a los jueces y magistrados de carrera integrantes del Poder Judicial ordinario. Interpretación que quedaría perfectamente abonada con alguna tesis, que no falta, de que el constituyente, al reconocer la jurisdicción militar, quiso hacerlo preservando el modelo tradicional de impartición de la justicia castrense por los militares de cuerpos de armas integrados en la estructura militar, con la finalidad de mantener la disciplina.[1052]

Pues bien, no sobra, por ello, la sabia prevención del constituyente de que la jurisdicción militar, reconocida, eso sí, como excepción al principio de unidad jurisdiccional, se configure de acuerdo con los principios constitucionales. De los que enumera el art. 117 CE, debemos prestar especial atención a la independencia de los integrantes de los órganos judiciales militares, para lo que resulta preciso un somero examen de la actual configuración de los órganos de la jurisdicción militar así como del estatuto de sus integrantes.

La independencia judicial, como dice Doig Díaz, ocupa un lugar privilegiado entre los componentes esenciales de un Estado de Derecho, "llegando a afirmarse que su ausencia impide que la actividad que realicen los jueces pueda denominarse jurisdicción."[1053] Igualmente, dice el Tribunal Constitucional, que "nuestra misma Ley fundamental, en sus arts. 24.2 y 117.1, eleva la independencia judicial y, la «imparcialidad» a nota consustancial de todo órgano jurisdiccional"[1054] y que "al ser la

[1052] Así PARADA VÁZQUEZ, R., "Toque de silencio por la Justicia militar", ob. cit., pág. 35.
[1053] DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 145.
[1054] STC 106/1989, de 8 de junio, FJ 2. Declara al respecto la STC 238/2012, de 13 de diciembre que "[y]a en la STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6, se afirmó que la independencia del Poder Judicial "constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento como del de todo Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al hablar expresamente del 'poder' judicial, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el legislativo y el ejecutivo", añadiéndose que "el Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el Poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla". En la STC 37/2012, de 19 de marzo, dijimos además que "la independencia del Poder Judicial … implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo" (FJ 4), y añade "que, en el ejercicio de su función constitucional, el Juez es libre en cuanto que sólo está sujeto al imperio de la ley. O, dicho de otro modo, que los Jueces y Tribunales son independientes porque están sometidos únicamente al Derecho. Independencia judicial y sumisión al imperio de la ley son, en suma, anverso y reverso de la misma medalla" (STC 37/2012, FJ 5, y jurisprudencia allí citada). Esa independencia de cada Juez o Tribunal en

independencia una nota inherente a cualquier jurisdicción, debe considerarse inserta en el concepto previo de tutela judicial (art. 24.1 C.E).”[1055]

Deducimos pues de ello que, siendo la jurisdicción militar más allá de todas sus peculiaridades, ante todo, "jurisdicción", es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva[1056], se hace preciso el examen de su configuración así como del estatuto de sus componentes (nombramiento, cese, ascensos, régimen disciplinario, etc.), y ello desde el prisma de su independencia e inamovilidad –como garantía del anterior principio[1057], que son las cuestiones más discutidas entre la doctrina que ha analizado la actual regulación legal de la jurisdicción castrense.

Pues bien, la actual configuración de la jurisdicción militar y el estatuto de sus componentes viene determinado por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM). Esta norma establece una nueva estructura de la jurisdicción militar que se caracteriza por confiar esencialmente a técnicos en derecho, integrados en órganos judiciales permanentes, el ejercicio de la misma apartando así a los mandos militares de la tradicional potestad judicial en el ámbito castrense.

Si vamos por partes, la cúspide de la jurisdicción castrense la ocupa una sala creada específicamente por la LOCOJM en su art. 22, esto es, la Sala 5ª, de lo Militar, que es el único órgano de esta jurisdicción integrado en el Poder Judicial ordinario, gozando sus miembros del estatuto de magistrados del Tribunal Supremo (arts. 26 y 28 LOCOJM). Sin embargo, la procedencia de sus miembros es mixta ya que “[c]uatro de

---

el ejercicio de su jurisdicción, tal y como se decía en la STC 108/1986, de 26 de julio, “debe ser respetada tanto en el interior de la organización judicial (art. 2 LOPJ) como por ‘todos’ (art. 13 de la misma Ley).” (FJ 7). *Vid.* además, 69/2001, de 17 de marzo, FJ 17.

[1055] STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4. Añade a continuación el Alto Tribunal, con referencia a la STC 60/1991 que 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..." (fundamento jurídico 3º).

[1056] SSTC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4 y 113/1995, de 6 de julio, FJ 7.

[1057] Así la STC 108/1986, de 29 de julio declara que “[l]a misma Constitución prevé diversas garantías para asegurar esa independencia. En primer término, la inamovilidad, que es su garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de Ley Orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2). No es necesario ni posible entrar aquí en un examen detallado de la especial situación del poder judicial y de sus integrantes en la Constitución, aunque conviene señalar que esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes.” FJ 6. *Vid.* asimismo por todas la STC 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 7.

los ocho miembros de la Sala procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar" (art. 24 LOCOJM) y, mientras "[l]os Magistrados procedentes de la Carrera Judicial serán nombrados de igual forma que los demás Magistrados del Tribunal Supremo" (art. 26), "[l]os Magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico Militar serán nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, y a propuesta del Consejo General del Poder Judicial." Sin embargo, al alto órgano de gobierno del Poder Judicial no le es posible realizar la propuesta entre los miembros del Cuerpo Jurídico que, cumpliendo los requisitos legales, estime oportuno, sino que ha de hacerlo entre la terna de Generales Consejeros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso que le presente el Ministro de Defensa. (art. 27 LOCOJM). Aunque sea pacífico que el régimen de los miembros de la Sala 5ª del Tribunal Supremo no presente problema alguno desde el punto de vista de su independencia, inamovilidad y sujeción exclusiva a la ley, puesto que gozan del estatuto de miembros del Alto Tribunal[1058] y, por ello, de magistrados de la carrera judicial ordinaria, con independencia de su procedencia, es la intervención del Ministro de Defensa en el nombramiento de los magistrados procedentes del cuerpo jurídico, que está asimismo prevista para el nombramiento de los titulares o integrantes del resto de órganos judiciales militares, lo que suscita mayor controversia entre la doctrina al considerarlo perjudicial para la independencia judicial, dado el alto grado de discrecionalidad administrativa del Ministerio de Defensa para cubrir tales vacantes.[1059]

Ciertamente, resulta ineludible que la carrera administrativa de los aspirantes a integrar la Sala 5ª sea determinada en el Ministerio de Defensa ya que, como habíamos visto más arriba, la carrera militar –y por ello, los ascensos- se decide con altas cotas de discrecionalidad administrativa, reflejándose en los procesos de evaluación del personal militar así como los criterios a valorar en los mismos por las juntas de evaluación, con los consiguientes efectos a la hora de ascender, consecuencias que se exacerban en el caso de los aspirantes a ocupar la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.[1060]

[1058] Arts. 26 y 28 LOCOJM. Precisamente, señala este último precepto que "[l]a toma de posesión de los miembros de la Sala procedentes del Cuerpo Jurídico Militar les conferirá de forma permanente la condición y Estatuto personal de Magistrados del Tribunal Supremo a todos los efectos, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin poder volver a situación de actividad en las Fuerzas Armadas."

[1059] *Vid.* al respecto, SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La Jurisdicción Militar, De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 102 y ss. En el mismo sentido, DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 279 y ss. Igualmente, GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, ob. cit., pág. 117 y FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., págs. 214 y 215.

[1060] Así, los ascensos tanto a General Auditor como a General Consejero Togado, empleo éste último que habilita para formar parte de la Sala de lo Militar, se conceden por real decreto acordado en Consejo de

Efectivamente, aunque estamos de acuerdo en que sería conveniente suprimir o reducir la intervención del Ministerio de Defensa en sus facultades de presentación al Consejo del Poder Judicial de miembros del Cuerpo Jurídico Militar para la provisión de vacantes de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, con vistas fundamentalmente a la designación de los que, según el parecer del propio Consejo, sean los más capacitados técnicamente para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales[1061], no me parece que el sistema de designación sea de por sí inconstitucional, ya que los juristas militares designados gozarán a partir de ese momento del estatuto de magistrado del Alto Tribunal, pasando definitivamente a la situación de retirado en las Fuerzas Armadas, de la misma forma que nada se objeta a la posible merma de la independencia del Tribunal Constitucional por el hecho de que dos de sus miembros sean designados directamente a propuesta del Gobierno. (art. 159.1 CE).

De la Sala 5ª hacia abajo comienzan las diferencias, ya que la LOCOJM estructura órganos colegiados judiciales militares con funciones, esencialmente, de enjuiciamiento y fallo por delito así como de revisión judicial de la potestad disciplinaria militar: un Tribunal Militar Central (art. 32 y ss.) y los Tribunales Militares Territoriales que se fijen por ley (art. 44 y ss.), así como dos clases de órganos unipersonales: los juzgados togados militares territoriales (art. 59 y ss.) y los juzgados togados militares centrales (art. 56 y ss.), con competencias esencialmente de instrucción de los procedimientos penales militares por hechos ocurridos en la demarcación de su competencia y cuyo conocimiento corresponda al respectivo Tribunal Militar, bien sea Territorial o Central.[1062]

Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, quien para efectuarla oirá al Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, en este caso, al Subsecretario. (art. 97.1 LCM).

[1061] Esa razón sí justificaría una mayor intervención del CGPJ en detrimento del papel del Ministerio de Defensa ya que es muy común que entre la terna presentada por el Ministro de Defensa figuren miembros del Cuerpo Jurídico Militar que nunca, o casi nunca, desempeñaron funciones judiciales sino asesoras, y que más tarde pasen a ocupar una plaza en la Sala 5ª. No resultan descabelladas en este sentido las enmiendas a la tramitación de la LOCOJM a las que alude Doig Díaz presentadas por Coalición Popular y el Grupo Mixto en el sentido de que el Ministro de Defensa proponga "no una terna sino a todos aquellos jurídicos en condiciones de acceder a la Sala Quinta del Tribunal Supremo, y que sea el Consejo general del Poder Judicial el que decida la designación de uno u otro." DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 281.

[1062] Debe señalarse en este aspecto que la distribución de competencias penales entre los Tribunales Militares Territoriales y el Tribunal Militar Central se efectúa en función fundamentalmente del empleo militar del encausado. Así el último de los órganos judiciales señalados conocerá "[d]e los procedimientos que siendo de la competencia de la Jurisdicción Militar y no estando atribuidos a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se instruyan por delito cometido en cualquier lugar del territorio nacional, o fuera de éste, cuando los inculpados, o el más caracterizado, siendo varios en un mismo procedimiento, ostenten alguna de las siguientes cualidades o circunstancias: a) Militares con empleo igual o superior a Comandante o Capitán de Corbeta y sus asimilados cualquiera que sea su situación militar siempre que no hubieran sido condenados a pérdida de empleo o sancionados con separación del servicio. (…)" (art. 34.1

En estos órganos judiciales se agudiza la polémica doctrinal respecto a la independencia de los mismos así como de sus integrantes puesto que todos ellos tienen la condición y estatuto de militares, con las implicaciones que a ello le atribuyen algunos autores de cara a la independencia e inamovilidad que constitucionalmente se predica de todo órgano judicial y sus integrantes, por lo que será particularmente relevante a estos efectos un breve análisis de la influencia del sistema de nombramientos, cese, ascensos o régimen disciplinario de los miembros de estos órganos.

Antes de ello debemos advertir ya que la LOCOJM pretende consagrar para todos sus integrantes un estatuto de independencia e inamovilidad similar al garantizado para cualquier juez o magistrado del Poder Judicial. Así, ya en su art. 8 reitera las garantías que el art. 117.1 CE consagra para los integrantes del Poder Judicial, añadiendo a continuación que "[s]u nombramiento, designación y cese se hará en la forma prevista en esta Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes.

Responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinados en las leyes y disciplinariamente por las faltas e infracciones que cometan, en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a lo prevenido en esta Ley."

Pero más arriba, en el art. 6 LOCOJM establece el principio de independencia de los órganos judiciales militares frente a todos, incluyendo a los propios órganos superiores de la jurisdicción[1063], a lo que se añade lo dispuesto en el art. 118 respecto a las "Autoridades civiles y Mandos Militares [que] se abstendrán de intimar a quienes ejerzan cargos judiciales o fiscales en la jurisdicción militar.

LOCOJM). Le corresponde asimismo el conocimiento "[d]e los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de Estado Mayor de cada Ejército, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil y Oficiales Generales." (art. 34.7 LOCOJM). Observamos, pues, que se impone un aforamiento de determinados empleos militares ante el Tribunal Militar Central o el Tribunal Supremo, distribuyéndose la competencia jurisdiccional "en función del empleo de los encausados, a fin de respetar la jerarquía militar, sin cuya garantía quebraría la disciplina como sostén imprescindible de la eficacia operativa de la Fuerza. La composición de uno [del Tribunal Militar Central] y de otros [los Tribunales Militares Territoriales] se determina en razón de tales empleos, tanto para los Vocales Togados como para los Vocales Militares." (Preámbulo de la LOCOJM). Esta razón determina que los miembros del Cuerpo Jurídico Militar o los militares de los Cuerpos Generales que formen –como vocal militar- parte de los tribunales sean de empleo superior al del encausado. Ese mismo criterio se sigue en la LOCOJM a la hora de establecer la competencia para la fiscalización de la potestad disciplinaria militar.

[1063] Dispone el art. 6 en cuestión que "[t]odos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la jurisdicción militar.

Los órganos de la propia jurisdicción, no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos judiciales inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto."

Cuando dichas Autoridades o Mandos precisen datos o declaraciones que puedan facilitar quienes ejerzan cargos judiciales o fiscales en la jurisdicción militar, se refieran o no a su cargo o función, lo solicitarán por escrito.

Si no pueden facilitarse, se comunicará así a la Autoridad o Mando peticionario, expresando los motivos."

Como mecanismo establecido por la LOCOJM, a similitud de lo establecido en el art. 14 LOPJ, para garantizar la independencia de los miembros de la jurisdicción castrense cuando se consideren perturbados en ella

"lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

A los miembros de Sala de lo Militar del Tribunal Supremo les será de aplicación lo dispuesto a estos fines en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Ministerio Fiscal y en particular la Fiscalía Jurídico Militar, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes o instará, según los casos, lo que proceda en defensa de la independencia de los órganos judiciales militares." (art. 9)

Antes de abordar el estatuto de sus miembros, debemos reseñar que los órganos colegiados, es decir, Tribunal Militar Central y Tribunales Militares Territoriales, se conforman con miembros pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar, que los integran con carácter permanente (arts. 36 y 46 LOCOJM), y, un vocal militar (perteneciente al ejército del inculpado), cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en los supuestos previstos en los apartados 1, 4 y 7 del artículo 34 y 1, 4 y 6 del artículo 45. (arts. 41 y 51 LOCOJM). Estos militares legos en derecho son designados a través del sistema de insaculación, tras la confección de una lista por cada ejército al principio de cada año judicial. Con antelación suficiente a la fecha de la vista para juicio oral, a presencia del Auditor Presidente, dando fe el Secretario Relator y con citación de las partes que hayan de intervenir en las actuaciones a celebrar, se insacularán los nombres de la lista del ejército correspondiente y se extraerán dos nombres (arts. 39 y 49 LOCOJM), de forma que en la vista para el juicio oral formarán sala el Auditor Presidente y el Vocal Togado (pertenecientes al Cuerpo Jurídico) y el Vocal Militar que por sorteo haya sido elegido.[1064]

[1064] De esta forma, El Tribunal Militar Central se compondrá de un Auditor Presidente, que será General Consejero Togado; cuatro Vocales Togados, Generales Auditores y los Vocales Militares, Generales de Brigada o Contralmirantes, que se designen en la forma que se establece en el artículo 39 (…) y el Tribunal Militar Territorial se compondrá de un Auditor Presidente, Coronel Auditor, cuatro Vocales Togados, dos con empleo de Teniente Coronel Auditor y dos con el de Comandante Auditor y los Vocales Militares, Comandantes o Capitanes de Corbeta, que se designen en la forma que determina el artículo 49 (…) [arts. 36 y 46 LOCOJM].

El auditor presidente y los vocales de los tribunales militares son elegidos todos ellos por el Ministro de Defensa aunque haya de mediar la intervención del Tribunal Militar Central, en algún caso. Así el Auditor Presidente del Tribunal Militar Central será nombrado por Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa.

Los Vocales Togados del Tribunal Militar Central serán nombrados por Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa, a propuesta en terna de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central entre Generales Auditores y Coroneles Auditores, éstos con aptitud para el ascenso. (art. 37 LOCOJM).

Asimismo el Auditor Presidente y los Vocales Togados de los Tribunales Territoriales serán nombrados por el Ministro de Defensa, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, en los términos que se determinen reglamentariamente. (art. 47 LOCOJM).

Por lo que respecta a los órganos judiciales unipersonales (Juzgados togados militares centrales y territoriales) son desempeñados por miembros del Cuerpo Jurídico Militar, del empleo que para cada uno se señala por esta Ley, nombrados igualmente por el Ministro de Defensa, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, en los términos que se determinen reglamentariamente. (art. 54 LOCOJM).[1065]

Como tenemos ocasión de comprobar, aunque los preceptos de la Ley de la Carrera Militar y sus normas de desarrollo no se aplican a los destinos del personal del Cuerpo Jurídico en funciones judiciales con el fin de preservar el sistema de la LOCOJM tendente a garantizar la inamovilidad judicial[1066], se produce un fuerte intervencionismo del Ejecutivo –fundamentalmente del Ministro de Defensa- en el nombramiento de los integrantes de los órganos judiciales militares, lo que haría aconsejable que todos los miembros de la jurisdicción militar sean designados por un órgano ajeno al Ejecutivo como la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central o el Consejo General del Poder Judicial, limitándose el Ministerio de Defensa a aportar la

[1065]Los Juzgados Togados Militares Centrales serán desempeñados por Coroneles Auditores (art. 58 LOCOJM) y Los Juzgados Togados Militares Territoriales serán desempeñados indistintamente por Comandantes Auditores o Capitanes Auditores. (art. 62).

[1066] Así, como no podría ser de otra manera, la LCM 2007 en el capítulo relativo a los destinos, incluye una referencia, para excepcionar de su regulación y remitir a la LOCOJM la regulación de "[l]os nombramientos y ceses de quienes, en el ámbito de la jurisdicción militar, ejerzan funciones judiciales, fiscales y de secretarios relatores" (art. 106). Precisamente el art. 2.1 d) del Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional excluye de su ámbito de aplicación a los militares profesionales "que, en el ámbito de la Jurisdicción Militar, ejerzan funciones judiciales, fiscales o de secretarios relatores, que se regirán por lo regulado en su normativa específica."

lista de los candidatos a la vacante previamente publicada con aptitud para la designación.

No obstante, en mi opinión el sistema de nombramiento de los titulares de los órganos judiciales no perjudica de por sí su independencia, al igual que mantuvimos más arriba respecto a la provisión de las vacantes de la Sala 5ª del Tribunal Supremo reservadas al Cuerpo Jurídico Militar, sino que ello ha de venir determinado por el estatuto que los mismos tengan en el ejercicio de su función así como las causas de cese, algo de lo que podremos deducir si son realmente órganos judiciales con garantías de independencia y, con ello, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley.[1067] Así lo considera el Tribunal Constitucional en la STC 204/1994, de 11 de julio, cuando advierte que "[e]l principio de independencia judicial no viene, en efecto,

[1067] Precisamente San Cristóbal Reales concluye que "el estatuto orgánico al que están sometidos los titulares de la jurisdicción en el ámbito militar, en lo relativo a nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario judicial y militar, no garantiza su independencia e inamovilidad." SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La Jurisdicción Militar, De jurisdicción especial…*, ob. cit., pág. 190. *Vid.* además pág. 151 y ss. En términos similares, DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 191 y ss. Esta autora opina incluso que "el sistema de nombramiento de los jueces militares se rige por las normas del personal militar, lo que constituye una incompatibilidad y un atentado a la posición de independencia que el desempeño de la potestad jurisdiccional exige." *Ibídem.*, pág. 215. Igualmente, GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, ob. cit., págs. 117 y 118. *Vid.* las críticas igualmente de NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La Jurisdicción Militar: ¿jurisdicción ordinaria…", ob. cit., pág. 211 y ss. Cuando menos de peculiar podemos calificar la justificación constitucional dada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo respecto de la intervención del Ministro de Defensa en los nombramientos de los integrantes de la jurisdicción militar. Así declara que "la conformidad con la Constitución deriva de la condición ya indicada de militares profesionales, de los miembros de la justicia militar (de la totalidad, tanto togados, como puramente militares), que hace razonable la intervención del competente y superior órgano administrativo en materia de defensa, con mayor razón cuando en los preceptos citados los nombramientos se efectúan a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, que es órgano encuadrado plenamente en el ámbito judicial militar. El único componente de los Tribunales Militares, cuyo nombramiento no exige propuesta de un órgano judicial, es el de Presidente del Tribunal Militar Central. Esta peculiaridad, como las de los demás nombramientos, en comparación al sistema que se sigue en la Ley Orgánica 6/1985, para la Jurisdicción Ordinaria, que es el que al parecer echan de menos los actores, se debe a las peculiaridades de las Fuerzas Armadas, y a los cometidos que también por imperativo constitucional -arts. 8.° e inciso final del art. 117.5 de la Constitución- están llamadas a cumplir en el ámbito de la sociedad española, y a la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que desempeña un papel particularmente relevante el mantenimiento de la disciplina, que no se dan en el ámbito y actuación de la jurisdicción ordinaria, y que explican la mayor intensidad de la intervención del Poder Ejecutivo en las asignaciones de destinos judiciales militares. Debiendo, por otro lado, resaltarse que el art. 97 de la Constitución, en su inciso 1.° expresa que el Gobierno dirige la Administración Militar y la defensa del Estado." (STS, Sala 3ª, sección 1ª, de 2 de abril de 1993, FJ 6º, Recurso 1665/1991). Más desenfocadas me parecen, sin embargo, las afirmaciones de Blanquer quien califica a los órganos de la jurisdicción militar –a la que niega el carácter de verdadera jurisdicción- de "órganos administrativos dotados de poderes jurisdiccionales", "ya que todos son funcionarios dependientes del Ministerio de Defensa." BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 727, 728 y ss.

determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas."[1068]

Comenzando pues por las causas de cese, la misma LOCOJM en su art. 8 declara expresamente que el nombramiento, designación y cese de los miembros de los órganos judiciales militares se hará en la forma prevista en esta Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes, en mimética reproducción de lo que el art. 117.2 CE prevé para los jueces y magistrados del Poder Judicial.[1069] Pero si examinamos las causas de cese, previstas en el art. 66 LOCOJM[1070], nos encontramos al menos dos que gran parte de la doctrina encuentra contrarias a la independencia e inamovilidad exigidas constitucionalmente a quienes ostentan una función jurisdiccional. Se trata de la causa 2ª: el ascenso a otro empleo militar que sea incompatible con el cargo judicial que se ostenta y la 8ª, esto es, la imposición de las sanciones de pérdida de destino, suspensión de empleo por más de seis meses o separación del servicio con arreglo a la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. A esta última tendremos oportunidad de referirnos al analizar brevemente la constitucionalidad de la sumisión de

[1068] El Alto Tribunal resuelve precisamente una demanda de amparo que denuncia que los jueces togados militares no son independientes ni inamovibles con la consiguiente infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E).

[1069] De hecho, como señala García Ballester, el art. 66 LOCOJM "establece una serie de causas de cese en los destinos, muy asimilables –con las debidas distancias- al régimen establecido para la carrera judicial, y todas adecuadas al ordenamiento constitucional." GARCÍA BALLESTER, P., "Jurisdicción Militar y Constitución Española", ob. cit., pág. 171.

[1070] Señala al respecto el precepto lo siguiente:

"Los Auditores Presidentes y Vocales Togados de los Tribunales Militares, así como los Jueces Togados Militares, sólo cesarán en sus destinos o cargos por las siguientes causas:

1. Por concesión de otro destino a petición propia, siempre que hayan servido el que ocupan durante el tiempo que se determine reglamentariamente.
2. Por ascenso, si conforme a esta Ley, no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que ocupan.
3. Por llegar a la edad señalada para cesar en la situación de plena actividad, pase a la situación de herido o enfermo o cualquier otra situación solicitada voluntariamente y concedida.
4. Por baja en las Fuerzas Armadas, solicitada voluntariamente y concedida, siempre que no se pase a otra situación militar.
5. Por inutilidad, disminución de su capacidad física o psíquica o falta de aptitud profesional, con arreglo a lo que se disponga para el resto de los miembros de las Fuerzas Armadas. En estos casos deberá ser oída la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, quien examinará el expediente.
6. Por imposición de pena por delito doloso, imposición de pena principal o accesoria de pérdida de empleo, inhabilitación absoluta o especial, suspensión de empleo por más de seis meses o suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo por más de seis meses. Los Tribunales que dicten estas sentencias remitirán testimonio de ellas al Consejo General del Poder Judicial, una vez hubiesen ganado firmeza.
7. Por imposición de las sanciones de pérdida de destino, suspensión de más de seis meses o separación del servicio impuestas en vía disciplinaria judicial.
8. Por imposición de las sanciones de pérdida de destino, suspensión de empleo por más de seis meses o separación del servicio con arreglo a la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, siempre que se hayan cumplido los requisitos que señalan los artículos 122 y 123 de esta Ley.
9. Por aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 120."

los jueces y vocales militares al régimen disciplinario militar, además del que les es propio en su función jurisdiccional.

Por lo que respecta al ascenso como causa de cese, resulta inevitable que los cargos judiciales militares al venir legalmente atribuidos a determinados empleos del Cuerpo Jurídico Militar, cuando se produce el ascenso a otro empleo militar superior de su titular, se produzca el cese en el cargo o destino. Se trata de una causa de cese determinada por el estatuto jurídico-administrativo que ostentan los titulares de los órganos judiciales militares y que unen a su carácter de integrantes o titulares de un órgano judicial su condición de militares de carrera.

Obviamente, las evaluaciones y los ascensos en la carrera militar, como ya hemos visto más arriba, se producen en el ámbito de la Administración militar pero ni aquellas ni estos son producto de la arbitrariedad ni algo exclusivo de la carrera militar. En efecto, los ascensos del militar de carrera (el del perteneciente al Cuerpo Jurídico también) se producen mediante uno de los sistemas reglados en la LCM, de forma que, incluso aunque no se produzca por antigüedad [en la actualidad solo para el empleo de capitán, art. 89.1 d) LCM] para el ascenso se requiere cumplir determinadas condiciones (art. 90), ser previamente evaluado y declarado apto (art. 92) y que el resultado u orden derivado del proceso de evaluación permita al interesado ascender. Indiscutiblemente, el nuevo modelo de carrera militar convierte en algo más sencillo permanecer retenido en el mismo empleo que ascender al superior[1071], de forma que solo un desconocimiento de los procedimientos administrativos que aparecen reglados en la Ley de la Carrera Militar y su desarrollo reglamentario[1072] permitirían afirmar que la Administración puede ascender arbitrariamente al miembro de un órgano judicial militar con la finalidad

[1071] Así, "[s]i un militar profesional es declarado no apto más de dos veces en la evaluación para el ascenso al mismo empleo, el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente elevará la propuesta al Ministro de Defensa, quien, si procede, declarará al afectado no apto para el ascenso con carácter definitivo." (art. 98.2 LCM). De igual forma, "[d]ejarán de ser evaluados para el ascenso por elección o por clasificación los que lo hayan sido en el número máximo de ciclos que para cada escala y empleo se determine por orden del Ministro de Defensa." (art. 90.4 LCM).

[1072] Como hemos visto más arriba, los procesos de evaluación –y por ello, los ascensos- no se deciden de forma arbitraria por el titular del Departamento o de la Subsecretaría (en el caso de los Cuerpos Comunes, al que pertenece el Cuerpo Jurídico Militar) sino que cobran una importancia trascendental las llamadas juntas de evaluación para el ascenso, a la que les corresponden las funciones señaladas en el art. 21 y ss. del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. Aunque en sus funciones estén dotadas de una discrecionalidad técnica, ello no supone que el hecho de que un determinado miembros del Cuerpo Jurídico quede escalafonado en un determinado puesto, de acuerdo con la puntuación obtenida según baremo, permita calificar el eventual ascenso como contrario a la inamovilidad o independencia judicial.

de removerlo de su puesto.[1073] Así, que el ascenso predeterminado legalmente y producido tras un proceso de evaluación reglado y en el que se aplican los méritos determinados en el baremo correspondiente se pueda producir con la finalidad de remover a una determinada persona de un puesto judicial es casi imposible con el nuevo modelo de evaluación creado por la LCM de 2007, de forma que la causa de cese prevista en el art. 66.2 LOCOJM

> "debe considerarse lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no puede considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial. De nuevo procede reiterar la misma salvedad: El estatuto jurídico del Juez Togado Militar, en punto a inamovilidad judicial, no vulnera los derechos reconocidos en el art. 24 C.E. La eventualidad de un ascenso motivado o con el propósito de apartar a un Juez Togado de la instrucción de una determinada causa sería, de nuevo, consecuencia únicamente de una aplicación desviada de la norma, que sin embargo no se ha denunciado como producida en el presente caso."[1074]

Por otra parte, en el ámbito de la carrera judicial o cuerpo único de jueces y magistrados que integran el Poder Judicial ordinario el ascenso puede resultar asimismo causa de cambio de destino o cese en el cargo que venía desempeñando el juez o magistrado (art. 311 LOPJ)[1075] y, aunque se objete que se podría renunciar al ascenso obtenido[1076], la misma posibilidad le cabe al militar de carrera, aunque en su caso no le

---

[1073] Por el contrario Ramírez Sineiro opina que "[s]e ha articulado pues en la práctica un sutil mecanismo legal susceptible de ser utilizado incluso para depurar ocasionalmente aquellos órganos jurisdiccionales militares de titulares considerados incómodos por la Administración mediante un procedimiento (…) que determinaría su eventual exclusión de ulteriores destinos judiciales y su forzosa dedicación a cualquier otro cometido distinto por el exclusivo arbitrio de las autoridades de un departamento ministerial." RAMÍREZ SINEIRO, J.M., "La estructura orgánica de la jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 140. En el mismo sentido DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 188 y ss. Igualmente, SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La Jurisdicción Militar, De jurisdicción especial…*, ob. cit., pág. 156 y ss. Señala esta autora que "[l]a permanencia de un jurídico militar como titular de un determinado órgano jurisdiccional está limitada temporalmente, en la medida en que sólo desempeñará la función jurisdiccional en ese órgano durante el tiempo en que ostente el grado militar legalmente previsto para ese puesto jurisdiccional." *Ibídem.*, pág. 164. Evidentemente hay razón en ello pero lo dicho no merma en modo alguno la independencia e inamovilidad de los miembros de una jurisdicción cuya carrera en su cuerpo les posibilita –no les impone- el ascenso a empleos militares superiores, facultad prevista y tasada legalmente, de forma que mientras el militar del cuerpo jurídico se halle en su puesto no podrá ser removido del mismo sino por las causas y con las debidas garantías previstas en la ley, al igual que les sucede a los magistrados del Tribunal Constitucional, aunque estén provistos asimismo de una inamovilidad temporal por el tiempo fijado en la Constitución y en la LOTC. ¿Y qué decir de la imposibilidad de fijar con exactitud el tiempo en que van a ejercer los magistrados de este Alto Tribunal sus funciones como consecuencia de la falta de acuerdo en las Cámaras para proceder a la renovación del Tribunal? ¿Decimos que se atenta con ello a la inamovilidad o independencia judicial, aunque sea una posibilidad legalmente prevista en el art. 17.2 LOTC, cuando además ello provoca –ex art. 16.5 LOTC- que a los nuevos magistrados que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación?

[1074] STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 10.

[1075] *Vid.* asimismo GARCÍA BALLESTER, P., "Jurisdicción Militar y Constitución Española", ob. cit., pág. 171.

[1076] *Vid.* así DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 189. En la actualidad la nueva redacción del precepto dada por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, permite al

resulte conveniente para su carrera ya que "[l]os que renuncien a ser evaluados para el ascenso en dos ocasiones permanecerán en su empleo hasta su pase a la situación de reserva…" (art. 92.3 LCM). Pues bien, aunque resulta evidente que los efectos del ascenso y de la renuncia al mismo no provocan idénticos efectos en la carrera del juez militar que del perteneciente al Poder Judicial, ello no debe llevarnos a la afirmación de que "el art. 24 C.E. no tolera otro estatuto jurídico relativo a la inamovilidad que no sea el que corresponde ("comparable") a los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria. Ciertamente, en el caso de éstos no hay ascensos en el empleo militar que puedan implicar un cambio de destino, pero ello por la sencilla razón de que no son militares de carrera, por lo que tampoco pueden ascender en la carrera militar. Lo cual no quiere decir que en la jurisdicción ordinaria no haya supuesto de ascenso que comporten cambio de destino (art. 311 L.O.P.J.). Se alega que la discrecionalidad de los ascensos es mayor en el caso de los militares, pero, al igual que en el supuesto anterior, la cuestión no es si el estatuto del Juez Togado es distinto al de un Juez ordinario, en lo que difícilmente puede no haber acuerdo, sino si ese estatuto vulnera o no los derechos reconocidos en el art. 24 C.E."[1077]

Por lo que respecta a la supuesta incidencia de la aplicación del régimen disciplinario militar en la independencia de los integrantes de la jurisdicción militar, hemos de precisar aquí que los miembros o titulares de los órganos judiciales castrenses, en cuanto militares les resulta aplicable el régimen disciplinario militar contenido en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, lo que lleva a la doctrina a afirmar la "repercusión de la responsabilidad disciplinaria militar en la independencia de los jueces togados, vocales togados y auditores presidentes."[1078] Régimen sancionador militar que puede llevar aparejado el apartamiento de estos profesionales de sus puestos judiciales en el supuesto de "imposición de las sanciones de pérdida de destino, suspensión de empleo por más de seis meses o separación del servicio con arreglo a la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, siempre que se hayan cumplido los requisitos que señalan los artículos 122 y 123 de esta Ley."

"Magistrado así ascendido (…) optar por continuar en la plaza que venía ocupando o por ocupar la vacante que en el momento del ascenso le sea ofertada, comunicándolo al Consejo General del Poder Judicial en la forma y plazo que éste determine. En el primer supuesto no podrá participar en los concursos ordinarios de traslado durante tres años si la plaza que venía ocupando es de categoría de Juez y un año si es de categoría de Magistrado." (art. 311.1 LOPJ).

[1077] STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 10.

[1078] DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 174 y ss.

(art. 66.8 LOCOJM). Ahora bien, ¿podemos afirmar que ello supone en abstracto una incidencia que afecte a la independencia e inamovilidad judicial?

Sinceramente, creo que no y ello por varios motivos:

1.- El estatuto de completa independencia e inamovilidad y exclusividad de los integrantes de la jurisdicción militar impone que estos profesionales no puedan recibir orden militar alguna ni siquiera de sus propios superiores en la organización de la jurisdicción castrense (arts. 6, 8 y 118 LOCOJM), estando los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejerzan funciones judiciales, fiscales o Secretarías Relatorías, sujetos, respectivamente, al régimen de incompatibilidades que se aplique a los Jueces y Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales de la jurisdicción ordinaria. (art. 119 LOCOJM).

2.- El régimen disciplinario aplicable a los integrantes de la Jurisdicción castrense cuando actúen en el ejercicio de sus funciones no es el militar sino el específico régimen disciplinario judicial contemplado en el art. 128 y ss. LOCOJM[1079], estando la imposición de las sanciones atribuidas en exclusiva a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central o al Consejo General del Poder Judicial[1080], con lo que se evita cualquier interferencia de Ejecutivo o de la Administración militar por la vía disciplinaria judicial.

3.- Incluso en los residuales supuestos en que un integrante de la jurisdicción militar al margen del ejercicio de sus funciones cometiese alguna falta de las previstas en la Ley Disciplinaria militar de 1998[1081], esta norma ha querido sustraer, frente a lo

---

[1079] Dispone así el art. 122 LOCOJM que "[l]as faltas comprendidas en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que, como militares y cuando no actúen en el ejercicio de sus funciones, cometan los miembros de los Tribunales Militares, Jueces Togados Militares, Fiscales y Secretarios Relatores, serán sancionadas con arreglo a la citada ley.
En los procedimientos por falta grave y en los expedientes gubernativos, el nombramiento de instructor recaerá en un Oficial u Oficial General del Cuerpo Jurídico Militar que ejerza funciones judiciales o fiscales, según corresponda."

[1080] Dispone en este sentido el art. 138 LOCOJM, modificado por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio:

> Serán competentes para la imposición de sanciones a quienes ejerzan cargos judiciales militares:
>
> "a) La Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, para las sanciones de advertencia y de pérdida de haberes, en toda su extensión.
> b) La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, para las sanciones de pérdida de destino y suspensión.
> c) El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, para la sanción de separación del servicio. (…)"

[1081] Imaginemos alguno de las faltas contempladas en los arts. 7 y 8 LORDFAS cometidas por alguno de los integrantes de la jurisdicción castrense cuando no actúe en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, las contempladas en el art. 7. 17. LORDFAS: "Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas." o 7.20: "[l]a omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan." Resulta incluso dudoso en estas situaciones la aplicabilidad del régimen disciplinario militar, existiendo autores como Fernández Benito

previsto por la anterior LORDFAS 12/1985[1082], la competencia sancionadora militar de los mandos militares y las autoridades administrativas del Ministerio de Defensa ya que "[l]a potestad disciplinaria por falta leve sobre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejerzan funciones judiciales será ejercida por los Presidentes de los correspondientes Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, por el Auditor-Presidente del Tribunal Militar Central, al cual corresponderá también sancionar las faltas graves." (art. 41.1 LORDFAS 1998), de manera que podemos afirmar que, incluso para las posibles faltas disciplinarias militares se ha reservado a los propios órganos de gobierno de la jurisdicción militar, la potestad de sancionar.

4.- Por último debemos añadir que, como podíamos comprobar más arriba, la LORDFAS 1998 contempla la posibilidad de la corrección preventiva o cautelar prevista en el art. 26 LORFAS así como el llamado arresto preventivo previsto durante la tramitación de los procedimientos por falta grave (art. 55 LORDFAS) como medidas cautelares y limitadas en el tiempo (48 horas en el primer caso y un mes en el segundo) que se adoptan bien por cualquier militar de empleo superior, aunque carezca de potestad disciplinaria, en el caso del art. 26 LORDFAS, bien por la autoridad competente que hubiera ordenado la incoación del procedimiento por falta grave en el segundo caso, pudiendo dar lugar a que un mando militar sin competencia disciplinaria

---

que consideran que, de acuerdo con lo prevenido en el art. 119 LOCOJM sobre la exclusividad de sus funciones judiciales "los Vocales y Jueces Togados alcanzan la plenitud de su militaridad en exclusiva en esas funciones. Así las normas, sólo cuando un Vocal o Juez Togado se encuentre cesado provisionalmente o de permiso reglamentario y fuera de su territorio –ya que en otro caso puede reasumir inmediatamente sus funciones- estaría sujeto a la LORD; ya que en otro caso se encuentra permanentemente en el ejercicio de sus funciones." FERNÁNDEZ BENITO, A., "La determinación del estatuto personal de vocales y jueces togados: un imperativo constitucional", en VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 163.

[1082] Disponía así el art. 32 de esta norma que "[l]a potestad disciplinaria sobre los miembros de los Cuerpos Jurídicos y de Intervención Militares, que ejerzan funciones judiciales o interventoras, sólo podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa o por los Jefes de sus propios Cuerpos de los que dependan orgánicamente, sin perjuicio de lo que dispongan a estos efectos las leyes sobre organización de Tribunales Militares." De forma que el progreso en este sentido ha resultado evidente al apartar a las autoridades administrativas del Ministerio de Defensa de las potestades disciplinarias militares sobre los integrantes de la jurisdicción militar. *Vid.* en este sentido DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 182. Una argumentación en favor de la constitucionalidad de la atribución a las autoridades administrativas de dicha potestad disciplinaria sobre los jueces militares por el art. 32 LORDFAS 1985 la proporcionaba la Sala 3ª del Tribunal Supremo al afirmar que "es razonable que se atribuyan competencias disciplinarias sobre ese Cuerpo Común Militar a las autoridades que ejercen potestades disciplinarias respecto de los miembros de la profesión militar, cuando los hechos determinantes guarden exclusivamente relación a esa condición de Militar profesional y sean ajenos al ejercicio de la función judicial, que en su caso aquéllos también desempeñen, en cuyo aspecto el legislador, atendiendo a los mandatos constitucionales de independencia e inamovilidad, que los recurrentes invocan en su favor, en la misma, ha reservado, en la Ley Orgánica 4/1984, a otros órganos no ministeriales, sino relacionados con el Poder Judicial -art. 138-, Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, Comisión Disciplinaria y Pleno del consejo General del Poder Judicial." (STS, Sala 3ª, sección 1ª, de 2 de abril de 1993, FJ 4º, Recurso 1665/1991).

acordase una privación de libertad sobre un juez militar de empleo inferior. Pues bien, a mi juicio, dichas previsiones son inaplicables a los integrantes de la jurisdicción militar por su colisión con las garantías de la inamovilidad e independencia constitucionalmente consagradas para los miembros de la jurisdicción castrense y que se reflejan en la inmunidad judicial, garantizada asimismo a los jueces militares por el art. 117 LOCOJM.[1083]

Por las razones expuestas, aun en los excepcionales supuestos en que un juez militar, al margen del ejercicio de sus funciones, pueda cometer una falta disciplinaria militar, ello no repercutirá en su independencia ni en la del órgano de que forma parte ni, por consiguiente, en su inamovilidad puesto que en el ejercicio de su cargo a ningún mando militar o autoridad administrativa –e incluso fuera de ellas- le resulta posible sancionarles en aplicación del régimen disciplinario militar por lo que resulta inviable jurídicamente, como planteaba en 1996 San Cristóbal Reales, que el Ejecutivo pueda "librarse de algún Vocal incómodo imponiéndole la sanción de pérdida de destino por la comisión de falta grave (…)"[1084]

[1083] Señala el precepto en cuestión que

"Quienes ejerzan funciones judiciales o fiscales, en el ámbito de la jurisdicción militar, sólo podrán ser detenidos por orden de Juez competente o en caso de flagrante delito. En este último supuesto se tomarán las medidas de aseguramiento indispensables y se entregará inmediatamente el detenido al Juez de Instrucción, o al Juez Togado Militar, si se trata de delito de la competencia de la jurisdicción militar, que resulten competentes.

De toda detención a que se refiere el párrafo anterior se dará cuenta, por el medio más rápido, al Auditor Presidente del Tribunal a que pertenezca o de quien dependa el detenido y si se trata de Fiscal, a su superior jerárquico."

De forma que, a mi juicio, mal se podrá ejecutar un arresto preventivo ordenado por un mando militar sin competencia sancionadora cuando para proceder a la detención de un juez o vocal de la jurisdicción militar resulta necesaria, salvo caso de flagrante delito, la orden de Juez competente, al igual que previene para los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria el art. 398 LOPJ. Similares dificultades se plantean con la ejecución de una sanción disciplinaria militar de arresto por falta grave cuyo cumplimiento se ejecuta en centro disciplinario militar y que supone un evidente apartamiento del juez de las funciones de su cargo, con evidente afectación a la inamovilidad constitucionalmente garantizada. *Vid.* en este sentido DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 179. Este posible "apartamiento del caso" del juez militar mediante la ejecución de una sanción disciplinaria militar por falta grave lo denuncia San Cristóbal Reales, bien es cierto que cuando la autora defendía esa posición todavía estaba vigente el art. 32 LORDFAS 1985 que atribuía a autoridades administrativas las competencias disciplinarias militares sobre los componentes de la jurisdicción militar. *Vid.* SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La Jurisdicción Militar, De jurisdicción especial…*, ob. cit., pág. 189.

[1084] *Ibídem.*, pág. 165. Coincidiendo con la STC 204/1994, de 11 de julio "[e]n estas condiciones, la previsión legislativa de posibles responsabilidades disciplinarias del miembro de un cuerpo jurídico militar que desempeña funciones judiciales, como consecuencia de su condición de militar, no constituye, por sí misma, un atentado al derecho al Juez Ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, en cuanto equivale a una derogación del principio de independencia judicial. El Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del poder ejecutivo, y sin que esta afirmación, siempre desde la perspectiva del art. 24 C.E., deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable, con específicas garantías, en su condición de militar. Solo frente a una aplicación desviada de estos preceptos, lo que no ha sido aquí el caso, le corresponderá, por tanto, a este Tribunal otorgar el amparo de los derechos invocados." FJ 9.

Cuestión distinta que sí nos puede llevar a plantearnos una posible incidencia en el estatuto de independencia de los jueces militares es que los miembros del Cuerpo Jurídico Militar destinados en funciones judiciales son militares de carrera y, al igual que el resto de los profesionales de las Fuerzas Armadas, son evaluados para determinar su aptitud para el ascenso al empleo superior, para seleccionar los asistentes a cursos y para comprobar la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas. (art. 85 LCM 2007). Lo relevante es que esa evaluación, fundamentalmente en lo que al ascenso de estos profesionales se refiere, se lleva a cabo en el seno de la Administración militar por las llamadas juntas de evaluación para el ascenso, a las que les corresponden las funciones señaladas en el art. 21 y ss. del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. Además, como aspecto no menor, el personal del Cuerpo Jurídico Militar no solo desempeña funciones judiciales o en las Fiscalías Jurídico-Militares o Secretarías Relatorías de los juzgados o Tribunales militares sino que la mayor parte de la plantilla del cuerpo desempeña destinos o funciones asesoras del mando y, por ende, de la Administración militar, con un estatuto idéntico al del resto del personal militar, resultando muy común que un jurídico-militar pase de un destino en asesoría a uno de jurisdicción y viceversa, de forma que, como hemos comprobado, aunque las normas de provisión de destinos del personal militar no se apliquen a los jurídicos-militares con funciones judiciales, las normas de evaluación de cara al ascenso así como el baremo relativo a los destinos y otros aspectos a tener en cuenta tales como informes de evaluación, cursos, misiones para el mantenimiento de la paz, etc. se aplican a toda su carrera como militar desarrollada en el cuerpo, con independencia de que hayan desempeñado sus funciones en la Administración militar o en la Jurisdicción, lo que implica –y esto es lo más importante- que las evaluaciones del personal del cuerpo jurídico, en funciones judiciales o no, se llevan a cabo de conformidad con las mismas normas que el resto de los militares, de manera que no se distingue a efectos de evaluación al militar del Cuerpo Jurídico en funciones judiciales al que, en esencia, se le aplican las mismas normas de evaluación, ascensos o informes personales[1085] por órganos (las juntas de evaluación para el ascenso) pertenecientes a la

[1085] Como ya hemos visto más arriba, el peso de estos informes (IPECs) elaborados por los mandos (de forma unipersonal o a través de juntas de calificación) se revela trascendental en la carrera del militar ya que, según la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, por la que se establece el procedimiento y las

Administración militar.[1086] No se establece pues la distinción de una carrera judicial para aquellos miembros del Cuerpo Jurídico Militar que se encuentren desempeñando funciones judiciales. Toda ella es la carrera del militar del Cuerpo Jurídico al que se le aplican las mismas normas de evaluación que al resto de los profesionales de las Fuerzas Armadas, y que por un periodo de tiempo (normalmente, mientras no ascienda a un empleo militar incompatible con su puesto o pida otro destino, judicial o no) se halla desempeñando un destino judicial, al igual que podría ser otro en funciones asesoras.[1087]

Este sistema, propio de la condición de militares de carrera de quienes integran los órganos judiciales militares, aunque no merma, en mi opinión, de por sí la independencia e inamovilidad de quienes desempeñan funciones judiciales (que la

---

normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional (BOD 83/2009), y en las evaluaciones para el ascenso por el sistema de clasificación, el grupo de valoración 1, cualidades y desempeño profesional, conceptos cuya valoración se deriva de la colección de informes personales del interesado, tendrá, según el apartado sexto, una valoración entre el 30% y el 50%, del total de la puntuación para la evaluación. Para los ascensos por el sistema de elección, el peso de este grupo de valoración se eleva a una ponderación entre el 50 y el 60 % (apartado quinto). Estas previsiones son desarrolladas para los Cuerpos Comunes de las FAS (a los que pertenece el Cuerpo Jurídico Militar) por la Instrucción 30/2009, de 26 de mayo, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se aprueban las puntuaciones que serán de aplicación en los procesos de evaluación de estos cuerpos (BOD 103, de 29 de mayo), estableciendo que en los ascensos por el sistema de elección el grupo de valoración 1 tendrá una valoración del 60 % y del 40 % en los ascensos por el sistema de clasificación. (Apartado primero, 2 y 3). La Instrucción 26/2013, de 26 de abril, de la Subsecretaria de Defensa, que deroga a la 30/2009 mantiene las mismas valoraciones en su apartado 2º, 1 y 3. (BOD 87, de 6 de mayo).
Es la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre (BOD 181/2010), por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación, modificada por O. M. 85/2011, de 18.11.2011. (BOD 232/2011) la que viene a completar básicamente, sin perjuicio del desarrollo en cada Ejército, el régimen jurídico de los informes de calificación. Como particularidad, se ha dictado la Instrucción 11/1994, de 31 de enero, por la que se establecen las normas particulares para la valoración de ciertos conceptos de los informes personales de calificación correspondientes a los componentes de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y para la cumplimentación, tramitación y control de los mencionados informes. (BOD. 25/1994). Efectivamente, esta norma que contempla particularidades en la elaboración de los informes personales de los militares de los Cuerpos Comunes de las FAS es aplicable (al pertenecer a los mismos) al Cuerpo Jurídico Militar, pero sin distinción alguna de relevancia dependiendo de que el militar evaluado desarrolle o no funciones judiciales.

[1086] Así señala Navas que "las actuaciones de estos órganos administrativos, mediatizan y chocan frontalmente con los principios sustentados por la LOCOJM en cuanto a la independencia funcional de la Jurisdicción castrense; desde el momento que la carrera profesional de los militares componentes de la judicatura militar son evaluados por los órganos de la cúpula militar, obviando en muchos casos su trayectoria científica y jurisdiccional." NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La Jurisdicción Militar: ¿jurisdicción ordinaria…", ob. cit., pág. 212.

[1087] Mantuvo así la Sala 3ª del Tribunal Supremo que "[d]educiéndose la aplicabilidad a este Cuerpo Jurídico Militar de la normativa general sobre régimen jurídico militar, de su condición de militares profesionales, que no choca con la Constitución, ya que no existe un mandato en esa Suprema Norma que imponga la exclusión de la condición de militares profesionales, para los que desempeñen cometidos judiciales en la jurisdicción militar, puesto que la Constitución se limita en el art. 117.5 a encomendar al legislador la regulación de esa jurisdicción, resaltando que ha de serlo para actuar en el ámbito puramente castrense, y en los supuestos de estado de sitio, con lo que se da a entender que no puede desdeñar el legislador, al realizar la regulación, los imperativos derivados de los fines y cometidos del Ejército, según la propia Constitución." (STS, Sala 3ª, sección 1ª, de 2 de abril de 1993, FJ 7º, Recurso 1665/1991). *Vid.* sentencia de la misma sala y sección de 30 de septiembre de 1993, recurso nº 1666/1991.

LOCOJM garantiza mediante los instrumentos más arriba señalados) sí convendría ser reformado en la línea, ya indicada por algún autor[1088], del desdoblamiento del Cuerpo Jurídico Militar en dos cuerpos o carreras, impidiendo así el salto de destinos de asesoría a jurisdicción y viceversa, salvo que se cumplimenten determinados requisitos o, mejor aún, atribuyendo a los órganos de gobierno de la jurisdicción militar la evaluación (e incluso evacuación de informes personales de evaluación) del personal del Cuerpo Jurídico Militar, sustrayendo de esta forma a la Administración la realización de estas funciones de un personal militar que ostenta –o puede ostentar- funciones judiciales en gran parte –o algún momento- de su carrera, lo que indudablemente, aunque no es *conditio sine qua non*, reforzaría la independencia de los órganos judiciales militares, al perder sus titulares cualquier vínculo con la Administración militar, incluso en su faceta de militares de carrera.

Queda por último realizar una breve alusión al gobierno de la jurisdicción militar a la que, como resulta obvio, no le son aplicables las mismas normas que a la jurisdicción ordinaria, dado que cuando el art. 122.2 CE se refiere al Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del mismo lo hace en el marco de la referencia al "cuerpo único" de los jueces y magistrados de carrera que conforman el Poder Judicial ordinario. Ahora bien, ello no quiere decir que el gobierno de los órganos de la jurisdicción militar (nombramientos, ascensos, régimen disciplinario) haya de llevarse a cabo desconociendo los principios constitucionales sino que, como afirma San Cristóbal Reales, "[l]a independencia orgánica no se va a asegurar por medio del estatuto orgánico contenido en la LOPJ y el sometimiento de sus órganos al CGPJ, sino a través de su propio estatuto orgánico previsto hoy día en la LOCOM."[1089] En esta norma se atribuyen funciones de gobierno esencialmente a varios órganos. Así, además de las nada desdeñables potestades del Ministro de Defensa en materia de nombramientos de cargos judiciales, a las que ya hemos hecho alusión y cuyas críticas damos aquí por reproducidas, aunque ello no vicie de por sí el llamado "gobierno externo" de la jurisdicción militar, se le atribuye asimismo al titular del señalado

[1088] Así Millán Garrido propugna la escisión del Cuerpo Jurídico de "tres Cuerpos Judiciales, dependientes orgánicamente del Ministerio de Defensa: el primero integrado por Jueces y Magistrados militares, el segundo por Fiscales militares y el tercero por Secretarios Relatores. El acceso a estos Cuerpos implicaría la definitiva permanencia en ellos y el sometimiento a un estatuto necesariamente distinto al propio de la carrera militar." MILLÁN GARRIDO, A., "Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987…", ob. cit., pág. 118. En parecidos términos NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La Jurisdicción Militar: ¿jurisdicción ordinaria…", ob. cit., pág. 218.

[1089] SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La Jurisdicción Militar, De jurisdicción especial…*, ob. cit., págs. 167 y 168.

Departamento ministerial la facultad, cuando lo considere necesario, de "instar de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central la inspección de cualquier Juzgado Togado o Tribunal Militar Territorial. En este caso, la Sala comunicará al Ministro y al Consejo General del Poder Judicial el resultado de la inspección. Todo ello sin perjuicio de las facultades que corresponden a la Fiscalía Jurídico-Militar." (art. 127 LOCOJM). Aunque estas facultades inspectoras del Ministro sean criticadas por la doctrina[1090], ni la pretensión inspectora del titular de Defensa vinculan a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central ni deja esa previsión de tener parangón en la LOPJ, cuyo art. 171.4 otorga idéntica facultad al Ministro de Justicia, al que le es posible instar del Consejo General del Poder Judicial que ordene la inspección de cualquier Juzgado o Tribunal. Aunque coincidamos con parte de la doctrina en lo recomendable de suprimir esta potestad del Ministro, debido a las facultades que ostenta el titular de Defensa en materia de nombramientos de los cargos judiciales militares así como por la vinculación de la carrera militar de los mismos a una evaluación decidida netamente en el propio Ministerio de Defensa[1091], ello no supone la inconstitucionalidad de la previsión del art. 127 LOCOJM ya que "[c]orresponde al Consejo General del Poder Judicial la inspección de todos los órganos de la jurisdicción militar." (art. 125 LOCOJM), de forma que los integrantes de la jurisdicción castrense que se consideren perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico. (art. 9 LOCOJM).[1092] Además de las

[1090] *Ibídem.*, pág. 176. Asimismo, DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., págs. 347 y 348.

[1091] *Ibídem.*, pág. 347. *Vid.* al respecto la posición de Navas Córdoba quien a pesar de no considerar de por sí inconstitucional el sistema de gobierno de la jurisdicción militar, propugna "erradicar las funciones en esta materia de la omnipresente figura del Ministro de Defensa" y aboga por la creación de un CGPJ militar, "el cual asuma las mismas funciones que tiene en la actualidad el CGPJ y las del Ejecutivo, o en la asunción de éstas por el CGPJ, cuestión más fácil; pero requiriendo la presencia en él como miembro de pleno derecho de algún vocal procedente del Cuerpo Jurídico de la Defensa." NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La Jurisdicción Militar: ¿jurisdicción ordinaria…", ob. cit., pág. 220.

[1092] Esta facultad, en análogos términos que las previsiones del art. 14 LOPJ, aparece desarrollada en los arts. 318 a 325 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial, aprobado por Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 110, de 9 de mayo) , y que contempla un *procedimiento de amparo* (Título XV) que se puede otorgar por dicho órgano al juez que se considere perturbado o inquietado en su independencia, acordando que se requiera a la persona, entidad o asociación el cese de la actuación que motivó la solicitud de amparo, así como adoptando o promoviendo la adopción de las medidas que resulten necesarias para restaurar la independencia judicial dañada. (art. 323 del citado Reglamento 2/2011). Pues bien, la titular del Juzgado Togado Militar Territorial nº 12 de Madrid fue el primer integrante de la jurisdicción militar que solicitó y obtuvo del Consejo General del

facultades inspectoras ostentadas por el CGPJ, al que le corresponden por otra parte las facultades de gobierno que –de acuerdo con la LOPJ, art. 171 y ss.- le vienen atribuidas respecto a la Sala 5ª del Tribunal Supremo, al tratarse de un órgano incardinado en el Poder Judicial ordinario, la LOCOJM atribuye importantes facultades a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central. Así, este órgano "tendrá las atribuciones de gobierno del propio Tribunal y de los órganos judiciales militares inferiores, la potestad disciplinaria judicial militar y ejercerá la inspección de los Tribunales Militares Territoriales y de los Juzgados Togados[1093], así como las demás funciones que esta Ley o la procesal militar le encomienden, todo ello sin perjuicio de las facultades que esta Ley atribuye al Consejo General del Poder Judicial." (art. 35 LOCOJM).

No olvidemos, por último, que la imposición de sanciones disciplinarias judiciales queda reservada a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, la Comisión Disciplinaria o el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (art. 138 LOCOJM), con lo que quedan apartadas las autoridades administrativas de tan sensible competencia para la independencia de cuantos integran la jurisdicción militar.

Es por ello, que, en la línea de lo manifestado más arriba, aun siendo mejorable el estatuto de los componentes de la jurisdicción militar, la LOCOJM garantiza que el mismo aparezca rodeado de las garantías necesarias para preservar la independencia, inamovilidad en el ejercicio de sus funciones así como predeterminación legal de los órganos judiciales castrenses.

Poder Judicial el amparo previsto en el artículo 14 LOPJ, y ello al considerarse perturbado el ejercicio independiente de su actuación judicial "por los hechos ocurridos en la Agrupación Acuartelamiento Aéreo de Getafe los días 3 y 12 de junio de 2013 con motivo de la práctica de diligencia de entrada y registro acordada en el seno de unas diligencias judiciales". (*Vid.* en este sentido, otorgando el amparo, el acuerdo del Pleno del Consejo del Poder Judicial de fecha 25 de julio de 2013, apartado 17, así como la propuesta en el mismo sentido de la Comisión Permanente de dicho órgano, de fecha 17 de julio de 2013). Ambos documentos accesibles en la *web* oficial del tan citado órgano constitucional: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Acuerdos/Acuerdos_del_Pleno/Acuerdos_del_Pleno_del_CGPJ_de_25_de_julio_de_2013
y
http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/En_Portada/ci.La_Permanente_del_CGPJ_acuerda_conceder_el_amparo_a_una_juez_togada_militar_de_Madrid.format o3 De ello se hizo eco ampliamente asimismo la prensa. *Ad. ex. vid.* la noticia del diario *El País*, con el titular "*Defensa expedienta a una juez militar que investiga un caso de corrupción*", accesible en http://politica.elpais.com/politica/2013/06/23/actualidad/1372011998_508799.html Los enlaces han sido visitados el 25 de enero de 2014. Conviene aclarar respecto a dicho titular periodístico, aunque sin ánimo de exhaustividad respecto a todas las consecuencias jurídicas del asunto, que el Ministerio de Defensa carece de potestad disciplinaria respecto a los integrantes de la jurisdicción militar en relación al ejercicio de sus funciones que, tal y como hemos analizado a lo largo de este trabajo, corresponde a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, la Comisión Disciplinaria o el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (art. 138 LOCOJM).

[1093] *Vid.* en este sentido art. 126 LOCOJM.

CAPÍTULO XI: EL ACCESO AL PROCESO Y LOS DERECHOS DEL ART. 24.2 CE

11.1.- Los tradicionales límites en el acceso a la jurisdicción.- El proceso penal militar: la acusación particular y la acción popular en el ámbito de la Jurisdicción Militar

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978 resultaban comunes las restricciones o directamente el veto a la posibilidad de que los militares impetrasen la tutela judicial ante los tribunales castrenses o de la jurisdicción ordinaria por asuntos relativos al servicio, ya fuesen en materia penal o contenciosa.[1094]

[1094] Al referirnos al ámbito contencioso-administrativo debemos aclarar que durante largo tiempo ni siquiera resultaba posible la fiscalización ante la jurisdicción ordinaria de las cuestiones de personal ya que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888 y, particularmente, su Reglamento de 29 de diciembre de 1890 consideraban ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración y, por tanto, inmunes al control jurisdiccional "las cuestiones pertenecientes al orden público o de gobierno, o que afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar." A mayor abundamiento, el art. 6 del citado Reglamento vedaba el contencioso-administrativo respecto a "las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, civiles y militares, excepto las que impliquen separación del cargo de empleados públicos inamovibles según ley." Este sistema de exenciones se reiteró en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 que, además de la cláusula general del art. 2 b), preveía en su art. 40 lo que sigue:

"No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: (…)

c) Las Órdenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de jefes, oficiales y suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas.

d) Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, seguidos a oficiales, suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo al art. 1011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente. (…)

Los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa-administrativa."

Por lo que se refiere a la potestad disciplinaria del mando militar la posibilidad de control judicial resultaba una utopía puesto que históricamente la potestad de sancionar –bien disciplinaria o penalmente- era una facultad ligada tradicionalmente al Mando, llegando a estar prácticamente confundidos el régimen disciplinario y el penal como los dos pilares coactivos en que el Jefe Militar se apoyaba para el mantenimiento de la Disciplina. Teniendo en cuenta esta concepción instrumental del ius puniendi –tanto del disciplinario como del penal- al servicio de la autoridad militar en orden a la garantía última de la Disciplina, nos parece obvio decir que el ejercicio de la potestad disciplinaria resultaba inmune a cualquier control jurisdiccional.

Así, en los Códigos históricos –particularmente en el de 1945- se llegó a compilar no solo las normas penales y procesales militares sino también las disciplinarias. Eran conocidos como Códigos-vademécum. Pues bien, en el Código de Justicia Militar de 1945 se establecían tres procedimientos disciplinarios: un "expediente judicial" (arts. 1003 a 1006) para las faltas graves; otro para las faltas leves, que, en realidad, no se le podía calificar de auténtico procedimiento sino más bien de la forma de imponer sanciones "de plano" ya que las mencionadas infracciones se sancionaban "directamente, previo el oportuno esclarecimiento, por los Jefes respectivos, con arreglo a sus facultades" (art. 1007.1) y, por último, el expediente gubernativo (arts. 1011 a 1024) que podía terminar con la separación del servicio. En ninguno de estos supuestos era posible la revisión en sede jurisdiccional de las actuaciones administrativas, ni siquiera de verdaderos recursos administrativos. Únicamente respecto a las sanciones por faltas leves era posible una suerte de recursos de alzada en cascada hasta llegar al Jefe del Estado "por medio del Ministerio del que dependan". (art. 1007). Era este "recurso" de alzada la consagración

Por lo que se refiere a la acción penal el monopolio del ejercicio de la misma en los procesos militares vino ostentándolo históricamente el Estado. No era posible que la parte perjudicada u ofendida se personase en las actuaciones como acusación particular o actor civil. Huelga decir que el reconocimiento de la acción popular consagrado en el art. 101 LECr era impensable ante los Tribunales Castrenses y aún hoy tanto la LOCOJM como la Ley Procesal Militar guardan silencio sobre esta institución, lo que es interpretado por los Tribunales Militares como negativa. A ello y a la posición del Tribunal Constitucional al respecto nos referiremos más adelante, aunque ya adelanto que, en mi opinión, el silencio de la ley no puede ser interpretado de la misma manera que con anterioridad al pronunciamiento constitucional que elimina los límites a la acusación particular en tiempo de paz. Pero tradicionalmente, como decía, al ciudadano perjudicado u ofendido por un delito competencia de la jurisdicción militar –que por otra parte, como ya avanzamos, era muy extensa- no le cabía ejercitar acciones penales ante los Tribunales Militares. De este modo –como recuerda el Tribunal Constitucional en la STC 179/2004-, el reconocimiento general que efectúan la Ley de la jurisdicción militar y la Ley procesal militar de la acusación particular en el proceso penal militar, aunque se excluyan supuestos determinados, supone sin duda una novedad importante con respecto al Derecho procesal militar histórico, pues, en efecto, tanto en el Código de justicia militar de 1890[1095] como en la Ley de enjuiciamiento militar de Marina de 1894[1096] no se admitía en ningún supuesto la posibilidad de que el acusador particular interviniese en el proceso penal militar, por considerar la acusación particular una institución completamente extraña a la justicia militar. Del mismo modo, el derogado Código de justicia militar de 17 de julio de 1945 (CJM) no admitía la acusación particular y disponía en su art. 452 que "Los procedimientos militares se iniciarán de

---

legislativa de una tradición que partía de las Ordenanzas de Carlos III y que se mostraba en desuso por su escasa utilidad práctica. Respecto a las faltas graves no era posible siquiera el recurso administrativo ya que "la Autoridad Judicial, de acuerdo con su Auditor, dictará la resolución que estime justa, la cual será firme." (art. 1004). La referencia por la Ley a un expediente judicial cuya resolución final correspondía a la Autoridad Judicial, como si de un procedimiento penal se tratase no debe llevarnos a engaño. Existía una intervención judicial pero no se trataba de un procedimiento judicial sino administrativo sin posibilidad de fiscalización jurisdiccional.

[1095] Esta norma preveía en su art. 398 los medios de inicio del proceso, disponiendo que las Autoridades facultadas para decretar la incoación actuarían "por propio conocimiento que tuvieren del delito, en virtud de parte que hubieren recibido, dado por persona competente, o por denuncia que estimasen digna de consideración." Contemplaba en su art. 399 la posibilidad de orden de inicio por el Gobierno y asimismo por el Consejo Supremo de Guerra y Marina y prohibía el ejercicio de la acción privada.

[1096] En esta ley en su redacción originaria se admitía la querella exclusivamente a efectos del ejercicio de la acción privada contra no aforados a los que no les fuese de aplicación el entonces vigente Código Penal de la Marina de Guerra de 1888. Incluso en ese supuesto dicha posibilidad de ejercicio de la acción penal quedó eliminada en 1920.

oficio o en virtud de parte o a instancia del Fiscal Jurídico-Militar. En ningún caso se admitirá la acción privada".[1097] Tras la reforma introducida en este precepto por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, en el mismo se añadió un apartado segundo en que se establecía que en el proceso judicial penal militar "En ningún caso puede ejercitarse querella.[1098] La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el Instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor".

Consagrado el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978, su Supremo Intérprete tuvo ocasión de pronunciarse respecto a estas cuestiones en el ATC 121/1984, de 29 de febrero. En esta ocasión inadmite el amparo de un Coronel que pretendía ejercitar la acción penal contra su superior (un General) que le había impuesto un mes de arresto. El Tribunal establece lo que será su doctrina durante años manteniendo el valor preponderante de la disciplina

[1097] El Código de 1945 admitía asimismo como modos de inicio del procedimiento –que no querella del ofendido o perjudicado- la denuncia, orden del Gobierno, o de los Ministros del Ejército, Marina o Aire, o del Consejo Supremo de Justicia Militar.

[1098] El subrayado es mío. Obsérvese que fue el Legislador de 1980 el que introdujo explícitamente la prohibición del ejercicio de la acción penal, consagrándose legislativamente de forma expresa algo que hasta el momento se daba por supuesto en los Códigos tradicionales. Sin embargo, Fernández Dotú sostiene que "[l]a nueva redacción dada a determinados artículos [del CJM], como el 452 –que sustituyó la prohibición del ejercicio de la acción privada por la mera prohibición de ejercicio de la querella (5)-, o los arts. 491 y 728 –que aluden expresamente a la acción privada y la acusación particular-, no establecieron ninguna limitación al ejercicio de estas acciones, en el sentido de impedir la personación en el procedimiento ya iniciado del perjudicado u ofendido por el delito, para ejercitar tras el oportuno ofrecimiento de acciones, la acusación particular o privada a la que se abría cauce, si bien del propio contenido del punto 2 del art. 452 se desprendía que el momento de la personación era tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el Instructor, que habría de producirse tras el procesamiento del presunto responsable, lo que por otra parte estaba en clara concordancia con el hecho de afirmar, con exclusividad, la incoación de oficio y la proscripción de la querella." FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., "Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas", en *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, nº 76, 2000, Madrid, pág. 192. Esta posibilidad de personación posterior, tras el ofrecimiento de acciones, parece sustentada en el art. 491 CJM tras la reforma por la Ley Orgánica 9/1980 y del siguiente tenor literal: "El Ministerio Fiscal Jurídico Militar, y en su caso el Letrado representante de la acción privada o acusación particular, podrá intervenir por propia iniciativa en el sumario de todas las causas si el instructor no lo cree perjudicial para el buen fin de la investigación; asistir a las diligencias de prueba acordadas por el instructor interrogando, con su venia, a los procesados, testigos y peritos; solicitar del juez, y en su caso de la autoridad judicial militar, la práctica de nuevas diligencias probatorias o la adopción de las resoluciones que considere pertinentes relativas a los procesados o a sus bienes, en cuanto sea necesario para garantizar las responsabilidades exigibles, o a las personas contra las que se deduzcan cargos y emitir los informes que la ley disponga." Los subrayados son míos. De todas maneras, la interpretación que realizaban los Tribunales y las Autoridades Judiciales Castrenses de estos preceptos conducía a la exclusión de la acusación particular, tanto en lo que se refiere al inicio del procedimiento cuanto a la personación posterior en el mismo (a título de ejemplo, STC 97/1985, ya citada).

como factor de cohesión en una estructura fuertemente jerarquizada como la Fuerzas Armadas, haciendo ceder al Derecho a la tutela judicial efectiva a favor, como en este caso, de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos y todo ello invocando además la singularidad o especialidad de la Jurisdicción Militar prevista en el art. 117.5 CE.

Con posterioridad, en la STC 97/1985, manteniendo esa misma doctrina, el Tribunal concede el amparo frente a un decreto auditoriado que, con apoyo en el art. 452.2 CJM, denegaba a los padres de un soldado fallecido como consecuencia del disparo de un arma de fuego la posibilidad de personarse en la correspondiente causa. En esta última resolución se estima la demanda de amparo ya que, al no existir un enfrentamiento procesal entre militares vinculados entre sí por una relación jerárquica, no se pone en peligro el bien constitucionalmente protegido de la disciplina militar. Con base en la doctrina constitucional expuesta[1099], aunque el Tribunal Constitucional no lo reconozca así en la sentencia por la que cambia de criterio –a saber, la 115/2001-, se dicta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, disponiendo en su art. 108, segundo párrafo lo siguiente:

> "No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria"

Por su parte, el art. 127, primer párrafo de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar establece que

> "[s]alvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones."

"Pues bien, [entiende Fernández Dotú] la L.O. 4/87 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, así como la Ley Procesal Militar […], aun manteniendo la posibilidad de ejercicio de la acusación particular e introduciendo en determinados supuestos la posibilidad de la querella, han modificado en aspectos destacables el sistema introducido por la L.O. 9/90.

[1099] El Preámbulo de la LOCOJM declara que "se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional."

En primer término, el art. 130.5 de la L.O. 2/89 Procesal Militar introduce la querella como forma de inicio del proceso penal militar, si bien reducida al supuesto del art. 108 de la L.O. 4/87, esto es, cuando sea formulada por el particular lesionado en sus derechos o bienes. Además, el art. citado limita el ejercicio de la querella al particular no militar, pues a pesar de la referencia al art. 108 de la Ley Orgánica 4/87, el tenor literal del art. 130.5 de la Ley Procesal, es claro al establecer "…salvo que perjudicado e inculpado sean militares", con lo que restringe aún más el tenor del art. 108. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar, cuando sea perjudicado u ofendido por el delito, si entre ambos no existiera relación jerárquica de subordinación, pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querella, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación si no existiera entre el mismo y el denunciado la referida relación jerárquica de subordinación. Dicha redacción es similar a la del art. 127 de la Ley Procesal Militar en su párrafo primero."[1100]

Mantiene el señalado autor que esta restricción no se preveía en el antiguo Código tras la nueva redacción dada por la LO 9/1980 pero es lo cierto que con base en la imposibilidad de interponer querella se negaba sistemáticamente la posibilidad de personación de la acusación particular, aunque fuese tras el ofrecimiento de acciones. Resulta obvio que los Tribunales Castrenses no realizaban una interpretación de la reforma en el sentido de rechazar la acusación particular en el momento inicial del proceso (la querella como modo de inicio) para admitirla después, una vez que el perjudicado u ofendido se mostrase parte en la causa, tras el *oportuno* ofrecimiento de acciones.[1101] La práctica de los Juzgados Togados y Tribunales Militares se traducía en la aplicación de la nueva legislación orgánica y procesal militar basada en la doctrina constitucional más arriba indicada y en algún pronunciamiento de la Sala 5ª del Tribunal Supremo.[1102]

Sin embargo una vez dictada la STC 115/2001, de 10 de mayo se inició la vía para eliminar del Ordenamiento Jurídico las restricciones al ejercicio de la acusación particular ante la Jurisdicción Militar en tiempo de paz. Esta resolución del Supremo

[1100] FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., "Acusación particular y acción civil…", ob. cit., pág. 193.
[1101] *Vid*. lo referenciado en la nota 1120.
[1102] A título de ejemplo, Autos de 2 de enero de 1989 y 27 de mayo de 1992.

Intérprete de la Constitución tuvo su origen en los Autos del Juzgado Togado Militar de 30 de enero de 1998 y del Tribunal Militar Territorial Primero –que confirmó el primero- y que denegaban la personación como acusación particular de un Cabo de la Guardia Civil en un proceso en que los inculpados eran sus superiores jerárquicos.

La Sentencia, tras entender vulnerados el art. 14 CE (principio de igualdad en la Ley) y el 24 (tutela judicial efectiva en su manifestación del acceso a la jurisdicción), otorga el amparo al demandante y plantea ante el Pleno cuestión de inconstitucionalidad[1103] en relación a los preceptos controvertidos, a saber, el art. 108, segundo párrafo de la LOCOJM y el art. 127, primer párrafo de la LOPM. Según el Tribunal Constitucional el bien o interés constitucionalmente protegido de la disciplina en cuanto factor de cohesión de las Fuerzas Armadas ya no puede prevalecer frente al derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta modalidad de acceso al proceso. Así el Supremo Intérprete manifiesta –siguiendo su doctrina sobre el acceso a la jurisdicción- que

> "con independencia de que la legitimidad constitucional de dicha exclusión o prohibición hubiera requerido de una justificación asentada en poderosas razones, orientadas a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes, la eliminación de tal facultad de constituirse en parte

[1103] Es importante tener presente que, a lo largo de la tramitación del recurso de amparo, el Pleno, mediante proveído de 31 de octubre de 2000 acordó, de conformidad con lo que dispone el art. 10 k) LOTC, avocar el conocimiento del recurso de amparo, por lo que el Pleno, en realidad, se plantea la cuestión a sí mismo. El planteamiento de la cuestión por las Salas o el Pleno (en este caso) del Tribunal era un trámite necesario e impuesto por la LOTC (art. 55.2) que no permitía que se declarase la inconstitucionalidad de los preceptos en la misma sentencia que otorgó el amparo. Así "[e]n el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (…)." (antiguo art. 55.2 LOTC). Pero, tras la reforma operada en la LOTC por LO 6/2007, de 24 de mayo, se da nueva redacción al art. 55.2 en el sentido siguiente: "En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes." De manera que la reforma introduce principalmente dos novedades: la primera tiene que ver con la potestad atribuida ahora a las secciones del Tribunal para el conocimiento de los recursos de amparo y la segunda, a mi juicio procesalmente más importante, estriba en que para declarar la inconstitucionalidad de una ley que provenga de la interposición de un recurso de amparo contra actos derivados de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, se hace necesario que la Sala o Sección suspendan el proceso de amparo (como la LOTC impone al Juez ordinario) y planteen la cuestión al Pleno ateniéndose posteriormente a lo que éste resuelva respecto a la constitucionalidad de la norma cuestionada. De manera que se invierte el proceso: es el Pleno el que primero se pronuncia sobre la constitucionalidad de la norma y, posteriormente, la Sala o Sección (teniendo en cuenta lo decidido por aquél) decide sobre el otorgamiento del amparo. Con anterioridad a la reforma (como en el caso analizado) se otorgaba el amparo por una Sala (o el Pleno en este supuesto) considerando la vulneración de los Derechos Fundamentales derivada de una determinada norma con rango de Ley, por lo que, en realidad, era la Sala la que condicionaba al mismo Pleno, aunque existe un precedente en que el Pleno desestimó la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada. (STC 48/1995).

> procesal para formular la acusación particular produce, como consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ex art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar"[1104]

y que "la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso, "sólo puede sufrir excepción, en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante" (FJ 3), ya que, "aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1995, entre otras)" (STC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2)."[1105]

Por lo que respecta al principio de igualdad en la ley, el Tribunal lo estima vulnerado entendiendo que la disciplina militar no constituye una justificación objetiva y razonable que justifique la exclusión y, por tanto la desigualdad.[1106] Alguna autora sustenta el cambio de doctrina constitucional aludiendo a la nueva realidad social y, con ello, al nuevo modelo de Fuerzas Armadas profesionalizadas, de manera que la disciplina ya no tendría la incidencia de antaño, donde llegaba a manifestarse incluso en la órbita del procedimiento en el marco del enfrentamiento procesal entre partes. Así Doig Díaz opina que "[l]a decisión adoptada por el TC en la STC 115/2001, tanto al anular los autos dictados en la jurisdicción militar cuanto al plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 108 LOCOJM y 127 LPM y especialmente al construir la argumentación sobre la base de que el mantenimiento de la disciplina militar ya no justifica la excepción del acceso al proceso prevista en tales preceptos, no hace sino revelar que el TC se aproxima a una realidad social en la que —efectivamente— la disciplina pierde fuerza en el propio seno de las Fuerzas Armadas."[1107]

[1104] FJ 11
[1105] FJ 11 in fine
[1106] Vid. FJ 10.
[1107] DOIG DÍAZ, Y, "La acusación particular en la justicia militar española. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2001 de 10 de mayo" en *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (número dedicado a la reforma del derecho Penal Militar), pág. 302. Accesible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#2001 Enlace visitado el 11 de febrero de 2014.

Pues bien, la resolución del Alto Tribunal –en la que no entramos con mayor detalle, ya que sus fundamentos son ratificados sustancialmente con las mismas palabras por la STC 179/2004, que sí analizaremos más pormenorizadamente- supone un abierto cambio de doctrina –aunque el Tribunal no lo reconozca así- respecto a la postura mantenida hasta el momento por el Supremo intérprete de la Constitución, que consideraba la disciplina como un interés constitucionalmente preponderante, de manera que la existencia de enfrentamiento procesal entre dos militares, cuando entre ellos mediaba relación jerárquica de subordinación, ponía en riesgo la Disciplina y, con ello, la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas y las funciones asignadas por el art. 8 de la Norma Fundamental.[1108] Cambio de doctrina sí puesto de manifiesto por los Votos Particulares de los Magistrados Constitucionales discrepantes con la sentencia.[1109]

Pues bien, tras la nueva postura del Tribunal Constitucional alguno de los Jueces y Tribunales Militares siguieron aplicando los preceptos cuestionados, dando lugar a las sentencias constitucionales 157/2001 y 119/2004, respectivamente de la Sala 2ª y de la Sala 1ª, que, confirmando la nueva doctrina otorga el amparo nuevamente a los demandantes. Por el contrario, el Tribunal Militar Territorial Primero plantea a lo largo de 2002 y 2003 varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación a los preceptos

[1108] STC 97/1985, FFJJ 4 y 5. En esta doctrina, como dijimos más arriba, se basó el Legislador para dictar la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y, consecuentemente, la LO 2/1989, Procesal Militar.

[1109]En este sentido, Vicente Conde Martín de Hijas afirma rotundamente que "[a]l declarar la inconstitucionalidad de los artículos discutidos, debemos ser conscientes de que estamos revisando nuestra anterior doctrina. No veo obstáculo de principio en que el Pleno pueda hacerlo, rectificando criterios precedentes de sus Salas (en este caso de la Primera); pero no puedo compartir un modo de argumentar en el que se niega la realidad de una doctrina preexistente, y menos, cuando dicha doctrina ha sido pauta de orientación para el ejercicio de su potestad constitucional por el legislador." Mantiene asimismo que la doctrina sentada por el ATC 121/1984 y la STC 97/1985, aunque referidos a un precepto del CJM 1945, es perfectamente aplicable al caso resuelto en 2001, vinculándola al mismo reconocimiento de la singularidad de la jurisdicción castrense por el art. 117.5 CE manifestando que "[l]o que la Sentencia dice no comprender me resulta, por el contrario, perfectamente comprensible. Y al propio Tribunal le resultó comprensible en el ATC 121/1984 y en la STC 97/1985 (FJ 4), cuando alcanzó a ver la razón de un precepto limitativo similar a los que ahora se cuestionan, del que dijo que "encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8, número 1 de la CE, les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados"." *Vid.* apartado 6 del Voto Particular. En los mismos términos se manifiesta la mayor parte de la doctrina científica. Así, DOIG DÍAZ, Y, "La acusación particular en la justicia militar…", ob. cit., págs. 294-299.

controvertidos.[1110] Como sabemos, el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Sentencia 179/2004, de 21 de octubre declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los consabidos preceptos de la LOCOJM y LOPM.

En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional recuerda lo que ya es su doctrina consolidada sobre el acceso al proceso como manifestación del art. 24.1 CE. Así señala que es de configuración legal la presencia de partes contingentes en el proceso penal, es decir, distintas al Ministerio Fiscal, de manera que no existe un derecho derivado del art. 24.1 CE al establecimiento de la acusación particular y la acción popular. Ahora bien, una vez establecidas estas instituciones por el Legislador, según el Alto Tribunal, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, es decir, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción.[1111]

A continuación, el Tribunal señala que, introducida por el Legislador la acusación particular en el proceso penal militar con las excepciones que ya conocemos se hace necesario examinar su compatibilidad con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el 117.5. Comienza por examinar la cuestión desde el punto de vista del art. 14 CE. De esta forma, el TC recuerda su doctrina sobre el principio de igualdad en la Ley[1112], preguntándose a continuación si los preceptos cuestionados son una justificación objetiva y razonable para la salvaguardia del principio de disciplina y jerarquía propio de la Institución militar. Y, citando su jurisprudencia anterior, sostiene que la disciplina constituye un valor esencial de la Institución militar como factor de cohesión para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir las misiones que les encomienda el art. 8 de la Constitución. A este respecto, dado el valor de la disciplina como "*ineludible principio configurador*" de las Fuerzas Armadas, el Tribunal acepta la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales limitativas del ejercicio de los Derechos Fundamentales, "*entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina.*"[1113]

[1110] Cuestiones de inconstitucionalidad números 4880/2002, 6348/2002, 445/2003 y 5580/2003, todas ellas declaradas extinguidas por el Tribunal Constitucional tras pronunciar la STC 179/2004. Así se publica en el BOE de 17 de diciembre de 2004.
[1111] SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000, 31/1996 y 199/1996.
[1112] Vid. por todas SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4.
[1113] FJ 6.

A renglón seguido circunscribe el ámbito de la disciplina exclusivamente al aspecto organizativo de las Fuerzas Armadas para lograr de este modo la eficacia de la Administración, en concreto de la Administración Militar. Así, declara el Tribunal que

> "el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas "de acuerdo con los principios de la Constitución."[1114]

Por otra parte, manifiesta el Tribunal Constitucional que los órganos judiciales militares, independientes y absolutamente desvinculados del mando militar, constituyen hoy la máxima garantía de la disciplina,

> "por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (…), cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar. No siendo constitucionalmente admisible tal duda, no existe tampoco fundamento para temer que los órganos de la jurisdicción castrense no vayan a ser capaces de aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica de la jurisdicción militar (arts. 149 y siguientes) en orden a preservar el orden y respeto debido en los procesos, ni para temer que el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado contra el ofensor, siendo ambos militares ligados por relación jerárquica de subordinación, pueda socavar la disciplina exigible en la organización militar, pues el enfrentamiento en el proceso penal militar -en contra de lo que sostiene el Fiscal General del Estado en sus alegaciones- no tiene por qué perjudicar la disciplina militar si la contienda procesal se practica con arreglo a Derecho."[1115]

Además la Sentencia proporciona otros ejemplos de supuestos enfrentamientos procesales entre militares –incluso de distinto empleo- que se hallan en la legislación rituaria militar: la obligación del militar de formular denuncia por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) (arts. 130.6 y 134 LOPM); la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria juzgue por conexión delitos militares sin que aquí operen las restricciones previstas en los arts. 108.2 LOCOJM y 127.1 LOPM (art. 14.1 LOCOJM) a lo que hay que añadir la posibilidad de careo entre inferior y superior jerárquico (art. 179 LOPM). Por último el Tribunal alude como ejemplo de controversia

[1114] FJ 7. Mantiene al respecto Millán Garrido que "la modificación de doctrina [del Tribunal Constitucional] no afecta, en mi opinión, al concepto sustancial de disciplina, sino a la incidencia que sobre ella pueden tener actuaciones procesales como el ejercicio de la acusación particular (o la acción civil) cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación. Con el discurso anterior se consideraba que tales actuaciones procesales podían afectar negativamente a la disciplina, mientras que ahora, manteniéndose nuclearmente el concepto de disciplina, se reconoce que su necesaria tutela y salvaguarda no precisa una medida procesal como la indicada, por cuanto el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil no tienen por qué menoscabar, en lo más mínimo, la cohesión interna de las fuerzas armadas." MILLÁN GARRIDO, A., "Las modificaciones introducidas en el régimen orgánico-procesal de la jurisdicción militar por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio: Temas resueltos y cuestiones pendientes", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 82, julio-diciembre 2003, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pág. 35.

[1115] *Ibídem*.

procesal entre personas de distinto empleo a la posibilidad de que el denunciante comparezca como testigo de la Fiscalía Jurídico Militar.[1116] Por ello, el Tribunal considera que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE.[1117]

En cuanto a la pretendida vulneración del art. 24.1 CE el Peno del Tribunal llega a una conclusión contundente:

> "…una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, este derecho se configura como un ius ut procedatur, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, ya que, "aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos ... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen. […] Por consiguiente, *para que la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, efectúan los preceptos examinados, pudiera considerarse constitucionalmente legítima, hubiera sido necesario que tal excepción tuviera justificación objetiva y razonable, lo que ya hemos dicho que no se concurre, a lo que se añade que la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular conduce a un resultado carente de proporcionalidad, pues el sacrificio del derecho del perjudicado por un delito a ejercer la acción penal no se orienta a la finalidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos de superior relevancia, ya que el mantenimiento de la disciplina, como factor de cohesión de la institución militar, que es el bien constitucionalmente relevante* (…), *no se ve comprometido, por las razones que ya quedaron expresadas, al examinar este supuesto a la luz del art. 14 CE, por el hecho de admitir que la acusación particular pueda ser también ejercitada en el proceso penal militar en los casos en que exista relación jerárquica de subordinación entre ofensor y ofendido*."[1118]

Por ello la sentencia termina declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos cuestionados.

Tras la meritada sentencia del Supremo intérprete de la Constitución quedan en la práctica eliminadas las restricciones para el ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz en el ámbito de la Jurisdicción militar. Es posible, pues, que el ofendido o perjudicado por el delito puedan mostrarse parte en un procedimiento penal militar y ejercer la acusación particular. Sin embargo, y aunque parece una cuestión sin

[1116] Algunos de estos ejemplos habían sido ya puestos de manifiesto por la doctrina para cuestionar la justificación constitucional de las restricciones a la acusación particular. Véase en este sentido, FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., "Acusación particular y acción civil…", ob. cit., págs. 197 y 198.
[1117] FJ 7 in fine.
[1118] FJ 8. Los subrayados son míos.

importancia en la que el Tribunal Constitucional no ha reparado al anular los preceptos de la LOCOJM y LOPM, no es posible el libre ejercicio de la acusación mediante querella; es decir, la querella como modo de inicio del proceso está sometida a ciertas restricciones. Veamos. El art. 130 LOPM relativo a las formas de inicio de los procedimientos penales, al referirse a la querella prevé lo siguiente:

> "Los procedimientos expresados en el artículo anterior podrán iniciarse:
>
> … 5º. Por querella, en el supuesto previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, salvo que el perjudicado e inculpado sean ambos militares y con exclusión, en caso de guerra, de acuerdo con el artículo 168 de la misma Ley Orgánica."

Por tanto, la LOPM sigue prohibiendo a un militar interponer una querella frente a otro, cualesquiera que sean los empleos de ambos. Obviamente, nada impide que el militar ofendido interponga una denuncia ante el Juez Togado competente y se persone más tarde en la causa tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el órgano instructor. Pero, en mi opinión, el Tribunal Constitucional hubiera podido declarar la inconstitucionalidad por conexión del inciso subrayado correspondiente al precepto de la LOPM que hemos trascrito.[1119] Y es que, como dice acertadamente Fernández Dotú, el inciso señalado del art. 130 LOPM "restringe aún más el tenor del art. 108 [de la LOCOJM]. Efectivamente el militar podrá mostrarse parte en un procedimiento penal militar, para ejercer la acusación particular, contra otro militar […] pero no podrá instar la incoación del procedimiento mediante querella, debiéndose limitar a denunciar el hecho y, una vez abierto el mismo y hecho el ofrecimiento de acciones, personarse en éste para ejercer la acusación…"[1120]

Es una cuestión de *lege ferenda* que, una vez que el Supremo intérprete de la Constitución, con buen criterio, ha eliminado los límites establecidos al ejercicio de la acusación particular en la jurisdicción militar, se proceda por el Legislador a modificar el art. 130 LOPM en el sentido de eliminar la mencionada restricción aún mayor en cuanto a la forma –aunque no afortunadamente respecto al fondo- que la anulada por el Tribunal Constitucional, al efecto de permitir la iniciación del proceso penal mediante querella trátese o no de un militar el que la interpone.

[1119] En este sentido dispone el art. 39.1 LOTC: "Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia."

[1120] FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., Acusación particular y acción civil…", ob. cit., pág. 193.

Decíamos que era posible que el perjudicado u ofendido por el delito –en los términos expuestos- se mostrasen parte como acusación particular en un procedimiento penal militar sin ninguna restricción salvo en tiempo de guerra. Ahora bien, ¿quién tiene la consideración de ofendido o perjudicado por un delito? Esta pregunta no es baladí, ya que en el proceso penal militar –así se interpreta actualmente por los Tribunales Militares el silencio de la Ley al respecto- no existe la acción popular, por lo que cobra una importancia capital delimitar claramente la figura del ofendido o perjudicado por una infracción penal. En primer lugar, se presentan problemas terminológicos ya que los arts. 108 LOCOJM y 130 LOPM se refieren sólo al perjudicado. Como dice algún autor[1121], esta diferencia terminológica se debe al confusionismo que presentan en este aspecto las leyes procesales que, en mi opinión, se debe salvar a favor de la mayor tutela posible de los intereses legítimos en juego por lo que, atendiendo al criterio del art. 127 LOPM, "…podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la Jurisdicción militar…"[1122]

De manera que podemos distinguir el ejercicio de la acción por los ofendidos o perjudicados por el delito –ya sin apenas restricciones en las leyes procesales militares salvo en tiempo de guerra; la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal al que el Ordenamiento se lo encomienda como un deber de defensa de legalidad (arts. 124.1 CE, 435 LOPJ, 105 LECr, Tít. IV LOCOJM y art.122 y ss. LOPM) y la acción popular como un derecho de todos los ciudadanos en el ámbito del proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 101) pero sobre el que la legislación adjetiva militar guarda silencio. A este silencio y a las consecuencias interpretativas que se le otorga nos referiremos a continuación.

Comenzando pues por la referencia constitucional a dicho instituto, el art. 125 CE dispone lo siguiente: "*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular* (…) *en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine*…"

En cuanto al fundamento y cobertura constitucional de la acción popular, debemos comenzar advirtiendo que aunque la acusación particular y la acción popular

[1121] CLAVER VALDERAS, J.M., "Las clases de los procedimientos penales militares y sus medios de inicio", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase págs. 1427-1435.

[1122] El subrayado es mío. La redacción de la LOPM pone de manifiesto la interpretación amplia del concepto ofendido o perjudicado por el delito.

integran ambas el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, su fundamento constitucional es diferente.[1123] Así, mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 CE, en cuanto que perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal.[1124] Como botón de muestra de las diferencias entre la acusación particular y popular en el ámbito de la jurisdicción ordinaria nos encontramos con la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006, que destaca al respecto lo siguiente:

> "El art. 101 LECrim establece que la acción penal es publica y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación de los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio del Ministerio Fiscal, al contrario con carácter general, se establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el art. 19 LOPJ precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular, en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105, 270, 271 y 280 LECrim . el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultas del juicio.
>
> Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (art.105 LECrim.), como defensor de la legalidad (arts.124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querella a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos LECrim."

La particularidad de las leyes procesales militares es el silencio de las mismas sobre la acción popular, silencio que es interpretado por los Tribunales castrenses como negativa a su admisión ya que, si antes de 2004 aun existían restricciones para ejercer la acusación particular por el ofendido o perjudicado por el delito en ciertos supuestos, se concluía con ello que la Ley ni siquiera se planteaba la figura del acusador popular. Posiblemente encontremos en este razonamiento la respuesta a la omisión de la Ley.

Porque si omisión –con anterioridad a la STC 179/2004- lo hubiésemos entendido como reconocimiento de la institución quedaría con ello la puerta abierta al

[1123] SSTC 108/1993, 115/1994, 147/1995 y 136/1997.
[1124] STC 50/1998, de 2 de marzo.

fraude de ley ya que las personas que con arreglo a la legislación procesal anterior tuviesen vedado el acceso a la acusación particular, podrían ejercerla por la vía del supuesto reconocimiento tácito a la acusación popular. Incluso en la vigente legislación se da una paradoja. Se trata de lo siguiente: en el art. 143 LOPM, circunscrito en la sección 1ª, relativa a las diligencias previas, se prevé que "[e]l auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141, será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado." Curiosamente al único que no se legitima para impugnar dichas medidas es al supuesto "inculpado", si se le puede llamar así en esta fase. Pero lo verdaderamente llamativo es que el denunciante (que perfectamente pudo ser una asociación representante de "intereses difusos" u otro particular sin interés directo) dispone de recurso de apelación con lo que puede así introducir una suerte de acción popular encubierta. Se trata, como dice Fernández Dotú, "materialmente" de una acusación y postula su reforma para eliminar esta posibilidad.[1125]

De la jurisprudencia más arriba citada extraemos, por tanto, que la acusación particular, al derivarse del art. 24.1 CE, puede considerarse, una vez establecido en las leyes de procedimiento, una manifestación del Derecho a la tutela judicial efectiva en tanto que posibilita el acceso al proceso en defensa de derechos o intereses legítimos. De la acción popular no puede predicarse lo mismo. Su fundamento constitucional no es el art. 24.1 CE –sin perjuicio de que, una vez establecida, tenga relación con él[1126]- sino el art. 125 del Texto Fundamental, que lo prevé de estricta configuración legal. Es decir, será la Ley la que disponga en qué procedimientos penales existe y de qué forma.[1127]

La problemática constitucional sobre la ausencia de previsión expresa en las leyes procesales militares de la acción popular fue abordada por la STC 64/1999, de 26

[1125] FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., "Acusación particular y acción civil…", ob. cit., págs. 200 y 201. Mantiene asimismo este autor que la redacción actual del art. 143 LOPM "resulta aún más incongruente en relación con el veto que se formula –por la simple no mención de la posibilidad- respecto al ejercicio en el proceso penal militar de la acción popular, pues si se da el caso, no infrecuente, de que el denunciante, no sea el perjudicado u ofendido por el delito, al arbitrar a su favor la vía del recurso contra el auto de archivo dictado por el Juez Togado en unas diligencias previas, y con ello, la posibilidad de acusar materialmente, y de hecho instar del Tribunal Superior, mediante la revocación del auto recurrido, la incoación del proceso penal, propiamente tal, se está de hecho abriendo una puerta indirecta, no sólo al ejercicio de la acción popular, sino a la propia querella, pues el recurso puede fundarse incluso en la deficiencia de la prueba practicada y en el ofrecimiento de nuevas pruebas que den razón de la existencia del delito y posible responsabilidad del denunciado." *Ibídem.*, pág. 199.

[1126] STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 4 *in fine*.

[1127] Art. 125 CE: Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (…) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine…"

de abril, que resuelve un recurso de amparo de la Associació d'Informació per a la Defensa dels Soldats contra el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero que desestimó recurso de súplica contra resolución anterior que denegó la solicitud de la parte recurrente de intervenir, en calidad de acusación popular, en un procedimiento penal militar. Pues bien, los argumentos de la demandante[1128] se basaban, en esencia, en lo siguiente:

a) La proclamación de que el ejercicio de la acción popular constituye un derecho fundamental incardinado en el art. 24.1 C.E., del que nadie puede ser privado, ni siquiera en el ámbito de una jurisdicción especial como la militar.

[1128] En esencia las mismas razones se esgrimen en SOLÉ RIERA, J., "Acción popular y proceso penal militar", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 1996, págs. 513-538. Este autor sostiene que "la normativa procesal militar vigente no regula específicamente el ejercicio de la acción popular ante la jurisdicción militar pero tampoco la prohíbe expresamente". Por otra parte, propugna la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que "los art. 101 y 270 LECr son también aplicables al proceso penal militar, ya que se refieren a una cuestión no regulada en la LPM y no se oponen (ni contradicen) a ninguna de las normas contenidas en la propia LPM." Esa supuesta laguna de la legislación procesal militar no es tal o, por lo menos no cabía atribuirle los efectos que este autor defiende, antes de la Sentencia constitucional de 2004 que elimina los límites al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, tras la cual la interpretación del silencio de la Ley, en mi opinión, ha de ser diferente. Solé llega a defender que la ley –antes de 2004- permite "(porque no lo prohíbe)" "que la acción penal sea ejercida por un tercero en calidad de acusador popular, aún en el caso de que el delito se impute a un militar y el ofendido o perjudicado por el delito sea otro militar que se halle en relación de subordinación jerárquica con el inculpado." Observamos, por tanto, que con esta interpretación, antes de 2004 como indicamos más arriba, quedaría abierto un gran resquicio al fraude de ley posibilitando al militar ofendido o perjudicado el ejercicio de la acción popular cuando no podría materializar sus pretensiones por la vía de la acusación particular debido a las restricciones a la misma que contenían las leyes procesales militares. El autor sostiene asimismo –de igual manera que los demandantes de amparo en el recurso resuelto por la STC 64/1999, de 26 de abril- que el ejercicio de la acción popular es un derecho fundamental y que las leyes procesales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del mismo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El problema respecto a este argumento es de partida: no existe un derecho fundamental al establecimiento de la acusación popular. Ésta solo podrá ejercerse en la medida en que las leyes de procedimiento efectivamente la prevean. Se trata, por tanto, de una institución de estricta configuración legal. Parece deducirse asimismo que el mencionado autor entiende que las normas procesales militares siguen considerando su regulación como un "mundo aparte" en el sentido explicado por la STC 60/1991, de 14 de marzo. No podemos, en mi opinión, llegar a la conclusión de que el respeto a los principios constitucionales por las leyes procesales militares imponga una regulación idéntica al régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la misma manera que no resulta posible pretender que en nuestro ordenamiento jurídico exista una legislación procesal penal uniforme. Ejemplo de ello son las distintas leyes procesales, incluso en el ámbito de conocimiento de la jurisdicción ordinaria; a saber, Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, con diverso tratamiento de las instituciones procesales y, particularmente, por lo que se refiere a la acusación particular y la acción popular, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, que no contempla la acusación popular y que incluso llegó a prohibir, antes de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la misma posibilidad de personarse como acusador particular. (antiguo art. 25). Así se declara en la exposición de motivos de la LO 5/2000 que "[n]o existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor." De hecho, tras la reforma de 2003, la intervención del acusador particular solo se puede producir personándose en el procedimiento cuando éste ya ha sido incoado por el Ministerio Fiscal (arts. 16 y 25 de la Ley Orgánica 5/2000).

b) Que en la legislación orgánica y procesal militar no existe una prohibición ni expresa ni implícita de la acción popular, lo que, a su juicio, sería preciso, para entenderla excluida de dicho ámbito por la ley.

c) Que sobre la base de la distinción entre la acción popular y la acusación particular, a su juicio, proclamada en nuestra jurisprudencia, la falta de regulación de la primera en la legislación procesal militar, sin exclusiones de la misma, permite la aplicación al supuesto no regulado de lo establecido al respecto por la L.E.Crim., dado lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley Procesal Militar.

d) La preferencia de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar, como criterio adecuado a la mayor efectividad del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, del que aquélla forma parte.[1129]

Frente a estos argumentos y, resultando la institución de la acción popular como de clara configuración legal, no existe un derecho fundamental al establecimiento por el legislador de la acción popular. Así lo declara el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia con la siguiente literalidad:

> "Resulta claro así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción. En otros términos, no hay base en ese precepto, para poder poner en duda la constitucionalidad de una determinada ley procesal (en este caso que nos ocupa la L.O. 2/1989) por no dar cabida en ella a la acción popular, ni para que la interpretación constitucional de esa Ley deba hacerse en un sentido favorecedor de la existencia de dicha acción.
>
> Si, pues, no existe imperativo constitucional en razón del cual deba existir la acción popular en un determinado ámbito procesal, a la hora de afrontar la interpretación adecuada de una determinada ley procesal penal (aquí la L.O. 2/1989), no se plantea adecuadamente el problema, cuando se invierten sus términos, formulándolos en el sentido de si tal ley excluye explícita o implícitamente dicha acción para, en caso negativo, afirmar su existencia. Lo determinante es, si ésta, como dato positivo, se establece en la ley, bien por regulación directa en ella o bien por remisión supletoria a otra en la que esté establecida.
>
> Si no hay consagración explícita de la acción popular en la ley, directa o por remisión, tal acción no existe en el ámbito de que se trate, y esa inexistencia en modo alguno suscita problema alguno de constitucionalidad.
>
> El planteamiento, como se ve, es cabalmente el contrario al de la recurrente, una vez que se ha negado que ni el art. 24, ni en el art. 125 C.E. exijan de principio el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos penales."[1130]

[1129] STC 64/1999, de 26 de abril. FJ 1.
[1130] FJ 3. Los subrayados son míos.

Al no suscitarse problema alguno de constitucionalidad, como señala el Supremo intérprete, en la falta de previsión en las leyes procesales militares de la acción popular, la existencia de la misma dependerá, en ausencia de previsión expresa en la LOCOJM y LOPM, de la posibilidad de aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como dispone la disposición adicional primera de la LOPM; pero este extremo ya es una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria y no corresponde al Tribunal Constitucional –como él mismo admite- sino a los tribunales ordinarios, concretamente a los órganos de la jurisdicción castrense.[1131] Los Tribunales militares, como decíamos, interpretaron hasta el momento esta omisión de las leyes procesales militares como una negativa de las mismas a la acción popular[1132] ya que, como asimismo indicábamos más arriba, al preverse restricciones al ejercicio de la acusación particular, no parecía razonable, con buen criterio, entender que, sin embargo, la Ley acogía la acción popular, lo que significaría una puerta abierta al fraude de ley. Es decir, no se aplicaba supletoriamente la LECr porque se entendía que no había tal laguna en la legislación procesal militar.

Y, agotando hasta el extremo su juicio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional en la mentada Sentencia 64/1999 declara que la resolución del Tribunal Militar, al realizar esta interpretación, *no carece manifiestamente de fundamento ni incurre en error patente ni es irrazonable*.[1133] Por el contrario, dice el Tribunal que

> "[e]l examen de las resoluciones recurridas evidencia que se trata de resoluciones extensamente razonadas, sobre cuya corrección en el plano de la legalidad debemos eludir todo pronunciamiento, como no sea el de rechazar que adolezcan de ninguno de los vicios propios de nuestro control.
>
> Por otra parte, pese a lo que sostiene el demandante, no es irrazonable entender que tanto la L.E.Crim. como la L.O. 2/1989, regulan una sola acción penal (no dos, particular y popular) y, por ello, tampoco puede serlo interpretar, como lo han hecho las resoluciones impugnadas, que el régimen de la acción popular establecido en la L.E.Crim. no puede aplicarse como supletorio de lo establecido

[1131] FJ 5.

[1132] A este respecto advierte no sin razón Turienzo Veiga que "se deja en manos de cada uno de los órganos judiciales militares la decisión contingente de decidir sobre su admisibilidad [de la acción popular], sin que hasta la fecha exista un mecanismo que permita la uniformidad de estas decisiones, con lo que comporta esta situación para el principio de seguridad jurídica. Pensemos que las resoluciones de este tipo no llegan al Tribunal Supremo con nuestro sistema casacional actual; tampoco existe hasta la fecha ninguna Circular o Instrucción que diga a los Fiscales Jurídico Militares que criterio es el que deben de seguir ante estos casos, muy posiblemente porque la necesidad no se ha sentido hasta ahora, pero el problema suscitado no deja de existir por este hecho." TURIENZO VEIGA, A., "La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar y la acusación popular", en VV.AA., *Colección Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, nº vol. 27/2008, págs. 251-266.

[1133] Resalto estos términos ya que exclusivamente en esos supuestos corresponde al Tribunal Constitucional, según su propia jurisprudencia, examinar la interpretación de la legalidad por los Tribunales Ordinarios.

en la L.O. 2/1989, al resultar incompatibles dada la distinta amplitud con que una y otra norma regulan el ámbito de los legitimados para ejercer la acción penal."[1134]

Ahora bien, en mi opinión, el silencio de la las leyes rituarias militares no puede ser interpretado de igual forma tras la sentencia constitucional de 21 de octubre de 2004. Porque, si decíamos que la negativa implícita de la Ley a la acción popular se basaba en la existencia de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, una vez desaparecidas dichas barreras, la interpretación de la legalidad no puede ser la misma. Como dice Turienzo Veiga, la STC 179/2004 "quizás sin quererlo incide en la acusación popular al alterar el régimen de la acusación particular en las leyes militares."[1135]

Parece necesaria pues una reconstrucción interpretativa de las leyes procesales militares ya que en tiempo de paz ahora no difieren del sistema acusatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente la omisión no debe interpretarse como prohibición. En este momento sí podemos afirmar (tras la sentencia constitucional de 2004) que si el Legislador hubiera querido prohibir la acción popular, lo hubiese hecho expresamente y así, si desea la inexistencia de dicha figura en el proceso penal militar, lo prohibirá introduciendo una simple reforma en las leyes procesales militares. De lo contrario hay que entender que rige con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución. Si se declara por los tribunales castrenses la aplicación supletoria de la LECr, hay que entender, con arreglo a la jurisprudencia constitucional ya citada con motivo de pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria, que la posibilidad de ejercicio de la acción popular en el ámbito de la jurisdicción militar se convertiría en un derecho fundamental –de configuración legal- pero con todas las consecuencias, incluido el amparo ante el Tribunal Constitucional, al estar conectado con el art. 24.1 CE (acceso al proceso) aunque su reconocimiento constitucional venga dado por el art. 125.

Resulta por ello de *lege ferenda* que el legislador procesal militar realizase referencia expresa a dicha institución, regulándola, estableciendo límites a su ejercicio o, simplemente, prohibiéndola (y ello con plena legitimidad) en el ámbito de la

[1134] FJ 5.
[1135] TURIENZO VEIGA, A., "La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular…", ob. cit., págs. 251-266.

jurisdicción castrense a semejanza de lo establecido en otras leyes procesales como la que regula la responsabilidad penal del menor.[1136]

11.2.- La plenitud de control jurisdiccional sobre la potestad disciplinaria militar

Como ya ha quedado dicho al comienzo del anterior epígrafe, en el derecho militar histórico, la potestad disciplinaria militar quedaba confundida con el ejercicio por parte del mando militar de las también tradicionales potestades de aplicación de la justicia penal[1137], conformando así una concepción instrumental del *ius puniendi* –tanto

[1136] Como dice Ferreiro Baamonde, la posibilidad constitucional de la exclusión de la acción popular está suficientemente demostrada. Lo que, a juicio de este autor, merece más reproches "sería, en todo caso, su oportunidad legislativa, pues es en el caso de la jurisdicción militar donde más útil podría haber sido la acusación popular al control de los órganos de acusación pública, debido a la especial vinculación al ejecutivo de la Fiscalía jurídico-militar, a la relación jerárquica que existe en los cuerpos armados, todavía mayor que en la Fiscalía ordinaria y a la afinidad entre acusador y Tribunal. Sería conveniente, por tanto, que el TC se hubiese acogido a una interpretación favorable a los derechos fundamentales de los ciudadanos del modo que apuntaba SOLÉ RIERA y que no privilegiase otros intereses como el del correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, o el mantenimiento de la disciplina militar." FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2005, pág. 230.

[1137] Ésta concepción sobre la relación del derecho disciplinario y penal militar sigue en parte vigente aunque sea adaptada a las previsiones constitucionales ya que gran parte de la doctrina considera que estas dos ramas del derecho castrense no son sino "una genérica potestad disciplinaria que ha sido separada, dejando en el ámbito del Derecho penal (militar) los aspectos más graves para que tengan, sustantiva y procesalmente, unas mayores garantías." Se trata, así según Alli de "distintas ramas de un mismo árbol". *Vid.* ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar*, ob. cit., pág. 388 y ss.

Éste es el criterio sostenido asimismo por Peñarrubia quien afirma que "[e]s discutible que en este aspecto el Derecho disciplinario militar sea un verdadero Derecho administrativo y no un híbrido con el Derecho penal, en el sentido de estar más cercano al segundo que al primero, aunque con el substrato común de que todos son parte del «ius puniendi» o Derecho público sancionador común." PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 197. Sin embargo, este autor, más adelante sí que distingue entre las dos funciones esenciales de la jurisdicción militar, es decir, la contencioso-disciplinaria y la penal militar. Así, para este autor "[m]ientras que la función penal es la tradicional de esta Jurisdicción, la contencioso-disciplinaria ha sido montada por el legislador como un medio de control jurisdiccional sobre una potestad que si bien está permitida expresamente por el artículo 25 de la Constitución, afecta claramente a los derechos de los militares, y que no es otra que la potestad disciplinaria militar, sobre cuya naturaleza, híbrida entre lo penal y lo administrativo, nos pronunciamos en otro lugar. Mientras que la primera de estas funciones es claramente represiva, la segunda es netamente tuitiva." *Ibídem.*, pág. 374. Contrario al desdoblamiento de la potestad punitiva militar en dos ramas, la penal y la disciplinaria, se muestra asimismo PARADA VÁZQUEZ, R., "Toque de silencio por la Justicia militar", ob. cit., pág. 35. Sin embargo, a mi juicio, queda todavía una cierta reminiscencia de ejercicio de la justicia penal (aun aceptando que se trata de procesos contencioso-administrativos) cuando los actuales Tribunales militares ejercen el control de la potestad disciplinaria militar a través del recurso contencioso-disciplinario militar. En mi opinión, muestra de ello, entre otras cosas, es la práctica bastante habitual de los Tribunales castrenses al estimar un contencioso-disciplinario de sustituir por otra la sanción disciplinaria impuesta o la gradación de la misma, ejerciendo así atribuciones que el ordenamiento confiere a la Administración sancionadora y para las que en realidad no faculta el art. 495 LOPM, relativo al contenido de la sentencia estimatoria del recurso contencioso-disciplinario militar. Para un recto entendimiento de las facultades de los órganos judiciales militares en el ámbito del contencioso-disciplinario militar resulta esclarecedora por su aplicación a esta cuestión la reiterada doctrina constitucional que declara que "no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una

del disciplinario como del penal- al servicio de la autoridad militar en orden a la garantía última de la disciplina, con lo que, como señalábamos, parece obvio decir que el ejercicio de la potestad disciplinaria resultaba inmune a cualquier control jurisdiccional, sin que hubiese lugar a ninguna clase de control judicial sobre cualquiera de los tres procedimientos disciplinarios contemplados en el Código de Justicia Militar de 1945.

Como bien dice Peñarrubia Iza "[c]on la promulgación de la Constitución, el juego de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución, en los que se proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que pueda haber indefensión, así como el control jurisdiccional de la actividad administrativa y de la potestad reglamentaria, ha determinado la imposibilidad de zonas de inmunidad al control jurisdiccional de los actos administrativos, cualquiera que sea el órgano del cual emanan, teniendo además en cuenta que esos principios se completan con la plenitud que supone la atribución a los órganos judiciales de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos."[1138]

Antes de abordar la reforma de la jurisdicción militar, el Legislador procedió a articular provisionalmente un sistema de tutela judicial respecto a la potestad disciplinaria militar, aunque limitado a las sanciones disciplinarias extraordinarias o aquellas por falta grave.[1139]

De forma que, tras la tramitación de la nueva Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se considera inmune al control judicial las sanciones por falta leve y se atribuye el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria (en los casos en que resultase posible) a los órganos de la

---

sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa "se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE" (STC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3)." (Por todas, STC 89/1995, de 6 de junio, FJ 4 y 175/2007, de 23 de julio, FJ 6).

[1138] PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pág. 320. Véase asimismo MILLÁN GARRIDO, A., "La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional…", ob. cit., págs. 70 a 103.

[1139] Con anterioridad a la aprobación de las reformas de la Jurisdicción militar que culminaron en 1989, el conocimiento del recurso contencioso-disciplinario militar se atribuyó a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional cuando las sanciones hubiesen sido impuestas o revisadas por el Ministro de Defensa y a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar en los demás casos. (Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).

Jurisdicción militar.[1140] Tras la aprobación de la LOCOJM 4/1987, la LOPM 2/1989 establece el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario en orden a la tutela judicial respecto a las sanciones disciplinarias (incluidas aquellas impuestas por falta leve) que "afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución." (art. 453.3). De forma que se establece el siguiente régimen legal respecto al control judicial de la potestad disciplinaria militar, perfectamente resumido en la STS de la Sala 5ª de 1 de octubre de 1990:

> "a) Se mantiene la inviabilidad del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra los actos definitivos en vía disciplinaria sancionadores de faltas leves, por estimar, sin duda, que la disciplina debe ser restablecida de modo inmediato y dado también el carácter atenuado y leve de las sanciones previstas en la Ley.
>
> b) Se instaura la impugnabilidad, a través de un procedimiento de tramitación preferente y sumaria, de las sanciones que recaigan por faltas leves, y que tengan carácter definitivo en vía disciplinaria, cuando las mismas afecten al ejercicio de los derechos fundamentales."[1141]

De manera que el problema de tutela judicial efectiva se planteaba en aquellos supuestos en que se vedase el conocimiento por los Tribunales de sanciones por faltas leves, lo que seguirá sucediendo respecto a sanciones disciplinarias de esta naturaleza que no afecten al ejercicio de derechos fundamentales o incluso en aquellos supuestos en que se recurran sanciones por faltas disciplinarias leves pero el recurrente invoque motivos de legalidad ordinaria, algo de lo que el órgano jurisdiccional no podrá conocer a través del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, ya que éste es un procedimiento de cognición limitada a las vulneraciones de derechos fundamentales.

Señalaba Balbontín Pérez que "para colmar la laguna del inexistente recurso ordinario y salvar el obstáculo que ello representa para otorgar la tutela reclamada y

[1140] El Tribunal Constitucional en el Auto 60/1980 se había pronunciado a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo, en la STC 21/1981 parece posicionarse favorablemente a que dicha tutela jurisdiccional respecto a la materia disciplinaria militar se proporcione por la jurisdicción castrense. De una forma mucho más nítida, la STC 22/1982, de 12 de mayo, donde ya excluye la posibilidad de control por la jurisdicción contencioso-administrativa en atención a la naturaleza estrictamente castrense de la potestad disciplinaria. El posterior ATC 43/1984, de 25 de enero arbitra además el medio de impugnación ante la Jurisdicción militar, a saber, el antiguo recurso de queja ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, con la finalidad de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva.

[1141] Recurso nº 2/5/90.

llenar así de contenido el principio de plenitud de la garantía jurisdiccional en el control de la actividad administrativa, sin dejar resquicios por los que dicho principio pueda hacer aguas, la Sala V ha venido vinculando con tanta frecuencia como generosidad cuestiones de legalidad ordinaria al denominado «bloque de constitucionalidad», en razón de considerar imprescindible pronunciarse sobre aquéllas con carácter previo a entrar a conocer sobre la lesión constitucional denunciada en el preferente y sumario."[1142]

La realidad es que, como veremos, será la doctrina constitucional la que imponga a la Sala 5ª la utilización del único cauce procesal previsto, trátense o no cuestiones de legalidad ordinaria, a saber, el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Sin embargo, hasta la sentencia constitucional de 28 de octubre de 2002 la posición del Tribunal Supremo era muy otra. Así, en una línea jurisprudencial consolidada y cuyos últimos ejemplos son las Sentencias de 17 de abril, de 11 de mayo de 2000 y de 9 de octubre de 2000[1143], la Sala 5ª del Alto Tribunal entendía, una vez

[1142] BALBONTÍN PÉREZ, L.A., "El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona", en VV.AA., *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal Militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, pág. 131.

[1143] Concretamente esta última resolución, anulada posteriormente por la STC 202/2002, destacaba que "[e]l carácter explícito de las normas señaladas [el art. 468 b) LOPM], hace inviable la pretensión postulada en primer lugar, en la que se plantea que este Tribunal, mediante una interpretación contraria al tenor literal de la ley, llegara a reconocer la posibilidad de actuar en una vía jurisdiccional que la norma aplicable de forma expresa veda. La consecuencia no puede ser otra que el rechazo de este aspecto concreto de la pretensión que ante esta Sala trae el recurrente y que acabamos de examinar, y hemos de recordarle que la tutela judicial efectiva no consiste sino en la obtención de una resolución fundada en derecho, tutela judicial que le fue otorgada en su día por el Tribunal Militar Territorial Cuarto y que hoy nuevamente le otorga esta Sala, aun cuando el contenido de la resolución que se dicte sea desfavorable a su pretensión". (FJ 1). En cuanto a los supuestos en que no se hallen en juego derechos fundamentales, ante la alegación de la procedencia del recurso contencioso-disciplinario ordinario, la Sala 5ª vincula su exclusión a la disciplina en el marco de la relación de sujeción especial de los militares con la Administración, invocando la doctrina constitucional que se había utilizado para establecer límites al ejercicio de la acusación particular entre militares, todavía vigente el antiguo Código de Justicia Militar. Así manifiesta que "[q]uedarían por resolver los escasos supuestos en que, por no suscitarse cuestión en relación con los derechos fundamentales, las sanciones impuestas por falta leve queden fuera de la posibilidad de que se interponga en su contra recurso contencioso disciplinario militar ordinario. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 39/83, de 17 de mayo, señaló que no puede olvidarse que el control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública puede encontrar en algunos casos límites determinados, señalando como uno de ellos la actuación de un órgano especializado de la Administración que, por su propia naturaleza, escapa al control jurídico; esa alusión a la discrecionalidad técnica y el reconocimiento de la ajeneidad de su actuación al control jurisdiccional, resulta no ser único, ya que la propia sentencia, con su redacción en plural, hace que puedan ser varios los límites determinados de esa actividad jurisdiccional de control. También el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 97/85 y 180/85, encontró como causa suficiente justificadora de restricciones específicas de la tutela judicial efectiva de los militares la preservación de la disciplina, lo que enlazando con las altas misiones que a las Fuerzas Armadas se atribuyen en el art. 8 de la Constitución y la necesidad de garantizar su adecuado cumplimiento, parece aconsejar que se evite la posibilidad de que se discuta la

más, a la disciplina –siguiendo por otra parte la doctrina constitucional sobre las restricciones en el acceso a la Jurisdicción militar- como elemento de la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las funciones constitucionales que el art. 8 CE les encomienda y, por ello, como justificación suficiente para vedar el acceso a la tutela judicial respecto al ejercicio de la potestad sancionadora por faltas disciplinarias leves cuando aquélla no afecte al ejercicio de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, concretamente a lo que se conoce como el "bloque de constitucionalidad", según la terminología empleada por la propia Sala 5ª con la finalidad de encontrar cabida en el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario a cuestiones de legalidad ordinaria.

El punto de inflexión vino dado por la STC 202/2002, de 28 de octubre que, estimando el amparo de un suboficial frente a los autos del Tribunal Militar Territorial Cuarto de La Coruña de 8 de abril y 10 de junio de 1999 –que inadmiten el recurso contencioso disciplinario ordinario planteado por la comisión de falta disciplinaria leve-, así como contra Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000 confirmatoria de los anteriores, viene a dar acogida a los argumentos del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional al respecto en el sentido de que los preceptos de la Ley Procesal Militar que impiden la fiscalización judicial de las faltas leves por motivos de legalidad ordinaria, no son susceptibles siquiera de una interpretación constitucionalmente conforme a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.[1144]

---

legalidad ordinaria de estas sanciones, de manifiesta levedad, evitando que quede durante un largo periodo de tiempo en duda la corrección de las medidas adoptadas." (FJ 3). Similares argumentos se expusieron en la STS de 17 de abril de 2000, que resuelve un recurso del mismo militar. Aquí pretendía que el vacío normativo y, por ello, de tutela judicial, creado por la inexistencia de vía procesal ordinaria para invocar cuestiones de mera legalidad en recursos contencioso-disciplinarios fuese suplida directamente por la Sala 5ª mediante la directa aplicación del art. 24 CE, a lo que ésta respondió que la tutela judicial había de proporcionarse de la forma prevista en las leyes procesales, concretamente a través de las dos vías previstas en la Ley Rituaria Militar.

[1144] Alegaba el Ministerio Público que la colisión con el art. 24 CE no podía evitarse ni siquiera con una hermenéutica favorable a la aplicación de los derechos fundamentales, pues aquellos preceptos configuran un régimen jurídico que deja un sector de actividad administrativa sancionatoria fuera del control judicial, lo que resulta contrario al art. 106.1 CE, y, en el caso concreto, produce un resultado contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al impedir el planteamiento ante los Tribunales de cuestiones de legalidad ordinaria, cuestiones que no cabe predecir habida cuenta de que la inadmisión acordada es previa a la formulación de la demanda.

Pues bien, el Supremo intérprete, tras recordar su doctrina sobre el acceso a la Jurisdicción y advertir que la vía contencioso-disciplinaria regulada en la Ley Procesal Militar "*constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar*"[1145], señala lo siguiente:

> "La inteligencia de estos preceptos revela que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario. Ahora bien, si en éste no cabe aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, por más que a veces sea difícil su deslinde, no cabe sino concluir que el administrado no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al Ordenamiento jurídico excepto por lo que se refiera a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. No se trata, por tanto, de una restricción mínima, concretada en un sector reducido del Ordenamiento, la que se impone al juicio de adecuación a Derecho, sino que éste se restringe en términos extraordinariamente latos, conclusión que se ve reforzada con el análisis de la práctica jurisprudencial sobre la fijación del ámbito de lo debatible en el proceso especial y sumario (ad exemplum STS de 16 de diciembre de 1999). *Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa.*"[1146]

Respecto a la invocación del indiscutible valor, y bien constitucionalmente protegido, de la disciplina para blindar las sanciones por falta leve de cualquier control judicial, excepto en la medida que queden afectados derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional la rechaza de plano afirmando que "[e]n efecto, la disciplina militar, consustancial a la organización de los ejércitos para el cumplimiento de las misiones que les encomienda el art. 8.1 CE, podría justificar determinadas restricciones al derecho fundamental invocado, pero ello no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2 CE."[1147]

[1145] Art. 453 LOPM.

[1146] FJ 5.

[1147] Resultan sumamente interesantes los argumentos –en la misma línea de lo que posteriormente mantendría el Tribunal Constitucional- del Magistrado de la Sala 5ª Excmo. Sr. D. Ángel Calderón Cerezo en el voto particular formulado a la Sentencia de 17 de abril de 2000. Sostiene así que "la tutela judicial que promete la Constitución se predica en su plenitud subjetiva - respecto de todos los ciudadanos entre los que los militares no son excepción - y objetiva - respecto de todos los derechos e intereses legítimos, sin que pueda ser objeto de parcelaciones o de asignaciones fragmentarias, y ello sin perjuicio de su eventual limitación cuando la restricción resulte estrictamente necesaria para la consecución de otros objetivos constitucionalmente reconocidos, como puede ser el preservar los principios rectores de la organización y funcionamiento de los Ejércitos, radicados sobre todo en la disciplina, acusada jerarquización y cohesión interna (art. 10. RROO para las FAS) que representan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados en el art. 8.1. CE. (Sentencias del Tribunal Constitucional 97/1983, de 29 de julio y 24 /1996, de 26 de enero). Solo entonces, y en la medida imprescindible, estaría justificado el sacrificio que para los militares representa prescindir de la garantía procesal de acudir a la jurisdicción para instar la plena adecuación derecho de las sanciones disciplinarias consecutivas a la comisión de

La imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales fiscalizasen las sanciones por falta leve donde no quedan afectados los derechos fundamentales continuaba siendo una barrera a la tutela judicial efectiva que tras la premonitoria STC 202/2002, de 28 de octubre, que plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal respecto al art. 453 LOPM en su relación con el art. 468 b), obtuvo finalmente respuesta del Supremo Intérprete tras la STC 177/2011, de 8 de noviembre, que expulsa del ordenamiento las trabas que todavía contenía la LOPM en los señalados preceptos, impidiendo el pleno control judicial de las faltas disciplinarias leves.

Hubo de ser, una vez más el "legislador negativo", nueve años después desde la sentencia de 2002, el que eliminase de las leyes procesales militares las trabas que obstaban al pleno control judicial respecto a la potestad disciplinaria militar.[1148] Declara en este sentido la STC 177/2011, de 8 de noviembre que

> "el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución a todos los ciudadanos, sin que el valor imprescindible de la disciplina en una organización jerarquizada como las Fuerzas Armadas pueda ser aducido para justificar cualquier limitación al ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 3 de febrero, FJ 4). Pero no encontramos justificación que permita, con carácter general, impedir el acceso a la jurisdicción cuando se impugne una sanción impuesta por falta leve con base en motivos de legalidad ordinaria ni en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, ni en las alegaciones del Abogado del Estado. Efectivamente, no hay vinculación alguna entre el cumplimiento de la misión de las Fuerzas Armadas y la limitación general del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) que suponen los artículos cuestionados para el sancionado por falta leve disciplinaria militar."[1149]

---

faltas leves. Pienso que no se justifica por razones del mantenimiento de la disciplina en el ámbito castrense, que exige la prontitud de la actuación del mando para su restablecimiento inmediato, la cual quedaría salvada excluyendo la suspensión de la ejecución. Tampoco resulta convincente el argumento relativo a la jerarquización militar que, en mi opinión, nada se resiente por el control judicial de sus actos sino que, bien al contrario, se robustece y afianza la autoridad del mando militar cuando se verifica la adecuación a Derecho del ejercicio de su potestad disciplinaria. Creo que no deben existir resquicios ni zonas inmunes al control jurisdiccional, representadas por actuaciones que pudieran tacharse de arbitrarias en el ejercicio de las potestades disciplinarias. La Constitución proscribe la actuación arbitraria de los poderes públicos (art.93), y de manera correspondiente proclama la sumisión de la Administración al control judicial (arts. 103.1 y 106.1). De igual modo creo que deben excluirse las razones basadas en la nimiedad de la sanción. Consideración aparte de que las faltas leves pueden corregirse con arresto de hasta treinta días a cumplir en el propio domicilio o Unidad, y que por acumulación la cuarta falta leve se convierte en grave, creo que la cuestión no es cuantitativa sino cualitativa. Con las deferencias de rigor hacia los demás miembros de la Sala, creo que no es correcto relativizar el alcance de la tutela judicial, en función de la mayor o menor intensidad de la lesión sufrida."

[1148] Manifestaba en este sentido ya en 2004 Fernández Segado que "[e]stos dos pronunciamientos a los que acabamos de referirnos hacen difícil de explicar que el legislador, con ocasión de la Ley Orgánica 9/2003, no haya procedido a modificar los preceptos procesales militares hoy sujetos a control de constitucionalidad." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., pág. 225. Aludía así el autor a la necesaria eliminación de las trabas al ejercicio de la acusación particular una vez dictada la STC 115/2001, de 10 de mayo.

[1149] FJ 3.

La sentencia constitucional de 28 de octubre de 2002, y su lógica consecuencia de noviembre de 2011, consagran, o más bien confirman, el principio de plenitud del control jurisdiccional de la actividad de la Administración –incluida la militar- derivado de los arts. 24.1 y 106 CE, lo que conlleva la imposibilidad de existencia de núcleos, áreas o ámbitos del Ordenamiento o de la actividad administrativa "blindados" o exentos en su totalidad del control de legalidad de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las restricciones que puedan imponer en el derecho a la tutela judicial efectiva la proporcionada y justificada consideración de otros valores o bienes constitucionalmente protegidos, entre los cuales pueda hallarse el de la disciplina militar, como elemento necesario para la necesaria cohesión de las Fuerzas Armadas en orden al cumplimiento de las misiones que constitucionalmente tiene encomendadas (art. 8.1 CE), pero sin que ello deba significar la existencia de parcelas del ordenamiento –cuál es el derecho disciplinario militar- completamente ayunas de control judicial.

11.3.- Las medidas cautelares del procedimiento disciplinario como *actos de trámite* y su acceso a la Jurisdicción

No podemos perder de vista la posibilidad de que las medidas privativas de derechos o de la propia libertad del militar se adopten en el seno del procedimiento disciplinario militar, tal y como hemos apuntado más arriba, sin constituir una sanción, es decir, una resolución o acto definitivo en vía administrativa. Serían las medidas cautelares de arresto preventivo y suspensión de funciones, adoptadas en el seno de un procedimiento disciplinario por falta grave (art. 55.1 y 2 LORDFAS[1150]) así como, evidentemente, la corrección cautelar prevista en el art. 26 LORFAS[1151].

[1150] Dispone el precepto en cuestión lo siguiente:

> "1. Cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exijan una acción inmediata para mantener la disciplina, la autoridad que hubiera acordado la incoación del procedimiento, podrá ordenar el arresto preventivo del presunto infractor en un establecimiento disciplinario militar o en el lugar que se designe. En ningún caso podrá permanecer en esta situación más de un mes y le será de abono para el cumplimiento de la sanción que le pueda ser impuesta.
>
> 2. La misma autoridad, para evitar perjuicio al servicio, podrá acordar el cese en sus funciones del presunto infractor por tiempo que no exceda de tres meses. Esta suspensión no tendrá más efecto que el cese del mismo en el ejercicio de sus funciones habituales."

[1151] Dicho artículo, tras consignar el deber de todo militar de corregir las infracciones que observe en los de inferior empleo, contempla que "[s]i se trata de una falta que por su naturaleza y circunstancias exige una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación, podrá ordenar el arresto del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada, de modo inmediato."

Pues bien, la LOPM 1989 (art. 465), frente a la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[1152], solo admite –y así sigue siendo en el texto de la ley- el recurso contencioso-disciplinario militar "en relación con los actos definitivos dictados por las Autoridades o Mandos sancionadores en aplicación de la Ley Disciplinaria, que causen estado en vía administrativa. A estos efectos, se considera que causan estado los actos resolutorios de los recursos de alzada, súplica y reposición que se regulan en los artículos 50, 52 y 76 de la Ley Disciplinaria.[1153]

Los actos de trámite no podrán ser recurridos separadamente de la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario, a excepción del acuerdo de apertura del procedimiento sancionador en los supuestos previstos en el párrafo primero del artículo 44 de la Ley Disciplinaria; cuando se hubiere producido fuera del plazo señalado en dicho párrafo.

En estos casos, acreditada la interposición del recurso contencioso-disciplinario, se paralizará el procedimiento sancionador hasta tanto se resuelva aquél, dejándose en suspenso la medida que previene el artículo 45 de la Ley Disciplinaria, si se hubiere adoptado."

Así las cosas, el Tribunal Supremo, en estricta interpretación de la ley adjetiva militar, rechazó la posibilidad de que estas medidas cautelares, pero con evidente perjuicio o incidencia en DDFF, fuesen recurridas directamente en vía judicial afirmando así la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar. Argumenta además la Sala de lo Militar del Alto Tribunal que

> "existe otra razón, expuesta en nuestra anterior doctrina jurisprudencial y, reflejada en los Autos ahora recurridos, que el recurrente no ha querido entender, pero que es básica para el estamento militar en el que, voluntariamente, se ha incardinado, y es: Que en el ámbito castrense *existen unos valores de superior jerarquía que puestos en colisión con los intereses y derechos particulares de la persona, deben merecer una mayor protección por el interés general puesto en juego, conciliando, ello no obstante, su reconocimiento y tutela, con el que constitucionalmente también ha de reconocerse a los derechos fundamentales de la persona; y así, sin negar a un militar la posibilidad de recurrir contra una medida cautelar de arresto preventivo, impugnable en vía contenciosa al*

[1152] Prevé así el art. 25.1 LJCA 1998 que "[e]l recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos." Similar tratamiento respecto a la recurribilidad de los actos de trámite se adopta en el procedimiento administrativo. *Vid.* así el art. 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[1153] Se refiere la norma procesal obviamente a la derogada Ley 12/1985, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

> *tiempo que el acto definitivo sancionador, estima la norma que es prevalente la reposición o mantenimiento de la disciplina militar, como valor esencial e indispensable para la existencia de sus Ejércitos, y permite imponer de plano aquella medida cautelar, y hacerla efectiva, mientras se tramita el expediente disciplinario, no permitiendo que se discuta, inicialmente, la decisión del mando, pues, de admitirlo, quedaría en entredicho la propia esencia de la disciplina militar.* La pretensión del recurrente, como única razón impugnatoria, de trasladar la doctrina contencioso-administrativa sobre recurribilidad de medidas cautelares al campo disciplinario militar, parte de una premisa inaceptable, cual es la de equiparación de situaciones y valores o bienes jurídicos a defender, pero ello no es aceptable para esta Sala de lo Militar, que reiteradamente ha señalado que los parámetros a tener cuenta no son los mismos, y que los campos de acción de su enjuiciamiento son distintos, por lo que sus respectivas doctrinas ni se interfieren ni son aplicables por analogía (SSTS Sala Quinta de lo Militar de 27 de abril, 21 de junio y 23 de diciembre de 1993, entre las más recientes).”[1154]

Esta contundente, pero al mismo tiempo curiosa, interpretación de la Sala 5ª[1155], que, invocando el mantenimiento inmediato de la disciplina militar como valor superior a la tutela judicial del individuo, y que admitía la imposición *de plano* de medidas cautelares en el ámbito del procedimiento disciplinario sin posibilidad de discusión judicial hasta la resolución del recurso que, en su caso, se interpusiese sobre el fondo de una eventual resolución sancionadora, además de recibir el voto particular del presidente y de un magistrado de la Sala 5ª[1156], fue revocada más tarde en las SSTC

[1154] STS de 2 de marzo de 1994, FJ 1º, recurso nº 2/45/93.

[1155] Reiterada en la STS de 22 de abril de 1994, FJ 2º, recurso 2/39/93, donde se analizaba la medida cautelar de suspensión de funciones adoptada respecto al recurrente en el mismo procedimiento disciplinario.

[1156] Afirmaba al respecto el Presidente don José Jiménez Villarejo, al que se adhirió el magistrado don Francisco Javier Sánchez del Río y Sierra que “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 en el ejercicio de determinados derechos fundamentales, pero dichas 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 art. 53.1 CE, el contenido esencial de los derechos excepcionalmente restringidos. Excluir del control jurisdiccional el acuerdo de imposición de arresto preventivo no parece muy respetuoso con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial en materia de derechos fundamentales, ni parece tampoco imprescindible para el mantenimiento de la disciplina, habida cuenta de que el art. 518 f) LPM , no vincula necesariamente la suspensión del acto impugnado a la admisión a trámite del recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario, sino que faculta al Tribunal para resolver lo procedente, tras una audiencia contradictoria, «ponderando la defensa del derecho fundamental alegado con los intereses de la disciplina militar». No creemos, pues, que en el supuesto de que se admitiere dicho control, quedare «en entredicho la propia esencia de la disciplina militar». Quedaría superado solamente un cierto concepto de la disciplina militar.”

235/1998 y 24/1999, como consecuencia precisamente de la tramitación del mismo expediente disciplinario militar, que provocó hasta tres sentencias constitucionales.[1157]

En la primera de las reseñadas sentencias del Supremo intérprete, tras afirmar la relevancia y trascendencia de la medida cautelar impugnada, el Alto Tribunal declara, en referencia a las resoluciones del Tribunal Militar Central y de la Sala 5ª, que los órganos jurisdiccionales militares han llevado a cabo una interpretación restrictiva y excesivamente formalista de las normas procesales, que conduce a la negación de una respuesta judicial incompatible con el principio *pro actione*. "Y ello no sólo incide de manera directa en la esfera de derechos e intereses del recurrente, en cuanto eventualmente puede suponer su desaparición o pérdida irremediable, sino que, además, de admitirse tal interpretación, implicaría una excepción al principio de fiscalización plena sin inmunidad de poder de la actuación administrativa (SSTC 66/1984, 238/1992, 148/1993, 78/1996)."[1158]

Por lo que respecta a la inimpugnabilidad de la medida de arresto preventivo sostiene el Tribunal Constitucional la misma conclusión ya que,

> "con independencia de la calificación que pudiera corresponder a tal arresto preventivo en un plano teórico, y desde una vertiente procesal, el análisis de su contenido en su dimensión constitucional, que es la nuestra, pone de relieve sin más que se trata de una privación de libertad y, por ello, una interpretación de las normas procesales para su protección, como la enjuiciada, no parece compatible con nuestra constante jurisprudencia sobre el tema. El Tribunal Militar Central y el Tribunal Supremo, ratificando la decisión de aquél, tienen por común punto de partida una calificación del arresto como simple acto de trámite, que conduce a un desproporcionado formalismo, manifestación inadecuada de la forma en el Derecho cuya función es la garantía y no puede volverse contra sí misma con un rigorismo hermenéutico que por otra parte olvida la existencia de intereses legítimos merecedores de protección. En efecto, pese al carácter instrumental y provisional del arresto preventivo, de su engarce en un expediente principal y de su dimensión temporal, no cabe ignorar que también ofrece una consistencia propia y trasciende tales aspectos por incidir directa e inmediatamente en un derecho fundamental de quien lo ha de padecer, en este caso nada menos que la libertad, cuya pérdida irreversible puede causar aunque sea por un breve tiempo. Tal incidencia directa e inmediata determina precisamente que estos actos, fueren o no de mero trámite, disyuntiva taxonómica constitucionalmente irrelevante, deben recibir el mismo trato que los actos definitivos y las mismas garantías a la hora de su impugnación y, por tanto, de su acceso a la justicia."[1159]

Concluimos así con el Alto Tribunal que otra interpretación de la ley procesal, además de formalista o rigorista[1160], permite la ejecución irreversible de una

[1157] Además de las indicadas, se dictó asimismo la STC 14/1999, de 22 de febrero, a la que nos referiremos más adelante al tratar la extensión de los derechos del art. 24.2 CE al ámbito administrativo sancionador.
[1158] STC 235/1998, 14 de diciembre, FJ 4.
[1159] STC 24/1999, de 8 de marzo, FJ 4.
[1160] Algún autor duda incluso del encaje en la clasificación de *acto de trámite* de "aquellos actos que no inciden directamente en la tramitación del procedimiento y que incluso pueden adoptarse con anterioridad

medida privativa de libertad sin la posibilidad de acudir a la jurisdicción, erosionando el reducto de un derecho fundamental del agraviado, pero además, se abriría con ello una brecha en el principio de control pleno de la actuación administrativa sin inmunidad alguna de poder, sin que a la disciplina o jerarquía militares pueda atribuírseles prevalencia frente a tales principios y derechos constitucionales puesto que "[e]l cometido que a la potestad disciplinaria le esté asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia, no debe sin embargo debilitar las garantías procesales, porque en ningún caso ellas desvirtúan su eficacia y aun su ejemplaridad por un eventual enjuiciamiento a posteriori. En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas."[1161]

Consideramos pues de *lege ferenda* la incorporación a la Ley Procesal Militar, o a la Ley Disciplinaria[1162], en similitud a lo establecido en la LJCA 1998, de la admisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar no solo frente a los actos definitivos y firmes de la autoridad disciplinaria militar sino asimismo frente a los *actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*, con particular referencia al arresto preventivo y a la suspensión de funciones adoptados en un procedimiento disciplinario así como la corrección cautelar prevista en el art. 26 LORDFAS.

11.4.- La aplicación al procedimiento disciplinario militar de las garantías procesales del proceso penal

Aunque los procesos regulados en la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, fundamentalmente por lo que se refiere a los penales, no presentan prácticamente peculiaridad alguna digna de mención que los haga singulares por lo que a las garantías

al inicio del mismo como sucede con el arresto previsto en el art. 26 de la Ley." FORTÚN ESQUIFINO, R., "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)", en VV.AA., Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 2000, pág. 947.

[1161] *Ibídem*.

[1162] Precisamente en el proyecto de nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario, remitido al Congreso en la IX Legislatura, y ya caducado, se contemplaba la posibilidad de interponer "directamente recurso contencioso-disciplinario militar en los términos previstos en la legislación procesal militar", frente a las llamadas por el art. 30 del proyecto medidas previas, esto es, el arresto cautelar por un máximo de 48 horas y la suspensión provisional de actividad por un periodo máximo de dos días. La misma posibilidad se habilitaba respecto a las llamadas "medidas provisionales" en el seno del procedimiento por falta grave. (art. 50.6 del proyecto). *Vid.* el proyecto caducado en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, 10 de junio de 2011.

procedimentales se refiere frente a las contempladas en las distintas leyes adjetivas aplicables ante la jurisdicción ordinaria[1163], no conviene obviar en este capítulo que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado"[1164], temprana y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, por lo que respecta a las garantías procedimentales, en lo que ahora nos interesa, resulta trasladable al procedimiento disciplinario militar.

Así, aunque la también temprana STC 21/1981, de 15 de junio, parezca querer reflejar los "matices" de forma que "[e]n el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar"[1165] más adelante declara que

> "No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. 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."[1166]

Según la STC 14/1999, de 22 de febrero, "[d]icho contenido básico incluye, al menos, además de la garantía de contradicción que lo define, el derecho a ser informado de la acusación -STC 270/1994, fundamento jurídico 3º-, el de ser presumido

---

[1163] "El procedimiento ordinario ha tomado sus normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adaptándolas a las peculiaridades que exige la Jurisdicción Militar, con lo que ha resultado un procedimiento más breve que el anterior, suprimiendo la anterior fase de prueba en plenario, abreviando plazos, limitando los recursos, aunque dejando siempre la posibilidad de recurso ante un Tribunal Superior, mediante los recursos de apelación y casación y el de revisión y desechando el recurso de reforma aunque se regulan los de queja y súplica." Por lo que se refiere al esquema del recurso contencioso-disciplinario "ha seguido la pauta del contencioso-administrativo de la Ley de 27 de diciembre de 1956" (Preámbulo de la LOPM 1989).

[1164] STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2.

[1165] FJ 9.

[1166] FJ 10. Resulta además ya doctrina de la Sala de lo Militar a partir del Pleno no jurisdiccional de este órgano de fecha 14 de febrero de 2006 que "en atención a la doctrina del Tribunal Constitucional expresamente contenida, entre otras, en sus SSTC nº 126/05 y 59/04 , esta Sala entiende que la infracción de las garantías constitucionales previstas en el art. 24 de la CE realizadas en el expediente disciplinario no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso (sin prejuzgar que se puedan subsanar en el ámbito administrativo en algunos casos) pues los derechos fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después" -es decir, ya en sede judicial (…)". STS de 20 de febrero de 2006. *Vid.* además, por todas, STS de 16 de septiembre de 2009, FJ 1º, recurso nº 75/2008.

inocente y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa -STC 22/1982, fundamento jurídico 2º-, así como el derecho a no declarar contra sí mismo, en el sentido que, para la potestad administrativa sancionatoria general, se recoge en la STC 77/1983."[1167]

Así, tanto la STC 14/1999 como la posterior STC 74/2004, de 22 de abril, declaran aplicables las garantías constitucionales consagradas en el art. 24 CE, condicionándolo a que se trate de garantías que resulten compatibles su naturaleza. De esta forma "[s]in ánimo de exhaustividad se pueden citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable al caso con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba."[1168]

Sospedra Navas sistematiza "las garantías del art. 24.2 de la CE, en tres puntos de interés destacados: 1) garantía de defensa, cuyo contenido básico comprende, además del principio de audiencia, el derecho a ser informado de la acusación, el de presunción de inocencia y el de utilizar los medios de prueba pertinentes en la defensa, así como el de asistencia técnica; 2) garantía de imparcialidad; y 3) garantía de celeridad y seguridad jurídica, lo que en el ámbito disciplinario se traduce en las disposiciones que regulan los institutos de la prescripción y caducidad."[1169]

No procede que en este estudio realicemos un completo estudio de las garantías aplicables al procedimiento disciplinario militar sino de las peculiaridades más relevantes que lo caracterizan respecto a los procedimientos judiciales así como del procedimiento sancionador común por lo que a las garantías derivadas del art. 24.2 CE se refiere.

[1167] FJ 3.
[1168] STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 3.
[1169] SOSPEDRA NAVAS, F.J., "Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: Tendencias (y algunas propuestas) expansivas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 89, enero-junio 2007, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 61.

Si utilizamos la clasificación del señalado autor, y comenzando por el derecho a ser informado de la acusación, la Sala 5ª del Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina constitucional, ha trasladado asimismo al procedimiento disciplinario militar las garantías del art. 24 CE que resulten compatibles con su naturaleza y, concretamente, por lo que se refiere a la información sobre la imputación "en aras de que nadie pueda ser sancionado por "cosa" distinta a la que se le acusa, entendiendo por "cosa" no sólo el "factum", sino también la "calificación jurídica"", y con referencia a la STC 117/2002 de 20 de mayo, declara, citando al supremo intérprete constitucional, que

"Por lo que respecta a la doctrina constitucional atinente al derecho fundamental a ser informado de la acusación, proclamado en el art. 24.2 CE, este Tribunal ha hecho especial hincapié en el contenido normativo complejo que encierra, pues junto al mandato obvio de poner en conocimiento de quien se ve sometido al ejercicio del «ius puniendi» del Estado la razón de ello, presupone la existencia de la acusación misma y es, a su vez, instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser condenado por cosa distinta de la que se le acuse y de la que, consecuentemente, no haya podido defenderse (por todas, SSTC 19/2000, de 31 de enero, F. 4, y 278/2000, de 27 de noviembre, F. 14). Las resoluciones ahora citadas se pronunciaron en relación con el proceso penal, en cuyo ámbito también hemos matizado la sujeción existente entre la condena y la acusación formulada, advirtiendo que no puede llegar tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, operando aquí los conceptos de identidad fáctica y homogeneidad de la calificación jurídica (STC 4/2002, de 14 de enero, F. 3, que resume la doctrina constitucional en la materia). En conclusión, como ya señaláramos en la STC 225/1997, de 15 de diciembre, F. 4 «in fine», y hemos reiterado nuevamente en la mencionada STC 4/2002, F. 3, «desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que "de facto" no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas. La homogeneidad entre la acusación y la condena es, sobre todo, un instrumento útil, extraordinariamente útil, si se quiere, para enjuiciar la posibilidad real de debate». Finalmente, importa advertir que la traslación de estos criterios al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimiento establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento (STC 56/1998, de 16 de marzo, F. 4, aquí por referencia al derecho a la prueba)»"[1170]

La información sobre la imputación se manifiesta en el procedimiento disciplinario por falta grave regulado en la LORDFAS 1998 en el art. 54.2 cuando dispone que "[e]l acuerdo de inicio del procedimiento, con el nombramiento de Instructor y Secretario, se notificará al expedientado, haciéndole saber su derecho a contar con asesoramiento en los términos del artículo anterior." Por lo que respecta al procedimiento por falta leve, pese a su simplicidad, la información sobre la imputación se trata de una garantía que debe asegurarse antes o, al menos, durante el trámite de

[1170] STS, Sala 5ª, de 16 de junio de 2010, FJ 2º, Contencioso-disciplinario nº 123/2009. Declara al respecto la STC 205/2003, de 1 de diciembre, que "[e]s, por ello, exigible, a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que el pliego de cargos contenga los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa…" FJ 5.

audiencia regulado en el art. 49 LORDFAS para asegurar que no se produce indefensión al adoptar la resolución sancionadora sin que el interesado haya sido oído.[1171]

En cuanto al principio de audiencia, la LORDFAS garantiza al expedientado por falta grave su derecho a ser oído en todos los trámites del procedimiento así como de proponer y practicar pruebas. Ello se garantiza desde el primer momento en que le es tomada declaración (art. 56.1) así como tras la formulación del pliego de cargos, al que puede responder en un plazo de cinco días "alegando cuanto considere procedente y proponiendo las pruebas que estime convenientes a su defensa." (art. 56.3 LORDFAS).[1172]

Asimismo, "[e]l expedientado, si lo solicitase, podrá conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación del procedimiento, dándosele vista del mismo en los lugares y durante el horario que se señale." (art. 57.1) y, por último, a la hora de formular propuesta de resolución, que "será notificada al expedientado, dándole vista del procedimiento, quien podrá formular las alegaciones que estime convenientes en el plazo de cinco días." (art. 59.2).

Sí conviene realizar unas precisiones respecto al principio de presunción de inocencia, particularmente por lo que se refiere a la prueba de cargo apta para desvirtuarla. Así, concretamente, debemos prestar atención al parte emanado del mando o empleo militar superior como medio de convicción para fundamentar la resolución sancionadora, muy especialmente cuando ésta se basa exclusivamente en la observación de la supuesta infracción por el mando sancionador, lo que, a mi juicio, no puede constituir por sí misma prueba de cargo útil para desvirtuar la presunción de inocencia, máxime cuando el mando ha sido el presunto ofendido de la infracción, por mucha cobertura que ello parezca recibir del art. 45 LORDFAS.[1173]

[1171] Advierte así Sospedra que "La puesta en conocimiento de la imputación es un trámite esencial en todos los procedimientos disciplinarios; así, en el marco del procedimiento por faltas leves, es imprescindible la puesta en conocimiento de la imputación para satisfacer el derecho del expedientado a ser informado de la acusación; por otra parte, en los procedimientos por faltas graves y en el expediente gubernativo, la puesta en conocimiento de la imputación es el momento procedimental a partir del cual el expedientado puede desplegar su derecho de defensa, por lo que es el que marca la utilizabilidad de la prueba practicada como prueba de cargo." SOSPEDRA NAVAS, F.J., "Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional…", ob. cit., pág. 66. *Vid.* en el mismo sentido STS, Sala 5ª, de 23 de febrero de 2005, FJ 4º, Contencioso-disciplinario nº 14/2003.

[1172] Añade el art. 58 LORDFAS que "[c]ontestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo para ello, el Instructor acordará la práctica de las pruebas admisibles en derecho que juzgue pertinentes. La resolución denegando la práctica de pruebas solicitadas por el expedientado será motivada y notificada al interesado."

[1173] Dice el precepto en cuestión que

Así, la jurisprudencia de la Sala 5ª se ha hecho eco de esta preocupación, sintetizada su doctrina en la STS de 19 de julio de 2011, que declara lo siguiente:

"Esta Sala viene reiteradamente declarando que si bien el parte militar es un elemento probatorio apto para desvirtuar la presunción de inocencia, ha de ser adecuadamente valorado a fin de establecer su fiabilidad y la fuerza incriminatoria de su contenido (Sentencia de 20 Febrero de 2.006).

Así, en nuestra Sentencia de 22 de Enero de 2.010 hemos recordado que ya en la Sentencia de 4 de Mayo de 1.995 señalábamos que "el parte militar no es otra cosa que la dación de cuenta, verbal o escrita, según la urgencia, mediante la cual se pone en conocimiento de un superior la existencia y características de un hecho que, en principio, puede tener trascendencia en el ámbito castrense ", y que si bien su valor administrativo militar es importante, pues representa el cumplimiento de un deber de información al mando, procesalmente no tiene otro valor " que el de mera denuncia, constituyendo un principio de prueba de unos hechos, que en caso de ser discutida o negada su existencia, precisará de una comprobación o corroboración de su contenido para que tenga el parte total eficacia probatoria" (en este mismo sentido se pronuncian nuestras Sentencias, anteriores y posteriores, de 18 de Febrero y 27 de Octubre de 1.992, 20 de Octubre de 1.993 , 17 de Enero y 7 de Marzo de 1.994 , 2 de Junio y 14 de Noviembre de 1.995 , 27 de Junio de 1.996 y 6 de Abril de 2.001).

También en nuestras Sentencias de 11 de Abril y 6 de Mayo de 2.005, 19 de Octubre de 2.007, 18 de Febrero y 18 de Diciembre de 2.008 y 8 de Mayo de 2.009, entre otras, hemos sentado, con respecto a los partes disciplinarios, que éstos no tienen otro valor que el de meras denuncias o principios de prueba de unos hechos que, caso de ser discutidos o negada su existencia, precisarán de comprobación o corroboración de su contenido para que tengan total eficacia probatoria (Sentencia de 21 de Noviembre de 2.005) y que el parte o el testimonio del mando que indaga u observa y describe la infracción disciplinaria, que tenga sentido inequívocamente incriminador, es susceptible de ser valorado como prueba desvirtuadora de la presunción de inocencia de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, es decir, siempre que su contenido no entre en contradicción con otras pruebas que deban considerarse de descargo.

Hemos insistido en esta línea al señalar - Sentencia de 21 de Diciembre de 2.007 - que "el parte que suscribe el Superior que presencia los hechos puede tener por sí solo valor probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia, cuando el testimonio que en él se contiene presenta suficientes garantías de credibilidad y verosimilitud, pero se ha exigido también que, cuando no existe más prueba que dicho testimonio y, además, la conducta indisciplinada se ha dirigido contra el Superior que recibe la ofensa del subordinado, la valoración de tal prueba ha de efectuarse con especial rigor, analizando cuidadosamente su contenido, pues se constituye en la única prueba de cargo que ha de servir para enervar la presunción de inocencia, por lo que, al examinar las diversas circunstancias que rodean los hechos, resulta, si no imprescindible, muy necesario, buscar la existencia de corroboraciones periféricas que puedan confirmar su realidad"."[1174]

Plantea problemas asimismo la aportación como prueba de cargo de diligencias que no han sido practicadas en el seno del expediente disciplinario con las garantías del art. 24.2 CE, particularmente por lo que se refiere a la llamada información reservada previa al procedimiento disciplinario estrictamente dicho y prevista en el art. 44.2 LORDFAS.

"Todo militar que observe o tenga conocimiento de un hecho o conducta que constituya infracción disciplinaria y tenga la competencia requerida para ello, impondrá la correspondiente sanción si se trata de falta leve, u ordenará la incoación del oportuno procedimiento.

En otro caso, dará parte por conducto reglamentario a la autoridad o mando que sea competente para sancionar la falta u ordenar la instrucción del oportuno expediente."

[1174] FJ 3º, Contencioso-disciplinario nº 10/11. Precisamente señala Sospedra en este sentido que "la previsión legal puede generar conflictos desde el punto de vista de la garantía constitucional del derecho a la presunción de inocencia cuando el único fundamento en que se sustenta la resolución sancionadora es la afirmación fáctica del mando, sin otro soporte probatorio. En el caso extremo en que el mando sancionador ostenta la cualidad de ofendido o perjudicado por la infracción, a los conflictos en relación a la garantía de contradicción, habrían de añadirse las dudas que se presentan en la órbita de la garantía de imparcialidad." SOSPEDRA NAVAS, F.J., "Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional…", ob. cit., pág. 64.

Pues bien, es asimismo doctrina consolidada que las diligencias practicadas en la misma no tienen aptitud para adquirir relevancia probatoria en el expediente salvo cuando se reproduzcan o ratifiquen en el mismo con todas las garantías. Así,

"Sobre la incorporación de la información reservada hemos sostenido de forma constante en la jurisprudencia de la Sala - Sentencias, entre otras, de 15 de julio y 31 de octubre de 2003, 16 de enero y 23 de febrero de 2004 y 17 de enero y 10 de marzo de 2005 - que "en modo alguno su realización, así como la incorporación a las actuaciones, afecta a derecho fundamental [alguno], toda vez que sus contenidos pueden ser sujetos a contradicción con posterioridad en el trámite de audiencia y en la sucesiva actividad probatoria. Se trata de una investigación inquisitiva en la que se incorporan testimonios y que tiende precisamente a ofrecer argumentos indiciarios para las resoluciones de la Autoridad Disciplinaria, o para establecer presupuestos de la posterior instrucción, mediante una aproximación al presunto conjunto de hechos. No supone una fase inculpatoria en ningún sentido y sobre sus contenidos y conclusiones habrán de recaer las actuaciones probatorias que el Instructor practique con otorgamiento de plenas garantías de contradicción en las decisiones indagatorias, hasta el agotamiento de la vía administrativa mediante las resoluciones oportunas y su revisión posterior jurisdiccional si se interponen recursos de tal índole. Idéntico razonamiento ha de formularse respecto de los atestados". […] En todo caso, como señala esta Sala en su Sentencia de 8 de mayo de 2003 -y, en el mismo sentido, en las de 15.07.2003, 16.01, 23.02 y 25.10.2004 y 17.01 y 10.03.2005 -, lo manifestado en una información de aquella clase "carece de valor verificador del hecho si no es dicho nuevamente ante el instructor del expediente disciplinario", es decir, ratificado, con posterioridad, ante este en el mismo sentido."[1175]

Como parte asimismo del conjunto de derechos del art. 24.2 CE en lo que a la proscripción de la indefensión se refiere, "[n]o puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 de la C.E. no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido."[1176]

[1175] STS, Sala 5ª de 22 de diciembre de 2010, FJ 2º, contencioso-disciplinario nº 65/2010. A pesar de que la jurisprudencia considera que no se trata la información reservada de un procedimiento disciplinario y que "no se dirige contra nadie ni tiene, en principio, carácter sancionador, pues, esclarecidos que hayan sido los hechos, es en ese momento, precisamente, cuando se derivarán o no las oportunas responsabilidades a través de los procedimientos legalmente establecidos. Precisamente y por tal motivo, tales extremos han de quedar muy claros para quienes presten declaración ante el Instructor designado para realizarla, pero sin olvidar que se encuentra inmersa en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas…" Es por ello, que son aplicables igualmente las garantías del art. 24.2 CE a quienes, por su posible implicación en los hechos, declaran ante el Instructor de estos procedimientos previos. *Vid.* respecto a todo lo señalado STS, Sala 5ª de 13 de diciembre de 2010, FJ 3º, contencioso-disciplinario nº 81/2010.

[1176] STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7. Más explícita que la LORDFAS 1998 resulta al respecto la Ley Orgánica 12/2007 que, en el ámbito del régimen disciplinario de la Guardia Civil, en su art. 42.1 dispone expresamente que "[e]n el momento en que se notifique la apertura del procedimiento, se informará al interesado del derecho que le asiste a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo, a no

Por lo que hace a la defensa técnica, presenta peculiaridades en el ámbito disciplinario militar y de la Guardias Civil. Así, según el art. 53.1 LORDFAS "[e]l expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que dé lugar este procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o del militar que designe al efecto."[1177]

Sin embargo, "conviene significar que el derecho de asistencia de letrado se concibe como el derecho del expedientado a ser asesorado desde el inicio del Expediente, pero no así a proponer y participar en las pruebas acordadas antes de la formulación del pliego de cargos. La Doctrina expuesta es la recogida por esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 9 de Marzo de 1.998, 25 de Mayo de 1.995, 10 de Mayo de 1.999 que, en lo que aquí importa, dicen que al tratarse los Expedientes Disciplinarios de procedimientos administrativos sancionadores, no existen partes procedimentales sensu estricto y, por lo tanto, no cabe la personación del Proceso Penal, por lo que el asesoramiento letrado se concreta en la asistencia a las comparecencias del encartado, a los escritos de alegaciones y propuestas de prueba así como formulación de Recursos cuando sean pertinentes."[1178]

Así, la Sala 5ª, incluso en interpretación de la nueva Ley Orgánica 12/2007, de Régimen disciplinario de las Guardia Civil, frente a lo previsto en el procedimiento administrativo común –supletorio de las normas disciplinarias militares[1179], no admite la

---

confesarse culpable y a la presunción de inocencia. También será informado del derecho a la asistencia legal contenido en el apartado siguiente." No obstante el silencio de la Ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas al respecto, se viene exigiendo por la jurisprudencia dicha información al encartado sobre la imputación y los derechos que le asisten incluso en el ámbito del procedimiento por faltas leves. Así la STS de 17 de julio de 2006, Recurso nº 204/26/2006, FJ 4º, declara que "las garantías trasladables a este procedimiento sumario, son todas las que resulten compatibles con su naturaleza y con la finalidad a que tiende, y desde luego la instrucción del derecho de que se trata en modo alguno contradice dicha naturaleza, ni frustra o meramente entorpece que se logre el designio que le es propio de reparar las consecuencias de la conducta antidisciplinaria, y, bien al contrario, afirmamos ahora que resulta de obligada observancia por el mando con potestad sancionadora , para conjurar el riesgo no descartable de que el supuesto infractor se considere obligado a contestar siempre al superior, en un erróneo entendimiento del deber de subordinación que forma parte del estatuto militar." *Vid.* asimismo, por todas, STS, Sala 5ª, de 30 de octubre de 2012, FJ 2º, Contencioso-disciplinario nº 11/12.

[1177] Dispone asimismo el art. 42.2 de la Ley Orgánica 12/2007, de Régimen disciplinario de la Guardia Civil que "[e]l interesado podrá contar, en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento, con el asesoramiento y la asistencia de un abogado en ejercicio o de un Guardia Civil que elija al efecto. De optarse por esta segunda posibilidad, las autoridades y mandos correspondientes facilitarán, al designado, la asistencia a las comparecencias personales del interesado ante las autoridades disciplinarias o instructores de los expedientes, y su asesoramiento será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado."

[1178] STS, Sala 5ª, de 23 de febrero de 2005, FJ 4º, Contencioso-disciplinario nº 14/2003. La STC 14/1999 entiende además que no se lesiona el derecho de defensa por el hecho de que se practiquen pruebas y diligencias –sin intervención del encartado o su letrado-con anterioridad al pliego de cargos, que considera el momento de la imputación. FJ 6.

[1179] Frente a lo sorprendente del criterio jurisprudencial –no deducido expresamente del art. 53 LORDFAS y 42 LORDGC 2007- nada debería obstar a que el encartado pudiese ser representado en el

actuación del encartado mediante representante sino que exige "la intervención personal del expedientado en todas las actuaciones que se desarrollen en el curso de las actuaciones desarrolladas en el expediente, sin que quepa por tanto -dada la aludida especialidad castrense- la posible representación del interesado por un tercero, que sí es admitida en otros ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas."[1180]

---

expediente mediante poder notarial o documento privado en el momento de formular alegaciones al pliego de cargos o a la propuesta de resolución, tal y como permite el instituto de la representación regulado en el procedimiento administrativo común en el art. 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que dispone en ese sentido que "1. Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado. 2. Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas. (…)" La supletoriedad de la Ley 30/1992 aparece declarada en la DF 1ª LORDFAS y DA 1ª LORDGC 2007. Distinta es la postura, sin embargo, de González Reyes para quien "[d]el análisis de la normativa disciplinaria militar y de la Guardia Civil se desprende que el ejercicio y concreción del derecho de asistencia letrada en este tipo de expedientes debe limitarse a dos actuaciones concretas como son: el asesoramiento y la asistencia." Tras mantener que el asesoramiento se reduce al mero consejo, sostiene que la asistencia "queda concretada en la presencia física y acompañamiento de quien ejerce el asesoramiento del encartado en todas las actuaciones a que el procedimiento da lugar." Concluye finalmente que el derecho de asistencia letrada "en ningún caso comprende (…) la representación o postulación procesal (ni en principio la participación en el mismo procedimiento)." GONZÁLEZ REYES, J.M., "Derecho de defensa y asistencia técnica en la tramitación de expedientes disciplinarios en el ámbito de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil. Alcance y límites", en *Cuaderno Práctico*, nº 3, enero-abril 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 115.

[1180] STS, Sala 5ª, de 13 de abril de 2012, FJ 3º, Contencioso-disciplinario nº 129/11. Resulta en concreto reveladora respecto a la garantía de la asistencia letrada la STS de 29 de noviembre de 1999, recurso nº 132/1998, que declara, en relación al supuesto enjuiciado por ella, que "[p]or otra parte, no podía el Instructor acceder a la pretensión mencionada de tener al asesor de la expedientada como parte procesal en contradicción, pues no estaba en un proceso penal, sino en un procedimiento administrativo sancionador, al que si bien le son aplicables, en cierta medida, los principios inspiradores del proceso penal, no cabe llegar a tal equiparación que desfigure los rasgos propios de proceso y procedimiento, la posición que ocupa el juez y el Instructor, los principios que inspiran su actuación, perfectamente determinados en los artículos 103 y 117, respectivamente, de nuestra Constitución, y la finalidad perseguida en uno y otro trámites procedimentales. Las Sentencias antes mencionadas de esta Sala 5ª, analizando pretensiones similares a las aquí planteadas por la parte recurrente, nos permiten desestimar dichas pretensiones por no tener la recurrente en dicho expediente la condición de parte procesal, en sentido estricto, ni tener derecho su Letrado a presenciar todas las actuaciones acordadas por el Instructor, sino a asesorar a la expedientada en sus comparecencias personales, escritos de alegaciones y propuesta de pruebas, y formulación de los recursos, cuando sean pertinentes. (...) Y en cuanto a la supuesta infracción del artículo 35 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Procedimiento Administrativo, que alega la parte recurrente, es suficiente para rechazarla con atender a lo que establece la disposición adicional octava de dicha Ley, que excluye la aplicación de la misma para los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio, que se regirán por su normativa específica, como es nuestro caso. No hay vacío alguno en la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil ni en su supletoria Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en cuanto a los trámites a desarrollar por el Instructor y la concreta intervención de todo expedientado y de su Asesor, si lo hubiere designado, en dicho procedimiento disciplinario, y las características de este último justifican la medida legal de no aplicación al mismo de las normas generales de la Ley de Procedimiento Administrativo común." FJ 4º. La STS de 24 de junio de 2002 (recurso nº44/2001) advierte que la recurrente no tiene condición de parte procesal en sentido estricto ni su letrado derecho "a presenciar todas las actuaciones acordadas por el Instructor, sino a asesorar a la expedientada en sus comparecencias personales, escritos de alegaciones y propuesta de pruebas, y formulación de los recursos, cuando sean pertinentes." FJ 2º.

No se traslada pues al ámbito disciplinario militar las garantías de la instrucción penal respecto a la asistencia e intervención del letrado del encartado en la práctica de la prueba interesada por el mismo o acordada de oficio por el instructor, tal y como ya se ha reconocido en el art. 46.2 de la Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, algo que debería asimismo incorporarse a la LORDFAS al tratarse de una garantía más de que la práctica de prueba se realiza con todas las garantías.[1181]

Por lo que se refiere a la asistencia letrada en el procedimiento por faltas leves, aunque no viene expresamente contemplada tal garantía en el art. 49 LORDFAS, tratándose así de un procedimiento sumario pero no por ello falto de garantías, por lo que, cuando la asistencia del abogado a la audiencia regulada en el art. 49 LORDFAS resulta compatible "con la necesidad de un pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada"[1182] que está en la base del procedimiento preferentemente oral regulado en la ley disciplinaria de las FAS no se puede negar la asistencia de letrado en la audiencia regulada en dicha norma, así como la posibilidad de asesoramiento por dicho profesional cuando el interesado lo solicite, sin vulnerar con ello el art. 24.2 CE.

[1181] Sin embargo, si atendemos a la jurisprudencia, parece que en la LORDFAS rige el criterio contrario ya que "debe entenderse que, en sede disciplinaria, el Instructor tiene libertad para la realización de pruebas pero, habida cuenta de que en este procedimiento administrativo no existen partes en un sentido jurídico procesal, el Instructor solo debe guiar su tramitación por los principios de objetividad, eficacia y, ciertamente, pleno respeto a las garantías del inculpado que, en todo momento, tendrá acceso a las actuaciones para su conocimiento y posterior contradicción cuando preste declaración y cuando se le notifique el pliego de cargos y en otras declaraciones posteriores, pero sin que pueda exigir su participación confrontativa, en defensa de sus pretensiones, en todos los momentos de la instrucción, en el desarrollo concreto de las pruebas testificales o en cualesquiera otras." STS de 18 de marzo de 2004, FJ 3º, recurso nº 148/2003.

[1182] *Vid.* al respecto la interesante STC 74/2004, de 22 de abril, que otorga el amparo a un guardia civil por haberle sido negada la asistencia letrada en el trámite de audiencia regulado en la antigua Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. El Tribunal Constitucional estimó vulnerado el art. 24.2 CE y para valorar si el modo en que el demandante pretendió contar con asistencia letrada resultaba incompatible con la necesidad de un pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada tuvo en consideración dos datos: "primero, que el hecho motivador de la actuación disciplinaria se habría producido el día 23 de diciembre de 2000 y que para la práctica del trámite de audiencia se señaló el día 28 del mismo mes; y, segundo, que la Abogada cuya presencia pretendía el recurrente se encontraba ya en las dependencias oficiales en el momento en que se iba a practicar el indicado trámite de audiencia, por lo que su realización no hubiera sufrido demora alguna por la circunstancia de que al mismo hubiera asistido la Letrada. En consecuencia hemos de concluir que la finalidad del rápido restablecimiento de la disciplina militar, fundamento, como hemos dicho, del procedimiento oral sumario para la corrección de las infracciones leves regulado en el art. 38 LOGC, no resultaba comprometida, y que la restricción al derecho a la asistencia letrada careció de justificación desde la perspectiva constitucional." FJ 6. El art. 42.2 de la nueva Ley Orgánica 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil concede el derecho de asistencia letrada "en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento". *Vid.* sin embargo la opinión de Juliani para el que la STC 74/2004 no modifica el principio general sentado por la Sala 5ª sobre la inaplicabilidad del derecho de asistencia letrada en un procedimiento disciplinario por falta leve. JULIANI HERNÁN, J., "El procedimiento oral en las faltas leves", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pág. 322.

Cuestión distinta es que exista una obligación de informar sobre el ejercicio de tal derecho en el sumario procedimiento regulado en el art. 49 LORDFAS.[1183]

En mi opinión, salvo situaciones de alteración de la normalidad, teatros de operaciones, misiones en el exterior, buques navegando, el pronto restablecimiento de la disciplina no resulta inconciliable en absoluto con que al encartado se le facilite el derecho de estar asistido y asesorado por el profesional de la abogacía de su elección[1184], y es de *lege ferenda* que se incorpore la instrucción sobre esta garantía así como las restantes del art. 24.2 a la nueva ley disciplinaria para las Fuerzas Armadas.

En cuanto a la imparcialidad, sí hemos de coincidir con Sospedra en que "[l]os matices entre el proceso penal y el disciplinario en materia de garantía de imparcialidad son mucho más acusados que en el caso del derecho de defensa, puesto que el derecho fundamental a ser juzgado por un órgano imparcial no alcanza al ámbito de los procedimientos disciplinarios."[1185]

Así, por lo que respecta al Instructor de los procedimientos disciplinarios –al igual que sucede con la autoridad administrativa que resuelve el expediente-, resulta doctrina constitucional reiterada que no pueden trasladarse al procedimiento disciplinario la garantía de imparcialidad que debe predicarse de un órgano judicial ya que "la mera condición de funcionario inserto en un esquema necesariamente jerárquico no puede ser, por sí misma, una causa de pérdida de la objetividad constitucionalmente requerida, desde el momento en que constituye supuesto de su actuación (…).

Lo que del Instructor cabe reclamar, *ex* arts. 24 y 103 C.E., no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, en el

[1183] Señala así la STS de 8 de febrero de 1999 respecto a estos procedimientos que "la norma legal no dispone, como en el supuesto de los Expedientes, de una instrucción previa al imputado sobre su derecho a ser asistido de Letrado (...) pero no impide que el supuesto infractor, que mejor conoce lo que ha hecho, pueda obtener ese asesoramiento previo a la resolución sancionadora y no menos después al interponer los previstos recursos". *Vid.* asimismo STS de 7 de julio de 2008, FJ 1º, recurso nº 105/2007.

[1184] Muestra de ello es que en la STS de 27 de septiembre de 2004, Recurso nº 154/2003, se reconoce al encartado la posibilidad de "posponer la realización de sus alegaciones, incluso presentándolas por escrito, hasta obtener el asesoramiento potestativo que interesara." FJ 1º. Sospedra acude a un juicio de proporcionalidad, de manera que "tanto el derecho a la asistencia técnica en el procedimiento por faltas leves, como el contenido de la defensa técnica, resultan modulables en cada caso, sujetos al pronóstico de relevancia en orden a la eficacia de la potestad disciplinaria, de manera que resultaría ilícito, por desproporcionado, cualquier sacrificio en el ejercicio de esos derechos en los supuestos en que no tengan incidencia relevante en la tramitación y resolución del procedimiento disciplinario." SOSPEDRA NAVAS, F.J., "Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional…", ob. cit., pág. 69.

[1185] *Ibídem.*, pág. 70.

sentido que a este concepto hemos dado en las SSTC 234/1991, 172/1996 y 73/1997, es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal."[1186]

Por lo que respecta a la autoridad sancionadora, las mismas garantías de objetividad le atañen que al órgano instructor aunque sus causas de recusación no estén reguladas como en el caso de éste en el art. 52.3 LORDFAS, lo que hace acudir a los arts. 28 y 29 de la ley 30/1992, de procedimiento administrativo común.[1187]

[1186] STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4. En el mismo sentido, STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 5. En el mismo sentido, se pronuncia la Sala 5ª. Baste al efecto citar por todas, SSTS de 13 de abril de 2012, FJ 1º, recurso nº 129/11; 22 de diciembre de 2010, recurso nº 65/2010, FJ 1º; de 23 de febrero de 2005, FFJJ 1º y 2º, recurso nº 14/2003; de 18 de febrero de 2005, FJ 3º, recurso nº 88/2004 y 7 de febrero de 2005, FJ 1º, recurso nº 150/2003. Advierte al respecto Alarcón que "esa objetividad predicable de cada Administración en su conjunto no atribuye, ni tendría sentido que atribuyera, a cada uno de sus órganos, autoridades y funcionarios, aunque se sumen a sus garantías de imparcialidad, nada similar a la independencia e imparcialidad judicial, ni los pone a resguardo de la jerarquía e intervenciones de sus superiores y, a la postre, del poder político." ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 77 y 78.

[1187] *Vid.* en este sentido SOSPEDRA NAVAS, F.J., "Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional…", ob. cit., págs. 71 y 72. Asimismo STS de 18 de febrero de 2005, FJ 3º, recurso nº 88/2004. Interesante resulta la STS, Sala 5ª, de 12 de julio de 2010, recurso nº 10/2010, que aborda la recusación del Ministro de Defensa, autoridad a la que correspondía resolver el recurso de alzada del sancionado en un procedimiento disciplinario militar por falta grave. La recusación del titular del Departamento tuvo su causa en las manifestaciones que realizó en una entrevista publicada en el diario "*La Razón*" y en la que el entonces Ministro se pronunciaba sobre el expediente todavía pendiente de recurso ante él mismo. Pues bien, la recusación del Ministro de Defensa fue resuelta por esta misma autoridad acogiendo el informe del Asesor Jurídico General en el que se justificaba tal decisión en que "en el presente caso el recusado es el propio Ministro de Defensa, que constituye la Autoridad con competencia sancionadora que culmina el catálogo de autoridades sancionadoras de las Fuerzas Armadas previsto en el art. 27 de la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, así como el Jefe Superior del Departamento, conforme al art. 11 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y sus actos ponen fin a la vía administrativa al carecer de superior jerárquico (artículo 109.c de la Ley 30/1992)". El Tribunal Supremo, sin embargo, lejos de aceptar tal argumentación afirma que "[s]in embargo, que la Autoridad recusada carezca de superior jerárquico no supone que, incursa dicha Autoridad en motivo de abstención o planteada su recusación, ésta no se vea obligada a apartarse del procedimiento, pues como se señalaba en la sentencia de la Sala Tercera de 28 de febrero de 2002, ratificada por la ya citada de 21 de enero de 2003, no es compatible con el principio de objetividad que para la actuación de cualquier Administración pública se proclama en el artículo 103 de la Constitución que "durante alguna de las fases de tramitación de los procedimientos disciplinarios administrativos quede vedada la recusación, y a pesar de que existan indicios razonables de que el titular del órgano administrativo sancionador puede estar incurso en causa legal de recusación", pues "la exigencia de imparcialidad a que está ordenada la institución de la recusación ha de regir, sin excepciones, en cualquier clase de actuación administrativa, y, consiguientemente, debe ser observada durante todas las fases de tramitación del procedimiento sancionador"." FJ 3º. Declara a continuación la Sala 5ª que "[e]s evidente que no cabe plantear vinculación personal alguna del Ministro de Defensa con el asunto sobre el que debía pronunciarse en vía de recurso disciplinario, en el sentido de que pudiera afectar su interés particular, pero el requisito de objetividad en la actuación administrativa -que alcanza a cualquier autoridad administrativa y afecta a su deber de abstención- exige un "desinterés personal" en un procedimiento disciplinario, que tampoco se vea afectado por la existencia de cualquier hecho o circunstancia acreditados de los que pueda inducirse la pérdida de la debida objetividad, generándose en definitiva un efectivo quebranto del derecho de defensa. El juicio anticipado de culpabilidad sobre determinado asunto muestra, sin duda, una predisposición o interés personal en que éste se resuelva de una determinada manera, con quiebra de la objetividad necesaria para resolverlo." Y termina estimando el recurso señalando que "no cabe duda que, en el caso presente, la anticipada exteriorización por el entonces Ministro de Defensa de su opinión y

Ya desde la perspectiva de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), debemos realizar una somera referencia a las peculiaridades de los institutos de la prescripción y la caducidad en los procedimientos disciplinarios militares.

En este sentido, debemos resaltar asimismo la peculiaridad del régimen disciplinario militar por lo que respecta a estas instituciones. Así, frente a los principios del procedimiento sancionador común, el agotamiento del plazo de instrucción del procedimiento en los expedientes extraordinarios o por faltas graves no determina la caducidad de los mismos, al considerar la jurisprudencia de la Sala 5ª esta institución como "ajena al ámbito disciplinario de las Fuerzas Armadas, sin que resulten aplicables las previsiones supletorias, contenidas en la citada Ley 30/1992 sobre declaración de caducidad y consiguiente archivo de los procedimientos que rebasen el plazo de tramitación[1188], por cuanto que el art. 25.2 LO. 8/1998 establece como consecuencia de dicho exceso temporal, el nuevo cómputo desde el principio del plazo prescriptivo que corresponda, de dos años en el presente caso."[1189]

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo apoya esta construcción doctrinal en el art. 22.2 LORDFAS[1190], de forma que "es igualmente doctrina constante de esta Sala Quinta "que el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión de un Expediente, de seis meses en el presente caso, es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, debiéndose entender con ello como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda, que en el supuesto ahora enjuiciado, al tratarse de una falta muy grave, es de dos años, a contar

los términos en que lo hizo sobre aquello que había de ser objeto de preceptivo recurso ante su Autoridad, adelantando su criterio de que la sanción impuesta era correcta y que se habían respetado las garantías del sancionado, cuando la resolución no era firme y el sancionado no había presentado aún sus argumentos recursivos, debió mover a dicha Autoridad -por incurrir en el motivo de abstención del apartado 2. a) del artículo 28 de la Ley 30/1992 - a abstenerse de intervenir en el asunto, apartándose de la resolución del recurso planteado y evitar así que el derecho defensa del sancionado fuera vulnerado." FJ 4º.

[1188] Al respecto dispone el art. 44.2 de la ley 30/1992 que "[e]n los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92."

[1189] STS de 19 de noviembre de 2012, FJ 1º, recurso nº 22/2012. *Vid.* en este sentido asimismo las SSTS de la Sala 5ª de 14 de febrero y 24 de septiembre de 2001, 3 de junio de 2003, 26 de enero de 2004, 3 de julio de 2006, 17 de enero de 2008, 27 de diciembre de 2007,4 de febrero de 2010, 17 de junio y 6 de julio de 2010 y 8 de junio de 2012.

[1190] "En las faltas graves, la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable con conocimiento del mismo, volviendo a correr el cómputo del plazo de no haberse concluido el expediente en el tiempo de instrucción establecido en esta Ley."

desde que se cumplió el tiempo ordenado para la tramitación del expediente" (Sentencia de 11 de febrero de 2003, antes citada).”[1191]

Sin embargo, a mi juicio, no se deduce tal interpretación del art. 22.2 de la ley disciplinaria sino que, caso de que se hubiese consumido el tiempo de tramitación del expediente, ello debe suponer en buena ley que vuelve a contar el plazo de prescripción de la falta partiendo de cero pero ello no debe extender sus efectos, como mantiene la Sala 5ª del Alto Tribunal, al instituto de la caducidad, ya que el expediente que no se tramitó en plazo debe entenderse caducado, ello sin perjuicio de volver ordenar la incoación de uno nuevo.[1192]

No obstante, según el Alto Tribunal, “las actuaciones practicadas en el Expediente no concluido tempestivamente son válidas y tienen eficacia cuando la Resolución sancionadora se dicte y notifique dentro del plazo de prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el funcionario actuante por irregularidad en la tramitación.”[1193]

Aunque se trata, obviamente, de una cuestión de legalidad ordinaria no existen a mi juicio argumentos que justifiquen una interpretación de la misma de forma tan dispar respecto al procedimiento sancionador común[1194], máxime en unas instituciones del ordenamiento jurídico español que afectan de forma capital al principio de la seguridad

[1191] STS de 19 de noviembre de 2012, FJ 1º, recurso nº 22/2012. *Vid.* asimismo, por todas, la STS de 10 de febrero de 2012, recurso nº 65/2011.

[1192] Considera así Sospedra que la “regulación específica [de la ley disciplinaria militar] no deroga el régimen de la Ley 30/1992, puesto que el art. 22 LRDFAS despliega sus efectos en el ámbito material de la prescripción, y no en el procedimental, encontrando éste último su regulación en la Ley 30/1992, de aplicación supletoria. De acuerdo a esta tesis, sería de aplicación la terminación por caducidad en los procedimientos disciplinarios militares, con el efecto de nulidad en la resolución sancionadora dictada en el procedimiento caducado (…)”. SOSPEDRA NAVAS, F.J., “Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional…”, ob. cit., pág. 76. Opinión contraria mantiene Gómez Docampo para el que “la regulación tanto de la LORDFAS de 1985, como la LORDGC de 1991 y la LORDFAS de 1998 no contemplaron de manera expresa el instituto de la *caducidad*, y por tanto no previeron la *caducidad de los procedimientos disciplinarios militares*, y de hecho puede afirmarse (si bien con ciertas matizaciones como en su día apunté y luego explicaré más detalladamente) que la regulación contenida en dichas normas legales era totalmente contraria a la posible caducidad de los procedimientos disciplinarios instruidos al personal militar, hasta el punto de que esta institución no se compadece ni se ajusta demasiado bien a la regulación que dichas normas establecen de los procedimientos disciplinarios, en especial en materia de prescripción y de duración de los procedimientos (de su *instrucción* en los términos empleados por dichas normas).” GÓMEZ DOCAMPO, F.J., “A vueltas con la caducidad de los procedimientos disciplinarios militares y la prescripción de las infracciones disciplinarias”, en *Cuaderno Práctico*, nº 4, mayo-octubre 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 27.

[1193] SSTS de 14 de febrero de 2001, 26 de enero y 7 de diciembre de 2004 y 3 de septiembre de 2008, y las de 26 de enero de 2007, 12 de diciembre de 2008 y 21 de abril, 4 de junio y 10 de julio de 2009.

[1194] La Sala 3ª del Tribunal Supremo aplica, siguiendo consolidada doctrina, la caducidad de la ley 30/1992 a cualquier procedimiento administrativo sancionador o disciplinario. *Vid.* así la STS de 27 de febrero de 2006. En el mismo sentido, SSTS Sala 3ª, sección 7ª, de 24 de septiembre de 2008 y de 24 de febrero de 2010, sección 4ª.

jurídica (art. 9.3 CE) como son la prescripción y la caducidad, que la jurisprudencia de la Sala 5ª declara inexistente en el ámbito disciplinario de la LORDFAS.

Considero, pues, de *lege ferenda* que la nueva ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas debe introducir claramente la institución de la caducidad en sus procedimientos, al igual que en la nueva Ley Orgánica 12/2007, de régimen disciplinario de la Guardia Civil[1195], o disponer un régimen distinto compatible con el principio de seguridad jurídica pero de forma expresa.

Queda por último realizar una referencia final al procedimiento por falta leve regulado en los arts. 49 y 50 LORFAS ya que, si bien las garantías del art. 24.2 CE son trasladables con los matices que acabamos de examinar al procedimiento disciplinario militar, el procedimiento para la exigencia de responsabilidad por falta disciplinaria leve, por su sencillez y sumariedad, en orden al pronto restablecimiento de la disciplina, presenta algunos puntos en que parecen modularse o soslayarse (por omisión) las garantías procedimentales, lo que hace que nos preguntemos por su ajuste constitucional.

En primer lugar, debemos tener presente que las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador deben ser ejercidas en el trámite de audiencia regulado en el art. 49 LORDFAS[1196], lo que convierte este trámite en fundamental de cara al ejercicio del derecho de defensa y, en definitiva, a que nadie pueda ser sancionado sin haber sido oído previamente.[1197]

Ello supone asimismo, frente al derecho militar histórico la proscripción de las conocidas como "sanciones de plano" o impuestas sin sujeción a procedimiento alguno[1198], lo que hace de la práctica de la audiencia regulada en el art. 49 LORDFAS

[1195] Esta norma regula expresamente la institución de la caducidad en su art. 65.

[1196] Dispone el precepto en cuestión: "La autoridad o mando que tenga competencia para sancionar una falta leve seguirá un procedimiento preferentemente oral, en el que verificará la exactitud de los hechos, oirá al presunto infractor en relación con los mismos, comprobará si están tipificados en alguno de los apartados del artículo 7 de esta Ley y, si procede, graduará e impondrá la sanción correspondiente, ateniéndose a las circunstancias concurrentes en el hecho y en el infractor."

[1197] Precisamente resalta Seoane González que "[e]l derecho constitucional a defenderse se instrumentaliza en un cierto número de derechos –derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a conocer los términos de la imputación, a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpable-, de tal manera que, en el procedimiento preferentemente oral, se condensa en la audiencia, el ejercicio de todos esos derechos instrumentales necesarios para entender proscrita la indefensión en los términos del art. 24 CE."SEOANE GONZÁLEZ, J.M., "El trámite de audiencia dentro del procedimiento disciplinario para las faltas leves", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pág. 378.

[1198] Esta práctica resultaba amparada en el derecho disciplinario contemplado en el antiguo CJM 1945. Así su art. 1007 disponía que "[l]as faltas leves serán corregidas directamente, previo el oportuno esclarecimiento, por los Jefes respectivos, con arreglo a sus facultades." Coincide en este sentido García Macho con Parada Vázquez en que "las sanciones de plano (sin audiencia del interesado y defensa) que

un trámite esencial en orden a que el encartado ejerza su defensa en un procedimiento, ciertamente sencillo, sumario y preferentemente oral, pero no por ello huérfano de las garantías que posibiliten aquélla, y que deben concentrarse en ese acto.

---

podía imponer la Administración con pérdida incluso de la libertad o multas que implicaban confiscaciones, iban en contra de las Leyes Fundamentales entonces vigentes. Pero no sólo se incurría en inconstitucionalidad, sino que tampoco se respetaba la legalidad, puesto que, (...) se imponían multas mediante normas reglamentarias...” GARCÍA MACHO, R., “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, ob. cit., pág. 516. Equivalentes en sus efectos aflictivos y ausencia de garantías son las conocidas como “sanciones encubiertas”, en las que el mando militar, sin utilizar el procedimiento sancionador, y hurtando por ello las garantías del mismo, adopta cualquier medida desfavorable respecto a un subordinado con la finalidad desviada de corregirle o castigarle pero sin seguir el procedimiento establecido en la LORDFAS. Así, por ejemplo, trasladar de destino dentro de la unidad a un militar, ordenarle prestaciones o trabajos con la finalidad de lograr su corrección disciplinaria supondrían sanciones de plano, al ser adoptadas al margen de cualquier procedimiento, además de una desviación de poder proscrita por el ordenamiento jurídico. Estas impresiones son puestas de manifiesto asimismo en BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado,…* ob. cit., págs. 626 y 627. La LOPM, al igual que sucede con el art. 70.2 LJCA 1998, contempla asimismo la desviación de poder al referirse a la sentencia estimatoria en un recurso contencioso-disciplinario: “La sentencia estimará el recurso contencioso-disciplinario militar cuando el acto incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.” La doctrina de la Sala 5ª al respecto, acogiendo la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso, declara que

> “Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas con fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico. Así, para que la desviación de poder tenga lugar basta con que el fin perseguido sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad, aunque éste sea público. La STS Sala III de 18 de junio de 2001 (RJ 2001\6066) lo subraya expresamente: <<cuando la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante>>.
>
> En su consecuencia, a los efectos de apreciar o no desviación de poder, habrá de estarse a las circunstancias de cada caso y muy en particular a la intencionalidad de la Administración, habiendo declarado a este respecto la propia Sala III del Tribunal Supremo que la concurrencia de otras infracciones no impide en absoluto declarar la desviación del fin previsto cuando esta desviación se produzca.
>
> Ahora bien, no toda infracción de la legalidad comporta o supone una desviación de poder, ya que esta supone algo más, en particular, una deliberada intención de utilizar una normativa para conseguir fines distintos a los previstos, en línea con lo que constituye la esencia de la doctrina del fraude de ley.
>
> En cualquier caso, es claro que la dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la de la prueba de la divergencia de fines que constituyen su esencia, siendo evidente en estos supuestos que la prueba no puede ser plena, ya que no es factible que el acto viciado manifieste expresamente que el fin que lo anima es distinto al señalado por la norma, de ahí que la Sala III del Tribunal Supremo haya dicho en numerosas sentencias (entre otras, las SSTS de 16 de junio y 9 de julio de 1997 – RJ 1997\6137 y 1997\6214, respectivamente- y la más reciente, ya citada, de 18 de junio de 2.001) que para que pueda declararse la existencia de esa desviación es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal.
>
> La jurisprudencia más actual de la Sala III del Tribunal Supremo es categórica sobre este extremo, aceptando las presunciones siempre que, claro está, se acrediten los hechos a partir de los cuales se realice la inferencia y cuando se constate la existencia de un enlace lógico entre el hecho básico y el hecho consecuencia.” STS, Sala 5ª de 4 de julio de 2008, FJ 2º, recurso nº 24/2008. *Vid.* asimismo la cuestión en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit., págs. 460-463.

Vid. asimismo una curiosa noticia de prensa que parece ejemplificar la cuestión de las medidas con finalidad correctiva pero adoptadas al margen del procedimiento disciplinario, bajo el llamativo título de “*Castigados en el patio, ¡ar!*”, dando cuenta literalmente de las medidas adoptadas en una unidad castrense por su mando “como forma de mejorar la «marcialidad» de sus soldados” (*sic*) y que consistían, entre ellas, en “*la formación de un «pelotón de instrucción», al que se envía a los militares que hayan cometido alguna falta por deficiencias en el cumplimiento del reglamento de orden cerrado –saludo, uniforme, aspecto físico, etc.–, y la popularización del llamado Decálogo del Militar. Modelo de Ciudadanía, una serie de principios que deben memorizar todos los miembros de la unidad que dirige.*” *El Correo de Burgos*, de 20 de diciembre de 2010. Accesible en http://www.elcorreodeburgos.com/noticias/2010-12-20/castigados-en-el-patio-ar Enlace visitado el 27 de enero de 2014.

Su práctica corresponde a la autoridad sancionadora militar que no debe utilizar la audiencia como un mero formalismo estereotipado[1199] sino como un trámite donde efectivamente, y tras informar sobre los hechos y falta presuntamente cometida, se dé oportunidad al encartado de realizar alegaciones y utilizar los pertinentes medios de defensa y, finalmente, proceder a la imposición de la sanción si, una vez verificados los

[1199] No suele ser así inusual que el mismo documento utilizado para notificar al encartado los hechos presuntos, se establezca un espacio en blanco habilitado para las alegaciones del interesado y, más adelante se consigne la resolución sancionadora con arreglo a la fórmula preestablecida "una vez verificados los hechos…" sin señalar realmente los elementos de convicción que se han tenido en cuenta para proceder a imponer la sanción. Estos "formatos" de sanción no desvirtuarían así el principio de presunción de inocencia al no aparecer la prueba de cargo que la Administración tiene en cuenta para sancionar en vía disciplinaria. Igualmente, la utilización de estereotipos genéricos en el cuerpo de la resolución adolecería de la necesaria motivación constitucionalmente exigible, tanto respecto a los medios de prueba de cargo utilizados, calificación de la infracción o graduación de la sanción. En este sentido, resulta doctrina constitucional que "frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones" (STC 7/1998, de 13 de febrero, FJ 6)." Asimismo, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12. Al igual que sucede con las resoluciones judiciales, las fórmulas estereotipadas en las resoluciones sancionadoras administrativas podemos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional expuesta, entenderlas en este sentido proscritas por la Norma Suprema ya que "no es menos cierto que la utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del art. 24.1 CE estén íntimamente relacionadas…" STC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 3. Cuando el formato estandarizado contiene la resolución sancionadora incluso antes de haber dado oportunidad al encartado de formular alegaciones estaríamos ante una sanción de plano ya que, según la Sala 5ª, no respeta el contenido mínimo del derecho de defensa al impedir al sancionado "ejercer su derecho a formular alegaciones en su momento oportuno, esto es, antes de que la decisión hubiera sido adoptada y vertida por escrito". STS de 17 de diciembre de 2010, FJ 2º, contencioso-disciplinario nº 71/2010. En el mismo sentido, STS de 5 de diciembre de 2012, FJ 1º, contencioso-disciplinario nº 76/2012. Declara en esta resolución el Alto Tribunal que "cuando el mando antepone su decisión a la audiencia, se encuentre o no firmada la resolución así adelantada, esta forma de proceder se asimila a la sanción de plano que se impone "inaudita parte", como si se tratara del cumplimiento solo de un trámite formulario en asunto ya resuelto por la autoridad convocante." Más rotundo se muestra, sin embargo, el Tribunal Militar Territorial Primero quien, respecto al caso que relata en la sentencia de 9 de junio de 2010, declara lo siguiente: "Nos encontramos en presencia de una de las denominadas "sanciones de plano", precisamente de esas que el legislador quiso erradicar cuando llevo a cabo la reforma de la Legislación Judicial y Disciplinaria Militar. En efecto, asiste la razón al recurrente cuando señala que se ha vulnerado su derecho a la defensa. Por muy aligerado de trámites que sea el procedimiento por faltas leves, hay uno sin el cual es absolutamente inválido finalizarlo imponiendo una sanción disciplinaria, y es de la audiencia al interesado. Oír al presunto infractor quiere decir eso, que hay que atender a las alegaciones defensivas que pueda efectuar, escucharle, en definitiva, y no simular, como aquí ha sucedido, que ese trámite se ha cumplido por el mero hecho de escribir en el impreso normalizado unas alegaciones que el encartado no hace al mando sancionador sino que las efectúa con anterioridad y en una conversación que mantiene con otro mando." FJ 4º, Recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario nº 17/09. Esta resolución resulta accesible en la edición electrónica de la *Revista Jurídica Militar*, de 5 de julio de 2010, año 7, núm. 65. Asimismo, por todas, STS de 6 de mayo de 2004, recurso nº 189/2003.

hechos con prueba de cargo suficientemente explicitada, se concluye la responsabilidad del encartado.

Señala respecto a este procedimiento precisamente la jurisprudencia de la Sala 5ª que "su naturaleza es la que corresponde a la corrección de las infracciones disciplinarias menores, y que su finalidad consiste en el pronto restablecimiento de la disciplina mínimamente quebrantada. De ahí que obedezca a un esquema en que destacan la brevedad, prontitud y sumariedad en el trámite y en la decisión, sin merma de aquellas garantías indispensables. Estamos ante un procedimiento aligerado de trámites pero no falto de las garantías esenciales."

Añade el Alto Tribunal que "la proscripción de la indefensión es aplicable a todos los procedimientos administrativos sancionadores, sin que sea la excepción el procedimiento preferentemente oral para la sanción de las faltas disciplinarias leves, y el derecho a defenderse se encuentra en el dicho acto de la audiencia en que se da lugar, primero, a la verificación de la exactitud de los hechos, luego al traslado de los que se atribuyen al encartado[1200]; después a la formulación de alegaciones de descargo con posible aportación de documentos u otros justificantes que éste considere convenientes para su defensa, incluso la proposición de prueba que el mando sancionador estime pertinente y necesaria[1201], y cuya práctica pueda efectuarse sin demora que perjudique el

[1200] Constituye doctrina de la Sala 5ª que "[c]omo también hemos dicho recientemente, en el procedimiento por faltas leves el derecho a ser informado de la acusación comprende el conocimiento de los hechos imputados que se han de poner de manifiesto al expedientado, mas no se extiende necesariamente al conocimiento de la concreta falta disciplinaria que se atribuya al encartado, lo que puede tener lugar tras la audiencia y verificación de los hechos, al dictar y notificar la resolución sancionadora (Sentencia de 24 de mayo de 2004)." *Vid.* en este sentido asimismo, STS de 27 de enero de 2006, FJ 1º, recurso nº 79/2005. A mi juicio, esta interpretación de la Sala 5ª provoca la indefensión del encartado en un procedimiento por falta leve, que solo llega a conocer la falta y su calificación en el momento en el que se dicta la resolución imponiéndole una sanción de las contempladas en la LORDFAS, sin que haya tenido oportunidad, por tanto, de poder efectuar alegaciones respecto a la calificación de la falta, "antojándose mucho más difícil un ejercicio eficaz y real del derecho de defensa en aquellos supuestos en que la redacción del tipo de la posible infracción contiene en sus términos valoraciones de trascendencia jurídica…" *Vid.* en este sentido SEOANE GONZÁLEZ, J.M., "El trámite de audiencia dentro del procedimiento disciplinario…", ob. cit., pág. 371. Concluye así este autor que la simple comunicación de los hechos no satisface en el modo deseable las garantías procedimentales que el art. 24.2 CE reconoce al encartado. *Ibídem.*, pág. 374.

[1201] Respecto a la proposición y práctica de prueba en el procedimiento por faltas leves, ha tenido lugar a mi juicio una clara evolución jurisprudencial puesto que, en referencia al trámite de audiencia regulado en el art. 38 de la LO 11/1991, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, ya derogada, declara la Sala 5ª en Sentencia de 22 de diciembre de 2003 que la entidad leve de las faltas investigadas en el señalado procedimiento y la finalidad perseguida imponen, salvaguardando el derecho de defensa, ciertas características: ni se está ante un procedimiento plenamente contradictorio, ni existe un auténtico período probatorio. El derecho de defensa queda salvaguardado mediante precisas actuaciones: el mando debe informar al presunto infractor de los hechos que le atribuye, y éste tiene derecho de actuar en su descargo mediante la formulación de alegaciones y la aportación de documentos y justificaciones, pero sin poder intervenir en la verificación de los hechos, que el artículo 38 mencionado dispone como una actuación que el mando debe realizar para comprobar la exactitud de ellos. En la STS de 18 de abril de 2005 se

rápido desenlace del procedimiento, y, por último, la subsunción en el correspondiente tipo disciplinario. De manera que con la observancia de los anteriores requisitos se trasladan a este singular procedimiento las exigencias garantistas que están en la base del art. 24 CE, no mediante una aplicación mimética de las que corresponden paralelamente al proceso penal, ni siquiera las que se predican de los procedimiento administrativos sancionadores que podemos denominar ordinarios por faltas graves y muy graves, que exigen la sustanciación de Expediente, sino las adecuadas a estos casos de infracciones leves en función de su naturaleza y a la finalidad que cumplen (…).”[1202]

Así, esta adecuación de las garantías a la clase de procedimiento y a su compatibilidad con la inmediata restauración de la disciplina se predica incluso por el Supremo intérprete de la Constitución respecto a la asistencia letrada en estos sumarios procedimientos, tal y como se deduce de la sentencia constitucional de 22 de abril de 2004; disciplina militar que, como ya hemos expuesto, no queda perjudicada en absoluto por el hecho de que, en situaciones de normalidad, al encartado en un procedimiento disciplinario se le proporcionen las garantías derivadas del art. 24.2 CE.

declara que la utilización de los medios de prueba adecuados a la defensa “debe atemperarse a la naturaleza del procedimiento de que se trata, con lo que las posibilidades probatorias se circunscriben a la aportación de documentos, justificaciones o recepción inmediata de testimonios.” FJ 2º, recurso nº 86/2004. Sin embargo, la mencionada STS de 17 de julio de 2006, seguida por la de 25 de mayo de 2007 confirman la posibilidad de proponer y practicar prueba en estos sencillos procedimientos. Opinión contraria mantiene Rodríguez de Paterna para quien la posibilidad de presentar documentos y justificaciones de descargo “no supone el reconocimiento legal de un derecho a la proposición y admisión de pruebas, ni es exigible a la autoridad o mando sancionador una resolución motivada de la inadmisión, ni, por supuesto, someter a contradicción las pruebas que se lleven a efecto, pues es evidente que las pruebas practicadas en el procedimiento oral no son nunca pruebas producidas en proceso contradictorio.” RODRÍGUEZ DE PATERNA GIMÉNEZ DE CÓRDOBA, M., “El procedimiento oral por faltas leves: Justificación de su singularidad y aplicabilidad de las garantías constitucionales”, en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pág. 364.

[1202] STS de 17 de julio de 2006, Recurso nº 204/26/2006, FJ 3º. Asimismo, por todas, STS, Sala 5ª, de 30 de octubre de 2012, FJ 2º, Contencioso-disciplinario nº 11/12.

PARTE IV: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN SITUACIONES DE EXCEPCIÓN O CONFLICTO

CAPÍTULO XII: LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN TIEMPO DE CRISIS, CONFLICTO O GUERRA

12.1.- La incidencia de las situaciones de anormalidad en los derechos fundamentales de los militares. La necesaria actualización de las normas referidas a la declaración de guerra.

Las circunstancias de excepcionalidad constitucional o la existencia de un periodo de conflicto o guerra han sido invocadas tradicionalmente para limitar no solo derechos de los pertenecientes a la milicia sino los derechos del resto de los ciudadanos, algunos de los cuales pueden incluso ser suspendidos cuando concurren los presupuestos para la declaración de alguno de los estados de crisis previstos en el art. 55 CE. Tales medidas de suspensión o restricción se justifican en que los medios ordinarios de defensa o garantía de la Constitución resultan insuficientes para garantizar su supervivencia así como de la propia comunidad.[1203]

Obviamente, en lo referente a los militares parece existir una justificación constitucional más poderosa a las restricciones de sus DDFF en estas situaciones de crisis, que alcanzan el máximo nivel cualitativo en una situación de conflicto o guerra, y ello en atención al aseguramiento de la operatividad de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de las misiones que les asigna el art. 8 CE en esas extraordinarias circunstancias.

Sin embargo, el primer problema que nos encontramos es que las normas relativas a la declaración de guerra se encuentran ampliamente superadas por la realidad ya que en la práctica internacional contemporánea no se declaran las guerras formalmente sino que éstas se producen *de facto*.[1204]

[1203] *Vid.* CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Temas Clave de la Constitución Española, Madrid, 1984, págs. 13-23.

[1204] Señala al respecto la STS, Sala 5ª, de 24 de junio de 1991, recurso nº 1/17/1991, FJ 3º, que "[e]l tiempo de guerra no es un concepto jurídico en sentido estricto, sino más bien una realidad de facto en la que cualquier país puede encontrarse, incluso involuntariamente, sin una previa declaración de guerra [...] y sin una previa declaración del estado de sitio (art. 116 CE). La sorpresa en el comienzo de los conflictos armados es hoy casi una regla general a la que el derecho no puede volver la espalda."

De hecho asistimos a un evidente derrumbamiento de la teoría clásica sobre la guerra basada en enfrentamientos o conflictos interestatales[1205], siendo cada vez más frecuente que las amenazas a la soberanía o seguridad de los estados vengan determinadas, utilizando la terminología de Laborie Iglesias, por los actores armados no estatales[1206] en los denominados conflictos asimétricos.

Concluye en este sentido Hernández Gutiérrez que "[e]n la actualidad los conflictos armados entre colectividades de similar naturaleza, que enfrenten medios militares de potencia de combate parecida y equiparable, y que además se ajusten al derecho internacional y las leyes de la guerra, son desde luego posibles aunque poco probables. Sin embargo lo que es un hecho es el riesgo de enfrentamiento entre contendientes, que no tienen todos por qué ser estatales, entre los que existe una manifiesta diferencia, generalmente insalvable, en lo que a potencial se refiere (ya sea económico, diplomático, militar, etc.) Esta situación es la que da lugar a la diferenciación doctrinal y conceptual entre *conflicto simétrico y asimétrico*."[1207]

Pues bien, siguiendo a la doctrina mayoritaria, la Constitución Española establece un concepto formal de guerra, de forma que, al margen de que estemos o no en una situación material de guerra, "[s]e está oficialmente en guerra sólo cuando así lo declaran las Cortes."[1208]

[1205] Afirma así Laborie que "[l]a teoría clásica determina que las amenazas a la seguridad surgen de los ejércitos de otros Estados y son entonces las fuerzas armadas propias las que adecuadamente instruidas y equipadas, se convierten en los garantes últimos de la salvaguardia del Estado. En estos casos, los conflictos son casi siempre una confrontación entre Estados, regulados por actos formales tales como declaraciones de guerra y leyes y tratados internacionales." LABORIE IGLESIAS, M.A., "Actores armados no estatales y modelo de Estado", en VV.AA., *Actores armados no estatales: retos a la seguridad global*, Cuadernos de Estrategia 152, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pág. 36.

[1206] El autor identifica en concreto a los siguientes: insurgentes o grupos opositores rebeldes; contrainsurgentes y paramilitares; señores de la guerra, milicias y grupos armados locales; crimen o delincuencia organizada; mercenarios y contratistas de seguridad. *Vid. ibídem.*, pág. 52 y ss.

[1207] HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, J., "Insurgencia y contrainsurgencia", en VV.AA., *Actores armados no estatales: retos a la seguridad global*, Cuadernos de Estrategia 152, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pág. 68. La cursiva es del autor. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2005, de Defensa Nacional reconoce asimismo que "[d]isminuyen las guerras de tipo convencional, pero proliferan conflictos armados que, tanto por sus causas como por sus efectos, tienen implicaciones notables más allá del lugar en donde se producen."

[1208] CUESTA RICO, F., "Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuerzas Armadas españolas", en VV.AA. (Diego J. Liñán Nogueras, Javier Roldán Barbero, eds.; Inmaculada Marrero Rocha, coord.), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008, pág. 240. Asimismo, por remisión del art. 13.4 LOCOJM 1987, el art. 14 CPM establece que "[a] los efectos de este Código se entenderá que la locución «en tiempo de guerra» comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas." En el mismo sentido FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes*

No se trata, sin embargo, de una cuestión baladí ya que, si examinamos la legislación penal y procesal militar, el legislador pretende otorgar al periodo de guerra formalmente declarado una serie de consecuencias restrictivas[1209], que, no obstante, devienen en la práctica inaplicables ante el desuso del art. 63.3 CE, referido a la declaración formal de guerra, por lo que si el legislador desea, con la oportuna justificación constitucional, que esas limitaciones puedan tener aplicación en un escenario de conflicto donde las fuerzas desplegadas se hallen en una situación real de guerra, resultaría preciso –quizá pasando por una reforma del art. 63.3 CE- redefinir el concepto de guerra o sustituirlo por el de conflicto armado, que ha adquirido un mayor predicamento en la actualidad[1210], y ello asegurando que dicho periodo quedase exactamente fijado con arreglo a criterios espaciales o temporales predeterminados así como eliminando el requisito de que las hostilidades se libren contra una potencia extranjera o estatal, aspectos todos ellos a desarrollar en orden a la garantía del principio de seguridad jurídica en la Ley Orgánica de Defensa Nacional, norma que, precisamente, determina las distintas misiones y operaciones de las Fuerzas Armadas de acuerdo con el art. 8.1 CE, lo que, sin perjuicio de ser apreciadas de forma singularizada, justificaría límites a los derechos de los militares en situaciones de un conflicto armado real[1211], con el objeto de asegurar la operatividad de las FAS y el adecuado cumplimiento de sus misiones constitucionales.[1212]

Procesales Militares, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 225.

[1209] Contenidas fundamentalmente en el Código Penal Militar, estableciendo tipos agravados o conductas que solo pueden ser cometidas en esas circunstancias, y en el ámbito de la jurisdicción militar, previendo para ésta unas reglas orgánicas, competenciales y procesales especiales, cuya compatibilidad con la Norma Fundamental examinaremos más adelante. (Título X LOCOJM 1987, *De la jurisdicción militar en tiempo de guerra*).

[1210] Baste al efecto comprobar los textos de la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional y de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, que prefieren los términos *crisis* o *conflicto*. *Vid.* a este respecto asimismo el art. 4 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, que, al determinar los departamentos ministeriales competentes para el control del espacio aéreo y de la circulación aérea general, ya distingue entre tiempos de paz y de conflicto armado.

[1211] Advierte con razón Pascua Mateo al respecto que "Un efecto limitador, si no idéntico, sí parecido, debe otorgarse a una situación constitucionalmente no prevista pero que se ha venido repitiendo con frecuencia creciente en los últimos años a medida que las Fuerzas Armadas españolas han ido estrechando sus vínculos con las tropas de las naciones aliadas de España, fundamentalmente en el marco de la OTAN, pero también en ese embrión de una auténtica política de defensa común de la Unión Europea que ha pretendido ser, sin demasiado éxito hasta la fecha, la UEO. Me refiero a la intervención de tropas españolas en funciones de apoyo logístico o de vigilancia en conflictos armados sin declaración formal de guerra, que puede encontrar acomodo jurídico como tertium genus intermedio entre la situación de paz y de guerra en el artículo 12.3 de la LO 4/1987, que extiende la competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz al conocimiento de los delitos o faltas «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»." PASCUA MATEO, F.,

La superación del concepto de tiempo de guerra formalmente declarada impone, si se quiere dar relevancia a esas excepcionales circunstancias, desarrollar un concepto amplio –aunque predeterminado- de guerra como conflicto armado o la existencia de operaciones militares que impliquen o puedan implicar el uso de la fuerza armada.[1213]

"Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil", en *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003, Madrid, pág. 393.

[1212] Las misiones y los tipos de operaciones de las Fuerzas Armadas aparecen desarrolladas, respectivamente, en los arts. 15 y 16 de la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional.

[1213] En el mismo sentido de CUESTA RICO, F., "Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., pág. 260. Baste al efecto ver la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2005, sección 7ª, que reconoce lo siguiente:

"Es verdad que ese contexto bélico no puede reducirse al de la guerra como estado declarado formalmente en contra de un Estado, sino que ha de incluir, además, las formas en las que actualmente se manifiesta. De ahí que deba utilizarse un concepto amplio de la misma que abarque todas las formas de conflicto armado en las que intervengan tropas españolas, contando entre ellas las operaciones internacionales de mantenimiento de la paz o de apoyo a los procesos de paz, así como las que tienen un carácter humanitario y se desarrollan en escenarios en la que la situación existente pueda requerir el uso de la fuerza militar."

Se trata de una resolución decidida en el recurso de casación en interés de la Ley núm. 81/2003 interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada el 12 de mayo de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón reconociendo a dos militares del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra el derecho a que les fuese anotado, en sus respectivas hojas de servicio, el calificativo de "valor acreditado".

De estas ideas parece hacerse eco el anteproyecto de Código Penal Militar, que sustituye de su articulado la locución "tiempo de guerra" por la de "conflicto armado". En este sentido, de acuerdo con lo que aquí se viene sosteniendo, el informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial a dicho texto, aunque califica dicho cambio como positivo, al considerar la expresión "más adecuada a la realidad", recomienda acertadamente, la fijación o definición de dicha situación, "lo que resulta esencial ya que algunas conductas solo será típicas si se cometen en esa situación (a título de ejemplo, artículos 75 y 52 ACPM), otras muchas dan lugar a subtipos agravados (42, 51.2, 63.1.2º, entre otros) y fundamentalmente, porque en otras, la perpetración del delito en "situación de conflicto" dará lugar a que el CPM se aplique no solo a los militares, sino a cualquiera (así, por ejemplo, artículos 25, 26, 27)." Y, con buen criterio añade que "deberían hacerse las modificaciones correspondientes en el artículo 13 de la LO 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que regula la competencia de la Jurisdicción militar "en tiempo de guerra" remitiéndose al artículo 14 CPM para la definición de este concepto; precepto que es desaparece con el ACPM." (Párrafos 72 y 73 del informe). El documento, con el anteproyecto anexo resulta accesible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_la_Ley_Organica_del_Codigo_Penal_Militar Algo parecido sostuve en otro lugar al afirmar que "podría plantearse la aplicación de ciertos preceptos de la LOCOJM para tiempo de guerra a situaciones de crisis, a saber, fundamentalmente en caso de estado de sitio declarado conforme a los arts. 55 y 116 CE y en el caso de los teatros de operaciones cuando las Fuerzas Armadas españolas se encuentren en misiones en el exterior que exijan el uso de la fuerza, en cuyo caso las citadas disposiciones especiales de la LOCOJM o de la Ley Procesal Militar, en su caso, deberían quedar circunscritas al espacio concreto en que se desarrolle la misión." *Vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, I., "El acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la Jurisdicción Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 95-96, enero-diciembre 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 248. Curiosamente la prensa se hace eco de la proyectada reforma con el siguiente titular: «Los tribunales castrenses podrán juzgar a civiles "en caso de conflicto armado"» *Vid.* en este sentido el artículo publicado en la sección de política de *El País* de 1 de julio de 2013, y accesible en http://politica.elpais.com/politica/2013/06/30/actualidad/1372616557_116507.html Enlaces visitados el 27 de enero de 2014.

12.2.- Un régimen aparentemente similar de los derechos fundamentales en las situaciones de anormalidad, en operaciones, misiones en el exterior o buques navegando. Las especialidades de la jurisdicción militar y los derechos y garantías del art. 24 CE en estos casos.

De acuerdo con lo que venimos exponiendo, y al objeto de determinar en este sentido las especiales circunstancias fácticas que pueden determinar las limitaciones a los derechos de los militares, la locución *tiempo de guerra* prácticamente ha desaparecido de la legislación española castrense más reciente, siendo sustituida por los términos *conflicto*, *crisis* o, simplemente aludiendo a las *operaciones militares*, con independencia de la existencia de un "teatro" donde las fuerzas españolas intervengan en combates reales, y ello como las circunstancias que pueden determinar, de acuerdo con la nueva LODDFAS 2011, restricciones a ciertos derechos fundamentales.

El más trascendental límite derivado de estas situaciones lo encontramos en la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, recogido ahora como la primera regla esencial que define el comportamiento del militar (art. 6.1 de la nueva LODDFAS 2011).

En realidad tan trascendental limitación, a la que tuvimos oportunidad de referirnos en el capítulo V no resulta exclusiva de los tiempos o lugares de conflicto sino que representa uno de los principios configuradores del comportamiento del perteneciente a la milicia, reflejado asimismo en el art. 3 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 2009.

Obviamente en tiempo de guerra, conflicto o combate se intensifica este deber de sacrificio del militar y, de acuerdo con lo que vinimos sosteniendo en el epígrafe relativo al derecho a la vida, el militar no podrá exonerarse de su cumplimiento invocando el estado de necesidad o el miedo insuperable definidos en el art. 20, 5ª y 6ª del Código Penal Común, ya que, habiendo declarado la jurisprudencia con carácter general el deber de sacrificarse de todo militar[1214], dicha obligación adquiere un carácter más intenso en las circunstancias excepcionales a las que nos venimos refiriendo.

Y si decíamos asimismo que incluso en tiempo de paz y circunstancias de normalidad, existirá algún deber militar a cuyo cumplimiento está obligado en virtud de los principios inherentes a su profesión y que no será susceptible de exoneración en

[1214] *Vid. ad ex.* las SSTS de 31 de enero de 2003, FJ 1º; 2 de diciembre de 2004, FJ 3º y 18 de marzo de 2010, FJ 5º. *Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse* es el último de los requisitos exigidos precisamente por el art. 20. 5ª CP para la concurrencia de estado de necesidad.

aplicación de las circunstancias eximentes 5ª y 6ª del Código Penal Común (estado de necesidad y miedo insuperable), aun en detrimento de los DDFF del art. 15 CE[1215], más lo afirmaremos en circunstancias de crisis o combate, donde el propio articulado del Código Penal Militar, Capítulo I de su Título VI, *Delitos contra los deberes del servicio*, sanciona los delitos de *cobardía*, que se caracterizan precisamente por su comisión en "tiempo de guerra" o "frente al enemigo; rebeldes o sediciosos", aunque no exista guerra declarada formalmente.

Asimismo, las circunstancias de anormalidad impedirán, de acuerdo con las necesidades de las operaciones, la aplicación de las medidas de prevención de riesgos y protección de la salud, de acuerdo "con las peculiaridades propias de las funciones que tienen encomendadas" los militares en tan excepcionales circunstancias. (art. 27.1 LODDFAS).[1216]

Pues bien, más allá del tan mencionado deber de sacrificio personal propio de la profesión castrense y que, en realidad, no aparece vinculado exclusivamente, como decimos, a circunstancias excepcionales, el régimen de limitaciones de los derechos de los militares en las señaladas circunstancias de anormalidad no es tan distinto, al menos teóricamente, del previsto en tiempos ordinarios.

Más al contrario, las limitaciones introducidas particularmente por la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes de 2011 son, fundamentalmente, puntuales o mínimas especialidades (o previsión de las mismas de cara a su desarrollo reglamentario) previstas en la regulación del desarrollo de determinados derechos y que no se encuentran asimismo vinculadas solamente a circunstancias de crisis o conflicto sino al desarrollo de las *operaciones* o *misiones* militares, términos utilizados en un número notable por la citada LODDFAS.

Pues bien, aunque el estatuto del militar en una operación en el exterior venga en gran parte determinado por el régimen jurídico de la misión donde esté comisionado, y frente a lo que pueda parecer con la simple lectura de la ley de derechos y deberes, la disponibilidad permanente del militar en zona de operaciones determina en la práctica

[1215] Ello es así ya que el art. 113 CPM prescribe lo siguiente:
"Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años."

[1216] La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales aparece respectivamente desarrollada para el personal de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil por el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa y por el Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil. *Vid.* asimismo LABAJOS FERNÁNDEZ, D., "La prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas", ob. cit. pág. 45.

una total limitación no solo de la libertad de circulación y de movimientos del militar sino de algunos otros derechos, dado que el militar en esas situaciones está constantemente de servicio, y su conducta ha de acomodarse al régimen jurídico del contingente y a las órdenes del mando al que esté subordinado.[1217]

Nos referiremos a continuación a alguno de estos aspectos, echando en falta, bien una regulación integral de la nueva ley orgánica de derechos del régimen del militar en estas situaciones, o, por el contrario estableciendo de forma más concisa las bases de los límites a cada uno de los DDFF a restringir en estos supuestos.

Nos topamos así respecto al derecho a la intimidad personal, de acuerdo con lo ya expuesto al tratar el desarrollo del art. 18 CE, con la referencia del art. 10.1 de la nueva LODDFAS por la que "[e]n el ejercicio y salvaguarda de este derecho se tendrán en cuenta las circunstancias en que tengan lugar las operaciones", sin que la norma aclare en qué medida inciden o pueden llegar a incidir aquéllas en el desarrollo del citado derecho fundamental a la hora de tenerlo en cuenta para determinar el contenido del derecho a la intimidad personal en las mencionadas circunstancias; por ello, a mi juicio, se trata de una previsión un tanto superflua, que ya venía formando parte de la jurisprudencia existente hasta el momento sobre la materia, pero sin especificar los límites que en tales situaciones pueden darse, ello sin perjuicio sobre los comentarios ya efectuados respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio ubicado en las unidades militares, analizando así el régimen de los alojamientos en buques de guerra, alojamientos individuales o compartidos, naves corridas y barracones en establecimientos militares así como tiendas o contenedores en maniobras, ejercicios o misiones.

Por lo que se refiere a la libertad de circulación, el art. 11 de la LODDFAS 2011, si bien consagra, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de las exigencias del deber de disponibilidad permanente, la plena libertad de circulación tanto en los

[1217] El régimen jurídico del contingente viene en gran parte determinado por el derecho internacional que, en lo referente a operaciones que suponen o pueden suponer el uso de la fuerza, queda constituido por sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, así como las determinaciones de las organizaciones de defensa colectiva del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, bajo los auspicios del propio Consejo de Seguridad. Así, por lo que respecta al conflicto de Afganistán, ha sido la resolución 1.386 de 20 de diciembre de 2001 del Consejo de Seguridad la que autorizó la creación de una Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) de Afganistán. Las operaciones se desarrollan así realmente bajo la responsabilidad de la OTAN y sus directivas y reglas de enfrentamiento apareciendo los objetivos estratégicos comprendidos en el plan de operaciones (OPLAN) 38302 de la OTAN. *Vid.* sobre ello la web del Real Instituto Elcano http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/MisionesDePaz/Afganistan

desplazamientos de los militares al extranjero como en los efectuados por el territorio nacional, dispone sin embargo que "[e]n función de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior, será preceptiva una autorización previa de conformidad con lo que se establezca por orden del Ministro de Defensa."

El precepto parece distinguir dos situaciones a desarrollar por orden ministerial:

1.- En el caso de operaciones militares en el exterior será requisito indispensable la autorización previa. Aunque la limitación parece justificada, atendiendo a la garantía de la efectividad de las misiones desarrolladas por las FAS y los compromisos asumidos por España en situaciones de conflicto o que puedan suponer el uso de la fuerza, la previsión legal peca una vez más de demasiado genérica, ya que no especifica si los designados para desarrollar una operación en el exterior han de obtener autorización para abandonar el territorio nacional cuando se encuentren en él, ni si se refiere a la circulación por el territorio del país donde se desarrolla la misión, o abarca, asimismo, como parece razonable, el desplazamiento a terceros países, cuestiones todas ellas que, sin perjuicio del posterior desarrollo o colaboración del reglamento, se deberían precisar en sus aspectos básicos por el ya citado art. 11.2 de la nueva ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Como venimos diciendo, el régimen de los derechos fundamentales del militar en zona de operaciones o misión en el exterior viene determinado por una más intensa aplicación si cabe del principio de disponibilidad permanente del militar referido en los arts. 11 y 22 LODDFAS, precepto éste último que determina que las "exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación" (art. 22.1), implicando asimismo que "[l]a jornada de trabajo de los militares será, con carácter general, la del personal al servicio de la Administración General del Estado (aunque) [e]*l régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas y a las derivadas del funcionamiento de las unidades y de la prestación de guardias y servicios* […]" (art. 22.2).[1218]

[1218] Resulta revelador en este sentido que al personal que participa en operaciones no le es de aplicación la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas, remitiendo en este sentido en cuanto al horario a lo que dispongan los jefes de Estado Mayor de los ejércitos o el Jefe del Estado Mayor de la Defensa (norma primera del anexo I, apartado 7) y a la regulación de éste último para "la concesión y disfrute de los permisos del personal militar que participe en operaciones." (norma segunda del anexo II, apartado 14). En este sentido, se ha dictado la Directiva del JEMAD núm. 17/11, de 03 de octubre sobre personal militar perteneciente a las Fuerzas Armadas españolas que participa en operaciones fuera del territorio nacional, y que aborda además otras cuestiones del régimen jurídico de estos militares, tales como su dependencia a efectos disciplinarios. Abundando más en la excepcionalidad del régimen de disponibilidad del personal que participa en misiones u

No obstante, insistimos en la necesidad de precisar al menos los aspectos básicos de las limitaciones a los DDFF del militar en esas situaciones, sin perjuicio del estatuto de los privilegios e inmunidades de los miembros del contingente, ya definido por el derecho internacional.[1219]

2.- La parquedad de la norma y remisión al desarrollo por orden ministerial es aún mayor en el otro supuesto, ya que *en función de la situación internacional* –no sabemos si de guerra, conflicto, tensión o, simplemente, derivada de los compromisos contraídos por España, por ejemplo, en el desarrollo de una misión internacional- resulta posible (no necesario en todo caso) que los desplazamientos a país extranjero o por el mismo, o incluso a un tercer país para los que se encuentran destinados en el extranjero[1220]exijan autorización previa conforme a los presupuestos, requisitos y procedimiento que se establezca en una orden del Ministro de Defensa.

---

operaciones en el exterior, declara la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 8ª) de 18 de julio de 2012, frente al recurso 1320/2011, interpuesto por una comandante médico (que disfrutaba de reducción de jornada de acuerdo con la mencionada Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre) contra su designación como reserva del relevo de la operación *R/A Qala e Naw*- segunda rotación y del XVI relevo de la operación *Libre Hidalgo-Líbano*, primera y segunda rotaciones que "ha de tenerse en cuenta que el art. Único de la OM 3/11, de 15 de febrero (BOD del día 23), por la que se modifica el apartado 1 de la norma sexta del anexo I de la OM 121/06, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares profesionales, relativo a los militares que, como la actora, disfrutan de jornada reducida, y, por lo que aquí interesa, solo se refiere a la exoneración de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, *en su lugar de destino, sin afectar ni contemplar la participación en operaciones en el extranjero*, luego no cabe analizar su legalidad constitucional en la medida que las designaciones no se ha realizado en aplicación de dicha Orden." FJ 1º. Asimismo, STSJ de Canarias, de 29 de enero de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera). Ello no debería obstar a que, de acuerdo con la propuesta de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), "[p]ara los militares desplazados en misiones se deb[a]n establecer los horarios y turnos de trabajo donde se garanticen el necesario descanso y los tiempos de ocio, tan necesarios en esas situaciones" (Propuesta nº 34 del documento "100 Propuestas de Ciudadanía", accesible en http://www.aume.org/. *Vid.* asimismo en este mismo sitio la "Propuesta de jornadas, horarios y permisos".

[1219] Sin perjuicio de la aprobación de la pertinente resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en aplicación del Capítulo VII de la Carta de San Francisco, es en el "Estatuto de las Fuerzas (*Status of Forces Agreement* –SOFA–), que suscriben las NU con el estado receptor o anfitrión en el que se establecen los derechos y obligaciones de los participantes en relación con el país anfitrión: aspectos jurisdiccionales, privilegios e inmunidades, etc. El precedente de los SOFA´s que se firman en la actualidad se halla en el «Reglamento o Estatuto de las Fuerzas de Emergencia de las NU» dictado por el Secretario General el 20 de febrero de 1957, con ocasión de la misión desarrollada por los cascos azules en el Canal de Suez." MARTÍNEZ GUILLEM, R., "La detención y otros aspectos parapoliciales de las operaciones militares internacionales", en VV.AA., *Jurisdicción Militar, Riesgos Laborales y Operaciones Militares Internacionales. Una aproximación técnico-jurídica*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Escuela Militar de Intervención, Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales, Madrid, 2010, pág. 172. Los SOFA's son desarrollados por acuerdos técnicos no normativos o MOU's (*Memorandum of understanding*), coordinando diversos aspectos con la nación donde se desarrolla la operación. *Vid.* al respecto, POYATO ARIZA, J.L., "Aspectos administrativos", en VV.AA., *Consideraciones sobre los Estatutos de las Fuerzas Armadas en Actividades Internacionales*, Cuadernos de estrategia, nº 94, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 1998, págs. 103-123.

[1220] La falta de concreción de la norma da lugar, como en el caso de las operaciones en el exterior, a que nos encontremos con ese abanico de posibilidades, que serían objeto de desarrollo por orden ministerial.

En suma, aun estando justificados determinados límites al desplazamiento de los militares al exterior en situación de guerra, conflicto, tensión internacional o en cumplimiento de una operación al exterior, resulta imprescindible que la ley orgánica determine los citados aspectos básicos del contenido del derecho, sin perjuicio de la llamada al reglamento para acometer el desarrollo de estas cuestiones, teniendo en cuenta que, bajo la vigencia del antiguo art. 175 ROSFAS 1978 (precepto que exigía autorización de los superiores para salir al extranjero), se dictó la Orden Ministerial 170/1996, de 15 de octubre, por la que se regulan las notificaciones de salida a otros países del personal militar profesional –aun formalmente vigente- que concedía, a efectos del art. 175 de las ROSFAS 1978, una general autorización a todo el personal militar profesional a desplazarse fuera del país donde se encuentre destinado, salvo en casos excepcionales motivados por situaciones de conflicto. (art. 1), bastando la simple notificación al jefe de su unidad con siete días naturales de antelación (art. 3), norma que, en la medida que no contradiga la nueva LODDFAS 2011, ha de entenderse vigente hasta la aprobación de la orden ministerial a que se refiere el art. 11.2 de la nueva ley orgánica de derechos y deberes.

El desarrollo de las operaciones militares, algo que, como indicamos más arriba, puede tener lugar, aunque no necesariamente vincularse a tiempos o lugares de conflicto o enfrentamiento armado, constituye asimismo un límite a las diversas manifestaciones del derecho de asociación profesional consagrado ya normativamente para los miembros de las Fuerzas Armadas en su nueva ley orgánica de derechos y deberes de 27 de julio de 2011.

Así se prevé con carácter general en el art. 41 de la LODDFAS e, igualmente, ocurre con los fines y actividades de las asociaciones profesionales que no podrán interferir "en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza" (art. 33.2); asimismo, respecto a los medios para las asociaciones, ya que, al respecto han de tenerse en cuenta "las limitaciones previstas en el artículo 41, en especial las relativas a las unidades en ejercicios y operaciones." (art. 44.3), disponiendo por último la norma orgánica respecto a la convocatoria y celebración de reuniones de las asociaciones que "no podrán interferir en el funcionamiento de las unidades ni en la prestación de guardias o servicios y no se podrán convocar ni celebrar en el ámbito de los ejercicios u operaciones militares." (art. 45.4). Parecen pues prudentes prevenciones orientadas al eficaz desarrollo por las Fuerzas Armadas de las misiones que les asigna la

Norma Suprema, lo que justifica los señalados límites en el derecho de asociación profesional.[1221]

Con ello, concluimos que, con las salvedades indicadas más arriba y referidas a la excesiva remisión al desarrollo reglamentario, las limitaciones en el régimen de derechos fundamentales del militar en situación de crisis, conflicto, guerra o, simplemente, en el desarrollo de operaciones que puedan implicar el uso de la fuerza, son puntuales y, además aparecen caracterizadas por la prudencia de sus previsiones, lo que nos lleva a afirmar que los derechos fundamentales del militar en alguna de estas situaciones son esencialmente los mismos que en tiempo de normalidad, sin perjuicio de que la intensa disponibilidad exigible en los señalados supuestos determinen en la práctica restricciones en los DDFF que, a nuestro juicio, exigen una regulación integral y básica en la Ley Orgánica de derechos y deberes.

No obstante, como ya avanzamos más arriba, sí son dignas de mención las especialidades orgánicas y procesales que el legislador prevé para la jurisdicción militar en *tiempo de guerra*, a las que además debemos añadir algunas previstas por las leyes procesales militares para unidades desplazadas en misiones en el exterior, zonas de operaciones o buques navegando, y ello en la medida en que las mismas afecten a los derechos del art. 24 CE.

Tal y como sostuvimos, las guerras ya no se declaran formalmente, por lo que las previsiones sobre la declaración formal de guerra han quedado realmente en desuso, lo que no nos debe llevar a apartar nuestra atención respecto a las mencionadas especialidades de la jurisdicción militar en ese periodo en la medida en que afecte a los derechos del art. 24 CE, a lo que debemos sumar que existe, al menos, teóricamente la posibilidad de la "activación" de los preceptos de la legislación procesal militar referidos al tiempo de guerra sin que ésta haya sido declarada de acuerdo con el art. 63.3 CE, puesto que el art. 14 CPM, por remisión del art. 13 LOCOJM 1987, dispone que el tiempo de guerra no solo comienza con una declaración formal de guerra sino, igualmente, "al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera".

[1221] Dice Pascua Mateo que "parece evidente que en estas zonas grises también pueden ser aplicables restricciones concretas a la capacidad de actuación de las asociaciones de militares con el fin de no interferir en el correcto desarrollo de las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas." PASCUA MATEO, F., "Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas…", ob. cit., pág. 394. Con la referencia a las "zonas grises" parece aludir el autor a las situaciones intermedias entre el tiempo de paz y la guerra, incluyendo tanto las operaciones caracterizadas por el uso de la fuerza en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas como las operaciones de mantenimiento o imposición de la paz.

En cuanto al decreto de movilización para una guerra inminente (aún no declarada) nos encontramos con la dificultad de que las normas sobre movilización nacional se encontraban contenidas en la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, que ha sido derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar, por lo que habría que intentar buscar apoyatura legal a la movilización en los preceptos de esta última norma y de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional.[1222] Respecto a la ruptura generalizada de hostilidades, parece ser el concepto más indeterminado de todos los que pueden determinar la aplicación del art. 157 y ss. LOCOJM. Ahora bien, como dice Fernández de Henestrosa Balmaseda "hará falta, aunque sólo sea a efectos internos, una declaración formal y pública de autoridad competente haciendo saber que han entrado en vigor las disposiciones especiales previstas para tiempo de guerra, pues no debe quedar al arbitrio de cada tribunal valorar el grado de generalización de ruptura, en aras del principio de legalidad."[1223]

En tiempo de guerra, se produce, en virtud del art. 13 LOCOJM una ampliación de la extensión competencial de la jurisdicción militar, lo que da lugar a que nos planteemos si ello puede suponer una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, puesto que la jurisdicción castrense, entre otros, va a conocer de los delitos y faltas "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." (art. 13.2).[1224]

Pues bien, siguiendo a Fernández Segado, aunque la potenciación de la jurisdicción militar en tiempo de guerra no tenga (como en el supuesto de estado de sitio) "un punto de apoyo directo en la Constitución, no significa, ni que carezca de

[1222] *Vid.* art. 29 a) que se refiere a la incorporación "de los reservistas que se consideren necesarios." Esta previsión se desarrolla en el art. 122 y ss. de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

[1223] FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., "Organización de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, véase pág. 819.

[1224] El texto completo del precepto es el siguiente:

"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.

A los efectos de esta Ley la locución «tiempo de guerra» se entenderá en los términos definidos en el artículo 14 del Código Penal Militar."

fundamento constitucional por lo menos indirecto, ni que se halle huérfana de argumentos jurídicos en qué sedimentarla."

Coincidimos con este autor en que tal extensión de la jurisdicción castrense en tales circunstancias "bien parece poder justificarse" en "la defensa de la comunidad nacional, bien constitucional último que trata de salvaguardarse mediante la atribución por el artículo 8.º 1 CE a las Fuerzas Armadas de una serie de relevantes misiones…" aunque la competencia de la jurisdicción militar "desborde «el ámbito estrictamente castrense» al que debe ceñirse en tiempos de paz."[1225]

Dicho esto, al margen de la extensión de la jurisdicción castrense en estas circunstancias, la primera de las especialidades dignas de mención desde la perspectiva del art. 24 CE, y que la LOCOJM 1987 contempla en el Título X, *De la jurisdicción militar en tiempo de guerra*, viene referida a la posibilidad de que en tiempo de guerra, el nombramiento y cese de cuantos ejercen cargo o destino en la jurisdicción militar sea de libre decisión del Gobierno, Ministro de Defensa o Autoridades en quienes deleguen, salvo en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que seguirá rigiéndose por lo dispuesto en el capítulo primero del título II de esta Ley. (art. 161).

Este precepto plantea problemas de inconstitucionalidad no tanto por las previsiones sobre el nombramiento de los miembros de la jurisdicción militar en esas circunstancias cuanto por lo referido al cese discrecional por parte del Gobierno o diversas autoridades administrativas de los cargos judiciales militares, salvo en la Sala 5ª del Tribunal Supremo.

En este sentido, como advertíamos dos capítulos más arriba, en mi opinión, el sistema de nombramiento de los titulares de los órganos judiciales no perjudica de por sí su independencia, al igual que mantuvimos respecto a la provisión de las vacantes de la Sala 5ª del Tribunal Supremo reservadas al Cuerpo Jurídico Militar, sino que ello ha de venir determinado por el estatuto que los mismos tengan en el ejercicio de su función

[1225] FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz", ob. cit., pág. 201-202. *Vid.* asimismo, pág. 229. Más bien habría que decir "[q]ue en tiempo de guerra puede haber una potenciación de la jurisdicción militar parece una consecuencia lógica del propio art. 117.5 CE., pues lo "estrictamente castrense" también aumenta. Y los supuestos incluidos en el art. 13 citado no pueden considerarse como peligrosa ampliación del ámbito competencial castrense: Cada uno de ellos tiene un fundamento que es su propia garantía. O derivan de una exigencia internacional (supuestos 1 y 4); o intervienen las Cortes Generales (supuesto 2); o proceden de una situación en la que la presencia de otra jurisdicción que no sea la militar resulta inviable (supuesto núm. 3)." STS, Sala 5ª, de 24 de junio de 1991, recurso nº 1/17/1991, FJ 3º

así como las causas de cese, algo de lo que podremos deducir si son realmente órganos judiciales con garantías de independencia y, con ello, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley. Así lo considera el Tribunal Constitucional en la STC 204/1994, de 11 de julio, cuando advierte que "[e]l principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas."[1226]

Así, las previsiones de la LOCOJM, que en su art. 8 y para tiempo de paz, declaran expresamente que el nombramiento, designación y cese de los miembros de los órganos judiciales militares se hará en la forma prevista en esta Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes -en mimética reproducción de lo que el art. 117.2 CE, se complementan con las causas de cese previstas en el art. 66, supuestos tasados por la ley y que, como analizábamos más arriba, garantizaban la inamovilidad e independencia de los integrantes de la jurisdicción castrense.

No ocurre así en tiempo de guerra ya que esta circunstancia habilita al Gobierno, Ministro de Defensa o autoridades en quienes deleguen a la libre remoción, sin sujeción a causa alguna, de los cargos judiciales castrenses.

A mi juicio, una previsión así, aun en tan excepcionales circunstancias, mal se compadece con la inamovilidad e independencia de los órganos judiciales militares y sus componentes y, por ende, con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, ya que "al ser la independencia una nota inherente a cualquier jurisdicción, debe considerarse inserta en el concepto previo de tutela judicial (art. 24.1 C.E).**"**[1227]

Tales principios son así consustanciales al estatuto básico de la función jurisdiccional definida en el art. 117.1 de la Norma Suprema, siendo pues igualmente la jurisdicción militar más allá de todas sus peculiaridades, ante todo, "jurisdicción", es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva.[1228]

[1226] El Alto Tribunal resuelve precisamente una demanda de amparo que denuncia que los jueces togados militares no son independientes ni inamovibles con la consiguiente infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E).

[1227] STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4. Añade a continuación el Alto Tribunal, con referencia a la STC 60/1991 que 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..." (fundamento jurídico 3º).

[1228] SSTC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4 y 113/1995, de 6 de julio, FJ 7.

De forma, que ni siquiera la concurrencia de tiempos de guerra justifica que se prive a la función jurisdiccional del Estado de una de sus características constitutivas[1229], esto es, la independencia e inamovilidad de sus miembros[1230], pues de esta forma, al igual que diríamos respecto a la jurisdicción ordinaria, no se puede hablar de auténticos órganos jurisdiccionales habilitados desde una perspectiva constitucional para proporcionar la tutela judicial efectiva en los términos queridos por los arts. 24 y 117 CE.

Similares consideraciones cabe realizar respecto a las previsiones contenidas en el art. 165 LOCOJM, que permite que en tiempo de guerra, los Oficiales Generales u Oficiales con mando de Unidad Centro, Base, Buque, Aeronave, Fuerzas destacadas, aisladas o con atribuciones militares sobre un territorio, puedan ordenar la incoación de procedimiento judicial, por delitos o faltas de la competencia de la jurisdicción militar que se cometan en territorios, lugares, Unidades o Fuerzas de su mando.

A tal efecto podrán nombrar Juez militar y Secretario entre aquellos de sus subordinados que reúnan condiciones de idoneidad que a juicio de los citados mandos militares hagan aconsejable su designación. El Juez militar deberá tener categoría de Oficial.

La instrucción deberá ser completada, en su caso, y conclusa por el Juez Togado Militar que resulte competente.

[1229] Fernández de Henestrosa justifica que ceda el principio de inamovilidad ante los superiores intereses en juego en una contienda, desechando cualquier duda de intromisión del ejecutivo en el poder judicial. FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., "Organización de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra", ob. cit., pág. 823. Sin embargo, en mi opinión, no se trata de una cuestión de creencias sino de que, para ser considerados como tales, los órganos jurisdiccionales y sus miembros aparezcan revestidos realmente del estatuto que como tales les confiere el art. 117.1 CE.

[1230] Declara así la STC 37/2012, de 19 de marzo:

"Y es que, en efecto, como bien advirtieron ya los constituyentes de Cádiz, la independencia es atributo consustancial a la función de juzgar, en cuanto implica que Jueces y Tribunales no están subordinados en el ejercicio de su función jurisdiccional a ningún otro poder público, sino sometidos única y exclusivamente "al imperio de la ley", esto es, sujetos al Derecho. Ello significa que, a diferencia de lo que acontece con los poderes legislativo y ejecutivo, que disponen legítimamente de un amplio margen (siempre dentro del ordenamiento jurídico, como advierte el art. 9.1 CE) para adoptar de manera discrecional decisiones políticas, los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial no pueden ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política ni según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes establecido.

Por eso la legitimación democrática del poder judicial deriva directamente de la Constitución, que configura a la justicia como independiente, sometida únicamente al Derecho y no a opciones políticas. Es más, si en un Estado no existe un poder judicial independiente (independencia que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial) entonces lo que no hay es Estado de Derecho, pieza esencial, como es sabido, de un Estado auténticamente constitucional." FJ 5.

Esta norma, aunque aquí contemple solo la facultad de incoación, supone una evidente merma a la exclusividad de la función jurisdiccional consagrada en el art. 117.3 CE[1231] y recuerda a las amplias facultades judiciales atribuidas a los mandos militares, fundamentalmente al Capitán General de la Región Militar o autoridades equivalentes, en la legislación preconstitucional, que asimismo nombraban a los Instructores y secretarios de las causas, de la misma forma que ahora permite el art. 165 LOCOJM al jefe de unidad o mando de una fuerza destacada en tiempo de guerra, con una quiebra patente de los principios que la Constitución establece como configuradores de la potestad jurisdiccional en el art. 117 CE, que resulta carente de justificación incluso en tiempo de guerra, puesto que huelga decir que el oficial nombrado juez militar hasta la intervención del juzgado togado militar competente, y que se encuentra a las órdenes del mando militar no reúne las características –fundamentalmente la independencia y la sumisión exclusiva al imperio de la ley- que el art. 117.1 predica de los integrantes de la función jurisdiccional en un Estado de derecho, además de tratarse de órganos (o más bien funciones) creados *ad hoc* por un mando militar con evidente infracción de las normas que garantizan la predeterminación legal del juez.[1232]

Por otra parte, parece obligado concluir en la innecesaridad de esta previsión ya que, incluso en estas excepcionales circunstancias:

1.- Resulta ineludible que la instrucción deba ser completada, en su caso, y conclusa por el Juez Togado Militar que resulte competente. (art. 165 *in fine*).

2.- Cualquiera de los jueces togados militares contemplados en la LOCOJM puede ordenar igualmente la incoación del oportuno procedimiento penal, pudiendo además utilizarse las previsiones de la LOCOJM contenidas en los arts. 63 y 64 LOCOJM respecto a los órganos judiciales militares que acompañan a Fuerzas españolas fuera del suelo nacional.

3.- Asimismo pueden ser realizadas por el mando militar en esas circunstancias las diligencias a prevención contempladas en los arts. 115 y 116 LOCOJM, que permiten tan pronto como los señalados mandos militares tengan conocimiento de la comisión de un delito de la competencia de la jurisdicción militar, perpetrado por quien

[1231] *Vid.* al respecto las SSTC 181/2000, 139/2005, 37 y 185/2012.

[1232] Así, "desde nuestra STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, venimos reiterando que el mencionado derecho constitucional exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, además que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho o actuación determinantes del proceso y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional" (STC 120/2001, de 4 de junio, FJ 2). (STC 48/2003, FJ 17). Condiciones todas ellas que resulta difícil que se den en el nombramiento por el mando militar para un suceso o acaecimiento concreto.

les esté subordinado o cometido en el lugar o demarcación de sus atribuciones, nombrar a un Oficial a sus órdenes, asistido de Secretario, para que incoe el correspondiente atestado, con las atribuciones del art. 116[1233] pero al mismo tiempo con respeto a las potestades jurisdiccionales ya que la primera medida a tomar antes de nombrar al oficial instructor debe ser *comunicarlo por el medio más rápido posible el Juez Togado Militar competente* (art. 115) y, por otra parte, *tan pronto como comience a actuar el Juez Togado Militar, cesarán las diligencias de prevención, entregándose el atestado a dicho Juez* (art. 116).[1234]

Otra peculiaridad procesal propia de estas excepcionales circunstancias puede afectar al derecho de defensa y asistencia letrada ya que dispone el art. 167 LOCOJM 1987 que "[e]n tiempo de guerra, en las actuaciones de los órganos jurisdiccionales militares en territorio español cuando no funcionen normalmente los Colegios de Abogados, o fuera del territorio nacional, los inculpados podrán nombrar defensor a un militar con categoría de Oficial. De no designarlo en el plazo que determine la Ley Procesal Militar se les nombrará de oficio en la forma que en ésta se señale."

El precepto no ofrece problemas de constitucionalidad si con ello no se produce una indefensión efectiva para el justiciable; teniendo así en cuenta que el funcionamiento de los poderes públicos e instituciones se encuentra alterado en tiempo de guerra, lo que puede incluir a los colegios de abogados, resultaría compatible con el art. 24 CE que la asistencia letrada que se le proporcione al inculpado no sea la de un abogado de su elección pero sí que sea técnica, por lo que se ha de asegurar que el oficial designado esté provisto de la preparación adecuada, ya que si se puede proveer a la composición y formación de los órganos jurisdiccionales –incluyendo los castrenses- en tiempo de guerra, las mismas medidas han de arbitrarse para que se proporcione en el

[1233] Dispone en ese sentido el precepto en cuestión que "[e]l atestado se limitará a las primeras diligencias de averiguación del delito y del culpable, detención de éste, si procede, aseguramiento del mismo, levantamiento de cadáveres con asistencia de facultativo, si es posible, solicitud de autopsia si procede, asistencia a la víctimas y recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito."

[1234] Considera Fernández de Henestrosa que aunque la potestad atribuida al mando militar en tiempo de guerra por el art. 165 LOCOJM parece innecesaria vistas las previsiones del art. 115 de la misma norma, "[h]ay no obstante una diferencia importante, y es que el Instructor nombrado en tiempo de guerra conforme al art. 165, aunque no llegue a la conclusión del sumario puede acordar en él la prisión preventiva." FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., "Organización de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra", ob. cit., pág. 826. Debemos afirmar sin embargo que el acuerdo sobre la prisión preventiva se trata de una de las potestades obviamente jurisdiccionales que deben estar atribuidas de forma exclusiva y excluyente a los órganos definidos por el art. 117 CE, incluso en el ámbito de la jurisdicción militar y en tiempo de guerra.

correspondiente proceso asistencia técnica[1235] que garantice al justiciable la efectividad del derecho de defensa[1236], ya que de otra forma, incluso en tiempo de guerra, no podemos hablar de ejercicio de la función jurisdiccional con respeto a la tutela judicial efectiva de los que se encuentran incursos en un proceso ante la jurisdicción castrense.

Pueden, al efecto de la adecuada asistencia técnica de los inculpados ante la jurisdicción militar, aunque en territorio nacional no funcionen los colegios de abogados, establecerse medidas como el establecimiento de listas o turnos de oficio de letrados ante los tribunales militares (o los que se utilicen ante la jurisdicción ordinaria), la designación de oficiales con el título de licenciados en derecho o la habilitación de un turno al efecto entre oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, en los que no concurra incompatibilidad por el ejercicio de sus funciones asesoras, fiscales o judiciales, y ello con la oportuna reforma de los preceptos de la LOCOJM y la ley procesal militar.[1237]

Similares consideraciones es posible realizar respecto a las previsiones del art. 107 LOCOJM para la asistencia letrada en situaciones que, aunque no referidas a situación de guerra, pueden darse en el desarrollo de operaciones, misiones en el exterior o buques navegando. Dispone así el precepto que

---

[1235] Que se proporcione una defensa técnica efectiva viene exigida al Estado en caso de que los litigantes carezcan de medios económicos. Advierte así el Tribunal Constitucional que "la exigencia de que los litigantes actúen con asistencia de Abogado y representados por un Procurador impone a los poderes públicos garantizar su efectiva designación (STC 91/1994, de 21 de marzo, FJ 2) al que carece de medios económicos, con la consecuencia de que los órganos jurisdiccionales tienen obligación de suspender el curso del pleito en caso de solicitud de justicia gratuita, hasta tanto no le sea nombrado al litigante que carece de recursos económicos o que se ve en la imposibilidad de contar con un Letrado de su elección, un Abogado del turno de oficio que asuma su defensa técnica en el proceso, y que si no lo hacen vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de quien formuló la solicitud (STC 71/1999, de 26 de abril, FJ 2; en el mismo sentido, desde la perspectiva del derecho a la defensa y asistencia letrada del art. 24.2 CE, STC 189/2006, de 19 de junio)". (STC 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 4)." La misma argumentación sirve a mi juicio para el caso que nos ocupa referente a las previsiones de la asistencia letrada por defensor militar en tiempo de guerra.

[1236] Declara al respecto la STC 108/2012, de 21 de mayo, FJ 5 que "[e]n relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión, este Tribunal ha declarado que "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales" (por todas, SSTC 14/2008, de 31 de enero, FJ 3; 62/2009, de 9 de marzo, FJ 4; y 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3)".

[1237] Debe tenerse presente en este sentido que el art. 6 LOPM 1989 dispone que "[e]l militar en servicio activo en el que concurra la condición de letrado o procurador de los Tribunales en ejercicio, no podrá actuar como tal ante la Jurisdicción Militar, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. En los demás casos se estará a lo dispuesto en las leyes sobre incompatibilidades." Previene asimismo el art. 126 LOPM que "[e]n los supuestos a que se refieren los artículos 107 y 167 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, estarán exentos del cargo de defensor militar y no podrán ser nombrados defensores: (...) 3. Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa en activo."

> "En unidades fuera del suelo nacional y en buques navegando, cuando fuere preciso instruir diligencias o procedimiento judicial, se informará al interesado que, para su defensa y hasta llegar a suelo español, puede designar a cualquier Oficial de la fuerza o buque.
>
> De no hacer designación alguna, se le nombrará de oficio, a cuyo fin se establecerá un turno de los Oficiales destinados en la unidad o buque de que se trate.
>
> La Ley Procesal Militar determinará las exenciones y excusas para actuar como defensor militar."

La cuestión sobre el ajuste de la defensa letrada en tales circunstancias con el art. 24 CE debe referirse una vez más a la efectividad de la asistencia técnica proporcionada, por lo que si ella no puede prestarse con garantías se impone la suspensión del curso del procedimiento hasta que el justiciable reciba asistencia profesional, a ser posible, de su elección, con traslado en su caso a territorio nacional, consideraciones que pueden extenderse al ámbito del procedimiento disciplinario militar desde el momento en que el encartado requiera la asistencia o el asesoramiento técnico que la propia ley disciplinaria le garantiza. No sobrarían en este sentido la incorporación de unas previsiones sobre la garantía del derecho de defensa en estos procedimientos en el ámbito de operaciones o misiones en el exterior o buques navegando, conciliándolo con las exigencias del restablecimiento inmediato de la disciplina, por lo que a los procedimientos por falta leve se refiere, de acuerdo con la precitada jurisprudencia constitucional al respecto.[1238]

Sí persiste en tiempo de guerra la prohibición del ejercicio de la acusación particular y la acción civil (art. 168 LOCOJM), interdicciones totalmente expulsadas de las leyes procesales militares en otras circunstancias, según examinamos más arriba desde la STC 179/2004, de 21 de octubre.

Pues bien, como ya dijimos en otro lugar[1239], y reiteramos ahora, centrándonos en concreto en la prohibición impuesta en el art. 168 LOCOJM, escribía en 1995 Fernández de Henestrosa Balmaseda –por tanto, antes de la eliminación de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz- que "[l]os arts. 108 de la LOCOM y 127 de LPM impiden ejercer la acusación particular y la acción civil cuando el ofendido o perjudicado y el inculpado sean militares y exista relación jerárquica de subordinación.

[1238] *Vid*. por todas, STC 74/2004, de 22 de abril.
[1239] FERNÁNDEZ GARCÍA, I., "El acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la Jurisdicción Militar", ob. cit., págs. 246-251.

La razón es la protección de la disciplina. En este art. 168, ambas acciones se prohíben en todo caso, incluso cuando ni siquiera sean militares los ofendidos e inculpados. Por lo tanto la razón de ser de este precepto es solo la celeridad y simplificación del proceso."[1240]

La prohibición total del ejercicio de la acusación particular y, por ende, de la acción popular en tiempo de guerra implica que el art. 168 impone el monopolio absoluto del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación en dichas circunstancias en el sentido previsto en la Legislación Procesal Militar histórica para tiempo de paz.

Las razones aducidas por la doctrina, como vemos, para tan drástica prohibición en extremas circunstancias estriban en la celeridad y simplificación del proceso, la protección de la disciplina como factor de cohesión de las Fuerzas Armadas y la nociva presencia de litisconsortes junto al Ministerio Fiscal en el proceso penal militar en tiempo de crisis formalizado a través de instrumentos previstos en la LOCOJM.[1241]

Ahora bien, tras la STC 179/2004 se hace precisa una revisión del fundamento constitucional del monopolio acusatorio del Ministerio Fiscal, incluso en tiempo de guerra. A mi juicio no bastará sin más que el Legislador justifique el veto a cualquier posibilidad de ejercicio de la acusación particular (otra cosa es la acción popular) en razones de disciplina o de la necesaria celeridad del proceso. En cuanto a esto último, porque, si es que realmente admitimos que la presencia de un acusador particular pone en riesgo la simplicidad del proceso, con ello se desvirtuarían los fines mismos del proceso penal y, a la postre, los principios constitucionales que la configuración de la Jurisdicción Militar debe respetar. Aunque es jurisprudencia reiterada del Tribunal

[1240] FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., "Organización de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra", ob. cit., véase págs. 828 y 829.

[1241] Señala al respecto Millán Garrido que "[n]o se cuestiona, en cambio, la constitucionalidad y fundamento de la prohibición de ejercer la acusación particular y la acción civil en tiempo de guerra, contenida en el artículo 168 de la vigente Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, dadas las especialísimas circunstancias que se dan en un conflicto armado y las singularidades de la denominada justicia militar de campaña, que justifican —imponen— el monopolio del ejercicio de la acusación por el Ministerio Fiscal. En el caso de la acción civil, parece evidente que no es sólo el —imprescindible— mantenimiento de la disciplina y el debido respeto al orden jerárquico lo que determina su prohibición, sino que razones prácticas y de coherencia con las normas procesales de guerra también lo exigen. Se trata, en efecto, de conferir la máxima celeridad al enjuiciamiento de la cuestión penal, sin que el mismo deba atender, de forma específica, a las responsabilidades civiles, que, en tales circunstancias extraordinarias, resultan del todo infravalentes." MILLÁN GARRIDO, A., "Las modificaciones introducidas en el régimen orgánico-procesal…", pág. 32. *Vid.* asimismo GARCÍA LABAJO, J.M., "La acción civil en el proceso penal militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, Tomo I, enero-junio 1990, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, pág. 171.

Constitucional que no existe un Derecho Fundamental derivado del art. 24 CE al establecimiento de la acusación particular y de la acción popular[1242], la prohibición total y absoluta del ejercicio de la acusación para defender sus derechos o intereses legítimos *ex* art. 24 CE en un proceso penal, teniendo en cuenta la configuración de la Jurisdicción Militar y, particularmente, de la Fiscalía Jurídico-Militar en tiempo de guerra[1243], poco parece compadecerse con los principios constitucionales y con el derecho fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la acusación[1244] sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente proscrita, a mi juicio, incluso en tiempo de guerra ya que, según el Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional, para no producir indefensión al particular, de la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular requiere de una

[1242] SSTC 64/1999, 81/1999, 280/2000 y 179/2004.

[1243] Además de la previsión del art. 161 LOCOJM para tiempo de guerra relativa al libre nombramiento y relevo de cuantos ejercen cargo o destino en la jurisdicción militar por parte del Gobierno, Ministro de Defensa o Autoridades en quienes deleguen, salvo en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el art. 92 contempla la posibilidad de que el Ministro de Defensa –y, por ello, el Ejecutivo- pueda impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares. Ello mal se compadece con el principio de unidad y dependencia jerárquica del Fiscal General del Estado (arts. 22.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 87 LOCOJM). Así, como señala Blay Villasante, "[e]ntendemos que el art. 92, que faculta al Ministro de Defensa a impartir órdenes e instrucciones al Fiscal Togado, como pusieron de relieve algunos Diputados en el debate parlamentario, es, cuanto menos, inoportuno, innecesario y desafortunado." Esta previsión, sin parangón en la Fiscalía de la jurisdicción ordinaria y no contemplada en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, significa, según este autor, "un regreso a la antigua dependencia del ministerio público del Ejecutivo, anulando en la Jurisdicción Militar, el viraje radical dado en el vigente Estatuto del Ministerio Fiscal." BLAY VILLASANTE, F., "La Fiscalía Jurídico Militar", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 547. La verdad es que cada vez se impone con más fuerza la supresión del primer párrafo del art. 92 LOCOJM en lo tocante a la posibilidad de que el Ministro de Defensa imparta órdenes e instrucciones al Fiscal Togado referentes a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, y ello máxime cuando la Fiscalía Jurídico Militar no solo aparece integrada en el Ministerio Fiscal con dependencia del Fiscal General del Estado sino que, además, tras la reforma del Estatuto orgánico por Ley 24/2007, de 9 de octubre, constituye uno de los órganos del Ministerio Fiscal, que, insistimos, es único para todo el Estado. (art. 22.1 del Estatuto Orgánico).

[1244] Hablaba en 1994 Rojas Caro, respecto a las restricciones a la acusación particular, de un monopolio del Ministerio Fiscal en el proceso penal militar lo que, según él, ocasionaba "[e]l riesgo cierto de que, con este práctico monopolio, el Ministerio Fiscal se convierta en árbitro del proceso, en juez y parte, singularmente cuando se pide el sobreseimiento o la absolución o retira la acusación, porque esas peticiones son vinculantes para el Tribunal, y un error en la petición fiscal no hay modo de subsanarlo (…), comprometiéndose y frustrándose con ello el fin del proceso, que es el de averiguar la existencia de un delito y castigarlo, en su caso." ROJAS CARO, J., "El monopolio acusador del Ministerio Fiscal ¿Puede frustrar el fin del proceso?", en VV.AA., *Delitos y Procedimientos Militares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 656. *Vid.* en el mismo sentido los argumentos de FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, ob. cit., pág. 230.

justificación asentada en poderosas razones, orientada a la protección de bienes o derechos constitucionalmente relevantes.[1245]

En cuanto a la disciplina, como se ha indicado más arriba, constituye, según el Tribunal Constitucional, un valor imprescindible para la garantía de la cohesión de las Fuerzas Armadas y de la consecución de las altas funciones que le encomienda el art. 8.1 CE, elevado además a la categoría de principio configurador de la Institución Militar. Pero ello no debe significar que el enfrentamiento procesal entre militares de distinto empleo –ni siquiera en tiempo de guerra- afecte al valor de la disciplina, tal y como se ha ocupado de razonar el Supremo Intérprete de la Constitución en las SSTC 115/2001 y 179/2004 (a las que nos hemos referido más arriba). De manera que, como afirma el Tribunal, en la última de las resoluciones indicadas "el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del art. 117.5 CE, de estar reguladas "de acuerdo con los principios de la Constitución"".[1246]

No obstante, ya en la STC 24/1999 había tenido ocasión el Tribunal de anticipar su postura acerca de la disciplina como pretendido límite a la tutela judicial efectiva declarando que "[e]n ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo «jurisdicción», y, como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela."[1247]

Por lo que se refiere a la acción popular en tiempo de guerra, razones constitucionalmente fundadas como el negativo régimen de un litisconsorcio del

[1245] STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11.
[1246] FJ 7.
[1247] FJ 4. Coincidimos así con Gómez Martínez cuando afirma que "el Tribunal Constitucional desmonta el concepto de disciplina militar tal y como estaba recogido en las leyes penales y procesales militares, como en cierto modo perteneciente a un ámbito de autotutela fuera del alcance de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos. Esto es un indicio más de que ciertos conceptos jurídicos indeterminados se recogieron en las ROFAS desde una consideración en todo caso preconstitucional, por lo que el transcurso del tiempo ha ido evidenciando sus defectos (…) que se van corrigiendo por vía jurisprudencial." GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, ob. cit., pág. 324.

acusador popular junto al Ministerio Fiscal y al acusador particular en circunstancias realmente excepcionales así como los perniciosos efectos sobre la Defensa Nacional que pudiera acarrear la apertura a la acción popular de la posibilidad de acusación por cualquiera de los delitos contemplados en la legislación penal militar hacen aconsejable su prohibición en tal coyuntura. Pero es igualmente conveniente que el Legislador lo haga constar así de forma expresa en la legislación procesal militar, de igual manera que es deseable que lo haga en tiempo de paz si lo que desea es prohibir la posibilidad de ejercicio de la acusación popular en el ámbito de la jurisdicción militar, algo que, como sabemos, se trata de una opción constitucionalmente legítima del Legislador, dado que la posibilidad de que los ciudadanos ejerciten la acción popular es de estricta configuración legal.

Queda por efectuar una última referencia a las especialidades orgánicas de la jurisdicción castrense, en este caso, previendo el desplazamiento de órganos judiciales militares con las fuerzas españolas para el desempeño de la función jurisdiccional militar en los casos 3 y 4 del artículo 12 cuando aquéllas salgan de suelo nacional en cumplimiento de una misión que se prevea duradera. (art. 63 LOCOJM).

Dispone asimismo el precepto que las fuerzas "serán acompañadas por los órganos judiciales militares que se estimen necesarios, en atención al número de tropas y a la previsible duración de la estancia fuera de España.

A este fin, el Ministro de Defensa o la Autoridad en quien delegue, interesará de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central la propuesta del Juzgado o Juzgados Togados Militares que deban asistir a las unidades desplazadas. La resolución corresponderá al Ministro de Defensa."

El art. 64 LOCOJM establece por otra parte los tribunales competentes para el conocimiento y fallo en estos casos.

Parece que la interpretación doctrinal mayoritaria de estos preceptos se inclina por la creación de órganos judiciales *ad hoc* para el supuesto de fuerzas desplazadas en el exterior[1248], perdiendo el fundamento que justificaría su existencia con el fin de la misión y, en todo caso, con el retorno a territorio nacional de las tropas desplazadas.[1249]

[1248] No se trataría por ello de juzgados togados militares ya existentes en la planta de la jurisdicción militar. *Vid.* DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 290. Asimismo,

Ahora bien, la pregunta, en lo que a nosotros nos interesa, respecto a esta especial posibilidad orgánica prevista por la LOCOJM es si con ella quedan afectados el principio de independencia judicial (art. 117 CE), el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Debemos precisar en este sentido que el "juez natural" para conocer de los delitos competencia de la Jurisdicción Militar cometidos en el extranjero, siempre que no se trate de alguno de los supuestos previstos en los artículos 63 y 64, corresponderá a los Juzgados Togados Militares y Tribunales Militares, con sede en Madrid, por lo que la creación de un órgano jurisdiccional *ex profeso* para el conocimiento de las infracciones penales, limitando la competencia del órgano al ámbito espacial, y sobre todo, temporal, de la misión, supone un apartamiento de las reglas sobre la predeterminación legal del juez que, aun previsto por la propia Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, debe estar sólidamente justificado desde una perspectiva constitucional,[1250] y utilizarse de modo restrictivo.[1251]

GALÁN CÁCERES, J., "Órganos judiciales militares que acompañan a fuerzas españolas fuera del suelo nacional", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, págs. 413-414.

[1249] *Ibídem.*, pág. 414.

[1250] *Vid.* por todos, ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 4. Planteándose la creación de órganos judiciales que acompañen a las fuerzas desplazadas al exterior como algo opcional, Galán apunta algunos elementos dignos de consideración (no solo el de la duración de la permanencia) para tal decisión como "el número de personas desplazadas, el empleo mayoritario de las mismas, la misión que deben cumplir, el lugar donde ésta debe realizarse, los condicionantes de la misión, la actitud de beligerancia o colaboración de los nacionales del lugar, la existencia de conflicto armado o no en el mismo, si éste está generalizado o localizado, si las Fuerzas españolas van a estar concentradas o dispersas, y en fin, los problemas de orden logístico". GALÁN CÁCERES, J., "Órganos judiciales militares que acompañan a fuerzas españolas fuera del suelo nacional", ob. cit., pág. 419.

[1251] Conclusión alcanzada asimismo por este autor, quien añade como "razones cualitativas" que justificarían la utilización de los arts. 63 y 64 LOCJM "la dificultad de la misión a realizar, distancia respecto al territorio nacional, dificultades para los traslados, posible conflictividad, incomunicación de la Fuerza desplazada, imposibilidad de asegurar el ejercicio normal de la función jurisdiccional con arreglo a los criterios generales…" *Vid. ibídem.*, pág. 426. Asimismo GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, ob. cit., pág. 151. La lectura restrictiva de las posibilidades proporcionadas por la LOCJM para la designación de órganos judiciales que acompañen a fuerzas en desplazamientos al exterior la fundamenta esta autora en las dificultades que ello puede plantear respecto a "la posible defensa de los imputados, el nombramiento del resto del personal auxiliar, en quién recae la función de fiscal y cómo la desempeña, desplazado o no…" Realmente las señaladas previsiones solo han sido utilizadas con ocasión de la llamada primera Guerra del Golfo. Así, por Resolución del Ministro de Defensa de 29 de agosto de 1990 (BOD de 30 de agosto) se constituyó un Juzgado Togado Militar para asistir a las unidades de las Fuerzas Armadas españolas que cooperaron en el cumplimiento de las Resoluciones 661 y 665 del Consejo de seguridad de Naciones Unidas, siendo suprimido el indicado órgano jurisdiccional por Resolución del Ministro de Defensa de 12 de septiembre del mismo año. (BOD del 20). Referencias tomadas igualmente de GALÁN CÁCERES, J., "Órganos judiciales militares que acompañan a fuerzas españolas fuera del suelo nacional", ob. cit., págs. 419-422.

Asentada pues, la constitución de estos órganos en sólidas razones con justificación desde el punto de vista constitucional, ha de acudirse a los concretos actos de creación a fin de determinar el respeto al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, y en este punto, el mencionado derecho constitucional exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, además que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho o actuación determinantes del proceso y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional" (STC 120/2001, de 4 de junio, FJ 2). (STC 48/2003, FJ 17).

Estos requisitos se cumplirían a mi juicio si, con independencia de la habilitación conferida por ley orgánica, y una vez producidas las circunstancias exigidas en el art. 63 LOCOJM, la creación del órgano judicial y el nombramiento de su titular precede o es simultáneo a la salida de las fuerzas españolas; "pues de otro modo, si estos actos se hacen con posterioridad, sabiendo de antemano qué presuntos procedimientos pudieran existir, podría atentarse contra este derecho fundamental."[1252]

Por lo que hace al sistema de nombramiento del titular del órgano judicial, aunque recaería la resolución en el Ministro de Defensa, ello se haría de conformidad con la propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, por lo que sirven los comentarios realizados más arriba respecto a la provisión de los juzgados togados, que no entendíamos afectase al principio de independencia judicial constitucionalmente consagrado.

Por lo que respecta al cese de los titulares de estos órganos, como factor relevante que incide en la garantía de la inamovilidad de los mismos, además de las causas de cese previstas de ordinario para los miembros de los órganos judiciales militares del art. 66 LOCOJM, hemos de contemplar una nueva, que debería hallar adecuado y preciso reflejo en ese precepto: la desaparición del fundamento de la creación del juzgado reflejada en el fin de la misión o en el regreso del contingente al territorio nacional, sin perjuicio de la continuación de las actuaciones ya iniciadas para no mermar la independencia e inamovilidad judicial.[1253]

[1252] *Vid. ibídem.*, pág. 411.

[1253] Galán entiende en este sentido que "si se ha hecho uso de la previsión del art. 63, el juzgado creado y el cese de su titular sólo podrá decretarse cuando desaparezca el fundamento justificador de su creación, es decir, cuando regresen las Fuerzas desplazadas a territorio nacional; de lo contrario podría producirse

Ahora bien, el texto de los arts. 63 y 64 LOCOJM resulta demasiado parco en este sentido[1254], ya que debiera preverse en la propia ley orgánica, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, el sistema de creación del órgano, de nombramiento de su titular, el ámbito espacial y temporal de funcionamiento, así como el sistema de sustitución de su titular[1255], de forma que quede garantizada la independencia e inamovilidad del órgano; cuestiones todas ellas, en especial, las relativas a la extinción del juzgado y cese del titular por fin de misión, que no deben quedar deferidas a la resolución por orden ministerial circunscrita al caso concreto, salvo el mismo hecho de nombramiento de titular del órgano de acuerdo con el procedimiento de la propia LOCOJM para la provisión de los juzgados togados militares.[1256]

No podemos obviar igualmente en este epígrafe determinadas especialidades en lo relativo al cumplimiento de la prisión preventiva en tiempo de guerra o estado de sitio. De esta forma dispone el art. 239 LOPM 1989:

---

una vulneración al derecho fundamental del Juez Ordinario predeterminado por la ley contemplado en el art. 24 de la C.E." *Ibídem.*, pág. 414.

[1254] Así sostiene Gil García que "[n]os hubiera parecido más conveniente un mayor detalle en la norma, porque es dudoso que se pueda crear un órgano judicial sin las garantías necesarias, sino que está previamente creado por una Ley Orgánica, y aquí la Ley Orgánica remite indefinidamente a dos órganos de instrucción." GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, ob. cit., pág. 151.

[1255] Téngase en cuenta que en el ámbito de la jurisdicción militar no existe el sistema de sustitución similar al previsto para los jueces y magistrados en órganos judiciales unipersonales de la jurisdicción ordinaria en el art. 210 LOPJ, sino que el sustituto es el titular de otro juzgado togado. Prevé así el art. 55 LOCOJM que "[e]n los casos en que no pueda actuar el Juez Togado Militar competente será sustituido por el que designe la Sala de Gobierno del Tribunal Central. Cuando hubiere más de uno con la misma demarcación, la designación recaerá en otro de ellos; cuando no los hubiera, sobre el más próximo a la sede del Juez Togado Militar que deba ser sustituido." Estas previsiones no son, sin embargo, aplicables a los órganos judiciales previstos en el art. 63 LOCOJM, por lo que ha de arbitrarse al respecto un sistema de sustitución del titular, máxime en el contexto de una misión en el exterior, de forma que, como advierte Galán, "si la permanencia de esas Fuerzas fuera del territorio nacional es de larga duración podría comportar un serio sacrificio para el titular de ese órgano judicial creado, que a diferencia del resto de miembros de esa Fuerza no puede ser sustituido." GALÁN CÁCERES, J., "Órganos judiciales militares que acompañan a fuerzas españolas fuera del suelo nacional", ob. cit., pág. 414.

[1256] De hecho, para los órganos judiciales militares unipersonales del territorio nacional se establece el principio de reserva de ley, de forma que "[l]a planta y demarcación de los Juzgados Togados Militares Territoriales se establecerá por ley." (art. 59 LOCOJM). De *lege ferenda* sería que, mediante una habilitación al efecto en los arts. 59 y 63 LOCOJM, se atribuyese al decreto-ley a posibilidad de creación de estos juzgados, colmando así, tanto las exigencias de celeridad impuestas por el envío de un contingente al exterior -circunstancias que impedirían la reforma de la ley de planta mediante el trámite legislativo ordinario-, como "la intervención del Poder Legislativo en el trámite de la convalidación." Similares consideraciones realiza Galán. *Vid. ibídem.*, pág. 422. Señala Doig Díaz que "[t]al y como está configurado el sistema por el que se crean estos juzgados togados, puede atentar contra el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en tanto el órgano no es creado por ley sino por una resolución ministerial y el nombramiento del titular depende de la absoluta discrecionalidad del ministro de Defensa." DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de derecho*, ob. cit., pág. 292. Mantiene asimismo esta autora la existencia de un perjuicio al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en su vertiente subjetiva "mientras se conceda libertad al ministro para la designación de los titulares de los órganos judiciales militares y no se determine u procedimiento." *Ibídem.*, pág. 423.

> "En tiempo de guerra o estado de sitio la prisión preventiva, háyase o no dispuesto con carácter atenuado, podrá ser cumplida por los militares en la Unidad de su destino, cuando por exigencias de la situación o de la campaña así lo acuerden los Jefes o Autoridades militares respectivas, comunicándolo a la Autoridad judicial que hubiese dispuesto la prisión.
>
> Desarrollarán en tal caso aquéllos las funciones que el mando designe y sean más convenientes a las exigencias del servicio y de la disciplina. Si llegaren a participar en acciones de combate u otras que supongan riesgo de su vida, quedarán por este solo hecho en libertad provisional, y salvo que después incurrieran en causa de rebeldía o cometieran nuevo delito, no podrá ya decretarse de nuevo su prisión, pero el tiempo permanecido en aquella situación de libertad provisional les será, en su caso, de abono para el cumplimiento de la condena."

Varias previsiones de interés a nuestros efectos contiene el precepto:

1.- La posibilidad de que los jefes o autoridades militares dispongan en las señaladas circunstancias que la prisión preventiva decretada judicialmente se cumpla en la unidad de destino del militar.

2.- La realización por el militar de acciones de combate u otras que supongan riesgo de su vida supone la libertad provisional, sin que pueda ya decretarse de nuevo su prisión por la autoridad judicial.

No se requiere un examen muy profundo de estas previsiones para concluir que este precepto permite a la autoridad militar en tiempo de guerra inmiscuirse en el mismo proceso penal, pudiendo modificar o, más bien, revocar, las condiciones de cumplimiento de una medida cautelar acordada por la autoridad judicial, condicionando incluso sus decisiones posteriores respecto a la medida cautelar acordada.

Ello, como ya hemos sostenido más arriba respecto a la incoación de procedimientos penales en tiempo de guerra, supone una evidente merma a la exclusividad de la función jurisdiccional consagrada en el art. 117.3 CE, con una quiebra patente de los principios que la Constitución establece como configuradores de la potestad jurisdiccional en el art. 117 CE, que resulta carente de justificación incluso en tiempo de guerra, ya que es a los órganos judiciales militares establecidos por la Ley a los que les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia (art. 2 LOCOJM), tales como la instrucción sumarial y la adopción de medidas cautelares en el seno de la misma, como la prisión preventiva (art. 215 y ss. LOPM) y la libertad provisional (art. 230 y ss. LOPM).

Es por ello que para hablar de auténtica potestad jurisdiccional militar, incluso en tiempo de guerra, deben quedar incólumes dos características esenciales de la misma,

cuales son la plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento, y la exclusividad, que se traduce en que sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional[1257], reglas que quiebran de forma evidente con la habilitación al mando militar en tiempo de guerra o estado de sitio por el art. 239 LOPM 1989 para sustituir las competencias de un órgano jurisdiccional en el seno de un procedimiento penal.

Pero es que además el señalado precepto de la ley procesal militar es contraproducente ya que puede frustrar los fines de la prisión provisional[1258], y, además, resulta de difícil cumplimiento, ya que los jefes y autoridades militares respectivas a los que se refiere el art. 239 LOPM difícilmente ostentarán competencias sobre militares en situación de prisión preventiva, que sufrirán la medida en establecimiento penitenciario militar, de acuerdo con lo requerido por el órgano judicial (art. 219 LOPM).

Por último, no debemos finalizar las especialidades procesales y orgánicas de la jurisdicción militar en circunstancias de anormalidad sin una somera referencia a los procedimientos sumarísimos contemplados en el Título II del Libro III LOPM 1989, art. 397 y ss.

Aunque se contempla por la ley procesal militar como un procedimiento especial aplicable en tiempo de guerra únicamente a delitos flagrantes caracterizados por su gravedad o por "afectar gravemente a la moral o a la disciplina de las Fuerzas Armadas o a la seguridad de las Unidades, plazas, buques, aeronaves o bases militares, y así se declare por el Gobierno" (arts. 397 a 399 LOPM), en realidad se trata de especialidades procedimentales respecto al procedimiento ordinario (art. 400 y ss.) caracterizadas por la perentoriedad de los plazos, en algún caso de horas[1259]-, así como la reducción o simplificación de trámites procesales.

[1257] STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2.

[1258] Definidos en el art. 503.1 3º LECr., modificado por la por la disposición final 1.1.c) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. La supletoriedad de dicha norma se contempla en la DA 1ª de la LOPM. Sin embargo, Querol opina que "[e]s natural que, en la milicia, en situaciones bélicas se dé primacía a las exigencias de la campaña y de la disciplina, más importantes en tales ocasiones que el aseguramiento del presunto responsable de un delito." DE QUEROL LOMBARDERO, J.F., "Medidas cautelares personales en el proceso penal militar", ob. cit., pág. 1633.

[1259] Como dice de Henestrosa Balmaseda "[r]esalta espectacularmente la brevedad del plazo de veinticuatro horas para instrucción y redacción de acusación y defensa con proposición de pruebas, aun a pesar de haberse ampliado el de cuatro horas que prevenía el art. 927 del CJM." FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., "El procedimiento sumarísimo", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 2020. Es evidente, a mi juicio, que se producirá un claro quebranto en el derecho de defensa

Al objeto de nuestro análisis estas especialidades procedimentales tendrán verdadera relevancia si con ellas se produce una verdadera afectación efectiva al derecho de defensa del inculpado[1260], estando por lo demás justificadas cuando de las circunstancias de la situación de conflicto bélico se imponga la celeridad del proceso o así lo demande, debido a la gravedad del delito o la afectación de la disciplina militar en tales circunstancias, la naturaleza del o de los delitos cometidos.

No resulta posible culminar este capítulo sin una referencia a los estados de crisis contemplados en los arts. 55, 116 y 117.5 CE en la medida en que impongan restricciones o limitaciones a los derechos de los militares, al margen de las que de por sí pueden suponer para cualquier ciudadano de acuerdo con los citados preceptos constitucionales y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que procede a desarrollar la Norma Suprema en este punto.

Lo cierto es que de la lectura de las señaladas normas, no se deduce ninguna limitación adicional en el régimen de derechos fundamentales de los militares bajo la vigencia de esos excepcionales estados, al margen de la posible ampliación -con carácter general, sin embargo- de la competencia de la jurisdicción militar en caso de declaración de estado de sitio (arts. 117.5 CE y 35 de la Ley Orgánica 4/1981, LOAES)[1261] y de la especialidad, a la que nos referimos más arriba, respecto al

---

protegido por el art. 24 CE cuando por la magnitud del sumario resulte imposible al defensor nombrado ilustrarse en tan escaso plazo del procedimiento al efecto de articular la defensa del acusado así como formular escrito de defensa y proposición de pruebas (art. 402 LOPM), actuaciones cuya práctica efectiva en tan breve plazo desde el punto de vista del derecho de defensa se convertirán en ilusorias en gran parte de procedimientos.

[1260] *Vid.* al respecto por todas, en la línea de lo manifestado respecto a la asistencia letrada en tiempo de guerra, SSTC 14/2008, de 31 de enero, FJ 3; 62/2009, de 9 de marzo, FJ 4; y 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3.

[1261] Como dice Fernández Segado "… el estado de sitio es una situación jurídica que, en principio, nada tiene que ver con el «tiempo de guerra», que, como se ha razonado por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (…), no es un concepto jurídico en sentido estricto, sino más bien una realidad «de facto» en la que cualquier país puede encontrarse, incluso involuntariamente, sin una previa declaración de guerra." FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz", ob. cit., pág. 201. No vamos a negar sin embargo, que las circunstancias que justifican la declaración de tal situación excepcional son muy similares, y que consistirían en que se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios. (art. 32.1 LOAES). Cabe pues hablar de guerra sin declaración de estado de sitio y viceversa. Efectivamente, el art. 12.2 LOCOJM contempla, dentro de sus competencias en tiempo de paz, las relativas al conocimiento de los delitos y faltas cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula, lo que supone la posibilidad de atribución de delitos de la legislación penal común. Coincidimos con el precitado autor en la perfecta coherencia del aumento de la extensión competencial de la jurisdicción castrense en estado de sitio con el art. 117.5 CE, "del que se desprende la posibilidad constitucional de una delimitación competencial diferenciada, por parte de los órganos

cumplimiento de la prisión preventiva bajo la vigencia de estado de sitio o tiempo de guerra (art. 239 LOPM 1989).

No podemos soslayar, sin embargo, por lo controvertido de su reciente aplicación, la posibilidad de que, en virtud de la movilización de personal civil al servicio de la Administración –prevista en el art. 12.2 LOAES, se acuerde por el Gobierno en la declaración de estado de alarma la sumisión de ese personal movilizado al estatuto militar, con la consiguiente aplicación de las leyes penales y disciplinarias militares y la sujeción a la jurisdicción castrense.

Pues bien, ello tuvo lugar en lo que podríamos denominar "crisis de los controladores aéreos", quienes, en el seno de su conflicto laboral mantenido con el Ministerio de Fomento y en los momentos previos a unas jornadas festivas en todo el territorio nacional, abandonaron sus obligaciones laborales, con la consiguiente paralización del tráfico aéreo, provocando que el Gobierno adoptase dos medidas extraordinarias inéditas hasta el momento en más de treinta años de régimen constitucional: la primera, la atribución al Ministerio de Defensa del ejercicio de la dirección del control de la circulación aérea general en todo el territorio nacional hasta tanto existiesen garantías de la recuperación de la normalidad en la prestación de sus servicios por los controladores aéreos civiles, y ello mediante el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre[1262], y la segunda, y más controvertida, la adopción del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, y ello fundamentado en la consideración de que se daban las circunstancias definidas en el art. 4 c) LOAES, caracterizadas en este caso por "la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados."[1263]

---

judiciales militares, según se trate de situaciones de normalidad o de supuestos de estado de sitio." *Ibídem.*, pág. 119.

[1262]Medida contemplada por el artículo 4.4.a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

[1263] El supuesto de hecho definido en el art. 4 c) LOAES, esto es, la "[p]aralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución" exige además que *concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo*, es decir, "dentro de una situación global de catástrofe natural, sanitaria o de desabastecimiento." VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., "Algunas

El decreto sobre estado de alarma disponía además en su art. 3 que en virtud del art. 9.1 y 12.2 LOAES[1264] "todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10.Uno de la citada Ley Orgánica y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre."[1265]

---

consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011, Madrid, pág. 254. En este sentido igualmente Cruz Villalón afirma que "la paralización de servicios públicos esenciales no puede dar lugar nunca, por sí sola, a una declaración del estado de alarma, sino sólo cuando dicha paralización coincida con alguno de los otros supuestos restantes." CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, ob. cit., pág. 70. Asimismo, BLANCO VALDÉS, R. en el artículo "Alarma por el estado de alarma" publicado en *La Voz de Galicia*, el 6 de diciembre de 2010, accesible asimismo en http://www.lavozdegalicia.es/espana/2010/12/06/0003_8893504.htm. Para la distinción de los términos *emergencia*, *catástrofe* y *calamidad*, *vid.* FRANCO GARCÍA, M.A., "Las emergencias marítimas: especial referencia a la intervención militar", en *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, nº 161, enero–marzo 2014, pág. 296 y ss. Para este autor, para la declaración del estado de alarma no bastarían por sí solas las señaladas circunstancias de catástrofe o calamidad. Diferencia así las circunstancias de anormalidad constitucional que darían lugar a la aplicación de algunos de los estados de la LOAES, de forma que "[l]a protección civil entra en juego cuando concurren circunstancias extraordinarias, si bien, en su conjunto los supuestos en que aquélla puede aplicarse revisten carácter ordinario, en la medida en que no alteran el ejercicio de las competencias de los poderes públicos." *Ibídem.*, pág. 302.

[1264] Dispone el art. 12.2 LOAES en cuestión que "[e]n los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la *movilización de su personal*, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo." Concluyen al respecto Vidal Prado y Delgado Ramos que con la derogación total de la Ley 50/1969, Básica de Movilización Nacional en virtud de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar "se creó un vacío legal sobre la materia de movilización y militarización de aquellos recursos, que ahora se ha puesto de manifiesto, pues no hay «ley habilitante» que permita la movilización y militarización de los controladores, así como la definición de sus deberes y derechos y el fuero que les resulta aplicable. […]Para que los controladores pudieran ser movilizados o militarizados hacía falta una Ley habilitante, que no existe, y además, para poder aplicar el Código Penal Militar habría que conceder a los militarizados la «asimilación» a un empleo militar (ya sea el de Soldado, Cabo, Sargento, Teniente, etc., según tengan o no la misma categoría o responsabilidades dentro de su organización), de manera que de acuerdo con ese grado de asimilación sepan cuáles son los superiores jerárquicos a los que tienen que obedecer, porque así lo exige al artículo 8.5 del Código Penal Militar de 1985 y la organización de las Fuerzas Armadas." VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., "Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma…", ob. cit., págs. 258-260. Ciertamente, la derogación de la normativa sobre movilización constituye un inconveniente a la hora de definir el régimen jurídico del personal a militarizar; sin embargo, no debemos ver en ello un obstáculo insalvable ya que el art. 12.2 LOAES constituye a mi juicio un título jurídico que permite de forma directa, sin desarrollos o remisiones, la movilización del personal al servicio de la Administración, citando la normativa vigente sobre movilización solo como supletoria respecto de lo dispuesto en el art. 12.2 LOAES.

[1265] A partir de ese momento, cada uno de los controladores reciben un escrito del jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire del siguiente tenor: "Por la presente le comunico que en virtud del Real Decreto 1673/2010 por el que se declara el estado de alarma pasa Usted … a tener la consideración de personal militar quedando a las órdenes directas de la autoridad militar designada en todo lo relativo a su servicio y función como controlador aéreo y sometido al régimen penal y disciplinario propio de las Fuerzas

Por acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010 se solicitó al Congreso de los Diputados autorización para prorrogar el estado de alarma hasta el 15 de enero de 2011, que el Pleno de la Cámara acordó en su sesión de 16 de diciembre de 2010.[1266] La prórroga del estado de alarma hasta el 15 de enero de 2011 la acordó el Gobierno mediante el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre.[1267]

Pues bien, tales decisiones del Gobierno y el Congreso de los Diputados provocaron varios recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos y otro de amparo ante el Tribunal Constitucional, referido a la autorización de la prórroga acordada por la Cámara Baja respecto a tal situación excepcional, actuaciones que terminaron todas ellas en inadmisión sin entrar en el fondo, al considerar que eran ejercidas por el Gobierno y el Congreso en su calidad de órganos constitucionales.[1268]

Ahora bien, la pregunta es si mediante la declaración de estado de alarma y la movilización de personal civil prevista en el art. 12.2 LOAES le resulta legítimo al Gobierno desde una perspectiva constitucional extender el estatuto militar a estos colectivos, con la consiguiente limitación a sus derechos fundamentales. En este sentido, aunque el Supremo Intérprete de la Constitución no se ha pronunciado sobre el

---

Armadas para el caso de negativa a cumplirlas". Este particular comunicado es recurrido en vía contencioso-administrativa por alguno de los controladores, recurso inadmitido "a limine" por Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de abril de 2011, recurso nº 123/2011.

[1266] Acuerdo del Congreso de los Diputados publicado en el BOE núm. 307, de 18 de diciembre.

[1267] Publicado en el diario oficial del mismo día que el acuerdo de la nota anterior.

[1268] *Vid.* al respecto el ATS 857/2011, Sala 3ª, de 10 de febrero de 2011, recurso nº 553/2011. En esta resolución se afirma que "el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, fue dictado por el Gobierno de España como órgano constitucional ejerciendo las funciones previstas en el antes mencionado Título V de la Constitución", de forma que "esa decisión [del Gobierno] asumida por la Cámara no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo: porque está fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 CE, y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA." FJ 4º. En parecidos términos, por todas, SSTS, Sala 3ª de 30 de mayo (rec. 152/2011) y 7 de junio de 2011 (rec. 3903/2011). El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional finalizó con la inadmisión mediante ATC 7/2012, de 13 de enero, puesto que (refiriéndose al acto de autorización de prórroga del estado de alarma) "se trata de decisiones o actos parlamentarios que, aunque no dictados en el ejercicio de la potestad legislativa de la Cámara ni revestidos, en consecuencia, de la forma de ley, configuran el régimen jurídico del estado de emergencia en cada caso declarado, repercutiendo en el régimen de aplicabilidad de determinadas normas jurídicas, incluidas las provistas de rango de ley, normas a las que, como ya hemos señalado, pueden, con taxativas condiciones, suspender o desplazar durante el período de vigencia del estado de emergencia de que se trate. Dada su cualidad de decisiones o actos parlamentarios con valor de ley, el cauce para residenciarlos ante la jurisdicción constitucional no es, en lo que aquí importa, el recurso de amparo del art. 42 LOTC, para el que basta la legitimación individual del art. 162.1 b) CE, sino el de inconstitucionalidad, con la legitimación que le es propia, o, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad." FJ 4.

fondo de este asunto, sí podemos extraer de la demanda de amparo de los controladores varios argumentos de interés, en lo que a nosotros nos interesa:

> "i) La declaración del estado de alarma no puede acarrear una limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, limitación que ha comportado la militarización de los recurrentes en amparo, tratándose además de una opción sólo prevista para los estados de excepción y sitito; ii) la aplicación de la jurisdicción militar sólo está contemplada para el estado de sitio (art. 117.5 CE), en modo alguno para el estado de alarma; iii) el art. 12.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio prevé la movilización del personal de las empresas y servicios intervenidos, lo que es distinto a la militarización que de por sí implica la pérdida de derechos fundamentales. Además la Ley 50/1969, de 26 de abril, de movilización nacional ha sido derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, que no contempla la posibilidad de militarización forzosa de civiles; iv) la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar sólo prevé la aplicación del código penal militar a personal no militar en supuestos de estado de sitio y nunca en los supuestos de movilización previstos en el art. 12.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio[…]".

Pues bien, tales consecuencias aparejadas a la declaración de estado de alarma por parte del Gobierno provocan efectivamente la sujeción a las leyes penales y disciplinarias militares y la consiguiente sumisión a la jurisdicción militar, con las consiguientes limitaciones a los DDFF del personal movilizado. Ahora bien, que solo a través de la declaración de los estados de excepción y de sitio se puedan acordar límites a ciertos derechos fundamentales no significa que las restricciones previstas en los arts. 9, 11 y 12 LOAES y que permiten militarizar al personal al servicio de la Administración, supongan límites directamente impuestos por la declaración de estado de alarma a los empleados públicos.

En este sentido conviene recordar que en tales situaciones, en este caso de paralización de un servicio público esencial, los empleados públicos quedan sometidos a una más intensa relación de especial sujeción, definido en el art. 9.1 LOAES, "en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza."

De esta forma, a mi juicio, las consecuencias o posibles límites a DDFF derivados de la militarización no son consecuencia directa de la declaración del estado de alarma sino de la "activación" de las obligaciones que a los empleados al servicio de la Administración les impone su estatuto y que pueden llegar a exigírseles de forma más intensa en situaciones excepcionales. Dicho de otra manera, la declaración de estado de alarma no limita derechos fundamentales para los empleados públicos sino que, mediante la habilitación conferida por la Ley Orgánica 4/1981, completa, termina o concreta aspectos obligacionales propios del código de conducta del personal al servicio

de las administraciones públicas en tan excepcionales circunstancias[1269], con el propósito, en este caso de poner fin a la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad.

Dicho esto, cae con facilidad el segundo argumento de los controladores, es decir, la inconstitucionalidad de su sumisión en casos de estado de alarma a la jurisdicción militar, algo que, según el argumento de la demanda de amparo, solo puede proceder en caso de estado de sitio.[1270]

Ciertamente, de conformidad con el art. 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. Conviene recordar, sin embargo, que esta posibilidad se refiere a la posible extensión de la competencia de la jurisdicción militar en tan anormales circunstancias (art. 12.2 LOCOJM) como por otra parte sucede con las propias del tiempo de guerra (art. 13 LOCOJM) a delitos comprendidos en la legislación penal común, sin que ello obste, como hemos visto en el capítulo X, a la aplicación, dentro del ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE), de las leyes penales militares, y la consiguiente sumisión a la jurisdicción castrense, a civiles así como al personal sometido a estatuto castrense o militarizado.

El ámbito estrictamente castrense representado aquí por la tutela de bienes jurídicos esenciales para las Fuerzas Armadas y, en esencial, para la defensa del

[1269] Definido en el *Capítulo VI, Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta* (Título III), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

[1270] Argumento compartido, por cierto, por la doctrina mayoritaria. *Vid. ad ex.* CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, ob. cit., págs. 79-80. Mantiene este autor que la movilización militar del personal civil supone una extensión de la jurisdicción militar más allá del ámbito estrictamente castrense, que "sólo es viable previa declaración del estado *de sitio* (art. 117.5 de la Constitución). Asimismo BLANCO VALDÉS, R. en el artículo "Alarma por el estado de alarma" publicado en *La Voz de Galicia*, el 6 de diciembre de 2010, accesible asimismo en http://www.lavozdegalicia.es/espana/2010/12/06/0003_8893504.htm. *Vid.* igualmente VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., "Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma…", ob. cit., págs. 255-260. Sin embargo, JIMÉNEZ VILLAREJO se muestra favorable a la militarización de los controladores y su consiguiente sumisión a la jurisdicción militar en el artículo "Militarización de los controladores", publicado en *El País*, el 13 de diciembre de 2010, accesible de igual forma en http://elpais.com/diario/2010/12/13/opinion/1292194804_850215.html. Importa destacar de lo señalado por este autor lo siguiente: "Se dice, por ejemplo, que el CPM solo se puede aplicar a los militares salvo en estado de sitio. Con independencia de que esto no es cierto, toda vez que en el citado código existen figuras delictivas cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona, militar o no, se olvida cuando eso se dice que la condición de militar la tienen no solo los profesionales de las Fuerzas Armadas, sino todos a los que un precepto legal se la atribuye como es el caso de los movilizados." Enlaces consultados el 27 de enero de 2014.

Estado[1271], a la que el personal civil movilizado ha sido llamado a contribuir, justifica así desde una perspectiva constitucional la sumisión a las leyes penales y disciplinarias militares y, por ello, a la jurisdicción castrense en las señaladas circunstancias.

[1271] Tales bienes o intereses venían representados por la obligación por parte del Ministerio de Defensa de ejercer la dirección del control de la circulación aérea general en todo el territorio nacional hasta tanto existiesen garantías de la recuperación de la normalidad en la prestación de sus servicios por los controladores aéreos civiles, asegurando así la libertad y seguridad y continuidad del tráfico aéreo en el espacio de soberanía española. *Vid.* en este sentido el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA, derogado por el Real Decreto 28/2011, de 14 de enero. (BOE del 15).

CONCLUSIONES

I.- La existencia de las relaciones especiales de sujeción, entre las que se halla la de los sometidos a disciplina militar, no tiene reflejo expreso en la norma constitucional. No obstante, los sujetos de estas relaciones aunque son titulares igualmente de los DDFF consagrados en la Constitución, no tienen el mismo régimen de ejercicio de tales derechos que el resto de los ciudadanos, pudiendo encontrar diversas limitaciones al ejercicio de los mismos.

II.- Tradicionalmente se ha venido hablando del ámbito militar como reducto o "mundo aparte" no sujeto al imperio de las normas constitucionales, y por ende de los DDFF, de la misma forma que en el resto de las relaciones de poder. Gran parte de las teorías que categorizaron a lo largo de la historia a las FAS como una institución tuvieron por finalidad expresar la autonomía de las mismas respecto al Poder civil. Con la CE 1978, ha quedado fuera de toda duda la estricta subordinación al Gobierno de las FAS (como parte de la Administración del Estado) desterrando cualquier teoría "autonomista". Sin embargo, aunque resulte posible sostener, como algún autor, una tesis institucionalista, ello no puede aparejar ninguna consecuencia distinta de la dependencia de las FAS al Gobierno en el marco de la Administración militar, sin que la existencia de determinados principios propios del ámbito castrense pueda entenderse al margen del Texto constitucional.

III.- En este sentido los principios propios de la organización castrense, a saber, la disciplina, la jerarquía, la unidad y la neutralidad política, se derivan de la misma Norma Suprema como necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones constitucionalmente atribuidas a las FAS (art. 8 CE). Por ello, las restricciones a los DDFF de los militares derivadas de estos principios son expresión de la unidad sistemática del Texto supremo. Estos valores castrenses con relevancia constitucional justifican, según ya se reconoce tempranamente por la jurisprudencia constitucional, una serie de especialidades en el orden penal, disciplinario y procesal así como una intensa relación especial de sujeción, con la consiguiente limitación de DDFF. Pero, a su vez, estos elementos nucleares – y constitucionales- de la institución castrense, de los que

debemos destacar a su vez como pilares básicos la disciplina y la neutralidad política, no justifican la limitación, y en toda su extensión, de cualquier derecho fundamental, de manera que se extravasen los ámbitos en que las restricciones impuestas por tales principios tienen su razón de ser, a saber, la organización y funcionamiento de la Administración militar en orden al cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las FAS por el art. 8 CE.

IV.- Los DDFF en la esfera militar aparecen limitados, siempre que se respeten las exigencias constitucionales al respecto, por otros bienes con relevancia constitucional, como la disciplina o la neutralidad política, con la finalidad de dar cumplimiento a lo prevenido igualmente en normas con rango constitucional: el art. 8 de la Constitución Española.

Son pues en el ámbito militar los señalados valores y principios los que acaban imponiendo límites a los DDFF de los militares, límites que, tal y como hemos sostenido, conforman o definen una intensa relación especial de sujeción. Sin embargo, como mantuvimos más arriba, no son estrictamente dichas limitaciones -que podríamos denominar "restricciones nominadas" a cada uno de los DDFF contempladas ahora por ley orgánica- las que definen un estatuto más restrictivo para los militares sino la permanencia de las mismas y del mismo estatuto militar, lo que hace surgir una intensa relación especial de sujeción que extiende sus efectos tanto a las actividades del militar en acto de servicio cuanto a las realizadas fuera del mismo y hasta las propias de su vida íntima o privada, con la consiguiente limitación de los diversos derechos propios de ese ámbito.

De esta forma, bajo el corolario de esta relación especial de poder en el ámbito castrense se puede concluir el carácter permanente de la misma, sin que ello exima al poder público de justificar en cada supuesto concreto cada una de las limitaciones a los DDFF, especialmente las producidas respecto a actos fuera del servicio, examinando minuciosamente las condiciones impuestas por el Tribunal Constitucional, con particular hincapié en el respeto al principio de proporcionalidad.

Analizados los distintos supuestos de esa relación especial –todo ello bajo el prisma de su permanencia-, como la relación superior-subordinado dentro y fuera del servicio, las normas de *cortesía* militar, las regulaciones sobre policía personal y aspecto físico así como lo relativo al "régimen de vida" de los alumnos, internos en establecimientos disciplinarios militares o los aspectos relativos a la dignidad y honor

de la Institución militar, concluimos que las limitaciones propias de cada uno de ellos deben justificarse – y solo cuando lo permita el principio de proporcionalidad- caso por caso, sin que baste una habilitación general al mando o la mera invocación del principio de disciplina y unidad o la imagen de la institución militar.

Debe además respetarse el principio de reserva de Ley sin que, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, puedan deslegalizarse estas materias mediante una simple habilitación reglamentaria que permita la limitación de DDFF al estilo de lo que sucede en el art. 69 de la Ley de la Carrera Militar. De *lege ferenda* sería que la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes estableciese unas normas mínimas o bases que permitiesen abordar todos estos aspectos con respecto al principio de proporcionalidad, puesto que se trata de cuestiones no menores, que inciden en DDFF, y que son tratadas actualmente en normas reglamentarias -incluso de ínfimo rango, como órdenes o instrucciones internas.

V.- La nueva ley orgánica de derechos y deberes sustituye el marco normativo constituido hasta el momento por una norma preconstitucional (aunque –como expusimos más arriba- formalmente se ajustase a las exigencias constitucionales), esto es, las Reales Ordenanzas de 1978; sin embargo, muchas de sus limitaciones o restricciones no aparecen confirmadas por las leyes (ya con el carácter de orgánicas) que desarrollaron posteriormente cada uno de los DDFF o por las leyes de régimen disciplinario, que, al no sancionar expresamente alguna de sus interdicciones -como la prohibición de asociaciones profesionales-, dejaban un régimen jurídico de DDFF de los militares a todas luces desfasado.

La nueva norma, cuya innovación más importante, a mi juicio, viene constituida por el establecimiento de un auténtico estatuto de derechos y deberes de los sometidos a disciplina militar, además de actualizar el mismo, recoge la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, amén de introducir algunas novedades reseñables fundamentalmente respecto al reconocimiento del asociacionismo profesional.

a.- Encabezamos la parte relativa al tratamiento singularizado de cada uno de los derechos fundamentales con el análisis de la dignidad humana en tanto que principio que constituye un fundamento del orden político y de la paz social con un relevante valor hermenéutico por su irradiación a todos los DDFF por cuanto todos, de alguna forma, están vinculados a la dignidad humana, lo que resulta trascendental en un ámbito

que se caracteriza por la conformación de una intensa relación especial de sujeción caracterizada por la permanencia y la disciplina, ligazón que no debe suponer mengua alguna en el valor de la dignidad de la persona.

En este sentido, constituye un trascendental avance que la nueva LODDM consagre rotundamente la dignidad de la persona como el principio informador que ha de regir el catálogo de derechos de los miembros de las FAS y exija el respeto al valor de la dignidad como una regla esencial que debe definir el comportamiento del militar. (Art. 6.1, regla quinta).

b.- Dentro del catálogo de los derechos fundamentales *stricto sensu*, los consagrados en el art. 15 CE (vida e integridad física y moral), si bien no aparecen aparentemente limitados para los miembros de la milicia, la realidad es muy otra en atención a los peculiares principios configuradores de la profesión castrense, bastando el enunciado en la regla primera del art. 6 de la ley orgánica de derechos y deberes, esto es, la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, para comprobar la aparente colisión entre los deberes libremente asumidos por el militar y los citados derechos fundamentales. Contradicción que, sin perjuicio de la posible aplicación de las eximentes del art. 20 del Código Penal, ha de resolverse mediante una operación de delimitación de los DDFF en juego, y ello teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias existentes, puesto que no es lo mismo ni puede serlo la existencia de tiempo de guerra o de paz; la incardinación del militar en un teatro de operaciones, incluso en un conflicto bélico o las circunstancias de normalidad; la realización de una misión internacional en el extranjero para el mantenimiento de la paz o el cumplimiento del servicio en el territorio nacional; hallarse bajo una situación de anormalidad constitucional prevista en los arts. 55, 116 y 117 CE o no existir tales circunstancias; y en fin, la afectación al servicio o no o la fácil sustitución del militar en el caso concreto. En mi opinión, ha de acudirse, entre otros aspectos, a esas circunstancias para determinar si han de pesar más los DDFF del art. 15 CE o los principios de entrega y disposición permanente a defender España, que el militar ha asumido libremente, y que configuran *ex* art. 8 CE su profesión.

Nos encontramos además con unos DDFF, los del art. 15 CE, que alcanzan una posición central en el ordenamiento jurídico, derechos, que aparecen íntimamente conectados con la dignidad de la persona y, por ello, reciben, como hemos tenido ocasión de analizar, en el ámbito castrense una tutela reforzada en el ámbito disciplinario y penal militar, pero también en sede jurisdiccional.

c.- Por lo que respecta al derecho a la libertad personal, su principal peculiaridad en el ámbito castrense estriba en la posibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad; esto es, el régimen disciplinario castrense, a diferencia de lo proscrito *ex* art. 25.3 CE para la Administración civil, contempla legítimamente un elenco de sanciones disciplinarias o administrativas que implican limitación o privación de libertad, y que, sin perjuicio de las debidas garantías procedimentales y de la ulterior revisión jurisdiccional, atribuyen a la Administración, a través del mando militar, la competencia y potestad sancionadora, con la consiguiente posibilidad de incidir en el derecho fundamental a la libertad del art. 17 CE.

Aunque hemos admitido asimismo la constitucionalidad del arresto preventivo como una medida cautelar prevista por la ley disciplinaria que solo debe ser adoptada en supuestos extraordinarios de faltas que exijan una acción inmediata para mantener la disciplina o subordinación, sí abogamos expresamente aquí como propuesta de *lege ferenda* por la inclusión en las leyes procesales militares de procedimientos sumarios y de cognición limitada en orden a la adecuada garantía de los DDFF ahora reconocidos en la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes de los militares. Así, podrían, en este caso concreto fiscalizarse judicialmente, mediante un procedimiento rápido, las medidas cautelares adoptadas por la Administración Militar cuando afecten al derecho a la libertad personal, en concreto los supuestos previstos actualmente en los arts. 26 y 55 LORDFAS.

En lo que toca al principio de legalidad sancionadora, sí nos encontramos en el catálogo de faltas de la ley orgánica de régimen disciplinario con tipos penales en blanco o numerosas referencias a conceptos jurídicos indeterminados, figuras que, por las dificultades que generan desde el punto de vista del conocimiento de la legalidad sancionadora por sus destinatarios, resulta aconsejable reducir a la mínima expresión.

En cuanto a las figuras disciplinarias en blanco, resulta de *lege ferenda* que, aun teniendo en cuenta que resulta imposible descender al detalle técnico en una Ley Orgánica, se concreten al menos las disposiciones y el núcleo básico de las conductas cuyo incumplimiento genere responsabilidad disciplinaria, como las previstas en las reglas de comportamiento del militar definidas en la Ley de derechos y deberes y su desarrollo en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, y sin que resulte admisible, a su vez, un sistema de remisiones por escalones a diversas normas e instrucciones internas que dificultan o convierten en imposible el conocimiento de las obligaciones susceptibles de incumplimiento por el militar supuestamente destinatario

de las mismas, garantizando así el principio de legalidad sancionadora en su vertiente de estricta tipicidad impuesto por el art. 25 CE.

Por lo que hace a los conceptos jurídicos indeterminados, aunque se admite su legitimidad, siempre que, de acuerdo con la doctrina constitucional, su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, los problemas pueden venir dados en el momento de su aplicación, donde se debe evitar que lo que realmente se califique como conducta típica no sean actos concretos sino la "trayectoria" o "personalidad" del supuesto sujeto activo de la falta.

Difícil encaje constitucional tienen, tal y como hemos venido manteniendo, y de acuerdo con la doctrina constitucional, las diversas excepciones al *principio non bis in idem*, aunque se produzcan en el ámbito de una reforzada relación especial de sujeción como la castrense, especialmente las figuras que castigan la reincidencia como tipos disciplinarios autónomos –al margen de la sanción ya impuesta por cada una de las infracciones- ya que no puede sostenerse en base al distinto fundamento o bien jurídico protegido, aunque ello sin perjuicio de la posible apreciación de la reincidencia, teniéndola en cuenta como agravante en el momento de la graduación de la sanción a imponer.

Distinto es el supuesto en que la misma infracción consiste en haber sido previamente condenado en sentencia penal firme de un orden distinto a pena de prisión (art. 17.6 LORDFAS), ya que aquí el bien jurídico protegido por los tipos disciplinarios estriba en ciertos mínimos de moralidad y ejemplaridad exigibles a los miembros de la institución militar, que quedarían así quebrantados por la imposición al profesional de una previa condena penal.

No obstante, dicha falta existente en el régimen disciplinario de las FAS sí ofrece, a mi juicio, problemas de constitucionalidad desde el prisma del principio de proporcionalidad ya que, aparejar la apertura de un expediente gubernativo que puede finalizar con la carrera del profesional (art. 18 LORDFAS) a la comisión –sin ninguna clase de graduación o distinción- de un previo delito doloso o imprudente que supere la pena de un año de prisión (algo a lo que desgraciadamente todos nos podemos ver expuestos) supone, en mi opinión, desbordar los límites del principio que igualmente impone el art. 25 CE respecto a la proporcionalidad de las sanciones, incluso teniendo en cuenta el plus de moralidad exigible a los militares y ello, independientemente de los

perniciosos efectos administrativos a que dichas infracciones pueden dar lugar en la carrera del militar, fundamentalmente de los profesionales con compromisos temporales o los alumnos de los centros docentes de formación militar, tal y como quedó expuesto más arriba.

Ello aconseja que la futura ley de régimen disciplinario de las FAS, al igual que se contempla en los arts. 7.13 y 8.29 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil, tenga en cuenta, en el momento de tipificación de la infracción, la relación de la previa condena penal con el servicio o la afectación de la misma a la imagen de las FAS; siendo oportuna asimismo la reforma de la ley de la carrera militar y la de tropa y marinería para evitar que la simple condena por delito doloso subsista como supuesto automático de resolución del compromiso temporal de un militar con las FAS o como causa de expulsión de un centro de formación militar.

d.- Por lo que hace a los derechos del art. 19 CE, aunque el 11 de la LODDFAS reconoce al militar libertad para desplazarse por el territorio nacional y al extranjero, salvo que por circunstancias derivadas de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior se exija previa autorización, de acuerdo con lo que establezca una orden ministerial, el precepto, sin embargo, impone como límite las exigencias derivadas del deber de disponibilidad permanente.

En igual forma, y frente al régimen de las antiguas Reales Ordenanzas de 1978, de acuerdo con el art. 23 LODDFAS, aunque se presume que el lugar de residencia del militar es el de su destino, puede ser otro, siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones y que se comunique en su destino para asegurar la disponibilidad del militar.

La peculiaridad del estatuto del militar en lo que a estas cuestiones se refiere, en virtud del principio de disponibilidad permanente al que justificadamente están sometidos para el eficaz y adecuado cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las FAS, consiste en una mayor intensidad del deber de permanencia, en virtud de las necesidades del servicio, marco jurídico cuya infracción da lugar a consecuencias disciplinarias o penales.

e.- En cuanto a los derechos propios del ámbito privado, a lo largo de este trabajo hemos examinado diversas incidencias en la vida personal –incluso íntima- del militar que fueron puestas de manifiesto al abordar la materia bajo el prisma de la intensa relación especial de sujeción militar en el capítulo III. Cuestiones como el aspecto físico, las normas de cortesía entre militares o ciertos cánones de moralidad, en

la medida en que afectan a la dignidad u honor de la Institución militar, han sido analizadas ya sin dejar de advertir que gran parte de esas limitaciones "innominadas" se imponen en normas de rango ínfimo y, en el mejor de los casos, a través de la defectuosa técnica de proceder a la delimitación de los DDFF de los militares a través de las leyes penales y disciplinarias y no mediante la técnica legislativa que les debe ser propia, esto es, la ley orgánica de derechos y deberes. Al señalado capítulo III así como al apartado IV de estas conclusiones es a donde procede remitirse ahora para comprobar las más evidentes restricciones a la intimidad –pero también al derecho a la propia imagen o al desarrollo de su personalidad- que impregnan la vida del militar al resultar integrado en esa relación de poder imperante en el ámbito militar y cuyos efectos se imponen, en gran parte, tanto dentro como fuera de servicio y en el establecimiento militar o fuera del mismo.

Por lo que respecta a la inviolabilidad domiciliaria, y sin perjuicio de que el militar profesional es muy libre de poseer su residencia o domicilio fuera del establecimiento, se examinaron las peculiaridades que aparecen en el derecho fundamental –entre otros- a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio de los militares, reducidas en su aplicación al ámbito castrense, particularmente, la entrada y registro en los alojamientos, pabellones y residencias militares y las revistas y el registro de taquillas, destinadas a que el personal militar guarde sus efectos de trabajo o incluso personales (uniforme, ropa civil, calzado, etc.).

De acuerdo con la noción constitucional de domicilio, y con independencia de su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo, consideramos que procede otorgar aquella calificación, con la consiguiente protección derivada del art. 18.2 CE, a aquellos espacios ubicados en el interior de las unidades militares que reúnan las condiciones de aptitud para desarrollar la vida privada de las personas, sin que -y ello bajo el tan manido paraguas argumental, utilizado por alguna jurisprudencia, de la inserción de los usuarios de tales espacios en una relación especial de sujeción- las instrucciones internas para el adecuado mantenimiento de las instalaciones, locales o –caso de una unidad militar- normas de régimen interior puedan suponer obstáculo alguno a tal consideración y consiguiente protección constitucional.

En cuanto a la incidencia de los reconocimientos y análisis médicos para la detección de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el derecho a la

intimidad, distinguíamos entre intervenciones corporales de carácter leve que, de acuerdo con la doctrina constitucional, no afectarían estrictamente al derecho a la intimidad corporal sino al más amplio de intimidad personal, como los análisis de orina, debiendo admitir en este sentido la suficiencia de las previsiones del art. 83 LCM para determinar, al igual que en otros ámbitos, la obligatoriedad de tales analíticas para la detección de tóxicos, siempre que se practique con las adecuadas garantías y requisitos exigidos por la doctrina constitucional para este tipo de intervenciones.

Respecto a los análisis de sangre, coincidimos con la doctrina en que, al tratarse de una intervención corporal agresiva sobre el cuerpo humano resulta necesaria previa autorización judicial de no mediar el consentimiento del militar afectado por las pruebas obligatorias a las que se refiere el art. 83 de la Ley de la Carrera Militar, que, aunque no se refiere expresamente a los análisis de sangre, tampoco a las analíticas de orina, sin que sea posible proceder por el mando militar a una analítica de sangre para la detección de sustancias tóxicas o estupefacientes o a la sanción penal o disciplinaria en caso de negativa del interesado en defecto de autorización del órgano jurisdiccional competente en el sentido referido en la doctrina constitucional.

En lo tocante al derecho a la protección de datos, importa, en especial, el acceso a los informes personales de calificación de los militares ya que, por mucho que el art. 10.3 LODDFAS establezca la sujeción de los datos relativos a los miembros de las Fuerzas Armadas a la legislación sobre protección de datos de carácter personal, lo cierto es que la propia Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, excluye estos documentos del historial militar de su ámbito de aplicación, y que hasta fecha reciente, y aun actualmente, los Tribunales de Justicia han venido negando de forma reiterada a los militares el acceso a los propios datos personales contenidos en su historial militar, particularmente los informes personales de calificación, con el simple argumento de resultar de aplicación la legislación de secretos oficiales (en virtud de acuerdo del Consejo de Ministros) por lo que los datos relativos a conceptuaciones e informes del personal militar (claves para la evaluación y progresión de carrera del militar), al haber sido calificados como reservados, son aspectos que –pese a afectarle- le pueden ser perfectamente desconocidos al propio interesado, incluso aunque pretendiese someterlos al tamiz jurisdiccional, al recurrir el resultado de una evaluación para el ascenso, para la asistencia a un curso o la renovación de su compromiso.

Aunque tengamos presente como un significativo avance que la Orden Ministerial 74/1993, de 8 de julio, por la que se establecía el modelo de informe

personal de calificación para el personal militar profesional (IPEC), y que consagraba una estricta confidencialidad de las calificaciones del informe, incluso para el interesado, ha sido derogada por la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación y que ya otorga al interesado el derecho a conocer los distintos apartados de sus calificaciones, el cambio, sin embargo, aunque materialmente trascendente, debió haber venido precedido de la consagración, como norma con carácter de ley orgánica en el nuevo art. 10.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes, del derecho a la protección de datos del militar, lo que incluye el conocimiento del contenido de sus informes personales y del resto de su historial militar, así como la posibilidad de acceso al mismo, de acuerdo con la ley de procedimiento administrativo, sin que la confidencialidad, en ningún caso, pueda dar lugar a que al interesado le resulte imposible acceder a sus propios datos (con los derechos derivados del art. 18.4 CE) así como a la adecuada tutela efectiva de los Tribunales sin indefensión si el resultado de una evaluación (en la que los IPECs son parte preponderante) es impugnado judicialmente.

f.- En lo que respecta a los derechos de los militares en su dimensión social y colectiva, debemos comenzar con la referencia al derecho a la libertad religiosa, señalando que el actual modelo de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, una vez declarados a extinguir los antiguos cuerpos eclesiásticos de los ejércitos, consiste en una especie de solución intermedia, que tiene su origen, con la creación en 1990 del nuevo Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas, que, aunque reviste características de un modelo institucionalizado no se nutre de personal con la condición militar.

En este nuevo servicio solo se han integrado ministros de culto católicos, pero ello no obedece a un trato discriminatorio con las restantes confesiones sino a que las que han pactado con el Estado, en ejercicio de la libertad que les concede la LOLR (art 7.1), no han optado por el modelo de integración orgánica en el nuevo Servicio civil de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas sino que, en virtud de los distintos acuerdos de 1992, la modalidad de prestación de asistencia religiosa a los militares de esas confesiones se compone básicamente por los derechos de entrada y salida de los respectivos establecimientos militares para el ejercicio del consabido derecho fundamental, y ello sin perjuicio de que los demás militares que son fieles de otras religiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, aunque sin acuerdo con el

Estado, pueden recibir igualmente asistencia de los ministros de culto de las mismas. Hay que extenderles igualmente el derecho de salida, siempre que no existan razones del servicio que lo impidan ya que, a pesar del déficit normativo, debe aplicárseles el ordenamiento general, que garantiza el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE, Disposición adicional octava, 1 de la Ley 39/2007 y art. 9 de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas).

Sí debemos apuntar que el escueto art. 9 de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas debería quedar integrado además con las previsiones sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas contenidas en una Disposición adicional, la octava, de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, por ser materia propia de ley orgánica.

Dada su posible incidencia en la libertad religiosa y en el principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, debemos referirnos asimismo a los actos religiosos en ceremonias solemnes militares y a los actos religiosos con tradicional participación de militares de forma institucionalizada.

Por lo que respecta a los primeros, a día de hoy hemos de concluir que no se fundamenta aquí la comunión con una determinada confesión ni sus ritos en los actos castrenses de obligada asistencia sino que la inserción de los mismos ha perdido hoy todo el cariz confesional oficial de antaño para convertirse más bien en manifestaciones del peso de la historia y la tradición, que a las Fuerzas Armadas corresponde conservar y transmitir, de forma que los actos religiosos propiamente dichos se realizan de forma separada de los actos castrenses *stricto sensu*.

Distinta valoración debemos efectuar de los actos religiosos con tradicional participación de militares en representación institucional de las Fuerzas Armadas. Aquí, a diferencia de los actos castrenses en los que se incluyan manifestaciones religiosas, la participación de los militares es voluntaria y en un acto estrictamente religioso, de forma que lo que parece dilucidarse es si se respeta el principio de aconfesionalidad del Estado o su neutralidad frente a las distintas opciones religiosas.

Pues bien, en un Estado cuya Norma Suprema proclama que los poderes públicos deben tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, no resulta descabellado pensar que la participación tradicional de miembros de las FAS en actos de índole religiosa resulta ser una manifestación más de la laicidad positiva correctamente entendida, que posibilita que los miembros de las FAS acudan a actos religiosos con participación activa en los mismos, actos que ya forman parte del rico

patrimonio cultural e histórico español al que los poderes públicos no deben ser ajenos ni desconocer, de forma que la representación que por tradición materialicen los militares en los mismos debe entenderse que ha perdido para el actual Estado aconfesional el significado religioso de antaño para incardinarla más bien en el respeto y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (art. 46 CE), algo a lo que el Estado social y democrático de derecho no puede ser sordo, mudo y ciego, amén del significado religioso (promoción del hecho religioso) que se debe preservar desde el punto de vista de la libertad individual de cada ciudadano.

Por todo lo anterior, no encontramos que la participación de las FAS en los tradicionales actos religiosos que se celebran en nuestro país, ni su concreta regulación vulneren el principio de aconfesionalidad del Estado ni la libertad religiosa de los militares, cuya intervención será siempre voluntaria.

g.- Dentro de la parte relativa a los precitados derechos en su dimensión social y colectiva, y antes de realizar la precisa referencia a los derechos de participación en asuntos públicos *stricto sensu*, hemos de efectuar las oportunas conclusiones respecto a la libertad de expresión e información, en tanto que derechos, junto con el de reunión y manifestación así como el de asociación, más vinculados al pluralismo y la participación, y por ello, a la cláusula de Estado democrático definida en el art. 1 CE.

Así, como hemos venido sosteniendo, el militar puede ejercitar, como el común de los ciudadanos, los derechos más vinculados a la participación y el pluralismo, salvo aquellos que, como el derecho de sufragio pasivo, por constituir el núcleo de la participación en asuntos públicos, con evidente compromiso para la neutralidad de las Fuerzas Armadas, le están directamente vedados por la misma norma constitucional mientras se encuentre en activo.

Pero, a mi juicio, dada la madurez del vigente sistema constitucional democrático español, y al igual que sucede en otros ordenamientos constitucionales, la neutralidad política de las FAS –lo mismo que sucede con la disciplina- no queda en entredicho por el ejercicio, con las salvedades indicadas, de los derechos de participación política en circunstancias de normalidad por el ciudadano que ostente la condición de militar, siempre que la misma no sea notoria o, con la consecuente proyección pública, haga uso de ella en ejercicio de sus derechos.

Y ello es así porque una cosa es la neutralidad política de las FAS, como consecuencia de su sometimiento al poder civil, y otra muy distinta, que los ciudadanos que las integran hayan de serlo en la vertiente más personal del ejercicio de sus

derechos fundamentales consagrados por el texto fundamental, que han de verse, por otra parte, limitados por los indicados valores que preservan la objetividad de los ejércitos en cuanto integrantes que son de la Administración pública al servicio del interés general, solo en la medida de lo indispensable para que las Fuerzas Armadas desarrollen con eficacia las misiones constitucionales que les atribuye el art. 8 CE.

Así, sin perder de vista nuestra posición al respecto, que acabamos de exponer, y comenzando por la libertad de expresión así como el derecho a comunicar y recibir información, se reconoce explícitamente en la nueva ley orgánica de derechos y deberes, con los consabidos límites relativos a la disciplina y neutralidad política, además de la necesaria reserva en cuestiones que afectan a la Defensa o seguridad nacional, con la novedad en este último aspecto de la supresión de la autorización previa existente en las ROSFAS de 1978 respecto a estas cuestiones. Sin embargo, la jurisprudencia recaída –como es evidente- en aplicación del régimen normativo vigente hasta octubre de 2011 ya ha establecido algunas diferencias respecto a la intensidad de los distintos límites operantes, según cuáles sean éstos. Así, mientras que la disciplina solo se ve menoscabada –en su vertiente de falta de respeto a los superiores o los poderes públicos- en ejercicio de la libertad de expresión cuando se utilizan expresiones difamatorias, irrespetuosas, insultantes o contrarias a prestigio de las FAS (existiendo un margen mayor cuando en un escrito o recurso administrativo se conecta con el derecho a la defensa) el principio de neutralidad política se infringe por el militar simplemente tomando partido públicamente a favor de una determinada tendencia política o participando en un debate objeto de controversia con el señalado carácter, valorando –ya que la libertad de expresión de los miembros de las FAS no puede quedar reducido al puro silencio- la trascendencia de las declaraciones, la ostentación o no de la condición militar así como –entre otras circunstancias- el grado, empleo o puesto ocupado por el profesional en cuestión.

Por su parte, por lo que respecta al derecho a la libertad de información, y frente a lo previsto en las antiguas ROSFAS 1978, el art. 12 de la ley orgánica 9/2011, de derechos y deberes ha optado –al contrario de lo que legítimamente podría haber hecho- por no concretar los señalados límites relativos a la tenencia y utilización en unidades militares de dispositivos de grabación o reproducción de la imagen o del sonido en establecimientos militares y ha decidido evidentemente no establecer ninguno a la utilización o difusión en circunstancias excepcionales de operaciones, conflicto o guerra de los medios de comunicación social, únicas situaciones en que, de acuerdo con lo

expuesto, sería constitucionalmente posible, siempre que no se incurriese en censura previa.

En cuanto a los derechos de reunión y manifestación, en realidad el contenido y límites de los mismos para los militares de las FAS venía definido no tanto por el hasta hace poco vigente art. 180 de las Reales Ordenanzas de 1978 sino por la conjunción de los preceptos de la Ley Disciplinaria de las FAS y el lacónico art. 4.4 de la Ley Orgánica reguladora del derechos de Reunión de 1983 (que solo se refiere a "[l]*a asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas* [que] *se regirá por su legislación específica*"). Cabe pues concluir que con la antigua legislación el militar que simplemente asistía (sin portar uniforme reglamentario o haciendo uso de la condición de militar) a una reunión o manifestación de carácter político o sindical se encontraba en el legítimo ejercicio de su derecho de reunión o manifestación reconocido para todos los ciudadanos en el art. 21 CE.

Con la nueva Ley Orgánica 9/2011 no se alteran, frente a lo que pueda parecer, sustancialmente las cosas; todo lo más, se clarifican o matizan. Así con el art. 13 de la nueva ley queda prohibida la organización y participación *activa* en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical así como la organización, participación y asistencia en lugares de tránsito público a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo, vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición de militar.

Respecto a las manifestaciones reivindicativas, aunque formalmente no estuviesen sancionadas como tales en la ley disciplinaria de 1998, difícilmente podemos entender una manifestación reivindicativa en que –al promover la defensa de intereses profesionales claramente incardinados en el ámbito estatutario del militar profesional- no se ostente la condición de militar por sus participantes. La nueva ley, por ello, consagra como un derecho fundamental del militar la mera asistencia o participación –mientras no sea activamente- a una reunión o manifestación de carácter político o sindical si no se acude de uniforme o haciendo uso de la condición militar así como la organización, participación y asistencia a una manifestación reivindicativa, siempre que no se vista uniforme o haga uso de la condición militar, con la dificultad añadida de lo que ha de interpretarse como *participación activa*.

Por lo que hace al derecho de asociación se producía asimismo un desajuste entre las previsiones de las ya derogadas Reales Ordenanzas de 1978 y lo dispuesto por la LORDFAS de 1998 ya, que salvando la expresa prohibición de la afiliación, pertenencia o colaboración con cualquier organización política o sindical, las leyes disciplinarias no contemplaban en su elenco de conductas sancionables la pertenencia del militar a una asociación profesional mientras que las Reales Ordenanzas de 1978 prohibían asimismo la participación del militar en cualquier asociación profesional o reivindicativa. La nueva ley de derechos de 2011, que, en principio remite al régimen general de la ley orgánica de derecho de asociación, consagra por primera vez el reconocimiento legal del derecho de asociación profesional de los militares de las Fuerzas Armadas. Ello resultaba un imperativo constitucional ya que aunque no fuese posible sancionar a un militar por la pertenencia a una asociación reivindicativa, tuvo que ser a raíz de la sentencia constitucional 219/2001 que, estableciendo la distinción entre sindicatos –que ostentan derechos propios de la acción sindical como la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo y el derecho a la huelga- y asociaciones profesionales para la defensa de intereses de tal carácter, reconoció el derecho a la inscripción de una asociación de militares en el registro del Ministerio del Interior, algo que les había sido vedado por las instancias inferiores invocando la sustancial identidad de las asociaciones reivindicativas con los sindicatos y sus fines. Sin embargo, el art. 14 de la nueva ley (en conexión con las previsiones del Título III) trae además consigo el reconocimiento de un amplio protagonismo para las asociaciones profesionales –fundamentalmente, las más representativas- en el marco de los órganos consultivos como el Consejo de Personal de las FAS así como la facultad de gozar de una serie de medios tales como lugares para la exposición y difusión de sus anuncios, comunicaciones o publicaciones, que hasta el momento resulta posible negarles.

Por otra parte, respecto a los límites y *exclusiones* (en palabras del art. 42 de la nueva LODDFAS), y en conexión con lo ya expuesto respecto al derecho de reunión y manifestación, al tener por esencia toda manifestación una finalidad reivindicativa, debiera imponerse una interpretación amplia del derecho de asociación profesional y afirmar el derecho de las asociaciones de miembros de las FAS y de la Guardia Civil a promover reuniones y manifestaciones en defensa de sus intereses, siempre que ello se produzca con estricto respeto a los límites de la neutralidad política y la disciplina

impuestos a los miembros de las FAS, lo que implica no portar uniforme ni hacer uso de su condición militar. (art. 13.1 LODDFAS).

Por lo que respecta al derecho de afiliación política y sindical, se conservan en la nueva ley ambas prohibiciones pero una de ellas con más fundamento constitucional que la otra: mientras que la exclusión para los militares del ejercicio de la libertad sindical y de los medios propios de la acción sindical (negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga) se halla contenida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical así como en el actual art. 7.2 LODDFAS 2011 (y sancionada como falta disciplinaria en la LORDFAS de 1998) con un apoyo expreso en el propio art. 28 CE (aunque el precepto faculta pero no impone la prohibición de dicho derecho), la prohibición de pertenencia a una formación política no tiene base explícita en ningún precepto constitucional. A mayor abundamiento, encontramos normas constitucionales donde se restringe este derecho a otros colectivos como Magistrados, Jueces y Fiscales en activo, sin que esta restricción para los militares, una vez consolidado el sistema democrático de libertades tras más de treinta años de vigencia de la Constitución, pueda justificarse en exigencias de neutralidad política –puesto que queda fuera de toda duda que, como servidores públicos, se encuentran insertos en la Administración militar donde obedecen órdenes, sin ningún tipo de margen de apreciación político- o por las invocadas razones de que este colectivo ostenta el uso legítimo de las armas de fuego puesto que a otros colectivos de funcionarios, como las Fuerzas y cuerpos de seguridad –que utilizan las armas en igual o mayor medida en su función de protección de los DDFF y de la seguridad ciudadana- se les reconoce este derecho sin ningún tipo de cuestionamiento o duda constitucional.

Añadamos además que, como hemos visto más arriba, es un fenómeno no infrecuente en algunos sistemas de derecho comparado el reconocimiento a los militares de la libertad sindical –así como la participación de sus representantes en órganos de representación- y del derecho de afiliación política, matizado en el sentido de que prohibir la participación activa en la organización política, algo que, por cierto, se proponía en una enmienda parlamentaria –rechazada- del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds al proyecto de ley orgánica de derechos, durante su tramitación el Congreso de los Diputados.

h.- En lo relativo a los derechos de participación en asuntos públicos, y en cuanto manifestación más evidente del ejercicio de la soberanía, aparecen reconocidos en exclusiva a los nacionales españoles (arts. 13.2 y 23 CE).

Por lo que respecta en primer término al derecho de sufragio activo de los militares, ninguna peculiaridad reviste en su reconocimiento y ejercicio respecto al resto de los ciudadanos. Más al contrario, al igual que sucedía en las derogadas Reales Ordenanzas de 1978, y como tenemos oportunidad de comprobar, tanto en la LODDFAS (art. 15.1) como la LOREG (art. 74) se ordena a la Administración que se arbitren los medios necesarios para facilitar el ejercicio del derecho al voto de los militares de servicio o, especialmente, los que se encuentren fuera del territorio nacional en cumplimiento de cualquier misión o embarcados en los buques de la Armada, aspectos, todos ellos, que se desarrollan por diversas disposiciones reglamentarias.

Muy distinta es la situación en lo que respecta al derecho de sufragio pasivo de los militares, tratándose de esta forma de uno de los derechos expresamente limitados por el Texto constitucional. Así prescribe el art. 70 CE que la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso y, entre otros colectivos como Magistrados, Jueces y Fiscales en activo, a "los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo." [art. 70.1 e)]. Este mandato se concreta, como no puede ser de otra forma, en la causa de inelegibilidad prevista en el art. 6.1 i) LOREG, que declara inelegibles a los colectivos señalados en el art. 70.1 e) CE extendiendo la restricción a los militares de complemento, algo que se reitera, como no puede ser de otra forma, en el art. 15.2 de la nueva LODDFAS 2011, que dispone que para ejercitar el derecho de sufragio pasivo los militares deberán solicitar el pase a la situación administrativa prevista, a estos efectos, en la Ley de la carrera militar, que no es otra para los militares de carrera y los militares de tropa y marinería con compromiso de larga duración que la de servicios especiales [art. 109.1 d) LCM], lo que supuso frente a la legislación de personal de 1999, y, especialmente, la contenida en la ley 17/1989, un importante esfuerzo por homogeneizar la situación administrativa de los militares a la del resto de funcionarios públicos cuando deciden ejercitar el derecho de sufragio pasivo.

Y es que, en este sentido, una cosa es que, a fin de garantizar la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, y de acuerdo con las expresas previsiones constitucionales al respecto, sea legítimo vedar el ejercicio del derecho de sufragio pasivo a los militares en activo y, otra muy distinta, hacer perder de forma definitiva e irreversible la carrera y condición militar, como sucedía con el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, o imponer trabas tan gravosas para la misma, que hagan

desistir del ejercicio del señalado derecho de participación política al margen del servicio activo a cualquier profesional que no desee poner en la práctica fin a su trayectoria en la milicia (Ley 17/1989 de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional), lo que, a mi juicio, resulta contrario a las exigencias constitucionales al disuadir o impedir de forma irrazonable o desproporcionada el ejercicio de un derecho fundamental, aunque sea al margen del servicio activo en las Fuerzas Armadas, y ello atendiendo a las nefastas consecuencias devastadoras que con arreglo a la legislación anterior a 1999 provocaba en la carrera del profesional.

Como parte asimismo del art. 23 CE se consagra el derecho de acceso a la función pública (por lo que aquí interesa, la militar) que implica su progresión en la misma de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A estos efectos resulta imprescindible conectar las disposiciones del art. 23.2 con las del 103.3 CE, preceptos cuyos principios deben presidir los procesos selectivos para el acceso a la función pública, incluida la militar.

No obstante, existen determinadas circunstancias que, de una manera u otra, influyen, o son susceptibles de influir, en el acceso a la función pública militar y, por ello, en los correspondientes procesos selectivos, así como en el desarrollo de la carrera del profesional en condiciones de igualdad. Se tratan del sexo o género, la orientación sexual, la nacionalidad, la edad, así como las aptitudes psicofísicas.

Sin ánimo de exhaustividad, sí podemos concluir aquí que, sin perjuicio de que la influencia desfavorable de algunas de estas circunstancias en la carrera del militar convertirá en odiosas, por discriminatorias, las relativas al sexo u orientación sexual, así como cualquier otra que, de acuerdo con la doctrina constitucional, no obedezca a una justificación objetiva y razonable, hemos de integrar, a mayor abundamiento, como decíamos, las exigencias de los arts. 14 y 23.2 CE con las concordantes previsiones del art. 103.3, que impone para el acceso a la función pública los principios del mérito y la capacidad, y ello en orden a que la Administración pública sirva de forma eficaz a los intereses generales (art. 103.1), algo especialmente aplicable en el caso de las Fuerzas Armadas, en la medida en que resulta exigible para que los ejércitos desempeñen de forma eficiente las misiones que les atribuye el art. 8 CE.

Por lo que hace al derecho de petición, resulta uno de los pocos DDFF que los militares tienen expresamente limitados en el Texto Constitucional puesto que éste prohíbe explícitamente las peticiones colectivas y circunscribe las individuales a la forma que se establezca legalmente, esto es, a la necesidad de que se tramiten por

conducto reglado, exigencia impuesta en una norma de rango reglamentario: las nuevas Reales Ordenanzas para las FAS de 2009. Aunque en la LORDFAS de 1998 se sancionan las peticiones que no se tramiten por conducto regular y así parecen cubrirse las exigencias constitucionales, insistimos en lo defectuoso de la técnica imperante hasta el momento de delimitar los DDFF de los militares mediante los tipos sancionadores de las leyes disciplinarias.

La nueva Ley Orgánica de derechos y deberes tuvo una perfecta ocasión para –utilizando la habilitación constitucional- establecer o mantener claramente – aunque salvando las excepciones al mismo ya previstas - el conducto reglamentario, tal y como aconsejan razones de disciplina, si es que el legislador lo consideraba oportuno, pero ello en el precepto dedicado precisamente a la materia en cuestión: el art. 16, bajo la rúbrica *Derecho de petición*. Curiosamente, como si se tratase de un aspecto menor, y con un carácter secundario, en el precepto relativo a las iniciativas y quejas, tras un amplio tratamiento del procedimiento para elevar las mismas a través de los superiores, se introduce como una simple referencia la siguiente coletilla: "…*sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular*." Prestando atención al art. 28.1 observamos que la dicción de dicha norma da por supuesto el mantenimiento del conducto reglamentario como una exigencia que se deba dar por sobreentendida, sin que merezca una regulación expresa o, al menos, su explícita imposición como un deber del militar en el lugar que le es propio: la norma con carácter de Ley Orgánica que aprueba el estatuto de derechos y deberes del militar.

De *lege ferenda* resulta asimismo una redacción rotunda y clara del art. 16 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas en el sentido de que las restricciones derivadas del art. 29 CE operan exclusivamente en relación con las peticiones incardinadas en el ámbito militar o referidas a cuestiones relacionadas con las fuerzas e institutos armados, al igual que se establece en el art. 1 del preconstitucional Decreto 93/1962, de 18 de enero, por el que se regula el derecho de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados, que aun no ha sido formalmente derogado.

VI.- En cuanto a la garantía de los derechos y, sin desdeñar la importancia de los medios de tutela extrajudicial como el Defensor del pueblo y el Ministerio fiscal, la protección de los derechos en el ámbito militar se sustancia en varias jurisdicciones y

órdenes jurisdiccionales, distinguiendo así, esencialmente una tutela penal y otra contencioso-administrativa (llamada contencioso-disciplinaria cuando tiene lugar ante los Tribunales militares), y ello sin perjuicio de la tutela de carácter subsidiario proporcionada por el Tribunal Constitucional.

a.- Debe destacarse la especialidad de la jurisdicción militar, prevista en el mismo art. 117.5 CE, que aparece organizada al margen del cuerpo único de jueces y magistrados integrados en el Poder Judicial. No obstante, y en atención a la configuración e hipertrofia competencial de la jurisdicción castrense tradicional, si es que podía recibir tal nombre, el constituyente introduce una serie de cautelas tendentes a asegurar la existencia de una auténtica jurisdicción conformada de acuerdo con los principios constitucionales de un Estado de derecho, a lo que añadió su reducción competencial al ámbito estrictamente castrense así como la necesidad, de que, al menos en la cúspide, se integre en la jurisdicción ordinaria, por imperativo del art. 123.1 CE.

La adaptación definitiva de la jurisdicción militar a los principios constitucionales no llegará hasta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, complementada en el ámbito adjetivo por la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Por lo que se refiere a la sujeción de la competencia de dichos tribunales al ámbito estrictamente castrense, hemos dejado sentado que ello no solo se impone por el art. 117.5 CE sino que, según reiterada doctrina constitucional, quedaría afectado asimismo el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) con la atribución del conocimiento a la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia, definida *ex* art. 117.5 CE, en conjunción con otros preceptos constitucionales, de forma que, según doctrina constitucional reiterada, 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» (STC 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.

De acuerdo con el supremo intérprete constitucional, satisface asimismo las exigencias del derecho al juez ordinario, en conexión con el art. 117.5 CE, la atribución a la jurisdicción castrense de la tutela (contencioso-administrativa) respecto a los derechos conculcados en dicho ámbito, lo que hace de los tribunales militares la sede jurisdiccional idónea para la fiscalización de las sanciones impuestas en el ámbito disciplinario militar, debiendo considerar igualmente, y de acuerdo con la precitada doctrina constitucional, la posibilidad, no abierta aun salvo en lo relativo al *habeas corpus*, de tutela de los derechos fundamentales de los militares cuando en los mismos se incida por parte de la Administración militar en ejercicio de sus potestades no necesariamente sancionadoras. De forma que parece pertinente que se arbitren, en concordancia con lo ya dispuesto por el art. 4 LOCOJM 1987, mecanismos de tutela jurisdiccional de los DDFF reconocidos en la nueva ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las FAS, tutela que a mi juicio debe ser sumaria para preservar en procesos de cognición limitada y de forma urgente los DDFF reconocidos a los militares cuando pudieran verse menoscabados por decisiones de la Administración militar. Ejemplo de ello serían la posibilidad de *lege ferenda* de atribuir a los jueces togados militares competencia para fiscalizar -autorizando, suspendiendo o ratificando- o simplemente intervenir en las actuaciones de la Administración militar que pudieran afectar a DDFF como la posibilidad apuntada más arriba de suspender ciertas manifestaciones en ejercicio de la libertad de expresión que afecten a materias sensibles para la Defensa Nacional o los registros que prevé el art. 10.2 LODDFAS de las taquillas, efectos y pertenencias del militar que estuvieren en la unidad y ordenados por el jefe de la misma, donde la intervención judicial podría estribar en la previa autorización prevista por el art. 10.2 o en la fiscalización a posteriori.

En lo que respecta a la sujeción de la configuración de la jurisdicción militar a los principios constitucionales, concluimos aquí desterrando cualquier interpretación posible de los designios del constituyente que contemple la existencia de unos órganos judiciales castrenses cuyo estatuto no esté presidido por las notas que el art. 117 CE considera ínsitas a todo órgano jurisdiccional y especialmente, sus componentes; esto es, la independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley.

Para analizar la compatibilidad del actual modelo de justicia militar con los postulados constitucionales se impone pues el examen del estatuto de sus componentes. Así, si comenzamos por la cúspide, es decir, la Sala 5ª, de lo Militar, del Tribunal Supremo, que es el único órgano de esta jurisdicción integrado en el Poder Judicial ordinario, aunque estamos de acuerdo en que sería conveniente suprimir o reducir la intervención del Ministerio de Defensa en sus facultades de presentación al Consejo del Poder Judicial de miembros del Cuerpo Jurídico Militar para la provisión de vacantes de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, con vistas fundamentalmente a la designación de los que, según el parecer del propio Consejo, sean los más capacitados técnicamente para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales, no me parece que el sistema de designación sea de por sí inconstitucional, ya que a partir de ese momento los juristas militares designados gozan del estatuto de magistrado del Alto Tribunal, pasando definitivamente a la situación de retirado en las Fuerzas Armadas.

De la Sala 5ª hacia abajo se agudiza la polémica doctrinal respecto a la independencia de los órganos judiciales militares así como de sus integrantes puesto que todos ellos tienen la condición y estatuto de militares, con las implicaciones que a ello se le atribuye por gran parte de la doctrina de cara a la independencia e inamovilidad que constitucionalmente se predica de todo órgano judicial y sus integrantes, siendo particularmente relevante a estos efectos, sin perjuicio de que los arts. 6 y 8 LOCOJM 1987 reiteran las garantías que el art. 117.1 CE consagra para los integrantes del Poder Judicial, el sistema de nombramientos, cese, ascensos o régimen disciplinario de los miembros de estos órganos.

Como tenemos ocasión de comprobar, aunque los preceptos de la Ley de la Carrera Militar y sus normas de desarrollo no se aplican a los destinos del personal del Cuerpo Jurídico en funciones judiciales con el fin de preservar el sistema de la LOCOJM tendente a garantizar la inamovilidad judicial, se produce un fuerte intervencionismo del Ejecutivo –fundamentalmente del Ministro de Defensa- en el nombramiento de los integrantes de los órganos judiciales militares, lo que haría aconsejable que todos los miembros de la jurisdicción militar sean designados por un órgano ajeno al Ejecutivo como la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central o el Consejo General del Poder Judicial, limitándose el Ministerio de Defensa a aportar la

lista de los candidatos a la vacante previamente publicada con aptitud para la designación.

No obstante, en mi opinión el sistema de nombramiento de los titulares de los órganos judiciales no perjudica de por sí su independencia, al igual que mantuvimos respecto a la provisión de las vacantes de la Sala 5ª del Tribunal Supremo reservadas al Cuerpo Jurídico Militar, sino que ello ha de venir determinado por el estatuto que los mismos tengan en el ejercicio de su función así como las causas de cese, algo de lo que podremos deducir si son realmente órganos judiciales con garantías de independencia y, con ello, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley.

Respecto a las causas de cese de los integrantes de los órganos judiciales militares la misma LOCOJM en su art. 8 declara expresamente que el nombramiento, designación y cese de los miembros de los órganos judiciales militares se hará en la forma prevista en esta Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes, en mimética reproducción de lo que el art. 117.2 CE prevé para los jueces y magistrados del Poder Judicial.

Sí que hay, no obstante, al menos, dos causas de cese de los miembros de los órganos judiciales militares que suscitan controversia desde el punto de vista de la garantía de su independencia e inamovilidad. Hablamos del ascenso a un empleo militar superior y la imposición de las sanciones de pérdida de destino, suspensión de empleo por más de seis meses o separación del servicio con arreglo a la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

En cuanto al ascenso, se trata obviamente de una causa de cese determinada por el estatuto jurídico-administrativo que ostentan los titulares de los órganos judiciales militares y que unen a su carácter de integrantes o titulares de un órgano judicial su condición de militares de carrera, debiendo concluir hoy que llegar a pensar que un ascenso, que se trata de una actuación administrativa predeterminada legalmente y producida tras un proceso de evaluación reglado y en el que se aplican los méritos determinados en el baremo correspondiente, se pueda producir con la finalidad de remover a una determinada persona de un puesto judicial es casi imposible con el nuevo modelo de evaluación creado por la LCM de 2007, de forma que debemos coincidir con

el Tribunal Constitucional en que la causa de cese prevista en el art. 66.2 LOCOJM debe considerarse lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no puede considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial.

Por lo que hace a la sujeción al régimen disciplinario militar de los integrantes de la jurisdicción castrense, particularmente en lo que respecta a aquellas sanciones que son susceptibles de afectar a la inamovilidad judicial, esto es, la de pérdida de destino, suspensión de empleo por más de seis meses o separación del servicio con arreglo a la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, hemos de precisar que el ordenamiento jurídico rodea de un conjunto de garantías a los encargados de administrar justicia en el ámbito castrense que supone que, aun en los excepcionales supuestos en que un juez castrense, al margen del ejercicio de sus funciones, pueda cometer una falta disciplinaria militar, ello no repercutirá en su independencia ni en la del órgano de que forma parte ni, por consiguiente, en su inamovilidad puesto que en el ejercicio de su cargo a ningún mando militar o autoridad administrativa –e incluso fuera de ellas- le resulta posible sancionarles en aplicación del régimen disciplinario militar.

Cuestión distinta que sí nos puede llevar a plantearnos una posible incidencia en el estatuto de independencia de los jueces militares es que los miembros del Cuerpo Jurídico Militar destinados en funciones judiciales son militares de carrera y, al igual que el resto de los profesionales de las Fuerzas Armadas, son evaluados por la Administración militar (mediante las llamadas juntas de evaluación) para determinar su aptitud para el ascenso al empleo superior, para seleccionar los asistentes a cursos y para comprobar la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas. (art. 85 LCM 2007).

Este sistema, propio de la condición de militares de carrera de quienes integran los órganos judiciales militares, aunque no merma, en mi opinión, de por sí la independencia e inamovilidad de quienes desempeñan funciones judiciales (que la LOCOJM garantiza mediante los instrumentos más arriba señalados) sí convendría ser reformado en la línea, ya indicada por algún autor, del desdoblamiento del Cuerpo Jurídico Militar en dos cuerpos o carreras, impidiendo así el salto de destinos de asesoría a jurisdicción y viceversa, salvo que se cumplimenten determinados requisitos o, mejor aún, atribuyendo a los órganos de gobierno de la jurisdicción militar la evaluación (e incluso evacuación de informes personales de evaluación) del personal del

Cuerpo Jurídico Militar, sustrayendo de esta forma a la Administración la realización de estas funciones de un personal militar que ostenta –o puede ostentar- funciones judiciales en gran parte –o algún momento- de su carrera, lo que indudablemente, aunque no es *conditio sine qua non*, reforzaría la independencia de los órganos judiciales militares, al perder sus titulares cualquier vínculo con la Administración militar, incluso en su faceta de militares de carrera.

b.- En la parte relativa al acceso al proceso por parte de los militares (art. 24.1 CE) así como respecto a los derechos del art. 24.2 CE, no debemos olvidar que con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978 resultaban comunes las restricciones o directamente el veto a la posibilidad de que los militares impetrasen la tutela judicial ante los tribunales castrenses o de la jurisdicción ordinaria por asuntos relativos al servicio, ya fuesen en materia penal o contenciosa.

Por lo que se refiere a la acción penal, y consiguiente acceso al proceso, el monopolio del ejercicio de la misma en los procesos militares vino ostentándolo históricamente el Estado. No era posible que la parte perjudicada u ofendida se personase en las actuaciones como acusación particular o actor civil. Huelga decir que el reconocimiento de la acción popular consagrado en el art. 101 LECr era impensable ante los Tribunales Castrenses y aún hoy tanto la LOCOJM como la Ley Procesal Militar guardan silencio sobre esta institución, lo que es interpretado por los Tribunales Militares como negativa.

Hubo que esperar a varias resoluciones del Tribunal Constitucional para que el Legislador introdujese en la LOCOJM la posibilidad, reflejada posteriormente en la Ley Procesal Militar, del ejercicio de la acusación particular pero prohibiéndola cuando el perjudicado e inculpado fuesen militares y existiese entre ellos relación jerárquica de subordinación. Tras un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional (previo otorgamiento del mismo) plantea mediante la STC 115/2001 cuestión de inconstitucionalidad acerca de los preceptos de las Leyes Procesales Militares que restringían el acceso al proceso, resolviéndola finalmente por STC 179/2004. En este pronunciamiento el Supremo Intérprete considera inconstitucionales y declara la nulidad de los controvertidos preceptos por considerarlos contrarios a los arts. 14 (principio de igualdad en la Ley) y 24.1 CE (Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva). Efectivamente, y de acuerdo con el Tribunal Constitucional, los límites impuestos al

ejercicio de la acusación particular en el ámbito penal militar carecen de una justificación objetiva y razonable (la disciplina militar, aunque esencial para la cohesión de las Fuerzas Armadas no lo es ya que debe proyectarse exclusivamente en el ámbito de la Administración militar, sin llegar a reflejarse en el proceso), por lo que con ello se infringiría el art. 14 CE. Respecto al art. 24.1 CE, aunque no existe, según reiterada doctrina del Tribunal, un derecho al establecimiento de la acusación particular, una vez abierta esa vía por el Legislador, los vetos a la misma carentes de cobertura o justificación en otros bienes o valores constitucionales, han de decaer debido a la vulneración del art. 24.1 CE en su modalidad de acceso a la jurisdicción.

Sí aparece como una cuestión de *lege ferenda* que, una vez que el Supremo intérprete de la Constitución, con buen criterio, ha eliminado los límites establecidos al ejercicio de la acusación particular en la jurisdicción militar, se proceda por el Legislador a modificar el art. 130 LOPM en el sentido de eliminar la restricción aún mayor en cuanto a la forma –aunque no afortunadamente respecto al fondo- que la anulada por el Tribunal Constitucional, al efecto de permitir la iniciación del proceso penal mediante querella trátese o no de un militar el que la interpone, y ello sin perjuicio de la posibilidad ya existente de interposición de denuncia ante el juez togado competente y la posterior personación en la causa tras el oportuno ofrecimiento de acciones por el órgano instructor.

En cuanto a la posibilidad de ejercicio de la acción popular en el ámbito de la jurisdicción militar, las leyes procesales militares guardan silencio sobre la institución, lo que hasta el momento fue interpretado por los tribunales militares como prohibición, máxime teniendo en cuenta los límites a la acusación particular. Ahora bien, en mi opinión, el silencio de la las leyes rituarias militares no puede ser interpretado de igual forma tras la sentencia constitucional de 21 de octubre de 2004. Porque, si decíamos que la negativa implícita de la Ley a la acción popular se basaba en la existencia de restricciones al ejercicio de la acusación particular en tiempo de paz, una vez desaparecidas dichas barreras, la interpretación de la legalidad no puede ser la misma, debiendo, a mi juicio, regir con carácter supletorio el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sí reconoce y regula dicha institución.

No obstante tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria de acuerdo con los pronunciamientos constitucionales al respecto, sería sumamente recomendable en aras

del principio de seguridad jurídica que el legislador procesal militar realizase referencia expresa a dicha institución, regulándola, estableciendo límites a su ejercicio o, simplemente, prohibiéndola (y ello con plena legitimidad) en el ámbito de la jurisdicción castrense a semejanza de lo establecido en otras leyes procesales como la que regula la responsabilidad penal del menor.

Respecto a la revisión judicial del sistema disciplinario militar, tradicionalmente el ejercicio de la potestad disciplinaria resultaba inmune a cualquier control jurisdiccional, figurando en las leyes procesales militares hasta fechas recientes la imposibilidad de recurso judicial frente a las sanciones disciplinarias por faltas leves, con clara vulneración de los derechos del art. 24.1, en conexión con el 106.1 CE. Así se considera igualmente en la STC 202/2002, de 28 de octubre, que, además de otorgar el amparo solicitado por el militar recurrente frente a las resoluciones judiciales que le impedían la tutela frente al ejercicio de la potestad disciplinaria militar, plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal respecto al art. 453 LOPM en su relación con el art. 468 b), que obtuvo finalmente respuesta del Supremo Intérprete tras la STC 177/2011, de 8 de noviembre, que expulsa del ordenamiento las trabas que todavía contenía la LOPM en los señalados preceptos, impidiendo el pleno control judicial de las faltas disciplinarias leves.

La sentencia constitucional de 28 de octubre de 2002, y su lógica consecuencia de noviembre de 2011, consagran, o más bien confirman, el principio de plenitud del control jurisdiccional de la actividad de la Administración –incluida la militar- derivado de los arts. 24.1 y 106 CE, lo que conlleva la imposibilidad de existencia de núcleos, áreas o ámbitos del ordenamiento o de la actividad administrativa "blindados" o exentos en su totalidad del control de legalidad de los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, para que sea completo el control jurisdiccional y satisfaga así las precitadas exigencias constitucionales debe abarcar igualmente, tal y como hemos dicho, las medidas privativas de derechos o de la propia libertad del militar que se adopten en el seno del procedimiento disciplinario militar sin constituir una sanción, es decir, una resolución o acto definitivo en vía administrativa.

Consideramos pues de *lege ferenda* la incorporación a la ley procesal militar, o a la ley disciplinaria, en similitud a lo establecido en la LJCA 1998, de la admisibilidad

del recurso contencioso-disciplinario militar no solo frente a los actos definitivos y firmes de la autoridad disciplinaria militar sino asimismo frente a los *actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*, con particular referencia al arresto preventivo y a la suspensión de funciones adoptados en un procedimiento disciplinario así como la corrección cautelar prevista en el art. 26 LORDFAS.

Por lo que respecta a las garantías procedimentales, los principios inspiradores del orden penal son trasladables, con ciertos matices, al derecho disciplinario militar, dado que, de acuerdo con temprana doctrina constitucional, ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado; y ello teniendo en cuenta las peculiaridades del procedimiento sancionador militar, que no es un proceso penal con las garantías que ello significa, así como la necesidad, en los procedimientos por falta leve, del pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada, pero sin merma de las garantías mínimas para asegurar la proscripción de la indefensión.

Es por ello que, salvo situaciones de alteración de la normalidad, teatros de operaciones, misiones en el exterior, buques navegando, el pronto restablecimiento de la disciplina no resulta inconciliable en absoluto con que al encartado se le facilite el derecho de estar asistido y asesorado por el profesional de la abogacía de su elección, y es de *lege ferenda* que se incorpore la instrucción sobre esta garantía así como las restantes del art. 24.2 a la nueva ley disciplinaria para las Fuerzas Armadas.

VII.- En cuanto a la incidencia de las situaciones de anormalidad en los derechos fundamentales de los militares, se plantea en primer lugar como algo ineludible la necesaria actualización de las normas referidas a la declaración de guerra ya que, si examinamos la legislación penal y procesal militar, el legislador pretende otorgar al periodo de guerra formalmente declarado una serie de consecuencias restrictivas , que, no obstante, devienen en la práctica inaplicables ante el desuso del art. 63.3 CE, referido a la declaración formal de guerra, por lo que si el legislador desea, con la oportuna justificación constitucional, que esas limitaciones puedan tener aplicación en un escenario de conflicto donde las fuerzas desplegadas se hallen en una situación real de guerra, resultaría preciso –quizá pasando por una reforma del art. 63.3 CE- redefinir el concepto de guerra o sustituirlo en la legislación adjetiva militar por el de

conflicto armado, que ha adquirido un mayor predicamento en la actualidad, y ello asegurando que dicho periodo quedase exactamente fijado con arreglo a criterios espaciales o temporales predeterminados así como eliminando el requisito de que las hostilidades se libren contra una potencia extranjera o estatal, aspectos todos ellos a desarrollar en orden a la garantía del principio de seguridad jurídica en la Ley Orgánica de Defensa Nacional, norma que, precisamente, determina las distintas misiones y operaciones de las Fuerzas Armadas de acuerdo con el art. 8.1 CE, lo que, sin perjuicio de ser apreciadas de forma singularizada, justificaría límites a los derechos de los militares en situaciones de un conflicto armado real, con el objeto de asegurar la operatividad de las FAS y el adecuado cumplimiento de sus misiones constitucionales.

Por lo que hace al régimen de los derechos fundamentales en las citadas situaciones de anormalidad, así como en operaciones, misiones en el exterior o buques navegando, más allá del tan mencionado deber de sacrificio personal propio de la profesión castrense y que, en realidad, no aparece vinculado exclusivamente a circunstancias excepcionales, el régimen de limitaciones de los derechos de los militares en las señaladas circunstancias de anormalidad no es tan distinto, al menos teóricamente, del previsto en tiempos ordinarios.

Más al contrario, las limitaciones introducidas particularmente por la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes de 2011 son, fundamentalmente, puntuales o mínimas especialidades (o previsión de las mismas de cara a su desarrollo reglamentario) previstas en la regulación del desarrollo de determinados derechos y que no se encuentran asimismo vinculadas solamente a circunstancias de crisis o conflicto sino al desarrollo de las *operaciones* o *misiones* militares, términos utilizados en un número notable por la citada LODDFAS.

En este sentido, sin embargo, y en la realidad, la cosa cambia puesto que el estatuto del militar en una operación en el exterior viene en gran parte determinado por el régimen jurídico de la misión donde esté comisionado, y frente a lo que pueda parecer con la simple lectura de la ley de derechos y deberes, la disponibilidad permanente del militar en zona de operaciones determina en la práctica una total limitación no solo de la libertad de circulación y de movimientos del militar sino de algunos otros derechos, dado que el militar en esas situaciones está constantemente de servicio, y su conducta ha de acomodarse al régimen jurídico del contingente y a las órdenes del mando al que esté

subordinado. Tales restricciones en zona de operaciones, más allá del deber de disponibilidad del militar, deberían hallarse expresamente previstas, al menos mediante una regulación básica pero integral en la Ley Orgánica de derechos y deberes.

Distinto tratamiento a nuestro juicio merecen las restricciones, esta vez sí previstas de una forma clara, al contemplar especialidades orgánicas y procesales que el legislador dispone para la jurisdicción militar en tiempo de guerra, ya que ni siquiera estas excepcionales circunstancias justifican, con desconocimiento del estatuto básico de la función jurisdiccional definida en el art. 117.1 de la Norma suprema, la libre remoción por parte del Gobierno de los integrantes de la jurisdicción castrense ni la orden de incoación de procedimientos judiciales por el mando militar, designando juez militar y secretario entre sus subordinados, de acuerdo con los dispuesto en el vigente art. 165 LOCOJM.

En cuanto al nombramiento de defensor militar ante la jurisdicción militar en tiempo de guerra fuera del territorio nacional o cuando no funcionen normalmente los Colegios de Abogados, así como en situaciones que, aunque no referidas a situación de guerra, pueden darse en el desarrollo de operaciones, misiones en el exterior o buques navegando, las previsiones de la LOCOJM al respecto no ofrecen problemas de constitucionalidad si con ello no se produce una indefensión efectiva para el justiciable, que debe garantizarse por los poderes públicos para que realmente podamos hablar de ejercicio de jurisdicción por los tribunales castrenses en esas circunstancias de acuerdo con los principios básicos de un Estado de derecho.

No sobrarían en este sentido la incorporación de unas previsiones sobre la garantía del derecho de defensa en los procedimientos disciplinarios militares en el ámbito de operaciones o misiones en el exterior o buques navegando, conciliándolo con las exigencias del restablecimiento inmediato de la disciplina, por lo que a los procedimientos por falta leve se refiere, de acuerdo con la precitada jurisprudencia constitucional al respecto.

En cuanto a la vigente prohibición total y absoluta del ejercicio de la acusación particular en tiempo de guerra, poco parece compadecerse con los principios constitucionales y con el derecho fundamental a un proceso justo y con todas las garantías, ya que un Ministerio Fiscal fuertemente jerarquizado llegaría a disponer

realmente del proceso pudiendo solicitar el sobreseimiento o incluso retirando la acusación sin que al particular ofendido por el delito le cupiese ninguna posibilidad de impetrar la tutela judicial efectiva, colocándole en una grave situación de indefensión constitucionalmente proscrita.

Igualmente resulta contraria al principio de exclusividad jurisdiccional la previsión que otorga facultades del mando militar en tiempo de guerra o estado de sitio en orden a las circunstancias de cumplimiento de la prisión preventiva.

Culminando con este apartado, debemos apuntar respecto a las restricciones o limitaciones a los derechos de los militares en los estados de crisis contemplados en los arts. 55, 116 y 117.5 CE que, salvo la peculiaridad que acabamos de reseñar, de la lectura de las señaladas normas, no se deduce ninguna limitación adicional en el régimen de derechos fundamentales de los militares bajo la vigencia de esos excepcionales estados, al margen de la posible ampliación -con carácter general, sin embargo- de la competencia de la jurisdicción militar en caso de declaración de estado de sitio, y ello sin perjuicio de la posibilidad de que, de acuerdo asimismo con lo previsto en la ley orgánica que pertinentemente desarrolla los citados preceptos constitucionales, en virtud de la movilización de personal civil al servicio de la Administración, se acuerde por el Gobierno en la declaración de estado de alarma la sumisión de ese personal movilizado al estatuto militar, con la consiguiente aplicación de las leyes penales y disciplinarias militares y la sujeción a la jurisdicción castrense.

VIII.- Debemos finalizar concluyendo, como recapitulación de la nueva ley de derechos y deberes que, aunque se han recogido en la misma aspectos novedosos como lo relativo al expreso reconocimiento y papel del asociacionismo profesional, el texto recopila en gran parte lo que ya era consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala 5ª del Tribunal Supremo. No se ha querido, a mi juicio, asumir el reto de incorporar novedades ya consagradas en otros sistemas de derecho comparado como el derecho de afiliación política de los miembros de las FAS así como una mayor apertura en materia de los DDFF de expresión, reunión y manifestación. Sin embargo, con todo, la novedad más reseñable del nuevo texto es la aparición –largamente demandada- de un auténtico estatuto integral de DDFF de los militares, desterrando a las Reales Ordenanzas de 1978 así como la defectuosa técnica de configurar los DDFF de los militares mediante las leyes penales y disciplinarias.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., "Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía", en Pietro Costa/ Benito Aláez Corral, *Nacionalidad y Ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2007.

ALBA RODRÍGUEZ, M., "Las condiciones de aptitud del militar profesional", en *Estudios de Derecho Militar 2009*, Colección de Estudios jurídicos y Fiscales de la Defensa, Centro de Investigación y doctrina legal, Catálogo general de publicaciones oficiales, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010.

ALCANTARILLA HIDALGO, F., "La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: Libertad religiosa y aconfesionalidad estatal", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 70-I, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1997.

ALLI TURRILLAS, J.C., "La evolución normativa en la incorporación de la mujer a las FAS", en VV.AA. (María Gómez Escarda e Isidro Sepúlveda Muñoz, eds.), *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2009.

— "La reforma de las leyes militares en el contexto de los cambios en la seguridad y la defensa", en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007.

— *La profesión militar, Análisis jurídico tras la ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

ALONSO DE ANTONIO, A.L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978*, Editorial Colex, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., "Fines educativos y sociedades paralelas", en VV.AA. (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, ed.), *La inclusión de los otros: Símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada.

— *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección "Estudios Constitucionales", Madrid, 2008.

ÁLVAREZ ROLDÁN, L.B., "El «abuso de autoridad, delito militar»", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 2001.

AMICH ELÍAS, C., "La Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil como base de una futura Ley de Derechos y Deberes del militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 95-96, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-diciembre 2010.

AROCAS NOGALES, M.D., "La protección de datos de carácter personal y el secreto oficial en las Fuerzas Armadas", en *Estudios de Derecho Militar 2009,* Colección de Estudios jurídicos y Fiscales de la Defensa, Centro de Investigación y doctrina legal, Catálogo general de publicaciones oficiales, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010.

ARROYO YANES, L.M., "Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 59, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1992.

ASLAN, M.Y., "Military Criminal Jurisdiction under turkish law", en *Aühfd yıl 2008*, documento que ha sido presentado en el 8º Congreso de Derecho Penal Militar Internacional, celebrado en Budapest, Hungría, del 6 al 10 de julio de 2007. Accesible en http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-02/AUHF-2008-57-02-aslan.pdf Enlace visitado por última vez el 5 de febrero de 2014.

BALBONTÍN PÉREZ, L.A., "El procedimiento contencioso-disciplinario militar especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona", en VV.AA., *Diversas cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal Militar y el asesoramiento jurídico en el ámbito de las Fuerzas Armadas*, V Jornadas del Cuerpo Jurídico Militar, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003.

BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

BARCELONA LLOP, J., "El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una aproximación jurídica", en *Revista de Administración Pública*, nº 113, mayo-agosto 1987.

— "Profesionalismo, militarismo e ideología militar", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 51, mayo-junio 1986.

BARRERO ORTEGA, A., "La celebración institucional de festividades religiosas. Análisis exclusivamente constitucional", en *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006.

—*La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

BASTIDA FREIJEDO, F., "La soberanía borrosa: la democracia", en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, Soberanía y Constitución*, nº 1, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998.

— "Temas básicos de Derecho Constitucional", Tomo III, en VV.AA. (Aragón Reyes, M., Coord.), Madrid, 2001.

BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

BATISTA J., F., "La dignidad de la persona en la Constitución Española: Naturaleza jurídica y funciones", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 14, enero-junio 2006.

BERRIO ÁLVAREZ-SANTULLANO, F.J., "Valores institucionales de las Fuerzas Armadas", en *Cuadernos de Estrategia*, nº 89, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, 1997.

BLANCO VALDÉS, R., "Alarma por el estado de alarma" publicado en *La Voz de Galicia*, el 6 de diciembre de 2010, accesible asimismo en http://www.lavozdegalicia.es/espana/2010/12/06/0003_8893504.htm. Enlace consultado por última vez el 27 de enero de 2014.

— *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988.

— *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Institució Valenciana d'estudis i investigación, Madrid, 1988.

BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado, La Constitución y el servicio militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996.

BLAY VILLASANTE, F., "La Fiscalía Jurídico Militar", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

BRAVO CASTRILLO, F.J., *La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, derecho del militar creyente*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2011. Accesible en http://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/108944. Enlace visitado por última vez el 25 de enero de 2014.

CALAFELL FERRÁ, J.V., "Reflexiones sobre los Tribunales de Honor militares a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/1.997, de 29 de septiembre", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 74, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1999.

CALDERÓN SUSÍN, E., "En torno a los límites constitucionales de la competencia de la jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1989.

CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.

CAÑAMARES ARRIBAS, S., "La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público", en VV.AA. (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, ed.), *La inclusión de los otros: Símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2012.

CARRILLO SALCEDO, J.A., "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 5, nº 9, 2001 (Ejemplar dedicado a: Especial Tratado de Niza).

CARRIÓN MOYANO, E., "El militar como funcionario público", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 18, Instituto Francisco de Vitoria, julio-diciembre 1964.

CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, EDERSA, Madrid, 1986.

CLAVER VALDERAS, J.M., "Las clases de los procedimientos penales militares y sus medios de inicio", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

CORRALES ELIZONDO, A., "Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

COTINO HUESO, L., "La necesidad de una plena constitucionalización del complejo nexo de la religión y las Fuerzas Armadas. Algunas cuestiones pendientes", en *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, nº 15, diciembre de 2001.

— "La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de los clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 50, Madrid, 2001.

— "La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas Españolas del siglo XXI", en *CEC*, Madrid, 2000.

— *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Temas Clave de la Constitución Española, Madrid, 1984.

CUESTA RICO, F., "Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuerzas Armadas españolas", en VV.AA. (Diego J. Liñán Nogueras, Javier Roldán Barbero, eds.; Inmaculada Marrero Rocha, coord.), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008.

DE OTTO Y PARDO, I., "El mando supremo de las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988.

DE PEDRO MORO, J.L., "Sobre el derecho de acceso a los IPECs archivados con la Hoja de servicios", en *Cuaderno Práctico* nº1, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, mayo-agosto 2009.

DE QUEROL LOMBARDERO, J. F., "Medidas cautelares personales en el proceso penal militar", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.-C., *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas, El derecho a saber y la obligación de callar*, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.

DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., "TEDH – Sentencia de 02.11.2006, Dacosta Silva c. España, 69966/01 – arresto domiciliario – inaplicabilidad de la reserva española al régimen disciplinario de la Guardia Civil", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, Madrid, mayo/agosto 2008.

DÍEZ DE VELASCO Y VALLEJO, M., *Manual de Derecho Internacional Público*, 12ª Ed., Tecnos, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, tercera edición, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

DOIG DÍAZ, Y, "La acusación particular en la justicia militar española. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2001 de 10 de mayo" en *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (número dedicado a la reforma del derecho Penal Militar), pág. 302. Accesible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#2001 Enlace visitado por última vez el 11 de febrero de 2014.

— *Jurisdicción militar y Estado de derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Valencia, 2003.

DOMÉNECH PASCUAL, G., "¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea", en *Revista de Administración Pública*, nº 170, mayo-agosto 2006, Madrid.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., "«De nuevo sobre los tribunales de honor» (la desaparición de los tribunales de honor militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)", en VV.AA., *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ELVIRA PERALES, A., "Sinopsis del artículo 18 de la Constitución", accesible en http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2 visitado por última vez el 29 de enero de 2014.

ESCRIBANO TESTAUT, P., "Reflexiones sobre la atribución de competencia a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa de personal",

en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 79, Tomo I, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 2002.

EXPÓSITO GÓMEZ, E., "Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27, 2011.

FERNÁNDEZ BASTARRECHE, F., "Fuerzas Armadas y sociedad: unas relaciones complejas", en VV.AA., *Los Ejércitos del franquismo (1939-1975)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ BENITO, A., "La determinación del estatuto personal de vocales y jueces togados: un imperativo constitucional", en VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

— "Sanciones disciplinarias extraordinarias y sus causas", en *Ejército*, noviembre de 2000, año LXI, nº 716.

FERNÁNDEZ DE HENESTROSA BALMASEDA, L., "El procedimiento sumarísimo", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

— "Organización de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ DOTÚ, P.J., "Acusación particular y acción civil en el proceso penal militar en tiempo de paz: unas consideraciones críticas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 76, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 2000.

FERNÁNDEZ GARCÍA, I., "El acceso a la justicia y a los recursos en el ámbito de la Jurisdicción Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 95-96, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-diciembre 2010.

— "Las consecuencias jurídicas del delito para los militares y su proporcionalidad", en *Revista General de Marina*, Ministerio de Defensa, tomo 265, diciembre 2013.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., "Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, nº 65, mayo-agosto 2002, Madrid.

— "Un derecho residual: el derecho de petición en el ordenamiento constitucional español", en *Revista Vasca de Administración Pública*, septiembre-diciembre 2000, nº 58, 1.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

— "Competencia de la Jurisdicción Militar en tiempo de guerra", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

— "Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1995.

— "El derecho de sufragio pasivo de los militares de carrera tras la Ley del Régimen del Personal Militar Profesional", en *Revista de Administración Pública*, núm. 120, septiembre-diciembre 1989.

— "El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, enero-abril 2004.

— "El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 17 de mayo", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 74, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1999.

— "El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986.

— "Extensión de la Jurisdicción Militar", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

— "Fuerzas Armadas-Sociedad: Del mutuo aislamiento a la progresiva integración", en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 36, 1986.

— "La Jurisdicción Militar en la perspectiva histórica", en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 56-57, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1990 y enero-junio 1991.

— "Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 64, abril-junio 1989, Madrid.

— *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2005.

FORTÚN ESQUIFINO, R., "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)", en VV.AA., Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 2000.

FRANCO GARCÍA, M.A., "Introducción, tenencia y consumo de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas; cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional", en *Estudios de Derecho Militar*

2008, Colección de Estudios jurídicos y Fiscales de la Defensa, Centro de Investigación y doctrina legal, Catálogo general de publicaciones oficiales, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.

— "Las emergencias marítimas: especial referencia a la intervención militar", en *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, nº 161, enero–marzo 2014.

FRIEYRO DE LARA, B., "La mujer soldado en España", en VV. AA. (María Gómez Escarda e Isidro Sepúlveda Muñoz, eds.), *Las mujeres militares en España (1988-2008)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2009.

GALÁN CÁCERES, J., "Órganos judiciales militares que acompañan a fuerzas españolas fuera del suelo nacional", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

GALLARDO RODRÍGUEZ, P., "La mujer militar en las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *El papel de la mujer y el género en los conflictos*, Cuadernos de Estrategia 157, Ministerio de Defensa, Instituto español de Estudios Estratégicos, Centro Mixto Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra, Madrid, 2012.

GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, nº 34, Madrid, 1961.

GÁLVEZ MUÑOZ, L., "Sinopsis del artículo 15 de la Constitución", accesible en http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2 visitado por última vez el 25 de enero de 2014.

— "El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 90, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 2007.

GARCÍA BALLESTER, P., "Jurisdicción militar y Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 58, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999.

GARCÍA LABAJO, J.M., "La acción civil en el proceso penal militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, Tomo I, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1990.

— "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios", en VV.AA. (coord. de José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2000.

GARCÍA MACHO, R., "Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 72, octubre-diciembre 1991, Madrid.

— *Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, Valencia, 1995.

GARCÍA NINET, J.I. y DE VICENTE PACHÉS, F., "El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 57, 2005.

GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO PAGÉS, J.L., "Temas básicos de Derecho Constitucional", Tomo III, en VV.AA. (Aragón Reyes, M., Coord.), Madrid, 2001.

GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Editorial Colex, Madrid, 1995.

GÓMEZ AMIGO, L., *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003.

GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M.M. y NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La detención en el ámbito jurídico militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 68, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1996.

GÓMEZ DOCAMPO, F.J., "A vueltas con la caducidad de los procedimientos disciplinarios militares y la prescripción de las infracciones disciplinarias", en *Cuaderno Práctico*, nº 4, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, mayo-octubre 2010.

GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y condición militar*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ MORENO, B., "El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, nº 66. Septiembre-Diciembre 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, Tercera edición, Civitas, Madrid, 1998.

— *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ REYES, J.M., "Derecho de defensa y asistencia técnica en la tramitación de expedientes disciplinarios en el ámbito de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil. Alcance y límites", en *Cuaderno Práctico*, nº 3, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-abril 2010.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *La inviolabilidad del domicilio*, Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid, 1992.

— *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1991.

GÖSSEL HEINZ, K., "Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal", en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 3-1996.

GUAITA MARTORELL, A., "Capitanes y Capitanías generales", en *Revista de Administración Pública*, nº 111, septiembre-diciembre 1986.

— "La Administración militar", en *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952.

GUDE FERNÁNDEZ, A., *El habeas corpus en España, Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Tirant monografías 563, Valencia, 2008.

GUILLÉN CARAMÉS, J y FUENTETAJA PASTOR, J.A., "El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas de los Estados miembros", en *Revista de Administración Pública*, núm. 146, mayo-agosto 1998.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

HAURIOU, M., *Principes de droit public*, 2ª ed., París, Larose et Tenin, 1916.

HERBÓN COSTAS, J.J., "Libertad ideológica y religiosa en las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 82, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 2003.

—"Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿hacia una libertad sindical?", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 97, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 2011.

— *Los derechos de asociación política y sindicación de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Colección "Cuadernos y Debates", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, J., "Insurgencia y contrainsurgencia", en VV.AA., *Actores armados no estatales: retos a la seguridad global*, Cuadernos de Estrategia 152, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.

HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., "En torno a la nueva jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 55, tomo I, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1990.

HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F.J., "Apuntes sobre la exención por obediencia jerárquica en el Código Penal Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 95-96, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-diciembre 2010.

HERRERO DE MIÑÓN, M., "El Rey y las Fuerzas Armadas", en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Algunas consideraciones sobre el principio "non bis in idem" y su vigencia en el ordenamiento sancionador militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1995.

— "Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 53, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1989, Tomo I.

— "Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 2001 (Ejemplar dedicado a: *In memoriam* José Francisco de Querol y Lombardero).

— "Militarización de los controladores", publicado en *El País*, el 13 de diciembre de 2010, accesible de igual forma en http://elpais.com/diario/2010/12/13/opinion/1292194804_850215.html. Enlace consultado por última vez el 27 de enero de 2014.

— "Subsistencia de la especialidad de la jurisdicción militar", en VV.AA., *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997.

JULIANI HERNÁN, J., "El procedimiento oral en las faltas leves", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

LABAJOS FERNÁNDEZ, D., "La prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *Jurisdicción Militar, Riesgos Laborales y Operaciones Militares Internacionales. Una aproximación técnico-jurídica*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Escuela Militar de Intervención, Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales, Madrid, 2010.

LABORIE IGLESIAS, M.A., "Actores armados no estatales y modelo de Estado", en VV.AA., *Actores armados no estatales: retos a la seguridad global*, Cuadernos de Estrategia 152, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Herri Arduralaritzaren, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994.

LÓPEZ ALARCÓN, M.; *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, en VV.AA., EUNSA, Pamplona, 2007.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994.

LÓPEZ GARRIDO, D., "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983.

LÓPEZ RAMÓN, F., "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991.

LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J., "El acceso del militar profesional a los cargos públicos electivos", en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *Derechos Fundamentales de los Funcionarios de la Administración: Nuevos Retos en las Organizaciones Burocráticas*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., "La igualdad real y efectiva desde la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional español", en *Anuario jurídico y económico escurialense*, XL, Madrid, 2007.

LOSADA, J.C., "Bases ideológicas del Ejército franquista", en VV.AA., *Los Ejércitos del franquismo (1939-1975)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010.

LUTHER, J., "Razonabilidad y Dignidad humana", en *ReDCE*, nº 7, enero-junio de 2007.

MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 67, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1996.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., "La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 142, octubre-diciembre 2008.

MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A. y ALÍA PLANA, M., "El conducto reglamentario en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil a la luz de la nueva legislación: ¿es posible que haya desaparecido?", en *Cuaderno Práctico*, nº 3, Escuela Militar de Estudios Jurídicos enero-abril 2010.

MARTÍNEZ GUILLEM, R., "La detención y otros aspectos parapoliciales de las operaciones militares internacionales", en VV.AA., *Jurisdicción Militar, Riesgos Laborales y Operaciones Militares Internacionales. Una aproximación técnico-jurídica*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Escuela Militar de Intervención, Ministerio de Defensa, Dirección General de Relaciones Institucionales, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ RUÍZ M., ALONSO LORIENTE V., TARANCO ROBLES M., GUTIÉRREZ ORTEGA C., "Encuesta sobre drogas a los Militares de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas españolas", en *Sanidad Militar, Revista de Sanidad de las Fuerzas Armadas de España*, Volumen 66, número 2, abril-junio 2010, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, disponible en www.mde.es

MATALLÍN EVANGELIO, Á., *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La edad máxima como límite para el acceso a la función pública", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 13, 2005.

MILLÁN GARRIDO, A., "Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 53, Tomo I, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1989.

— "La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)", en VV.AA., *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997.

— "Las modificaciones introducidas en el régimen orgánico-procesal de la jurisdicción militar por la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio: Temas resueltos y cuestiones pendientes", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 82, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 2003.

MORÁN, G.M., "Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. De una tradición multisecular a su regulación vigente", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 58, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1991.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., "La desaparición de los Tribunales de Honor Castrenses en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 54, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1989.

MOSKOS, C.C. y WOOD, F.R., *Lo militar: ¿más que una profesión?*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

MOZO SEOANE, A., "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998)", en VV.AA. (coord. de José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 2000.

— "El Derecho Fundamental de petición: contenido y régimen jurídico. Su regulación en el estatuto del Personal Militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 93, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 2009.

MUÑOZ ALONSO, J.M., *Derecho Administrativo Militar II, El Estatuto del Personal*, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989.

NAVAS CÓRDOBA, J.A., "La Jurisdicción Militar: ¿jurisdicción ordinaria o especial?", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 70, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre 1997.

NOLTE, G. (ed.), *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.

OEHLING DE LOS REYES, A., "Algunos aspectos jurídico-constitucionales con relación al abordaje de buque pirata en alta mar: Función de policía de la Armada, abordaje y registro de la nave y pautas en orden a la detención de sospechosos", en *Estudios de Deusto (Separata)*, Vol. 59/1, enero-junio 2011.

— "La mujer en la defensa y en las fuerzas armadas en España: una perspectiva aproximativa jurídico-constitucional", en VV.AA., *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

— "Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional", en *Estudios de Deusto*, segunda época, vol. 60/1, enero-junio 2012.

— *La dignidad de la persona, Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, S.L., Madrid, 2010.

OLLERO TASSARA, A., *España: ¿un Estado laico?, La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson Civitas, Pamplona, 2005.

PARADA VÁZQUEZ, R., "Toque de silencio por la Justicia militar", en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992.

PAREDES MONTIEL, M., "La Sentencia BVerfGE 115,118 1BVR 357/05 del 15 de febrero de 2006 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que declara inconstitucional el artículo 14 de la Ley de Aviación Civil. Un precedente sobre el respeto a la vida y a la dignidad humana", en *Cuestiones Constitucionales* núm. 19, julio-diciembre 2008. Accesible en www.juridicas.unam.mx

PAREJO ALFONSO, L., "Temas básicos de Derecho Constitucional", Tomo I, en VV.AA. (Aragón Reyes, M., Coord.), Civitas, Madrid, 2001.

PASCUA MATEO, F., "Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil", en *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003.

— *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Colección Monografías, Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2006.

PASCUAL SARRIÁ, F.L., "La entrada y registro en las instalaciones militares", en VV.AA., *Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, nº vol. 27/2008.

PASTRANA-COMPAIRED ÁLVAREZ, A., "Los derechos del militar al honor e intimidad y a la libertad de residencia y circulación", Trabajo Académico de Investigación elaborado en la enseñanza de formación militar específica para el acceso a la escala de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, depositado en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005. Facilitado gracias a la gentileza del autor.

PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *El derecho de acceso a los archivos y a los documentos de la Administración militar*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

— "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar", en *Revista de Administración pública*, nº 133, 1994.

— *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

PÉREZ MACHÍO, A.I., "Concreción del concepto jurídico de "mobbing", bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-06 (2004). Accesible asimismo en http://criminet.ugr.es/recpc

PÉREZ SOLA, N., "El Régimen Disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dacosta Silva v. España", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, números 71-72, enero-agosto 2008.

PÉREZ VILLLOBOS, M.C. y ROMO AVILÉS, N., "Igualdad y género. Conceptos básicos para su aplicación en el ámbito de la seguridad y defensa", en VV.AA., *El papel de la mujer y el género en los conflictos*, Cuadernos de Estrategia 157, Ministerio de Defensa, Instituto español de Estudios Estratégicos, Centro Mixto Universidad de Granada-Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra, Madrid, 2012.

PORRAS RAMÍREZ, J.M., *Libertad Religiosa, Laicidad y Cooperación con las confesiones en el Estado Democrático de Derecho*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006.

POYATO ARIZA, J.L., "Aspectos administrativos", en VV.AA., *Consideraciones sobre los Estatutos de las Fuerzas Armadas en Actividades Internacionales*, Cuadernos de estrategia, nº 94, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 1998.

PRESNO LINERA, M. A., "El matrimonio entre personas del mismo sexo en el sistema constitucional español", en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 17, 2013.

— "¿Quién debe integrar el pueblo soberano?", en VV. AA., Monitor *democrático, ¿Polarización en las expectativas democráticas?*, Editorial Porrúa/UNAM, México, 2009.

— "El sufragio en una sociedad democrática decente: el voto de los extranjeros", accesible en http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm.

— "La titularidad del derecho de participación política", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 104, mayo-agosto 2002.

— "Los límites a los límites de los Derechos Fundamentales de los militares", en *Boletín de información*, Ministerio de Defensa, núm. 278, año 2003. Accesible a través del siguiente enlace: http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/presno/Militares.html.

PRIETO ÁLVAREZ, T., *Libertad religiosa y espacios públicos, Laicidad, pluralismo y símbolos*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

PRIETO SANCHÍS, L., "Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía", en *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, nº 49, 2010.

PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas, Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.

RAMÍREZ SINEIRO, J.M., "La estructura orgánica de la jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, S.L., Madrid, 2000.

REY MARTÍNEZ, F., "Homosexualidad y Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, núm. 73, enero-abril 2005, Madrid.

RODRÍGUEZ DE PATERNA GIMÉNEZ DE CÓRDOBA, M., "El procedimiento oral por faltas leves: Justificación de su singularidad y aplicabilidad de las garantías constitucionales", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., "Una vez más sobre las declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales) en los Estatutos de Autonomía", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 13, 2009.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., "La obediencia debida en el derecho penal militar", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 3, Instituto Francisco de Vitoria, enero-junio 1957.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. y RUBIO MARÍN, R, "De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado Democrático", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007.

RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, J., "La Jurisdicción Militar en el art. 117.5 de la Constitución", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., "El Derecho Militar del siglo XXI (segunda parte): la organización de la Jurisdicción Militar. Diversos sistemas de Derecho y legislación comparada", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 2004.

ROJAS CARO, J., "Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios", en VV.AA. (coord. de José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto), Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2000.

— "El monopolio acusador del Ministerio Fiscal ¿Puede frustrar el fin del proceso?", en VV.AA., *Delitos y Procedimientos Militares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

— *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990.

ROLDÁN BARBERO, J., "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 16, septiembre-diciembre 2003.

ROLDÁN NAVARRA, M., "El estatuto jurídico del militar en relación a los derechos fundamentales: el derecho a la intimidad", en VV.AA., *Colección Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo General del Poder Judicial, nº vol. 27/2008.

ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo segundo, Librería Santarén, Valladolid, 1950.

RUÍZ MIGUEL, A., "Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal", en VV.AA. (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, ed.), *La inclusión de los otros: Símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2012.

RUÍZ-JIMÉNEZ CORTÉS, J., "Derechos fundamentales de la persona (Comentario al artículo 10 de la Constitución)", en VV.AA. (Óscar Alzaga, dir.), *Comentario a las Leyes Políticas*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

SAIZ ARNAIZ, A., "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Administración Pública*, nº 134, mayo-agosto 1994.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., *La Jurisdicción Militar, De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Editorial Comares, Granada, 1996.

SANZ CABALLERO, S., "Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, enero/abril 2011.

SECO SERRANO, C., *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Colección Tablero, Madrid, 1984.

SEOANE GONZÁLEZ, J.M., "El trámite de audiencia dentro del procedimiento disciplinario para las faltas leves", en VV.AA., *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

SOLÉ RIERA, J., "Acción popular y proceso penal militar", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, Madrid, 1996.

SOSPEDRA NAVAS, F.J., "Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: Tendencias (y algunas propuestas) expansivas", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 89, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 2007.

SOTO CARMONA, A., "Militares en la política en la España franquista", en VV.AA., *Los Ejércitos del franquismo (1939-1975)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2010.

SUÁREZ PERTIERRA, G., "La significación de las Reales Ordenanzas en el contexto de la reforma militar", en *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, 2000, Madrid.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., "Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte general", cuarta edición, en VV.AA. (Suárez- Mira, coord.), Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, F., "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional)", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 12, noviembre –diciembre de 1979, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

TURIENZO VEIGA, A., "La desaparición de los límites del ejercicio de la acusación particular en la Jurisdicción Militar y la acusación popular", en VV.AA., *Colección Cuadernos Digitales de Formación, Jornadas sobre Jurisdicción Militar 2007*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, nº vol. 27/2008.

V. MÜNCH, I., "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional Alemán", en *Foro, Nueva Época*, núm. 9/2009:107-123.

VERGOTTINI, G., "La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas" (Traducción de Javier Jiménez Campo), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 6, septiembre-diciembre 1982.

VIDAL FUEYO, M.C., "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril de 2009.

VIDAL MANZANARES, C., *La guerra que ganó Franco, Historia militar de la guerra civil española*, Planeta, Barcelona, 2006.

VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., "Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto 2011.

VIGIER GLARÍA, L.F., "El derecho de petición: Algo más que un «derecho inofensivo»", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 1990.

VILADRICH, J., "Los principios informadores del Derecho Eclesiástico Español", en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, EUNSA, 2ª edición, Pamplona, 1983.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

ENLACES *WEB* CONSULTADOS

www.congreso.es/

http://www.senado.es/

http://www.tribunalconstitucional.es/

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Jurisprudencia_del_TS

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/

http://www.defensa.gob.es/

http://www.guardiacivil.es/es/institucional/historiaguacivil/index.html

http://www.defense.gov/

http://www.law.cornell.edu/

http://www.defense.gouv.fr/

http://www.army.mod.uk/#

http://www.difesa.it/Pagine/default.aspx

http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-defesa-nacional.aspx

https://dre.pt/

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Sentencia de 8 de junio de 1976, Caso *Engel y otros contra Holanda*.
- Sentencia de 1 de julio de 1997, Caso *Kalaç contra Turquía.*
- STEDH, Sección 5ª, de 2 de noviembre de 2006, asunto *Dacosta Silva c. España*.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª, de 26 de abril de 2011, Caso *Pulatli contra Turquía*.
- STEDH (Gran Sala) de 22 de marzo de 2012, Caso *Konstantin Markin contra Rusia* (Vulneración del Convenio por negación a un militar ruso del permiso de paternidad de forma discriminatoria respecto al personal femenino, estereotipos de género).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 30 de septiembre de 2003, Caso *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (TJCE 2003/294).
- STJCE, Sala sexta de 6 de julio de 2000, Asunto C-407/98, Caso *Katarina Abrahamsson y otros contra Elisabet Fogelqvist* (Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo).

Tribunal Constitucional:

- SSTC 91/1983, de 7 de noviembre y 2/1982, de 29 de enero. (Límites a los DDFF: estos no son ilimitados).
- STC 292/2000, de 30 de noviembre (Requisitos de las restricciones a los DDFF).
- STC 219/2001, de 31 de octubre. (caso "HEPERMISA", requisitos de las restricciones a los DDFF).
- STC 106/2011, de 20 de junio. (Carácter permanente de la relación especial de sujeción militar).
- STC 194/1989, de 16 de noviembre. (Ámbito de aplicación del estatuto castrense: naturaleza militar de la Guardia Civil).
- STC 73/2010, de 18 de octubre. (Régimen disciplinario de la Guardia Civil: funciones policiales y aplicación del régimen disciplinario militar).

- ATC 375/1983, de 30 de julio. (organización jerárquica militar y disciplina como bienes constitucionalmente protegidos).

- STC 371/1993, de 13 de diciembre. (Singularidad del sistema punitivo castrense, principios de unidad y disciplina).

- STC 21/1981, de 15 de junio. (Fundamento y especialidades del régimen disciplinario militar).

- STC 102/2001, de 23 de abril. (Disciplina y derecho de defensa).

- STC 141/1998, de 29 de junio. (Reservas a un tratado internacional).

- STC 151/1997, de 29 de septiembre (Caso del capitán de artillería expulsado con base en acuerdo de tribunal de honor).

- ATC 446/1984, de 11 de julio (Inadmisión de amparo solicitado por militares condenados por "actos deshonestos con individuos del mismo sexo").

- STC 41/2006, de 13 de febrero (Proscripción expresa de la discriminación por razón de orientación sexual).

- SSTC 31/1985, de 5 de marzo; 98/1986, de 10 de julio; 61/1995, de 29 de marzo (FJ 4) y 24/1999, de 8 de mayo (restricción y privación de libertad).

- STC 56/1997, de 17 de marzo (Prisión atenuada de la Ley procesal militar).

- STC 270/1994, de 17 de octubre (Principios de legalidad y tipicidad, proscripción del derecho penal de autor).

- SSTC 107/1988, de 8 de junio y 51/1989, de 22 de febrero (El honor militar: los titulares del derecho fundamental al honor son los individuos y no los poderes públicos).

- STC 189/2004, de 2 de noviembre (Consideración como domicilio de la habitación de una residencia militar: protección constitucional del art. 18.2 CE).

- STC 24/1982, de 13 mayo (Constitucionalidad de la asistencia religiosa a las FAS mediante los cuerpos eclesiásticos de los ejércitos).

- STC 177/1996, de 11 de noviembre. (Caso de la negativa a rendir honores a la Virgen de los Desamparados).

- STC 34/2011, de 28 marzo (Impugnación de los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla que contemplan como Patrona a la Inmaculada Concepción).

- STC 48/2003, de 12 de marzo (caso de la Ley orgánica de Partidos Políticos, derechos de asociación, legalidad penal, libertades ideológica, de expresión e información, democracia militante).

- STC 216/1991, de 14 de noviembre (Acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas).

- STC 236/1994, de 20 de julio (Diferencias entre cuerpos y escalas militares).

- STC 97/1985, de 29 de julio. (Especialidad del sistema punitivo y judicial castrense, acceso a la justicia militar, relación jerárquica de subordinación).

- AATC 460/1983, de 13 de octubre; 473/1983, de 19 de octubre y 569/1983, de 23 de noviembre (Inadmiten a trámite las demandas de amparo de los condenados en la "causa del 23-F" contra el nombramiento por el Gobierno de juez especial en la instrucción de la misma).

- SSTC 75/1982, de 13 de diciembre; 60/1991, de 14 de marzo y 113/1995, de 6 de julio (Ámbito competencial de la jurisdicción militar: lo estrictamente castrense).

- STC 204/1994, de 11 de julio (La jurisdicción militar y los principios constitucionales).

- ATC 121/1984, de 29 de febrero y STC 97/1985, de 29 de julio (Acceso a la justicia militar, relación jerárquica de subordinación).

- STC 115/2001, de 10 de mayo. (Otorgamiento de amparo y planteamiento de autocuestión de inconstitucionalidad en relación a los preceptos de las leyes procesales militares que vedaban la acusación particular entre militares si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación).

- STC 179/2004, de 21 de octubre. (Inconstitucionalidad de los preceptos de las leyes procesales militares que vedaban la acusación particular entre militares si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, valor de la disciplina militar).

- STC 64/1999, de 26 de abril (La acción popular ante la jurisdicción militar).

- STC 202/2002, de 28 de octubre. (Tutela judicial en caso de sanciones disciplinarias por falta leve).

- STC 177/2011, de 8 de noviembre (Declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones procesales militares que impedían el recurso contencioso-disciplinario ordinario respecto a las sanciones por faltas disciplinarias militares leves).

- STC 24/1999, de 8 de marzo (El derecho a la impugnación judicial de las medidas cautelares disciplinarias).

- SSTC 14/1999, de 22 de febrero y 74/2004, de 22 de abril (Aplicación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento disciplinario militar).

- ATC 7/2012, de 13 de enero (Inadmite el recurso de amparo contra el acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del estado de alarma).

Tribunal Supremo:

- STS (Sala 5ª) de 1 de octubre de 1990, recurso nº 2/5/90.
- STS (Sala 5ª) de 23 de marzo de 2005, recurso nº 201/74/04 (disciplina, neutralidad política).
- SSTS (Sala 5ª) de 17 de junio de 2010, recurso de casación penal nº 101/50/2009; 13 de julio de 2005, recurso de casación penal nº 101/43/2004; 23 de enero, recurso nº 1/33/00 y 13 de septiembre de 2001, recurso 1/8/2001 y de 13 de enero de 2000, recurso de casación penal nº 1/74/99 (permanencia de la relación militar).
- SSTS (Sala 5ª) de 20 de abril de 2009, 6 de mayo de 2009, 8 de mayo de 2009, 27 de mayo de 2009, 16 de junio de 2009, 30 de julio de 2009 y 5 de mayo de 2010 y Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009 y 23 de junio de 2009. (Aplicación del Código Penal Militar a la Guardia Civil).
- SSTS (Sala 5ª) de 31 de marzo de 2004, recurso contencioso-disciplinario nº 201/52/2003) y de 17 de octubre de 2006, recurso contencioso-disciplinario 201/31/2006 (Legalidad y legitimidad de la orden, obediencia debida).
- STS (Sala 3ª), Sección 5ª, de 17 de marzo de 2009, nº recurso 9576/2004 (Principios de reserva de ley y de jerarquía normativa, derechos de los internos en la relación especial de sujeción penitenciaria).
- STS (Sala 5ª) de 15 de julio de 2004 (exigencia de determinada apariencia física de los militares).
- STS (Sala 5ª), de 6 de octubre de 1989, Recurso contencioso-disciplinario 2/11/1988. (Honor militar, plus de moralidad y ejemplaridad de los militares).
- SSTS (Sala 5ª), de 5 de marzo de 1986, Ponente: Tejada González, y de 21 de septiembre de 1988, Ponente: Jiménez Villarejo. (Reproche de las conductas homosexuales en las FAS).
- STS (Sala 5ª), de 3 de noviembre de 2008, recurso 3/2008 (Caso *STANAG*, dignidad humana, integridad física y moral).
- STS (Sala 5ª), de 10 de octubre de 1995, recurso núm. 41/1994 (Restricción y privación de libertad).
- STS (Sala 5ª), de 22 de junio de 2004 (Principio *non bis in idem*).
- STS (Sala 5ª), de 20 de diciembre de 2009, recurso nº101-7/2009 (Inaplicabilidad del tipo penal militar de abandono de residencia).

- SSTS (Sala 5ª), de 28 de septiembre de 2011, recurso nº 101/46/2011; 19 de febrero de 2001 (Recurso nº 98/2000) y 4 de marzo de 2012, recurso nº 90/2010. (Libertades de circulación y residencia, disponibilidad permanente del militar, deberes de localización y presencia).

- STS (Sala 2ª), de 18 de octubre de 2006 (Consideración como domicilio de los camarotes individuales de los buques).

- SSTS (Sala 2ª), de 26 de enero de 1995 y de 9 de junio de 2000 (Registro de taquillas de los soldados de reemplazo en el acuartelamiento).

- STS (Sala 3ª), de 12 de junio de 2012, recurso nº 312/2010 (Participación institucional de militares en celebraciones de carácter religioso, impugnación del Reglamento de honores militares).

- STS (Sala 5ª) de 19 de enero de 2009, recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 201/15/2008 (límites a la libertad de expresión de los militares).

- SSTS (Sala 5ª), de 29 de octubre de 2004 y de 18 de noviembre de 2010 (aplicación de la nueva LO 11/2007 de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, libertad de expresión de representante de asociación).

- STS (Sala 5ª) de 20 de diciembre de 2005, recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 201/76/2005 (caso "opiniones vertidas en Foro de internet").

- STS (Sala 5ª) de 23 de marzo de 2005, recurso nº 201/74/04 (caso "pegatinas de *no a la guerra*").

- SSTS (Sala 5ª) de 13 de septiembre de 2010, de 14 de septiembre de 2009 y 11 de octubre de 1990. (peticiones realizadas a través de los medios de comunicación social).

- STS (Sala 5ª) de 17 de julio de 2006, Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 204/26/2006 (caso del discurso del Teniente General de la Fuerza terrestre, límites a la libertad de expresión de los militares, garantía del procedimiento disciplinario por falta leve).

- STS (Sala 5ª), de 3 de octubre de 2011, recurso 30/2011 (Sanción de baja de alumno de la Guardia Civil a raíz de comentarios displicentes hacia el acto de jura de bandera y cuestionamiento de la Bandera y la Patria).

- STS (Sala 3ª), de 11 de febrero de 2009, recurso nº 905/2008 (caso relativo a la asignatura "Educación para la Ciudadanía", libertad ideológica, proscripción del adoctrinamiento).

- STS (Sala 3ª, sección 7ª), de 30 de junio de 1997. (caso "HEPERMISA").

- STS (Sala 3ª, sección 7ª), de 16 de mayo de 2012, recurso núm. 3158/2011 (Límites de edad convocatorias de acceso a los Cuerpos Nacional de Policía y Guardia Civil).

- STS (Sala 3ª), de 4 de febrero de 2003, recurso de casación en interés de ley nº 3438/2001 (Diferencias entre cuerpos comunes de las FAS y específicos de los ejércitos).

- STS (Sala 5ª) de 9 de mayo de 2011 (finalidad del conducto reglamentario, flexibilidad en la exigencia del mismo).

- STS (Sala 2ª), de 22 de abril de 1983, recurso 441/1982 (resuelve los recursos de casación contra la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, en el "caso 23-F", de 3 de junio de 1982).

- STS (Sala 3ª, sección 1ª), de 2 de abril de 1993 (Estatuto de los integrantes de la jurisdicción militar).

- STS (Sala 5ª), de 16 de septiembre de 2009, recurso nº 75/2008 (Aplicación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento disciplinario militar).

- STS (Sala 5ª), de 5 de diciembre de 2012, recurso nº 76/2012 (Omisión del trámite de audiencia en los procedimientos disciplinarios por falta leve: sanciones de plano, indefensión).

- STS (Sala 5ª), de 24 de junio de 1991, recurso nº 1/17/1991 y STS (Sala 3ª), de 7 de marzo de 2005, sección 7ª, recurso de casación en interés de la Ley nº 81/2003 (La necesaria actualización de las normas referidas al tiempo de guerra; el conflicto armado).

- ATS 857/2011 (Sala 3ª), de 10 de febrero de 2011, recurso nº 553/2011 (Inadmisión del recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo).

Audiencia Nacional:

- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 25 de enero de 2012, recurso 3/2011 (solicitud de reconocimiento de derecho de afiliación a partidos políticos y sindicatos de militar en situación de reserva).

- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 9 de julio de 1998, recurso nº 932/1995 (rehabilitación del empleo militar perdido por miembro del Cuerpo jurídico militar que había perdido de modo irreversible su carrera como consecuencia del ejercicio del derecho de sufragio pasivo).

Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 26 de mayo de 1999, nº de recurso 366/1997 (aspecto físico de los miembros de la Guardia Civil).

- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 11 de abril de 2008, recurso nº 600/2008 (Denegación de autorización a agente de la Guardia Civil para llevar el cabello en idénticas condiciones que el personal femenino del cuerpo).

- STSJ de Castilla y León 535/2007, Sala de lo contencioso-administrativo (sección 1ª), de 20 marzo (Alojamientos logísticos de los acuartelamientos: normas de régimen interior y acceso a los mismos por los superiores, pretendido carácter domiciliario, incidencia de la relación especial de sujeción militar).

- SSTSJ de Galicia núm. 638/2007, de 20 junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª; y de la Comunidad Valenciana nº 71/2006, de 23 enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (Denegación del acceso de los interesados a los informes personales de calificación).

- STSJ de Madrid 848/2008, de 5 mayo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (Estima derecho de acceso a los informes personales).

- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 16 de septiembre de 2010, recursos 636 y acumulado 649/2010 en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (revocación de la prohibición de la manifestación convocada por asociaciones de la Guardia Civil).

- SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de junio, Sección 6ª, Rec. nº 618/2007; 1 de abril, Sección 6ª, Rec. nº 1773/07 y 3 de marzo de 2011, Sección 7ª, Rec. nº 3368/2008; 18 de julio de 2010, Sección 7ª, Rec. nº 1525/2005 y 7 junio de 2007, Sección 9ª, Rec. nº 639/2006. (Límites de edad sobre acceso a la función policial).

- STSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8ª, de 13 de abril de 2012, recurso nº 264/2011 (Diferencias entre cuerpos comunes de las FAS y específicos de los ejércitos).

Tribunales Militares:

- Sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto de A Coruña 43/2000, de 4 de mayo de 2000, recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nº 119/1999.

- Sentencia del Tribunal Militar Central de 12 de marzo de 1997, Recurso contencioso-disciplinario 109/1995. (Caso de la negativa a rendir honores a la Virgen de los Desamparados).

- Sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero de 9 de junio de 2010, Recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario nº 17/09. (Sanciones de plano, derecho de defensa).