

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

“La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas”, Revista de Derecho Político de la UNED, nº 50 (2001), páginas 119-187.

LA PLENA SUJECIÓN DEL DERECHO MILITAR A LA CONSTITUCIÓN Y LA SUPERACIÓN DE CLÁSICOS DUALISMOS SOBRE LAS FUERZAS ARMADAS. (UN EJEMPLO DEL ALCANCE DEL INSTITUCIONALISMO JURÍDICO EN NUESTROS DÍAS)

Lorenzo Cotino Hueso
Universitat de València

I. El Derecho y las necesidades de la defensa. Las pretensiones del presente estudio

1º El necesario punto de partida: las necesidades de la defensa y las dificultades de fondo que se dan en la materia jurídico militar

Cuando se trata del "sacrosanto" principio de conservación del Estado la realidad parece primar sobre el Derecho¹. La institución

¹ Expresión contenida en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996. Este autor, en las págs. 32-33 afirma que "la necesidad está ligada al instituto natural de autoconservación inherente a todo organismo vivo, y, por tanto, también al Estado. Así, desde tiempos inmemoriales, el Estado ha

militar, en tanto es la primordial encargada de la defensa del Estado, sólo parece haber quedado sometida históricamente a la razón de las armas, y no a las armas de la razón jurídica². En el fondo de toda la cuestión jurídica alrededor de las Fuerzas Armadas subyace lo que afirmó el Diputado Solana Maradiaga: "La realidad es que estamos ante un hecho, y en los temas de la guerra, en los temas de la defensa, los hechos priman sobre cualquier otro planteamiento"³. A comienzos de siglo, Salcedo afirmaba que el principio del Derecho Público del que derivaban todas las normas jurídico-militares era "la necesidad de emplear la fuerza del Estado, convenientemente organizada, del modo más eficaz socialmente para defender [...] el Estado"⁴; así, el Ejército se concebía como una institución del Estado regida por normas que obedecen a un principio de necesidad superior a las leyes mismas.

El Derecho ha intentado encauzar jurídicamente las necesidades de la defensa, tarea en modo alguno sencilla. Especialmente incómoda resulta la *acomodación jurídica de la institución militar*

intentado asegurar su supervivencia a través de distintos mecanismos que, aunque de naturaleza meramente fáctica en sus orígenes, estaban plenamente justificados por *aquel sacrosanto principio de autoconservación*. "Y prosigue el autor, "El Derecho no podría ser, en modo alguno, ajeno a esta realidad y, por ello, ha intentado, progresivamente, establecer un marco normativo dirigido a encauzar jurídicamente aquellas actuaciones extraordinarias "de necesidad" de carácter fáctico. Ese marco jurídico tenía el doble objetivo de habilitar, a la vez que limitar, la actuación de los diferentes poderes públicos. "

² Afortunada expresión contenida en BLANQUER, David V., *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 26, perteneciente al prólogo de esta obra.

³ Así, el diputado socialista Javier SOLANA MARADIAGA en su intervención en defensa del artículo octavo del dictamen de la Comisión constitucional ante el Pleno del Congreso, cfr. CORTES GENERALES. *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, (4 vols.) Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 1970.

⁴ Cfr. SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1913, cita de las págs. 31-32.

*cuando se trata del Estado constitucional*⁵. Y esta singular dificultad deriva del hecho de que los principios y reglas propios a la naturaleza y funciones de los Ejércitos y las normas que en ellos rigen (eficacia, disciplina, jerarquía, neutralidad política, etc.) no siempre se avienen bien con los principios propios del Estado democrático de Derecho y los derechos fundamentales en él reconocidos. Ahora bien, ello no implica, en modo alguno, que los Ejércitos sean incompatibles con el Estado constitucional, cuando son, ni más ni menos, los encargados de la defensa última de éste (art. 8. 1º CE). Lo que se precisa es armonizar los derechos y libertades, sin los cuales no hay Constitución con la disciplina militar, sin la cual no hay Ejército que pueda defender al Estado constitucional. Sin embargo, no resulta sencillo elaborar una construcción jurídica que armonice y optimice estos *dos pies* (disciplina-derechos) en los que, como algún autor advirtió, todo este tema se mueve⁶.

2º Los propósitos del presente estudio

Pretender averiguar qué se encierra tras las puertas de unos cuarteles es ya un importante esfuerzo para quien pretende abordar científicamente la institución militar. Más lo es, como advirtió

⁵ Al respecto del mismo, puede verse, entre otros, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993. Sobre la difusión de la expresión puede seguirse, PÉREZ LUÑO, Antonio E. "Estado constitucional y derechos de la tercera generación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XIV, 1997, págs. 545-570.

⁶ FERNÁNDEZ FLORES, José L., "Los fundamentos el orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho", en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 263-274, en la pág. 266, este autor afirma: "me siento en la necesidad de hacer la prevención de que, todo mi tema, se mueve sobre dos pies: por un lado, la presencia del Derecho tal y como lo entiende la vigente legalidad española; por otro, las necesidades de la Institución militar, tal y como se ha entendido siempre y como hay que entenderla ahora, a la vista de nuestro tiempo y de nuestra situación. Prescindir del Derecho y de sus condicionamientos o prescindir de lo militar y sus exigencias, es andar a la pata coja, es contribuir a un orden jurídico militar ausente de la realidad, inservible para sus fines. "

Mancini, introducir en ellos la Constitución⁷, es decir, determinar cómo y en qué medida debe proyectarse la norma suprema en el mundo castrense. Diversos autores han reparado en esta dificultad y en la necesidad e importancia de esta tarea.

García Herrera afirmó con acierto que:

"Elaborar un marco teórico que proyecte en el seno del Ejército los principios institucionales democráticos, constituye un reto que no debe soslayarse. La urgencia de la reflexión deriva no sólo de la coherencia democrática, que persigue que el conjunto social se inspire y regule en conformidad con determinados valores y pautas de funcionamiento, sino también de la relevancia del papel que corresponde a los militares y de la ignorancia generalizada que existe de ellos."⁸

En esta línea se han efectuado notables esfuerzos⁹, y en ella se inscribe el presente estudio.

Intentar afirmar la normatividad constitucional tras dos décadas de vigencia de la ley de leyes puede parecer, ciertamente, un afán inútil o, cuanto menos, anacrónico. Sin embargo, no lo es tanto, si se

⁷ MANCINI, Federico, "Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia", en *Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, págs. 286 y ss. Tal y como se afirma en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, en su introducción (págs. 23-28), en concreto en la pág. 24, esta frase de "llevar la Constitución a los cuarteles", surge de cierta izquierda italiana, y si bien no queda exenta de demagogia, encierra una ardua tarea jurídica.

⁸ Cfr. GARCÍA HERRERA, Miguel A. "Estado democrático y libertad de expresión" (segunda parte), en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, nº 65, primavera 1983, págs. 186-197, cita de la pág. 187.

⁹ Éstos pueden advertirse en la bibliografía que aquí se incluye. Particularmente, creo que pueden ser destacadas dos obras publicadas más recientemente; de un lado, la ya citada *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, en la que constan diversos trabajos sobre la materia que han ido realizando los miembros del grupo que dirige el catedrático de Salamanca; de otro lado, especial referencia merece el trabajo de BLANQUER, David V., *Ciudadano y soldado...* cit. A mi juicio, David Blanquer ha sido quien ha realizado el más serio esfuerzo hasta la fecha a fin de acomodar el Derecho militar al ordenamiento constitucional. No obstante, su extraordinario trabajo, presente en esta reflexión, se centra en el ámbito algo más concreto del estatuto de derechos y libertades del militar.

trata del alcance de la normatividad constitucional en el ámbito castrense¹⁰. Esto es así, de un lado, porque siguiendo algunos posicionamientos doctrinales parece ponerse en duda la normatividad constitucional para este ámbito, cuanto menos en su plenitud. De otro lado, quien suscribe parte del convencimiento de que los dualismos que se dan a la hora de percibir el fenómeno militar (como se verá, tanto desde la perspectiva jurídica como sociológica) quedarían superados si se partiese de un enfoque propiamente constitucional, distanciado en lo posible de polarizaciones maniqueas de la realidad militar. *La aspiración última del presente estudio es, pues, asentar las bases que impliquen la necesidad de partir del marco constitucional a la hora de abordar lo militar.*

Las reflexiones que se contienen a continuación en absoluto implican un estudio meramente técnico o formal, exento de compromiso. Al menos, la posición de su autor es clara: asentar la normatividad constitucional sobre el ámbito castrense despeja el camino para acabar de adecuar a la institución militar española en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1. 1º CE). El esfuerzo intelectual de adaptar a los Ejércitos en la normalidad constitucional no es, ni más ni menos, que un paso más (si bien, decisivo) en favor

¹⁰ Una reciente visión retrospectiva de la evolución de las FAS y el Derecho militar desde la aprobación de nuestra ley de leyes puede verse en FAURA MARTÍN, José, "Las Fuerzas Armadas", en *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados – CEC, 1998, págs. 237-264, así como en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "La Administración Militar a lo largo de veinte años de vigencia de la Constitución", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, 1999, págs.595-607 y, en la misma obra colectiva, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, "Administración militar, Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad en la Constitución española de 1978", págs. 609-626. En dichos estudios se recoge, con carácter general, una visión positiva de tal desarrollo constitucional, con la cual no se puede menos que coincidir; nuestra ley de leyes supuso el punto de partida, mas los logros en la constitucionalización del ámbito castrense no pueden equipararse, a mi juicio, a los registrados en otras parcelas, dada la lentitud y retraso en su andadura. Cabe advertir, no obstante, que en la actualidad se registran variaciones legislativas: la aprobación de la nueva Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuyas innovaciones bien pueden enterarse como técnicas; mayor importancia, aunque tampoco cuente con trascendentales cambios de fondo desde la perspectiva constitucional, tiene la reciente Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Militar Profesional.

de la plena convergencia del estamento militar con la sociedad a la que sirven. Y es, precisamente, un verdadero reto ante el actual proceso de profesionalización que vive nuestro país¹¹. Sólo quien admira tanto a las Fuerzas Armadas como a la democracia y a la libertad dedica su esfuerzo a su armonización y optimización. Sólo puede creer que esta tarea no es necesaria quien ignora que la democracia es por esencia perfectible.

II. Los dualismos en la percepción del fenómeno militar

Quien se aproxima a la literatura científica relativa a las Fuerzas Armadas (en adelante, "FAS") no puede dejar de percibir la presencia de dualismos. Tanto en la Sociología militar como en la literatura jurídico-constitucional se perciben dos tendencias, dos percepciones de un mismo fenómeno, el castrense. Una y otra dualidad de perspectivas sociológica y jurídica, como se verá, están claramente vinculadas.

¹¹ En esta línea, puede verse mi trabajo COTINO HUESO, Lorenzo, "El reto de la profesionalización total de la Administración militar", comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312. HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 43, 1998, págs. 11-27, profundiza sobre la inquietud de aquel estudio, respecto del truncamiento del nexo Fuerzas Armadas-sociedad en virtud de la profesionalización militar. Una visión muy crítica del actual proceso, puede seguirse en GARCÍA DE LA CRUZ, Juan J. "La sudoprofesionalización de la tropa", en *Claves de la razón práctica*, nº 82, mayo de 1998, págs.59-65.

¹²Cfr. FERNANDO PABLO, Marcos M., "Ejército, policía y libertad sindical", en *Revista de Política Social* nº 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 402-450, cita de la pág. 417

1º El dualismo en la concepción jurídica de las Fuerzas Armadas

A) La existencia de un prolífero y atípico debate doctrinal en España

Desde la aprobación de la Constitución española se ha suscitado un prolífero debate doctrinal en relación con la concepción jurídica de las FAS. Es bien posible que a ello haya contribuido la "anomalía (o más bien patología constituyente en todo lo referente a temas del ordenamiento constitucional militar)"¹². En esta controversia se han dado, básicamente, dos posiciones: la institucionalista¹³ y la administrativista¹⁴; en todo caso, no han

¹³ Así, encontramos la aceptación de la consideración institucional con diversidad de matices en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Revista Española de Derecho Militar*, año 1993, enero-junio, págs. 13-71, págs. 36 y ss.; SERRANO ALBERCA, José Manuel, "Comentario al artículo octavo", en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, (2ª ed. ampliada), Civitas, Madrid, 1985, págs. 123-143., págs. 124 y 129 y ss.; TRILLO-FIGUEROA, "Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)", *REP*, nº 12, noviembre-diciembre de 1983, págs. 105- 140, *in toto*; LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", *RAP*, números 100-102, enero-diciembre de 1983, págs. 949- 971, *in toto*; LAFUENTE BALLE, José María, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, EDERSA, Madrid, 1987, págs. 344 y ss.; ELORRIAGA, Gabriel, "El artículo 8º de la Constitución y la institución nacional de las Fuerzas Armadas", en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2547-2559, *in toto*, (concretamente este autor afirma que las FAS son una "institución de la Administración"). En esta misma obra, MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, José L. en "Fuerzas Armadas y administración pública", págs. 2701 a 2725, *in toto*. Por último, se inclinan por esta postura *institucionalista* tanto CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Militar (REDM)* nº 36, julio diciembre de 1978, págs. 7-41, concretamente en las págs. 9 y 25 y ss., donde considera a las FAS como una "administración institucional" del Estado, como RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José L., en "La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (Ley de la función militar", en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, julio - diciembre de 1989, págs. 167-205, en concreto véanse las págs. 167 a 173.

¹⁴ La naturaleza administrativa de las FAS es mantenida por diversos autores. Así, GUAITA MARTORELL, Aurelio, "Los derechos fundamentales de los militares", en AA. VV *Jornadas de Estudio...* cit. Tomo IV, págs. 2563-2583, también en, *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 577-589, ver concretamente págs. 578-579. Ya en 1952 este autor defendía la naturaleza administrativa de las FAS, cfr. "La Administración militar", en *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, págs. 105-122.

"La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 50 (2001)

faltado terceras vías en tal polémica¹⁵, así como posiciones en cierto modo integradoras¹⁶.

BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal", *Revista de Administración Pública*, 110, mayo-agosto de 1986, págs. 55 - 105 *in toto*; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las FAS*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987 *in toto*; BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 61-71; por último, véase BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 215-218 y 233-236.

¹⁵ DOMÍNGUEZ-BERRUETA, Miguel, y otros, en "La organización administrativa de la defensa (la reforma de la organización central de la defensa en España)", en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit., págs. 2907- 2951, y del mismo autor, también en esta obra, "El control jurídico-constitucional de la transición militar", en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit., págs. 2955- 3006 y NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, con estudio Preliminar de Ramón Parada Vázquez, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 37 a 46. La postura mantenida por dichos autores, como veremos, puede considerarse, no obstante, dentro de una preponderancia de las coordenadas administrativistas.

De otra parte, recientemente, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización... cit., págs. 11-27 ha dedicado algún espacio a esta vieja discusión, aportando alguna luz nueva. Herrero, en las págs. 26 y 27, señala que prefiere recurrir a la categoría de "orden concreto que Schmitt formulara para superar la disyuntiva entre normativismo y decisionismo como criterios de interpretación constitucional. Es el orden concreto, como entramado de relaciones constitutivas de un conjunto, lo que permite entender la índole de las Fuerzas Armadas y también, dicho sea de paso, de la administración civil y de sus grandes cuerpos si éstos han de conservar el espíritu diferencial que garantiza su capacidad de servicio." Bajo esta perspectiva,. Herrero defiende la oportunidad de unos valores particulares en orden de una mejor prestación del servicio que la sociedad demanda.

Cabe señalar que este autor hace referencia a la obra del alemán, recientemente traducida, SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar en la ciencia jurídica*; con estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero), *Clásicos del Pensamiento* (Tecnos), Madrid, 1996. En la misma se incluyen valiosas reflexiones en las que se advierte el peso y éxito de las consideraciones institucionalistas de Hauriou y Santi Romano.

Por su parte, actualmente, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, "Administración militar... cit. (subsecretario de Defensa) lo que subraya desde un inicio es la "naturaleza eminentemente instrumental" de las FAS. Sin atender expresamente al debate, aunque subyace claramente en sus afirmaciones, señala que "tras los veinte años de vigencia de la Constitución [...] puede afirmarse que su artículo 97 no ha sido condicionado en modo alguno por el polémico art. 8º sino que, es este último el que, a todos los efectos, se ha interpretado y desarrollado a partir de lo previsto por aquél.". Cfr. ob. cit. pág. 610.

¹⁶ Así, SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas", Conferencia inaugural presentada en las *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2361-2414, en aquel momento, tal autor ostentaba el cargo de Subsecretario de Defensa. En la actualidad, dicho autor resuelve la polémica afirmando que la naturaleza de las FAS no se deduce del artículo 8, dedicado a constitucionalizar las misiones de los ejércitos, sino del artículo 97, en el que se dispone que éstos forman parte de la

"La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", Revista de Derecho Político de la UNED, nº 50 (2001)

Debe señalarse en primera instancia que la polémica ha sido atípica¹⁷, velada¹⁸, en apariencia vacía¹⁹, a la par que posiblemente sobredimensionada²⁰.

Administración, así en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "La Administración Militar a lo largo de veinte años... cit. págs. 597-598.

¹⁷ Tal debate doctrinal no deja de resultar extraño a quien se interesa por la materia militar; la polémica en sí guarda unos caracteres que permiten calificarlo, cuanto menos, como atípico. Y es que pese a lo prolífero de la contienda intelectual, algunos de entre quienes se han posicionado han puesto en duda su centralidad y proyección jurídicas, si bien, ello no les ha impedido decantarse por una u otra posición. No resulta sencillo comprender cómo, una cuestión que se juzga como estéril jurídicamente, ha suscitado tan prolífera polémica. La propia existencia del debate impele a considerar que algo subyace tras él.

Así, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*cit. págs. 368-369, afirma que: "sostener en la actualidad que las Fuerzas Armadas son una institución no constituye una operación interesante bajo una óptica jurídica. No hay consecuencias, el concepto no sirve para identificar un determinado régimen jurídico." En este sentido, cabe recordar que López Ramón dedica para ello toda su ejemplar obra. Ciertamente, la irrelevancia jurídica de la cuestión es, propiamente, una de las conclusiones de su posicionamiento en tal debate. Tal es así, que afirmar la esterilidad o inocuidad del mismo conlleva la aceptación de no pocas premisas, la cuales tienen una ineludible proyección jurídica.

¹⁸ Debe advertirse la falta de acierto de gran parte de los trabajos relativos a este dualismo jurídico institucionalistas-administrativistas. Y es que la mayoría de estos estudios no han manifestado con claridad las importantes consecuencias que se pueden derivar del acogimiento de un postulado institucionalista o uno administrativista.

¹⁹ BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. págs. 66-67, afirma que "Esta polémica doctrinal administración *versus* institución [...] presenta una doble quiebra que la convierte a la postre en realmente intrascendente a la hora de fijar la posición de las Fuerzas Armadas en nuestro sistema constitucional. [...] La polémica es no sólo confusa desde el punto de vista teórico [...] sino, además, casi irrelevante desde el punto de vista práctico, es decir, el de la concreta interpretación constitucional."

Más recientemente, en la línea de lo mantenido en su trabajo antes citado se ha pronunciado por la irrelevancia jurídica de la cuestión RODRÍGUEZ VILLASANTE, José L. en los también citados encuentros celebrados en el marco de los Cursos de Verano de El Escorial, organizados por la Universidad Complutense de Madrid los días 28-29 de agosto de 1997; concretamente en su participación con título "Los derechos fundamentales del militar y la profesionalización de las FAS"; las actas de dichos encuentros todavía no han sido publicadas.

Por último, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización... cit. pág. 26 ha señalado que esta polémica "puede resultar estéril si de ella no se deducen consecuencias prácticas".

Por el contrario, como recientemente ha apuntado SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "La Administración Militar a lo largo de veinte años... cit. pág. 597, "No es éste, como pudiera parecer, un problema meramente académico"

²⁰ La falta de claridad en la percepción de la importancia del debate ha supuesto que, en ocasiones, la propia polémica se *haya alimentado a sí misma*. Así, la doctrina ha

Además, esta polaridad teórica institucionalistas / administrativistas ha adquirido en España connotaciones políticas, en tanto que se ha relacionado con la recepción constitucional del clásico principio de supremacía civil²¹. Lo que parece haberse debatido básicamente a través de las posiciones administrativa o institucional, es la posibilidad de que el poder militar haya sido, en alguna medida constitucionalizado²².

dedicado notables esfuerzos en categorizar a las FAS como institución, administración, poder público, fuerza ejecutiva pública, etc. Sin embargo, llegado el punto de deducir unas consecuencias de las diversas categorizaciones, existen sorprendentes silencios

Trillo, por ejemplo, simplemente concluye toda su exposición significando que de lo único que se trataba era de afirmar tal carácter y de negar que las FAS sean Administración. Cfr. TRILLO-FIGUEROA, "Las Fuerzas Armadas en la Constitución española... cit. pág. 150.

²¹ Agüero define la supremacía civil como "capacidad de un gobierno civil democráticamente elegido para llevar a cabo una política general sin intromisión por parte de los militares, de definir las metas y la organización general de la defensa nacional, formular y llevar a cabo una política de defensa y supervisar la aplicación de la política general". Cfr. AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 48.

Al respecto del poder militar y la supremacía civil, por todos BLONDEL, Jean, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, (Trad. por Fernando Calleja), Revista de Occidente, Madrid, 1972, págs. 469-490, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983 págs. 693 y ss., del mismo autor, "El Estado Militar", en PALOMINO, José F. y BIDART, Germán J. (Coords.) *La jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica, Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/Grijley, Lima, 1997, págs. 233 a 252. En España, entre otros, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit. y BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Alianza Universidad, Madrid, 1983.

²² Los postulados institucionalistas pueden dar pie a sostener interpretaciones del texto constitucional regresivas respecto de este principio de supremacía civil. Así lo advierte expresamente BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar... cit. pág. 77 quien pone de manifiesto cómo la vía interpretativa institucionalista "llevada hasta sus últimas consecuencias pudiera arribar, incluso, a resultados contradictorios con la proclama de subordinación absoluta y sin grietas de lo militar al poder civil".

Una construcción institucionalista conllevaría interpretar que las FAS (reguladas en el Título Preliminar) son una institución y, por tanto, no son la "Administración militar" que el artículo 97 somete claramente a la dirección del Gobierno; en razón de ello, el mando supremo de las FAS que preceptúa el artículo 62. h) CE cobraría una virtualidad material y no meramente simbólica o formal. Mediante esta lectura institucionalista se fomentarían, pues, las teorías del poder de mando militar que tuvieron especial vigencia en el siglo

En el presente estudio el dualismo de las FAS como institución o Administración no se atiende desde tal perspectiva política. De una parte, por que se ha tenido ocasión de abordar este punto de vista en otros trabajos²³. De otra parte, porque se sobreentiende que es la propia Constitución la que reconoce la supremacía civil y la subordinación militar²⁴. Por ello, *la "supremacía civil" sobre el poder*

pasado. Así, quedaría legitimado constitucionalmente un dualismo entre el poder civil y el poder militar.

Por contra, desde un posicionamiento administrativista, el artículo 97 adquiriría plena e incuestionable virtualidad. Así, las FAS, como integrantes de la "Administración militar" del Estado, quedarían expresamente sometidas a la dirección del Gobierno. En consecuencia, tanto en éste como en diversos preceptos del texto constitucional habrían quedado recogidos el corolario de efectos que tradicionalmente se incluyen dentro del más genérico principio de la supremacía civil democrática.

²³ Al respecto puede verse mi estudio, COTINO HUESO, Lorenzo, "El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional. ", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 17, perteneciente a otoño de 1996, publicado en septiembre de 1997, págs. 89-136. Hay que advertir, por cuanto al objeto del presente trabajo, no obstante, que en aquél artículo se seguían posiciones más próximas a los administrativistas, que ahora, con una mayor maduración y profundidad se modulan y compatibilizan con un adecuado entendimiento del institucionalismo jurídico.

²⁴ No resulta difícil constatar la recepción jurídico-constitucional del principio de supremacía del poder civil respecto del militar y no cabe duda que la Constitución española de 1978 cubre sobradamente las exigencias convenidas por la doctrina. Para ello, en primer lugar, hay que dejar de lado vacías disquisiciones sobre la ubicación del art. 8 CE (que recoge la regulación básica de las FAS) en el Título Preliminar, pues la significación jurídica de dicha ubicación (simbolismos al margen) no es otra que la de someterse a un régimen de reforma constitucional rígido (art. 168. 1º CE).

Para apreciar la recepción del principio de supremacía civil y sus derivaciones basta constatar las concreciones de este principio en nuestra norma suprema. Para ello, se puede seguir una combinación los parámetros que establecen DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, cit., en las págs. 296-301 (y en la obra antes citada) y LÓPEZ RAMÓN, Fernando "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III., págs. 2547-2596. Así, se constata la supremacía civil en la Constitución española, pues están reconocidos y salvaguardados los siguientes parámetros:

1º Principio de legitimidad democrática del poder (art. 1. 2º CE)

2º Principio de neutralidad política de las FAS (arts. 28 y 29, y 70. 1 E) CE.)

3º El poder político (civil) escoge los principios reguladores de la Constitución militar (art. 8. 2º CE, remitiendo a los "principios constitucionales" para la regulación de las bases de la organización militar.)

4º La intervención de las FAS debe darse únicamente a petición del poder político y, en su caso, la propia norma fundamental recoge las misiones que competen a la institución armada (arts. 8. 1º, 63. 3º y 97 CE.)

"La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", Revista de Derecho Político de la UNED, nº 50 (2001)

militar se hace depender en última instancia de la "supremacía constitucional" (pues es la propia ley de leyes la que reconoce la primacía civil)²⁵.

Así pues, el presente estudio se centra en el dualismo jurídico FAS institución / Administración por cuanto su proyección respecto de la plena normatividad de la Constitución para el ámbito militar.

B) La verdadera importancia del debate: la mitigación de la fuerza normativa constitucional desde las posiciones institucionalistas

El debate central institucionalistas frente a administrativistas se basa, desde mi punto de vista, en admitir o no la existencia de un "ordenamiento jurídico militar, entendido como un sector del ordenamiento inmune o situado al margen de sus más globales valores informadores"²⁶.

5º Las constituciones reconocen un "alto mando" de las FAS al Jefe del Estado. En los ordenamientos con gobierno parlamentario tal competencia no implica atribuciones de mando militar en sentido técnico, ni atribuciones de orientación política (art. 62 h) CE); en cambio, en los sistemas presidencialistas tal alto mando sí supone facultades de orientación.

6º Carácter estatal de las FAS. Monopolio estatal absoluto de los poderes de coerción. De ahí se desprende la prohibición de las milicias de los partidos y de las milicias locales -sin perjuicio de la posibilidad de diversos modos de descentralización- (art. 22. 5º CE en relación con el 149. 1º. 4ª CE, y el 103. 1º CE.)

7º Separación orgánica entre las FAS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (arts. 8 y 104 CE.)

8º Limitación del ámbito de la jurisdicción militar -de existir ésta- al ámbito propio de lo castrense (art. 117. 5º CE.)

9º Fijación y limitación constitucional del régimen de los estados excepcionales (arts. 55. 1º y 116 CE.)

²⁵ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 88 recuerda la clara vinculación entre supremacía civil y supremacía constitucional, al señalar que "la clave para garantizar la subordinación del poder militar al civil radica en la negación de la autonomía del ordenamiento militar y la proclamación de su sometimiento al ordenamiento general". Se reitera esta idea en su conclusión número uno, pág. 747: "La afirmación de que las Fuerzas Armadas se guían por los mismos principios jurídicos que el resto de las Administraciones Públicas conduce a consolidar la sujeción de los militares a la Constitución y al Poder Civil".

²⁶ Cfr. DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "El control jurídico-constitucional..." cit., pág. 2990. Este autor ha afirmado que desde una perspectiva jurídica institucionalista:

Desde una perspectiva jurídico-institucional no se llega a afirmar que el ordenamiento militar pueda contravenir la Constitución, lo que sería de todo punto insostenible²⁷. Sin embargo, como es sabido, a la hora de determinar la eficacia de la Constitución existen gradaciones y se dan zonas de penumbra²⁸. Desde las posiciones

"el Texto fundamental se limitaría a reconocer aquélla histórica institución, con su peculiar modo de existencia, sus propios valores y "su ordenamiento jurídico peculiar"... estableciendo como únicos límites (externos) lo que el propio artículo 8-2 CE enuncia como "principios de la Constitución" [...] la vinculación constitucional sería la propia de una "vinculación negativa" respecto de sus peculiaridades jurídicas, es decir, sería posible mantener todos los rasgos propios, en tanto en cuanto no choquen de modo directo y frontal con preceptos, valores o principios constitucionales [...] Por el contrario, rechazando la connotación institucionalista, se llega mas fácilmente a la idea de "vinculación positiva" a la Constitución. "

Domínguez Berrueta es, a mi juicio, el autor español que en con mayor acierto ha captado la necesidad de afrontar el plano jurídico militar como un problema *más* de interpretación e integración del marco constitucional -ver págs. 2994 y ss.-. Tal y como aquí pretende subrayarse, a mi juicio, la cuestión no debe centrarse en la consideración de las FAS como administración o institución, sino que más bien se trata del ejercicio acertado de la ponderación de derechos, bienes y valores constitucionales y de la necesidad de que en tal actividad se tengan en cuenta una serie de pautas que *con carácter general* el mismo Tribunal ha desarrollado jurisprudencialmente.

²⁷ BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. págs. 24-25, no duda en reconocer la legitimidad de la existencia de un ordenamiento militar *al margen del civil*. Bajo este planteamiento que aquí no se comparte, lo que afirma este autor es que lo que corresponde al Estado constitucional es "reducirlo al mínimo" (cfr. pág. 24).

²⁸ Al respecto del valor normativo de la Constitución, entre otros, véase, OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, (reimpresión) Ariel, Barcelona, 1995. págs. 14 y ss., 44 y ss. y 76 y ss., AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, (3 vol.), Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid, 1979, *in toto*. BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, págs. 37 y ss., GRIMM, Dieter, "La Constitución como fuente del Derecho", en, BARATTA. A y otros, *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, Eds. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, págs. 13-27, PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 26 y ss. y *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, (4ª ed.), Madrid, 1988, págs. 29 a 48; GARCÍA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (3ª ed.) Civitas, Madrid, 1985, págs. 63-104, recientemente, de este autor, "El valor normativo de la Constitución de 1978", en *La Constitución Española de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados-CEC, Madrid, 1998, págs. 283-303 y en "El valor normativo de la Constitución española", en *Revista de Derecho Político*, nº44, 1998, págs. 31-44; o ÁLVAREZ CONDE, Enrique, "La incidencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, 1999, págs. 19-35.

institucionalistas, se sostiene de forma más o menos abierta una relativización del alcance de la normatividad constitucional para el mundo de los cuarteles²⁹. *La consideración institucional, tal y como se sigue con detenimiento, viene a suponer a modo de una "autoderogación" de la Constitución para el ámbito militar*³⁰. Por contra, bajo un soporte jurídico mayormente formalista o estructuralista, el sostenimiento del carácter Administrativo de las FAS implica una sujeción más estricta a los enunciados constitucionales³¹. Ahora bien, no resulta admisible el seguimiento

²⁹ A riesgo de excesiva simplificación, puede afirmarse que el institucionalismo jurídico da cobertura a un entendimiento del Derecho como *receptor* de la peculiaridad castrense. Al situarse el Derecho como receptor de todo aquello propiamente militar se desprendería una cierta inmutabilidad de la institución militar. Esta institución resultaría ser una realidad previa que el Derecho simplemente conforma y brinda su protección jurídica.

De este modo, podría incluso admitirse la permanencia y reconocimiento de unos principios, valores y particularidades propias de las FAS aun cuando resultasen difícilmente compatibles con los propios mandatos, principios y valores constitucionales. En consecuencia, parece cuestionarse la completa normatividad de la ley de leyes sobre la singularidad militar.

³⁰ "Derogación" en el sentido atécnico, tal y como lo emplea y califica FERNANDO PABLO, Marcos M., "Ejército, policía y libertad sindical... cit. pág. 410.

Tal posición institucionalista jurídico-militar que mitigase la fuerza normativa de la ley de leyes parece sustentarse con diverso y variado apoyo dogmático, a la vez que con diversos apoyos del tenor constitucional expreso. Unos y otros argumentos van a ser objeto de atención a lo largo del presente estudio.

³¹ A diferencia de la visión jurídico -institucional, desde los postulados administrativistas se rechazaría radicalmente la existencia de un ordenamiento jurídico separado del ordenamiento general. Sin embargo, afirmar el carácter administrativo de las FAS, puede comportar una indeseable rigidez formal, al exigir el reconocimiento expreso de toda peculiaridad del Derecho militar. Tal visión administrativista estricta exigiría justificar cualquier modulación con expresiones constitucionales -así, por ejemplo, la disciplina militar sólo tendría cabida en tanto en cuanto resulta expresamente reconocida en los arts. 28 y 29 CE.)

Este autor, conjuntamente con Domínguez Berrueta, Fernández de Gatta y Nevado Moreno, en sus diferentes trabajos, sigue un riguroso formalismo al exigir que la Constitución de forma expresa la que reconozca las peculiaridades constitucionales militares. Así, en la pág. 103 se afirma que "toda particularidad o especialidad [...] debe ser susceptible de hallar justificación y fundamentación expresa en la propia Constitución" (en la misma dirección, véase el capítulo 3 del libro o la pág. 411 del mismo. Al respecto véase afirmado en mi comentario a la obra conjunta de éstos en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 101, págs. 414-422, en concreto, pág. 418.

de la posición institucional o de la percepción administrativa de forma extrema. Una y otra perspectivas, tal y como se han reflejado, implican una polarización exagerada de cómo percibir el fenómeno jurídico militar.

A mi juicio, mediante este dualismo jurídico (institución-administración) se han canalizado dos posiciones respecto de la evolución y compatibilización de las FAS a los Estados democráticos de Derecho. *Parece haberse instrumentalizado así la dificultad que entraña la adaptación de las FAS al Estado constitucional y los diferentes grados de exigibilidad de este necesario proceso de adecuación. Así, la plena sujeción constitucional que subraya la consideración administrativa de las FAS implicaría la exigencia de una total puesta en contexto de la Administración militar con el marco jurídico político constitucional. Por contra, considerar a las FAS como institución implicaría admitir un distanciamiento castrense del contexto jurídico político general que la ley de leyes establece.*

2º El dualismo sociológico en la percepción de las Fuerzas Armadas y su interconexión con el dualismo jurídico-constitucional. De la normatividad de la ley de leyes al "modelo constitucional" de Fuerzas Armadas

En la disciplina sociológica³² se ha dado, también, una claro dualismo a la hora de concebir a las FAS. Resultan ya clásicos los

Por contra, aquí no se sostiene la necesidad expresa del reconocimiento constitucional de cada una de las especialidades militares, lo cual sería impropio de la naturaleza de una Constitución. La consideración institucional de las FAS tal y como aquí se sustenta, implica que, de un lado, no haya una negativa constitucional expresa a la especialidad militar de la que se trate (por ejemplo, que no se niegue la disciplina militar). No es menester que se reconozca expresamente la disciplina militar para que ésta sea admisible constitucionalmente.

³² Al respecto véase, entre otros, HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr., Charles, *Las fuerzas armadas y la sociedad*, con introducción de ALONSO BAQUER, Miguel, Alianza Editorial, Madrid, 1984, que contiene una reseña comentada de más de 600 títulos sobre la materia.; AA. VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985 y la bibliografía ahí contenida (págs. 326-351). En general, resultan básicas las siguientes obras: JANOWITZ, Morris, *The professional Soldier*, The Free Press, 1960, ahora en *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990; HUNTINGTON, Samuel P., *El*

modelos "institucional" y "ocupacional" de FAS, definidos por Charles Moskos³³. Con ellos el norteamericano reproducía dos corrientes esenciales en la Sociología militar en razón de la convergencia o divergencia de las FAS con la sociedad³⁴, Moskos distinguió la existencia de un modelo "institucional" y un modelo "ocupacional". En el formato llamado "institucional" o "divergente" los ejércitos quedan distanciados de la sociedad y del sistema político "civil", se da una concepción severa de los valores militares, parejo a

soldado y el Estado, (1957), Círculo Militar, Buenos Aires, 1962; BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984 y MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1991.

³³ Cfr. MOSKOS, Charles C. "La nueva organización militar: ¿institucional, ocupacional o plural?", en AA. VV, *La institución militar...* cit. págs. 140-152, véanse, especialmente, los diversos trabajos incluidos en *Lo militar: ¿más que una profesión?*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1991 en tanto en cuanto la obra gira específicamente sobre la virtualidad actual de estos parámetros de análisis.

³⁴ A riesgo de una excesiva simplificación, puede entenderse la existencia de dos corrientes esenciales en la sociología militar, en buena medida personalizadas. De un lado, autores como Huntington sostienen que la eficacia militar y su neutralidad política requieren necesariamente un aislamiento de los valores sociales; de ahí que parece adecuado distanciar al colectivo militar de la sociedad civil. Desde esta perspectiva, prima, pues, un punto de vista divergente. Al respecto, ver, HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado y el Estado...* cit.; "La mentalidad militar: el realismo conservador de la ética de los militares profesionales", en AA. VV, *La institución militar...* cit. págs. 185- 207, en la misma obra, ver, "Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles- militares en teoría", págs. 235-253.

Por contra, autores como Janowitz se acercan más a una posición convergente, al subrayar la necesidad de que la institución militar converja hacia el resto de la sociedad, aunque, sin verse abrumada por ella. Cfr. JANOWITZ, Morris, *El soldado profesional...* cit.; "Changing Patterns of Organizational Authority: The Military Establishment", en *Military Conflict*", Sage, Beverly Hills, 1975, págs. 221- 238, (ahora en "Las pautas cambiantes de la autoridad organizativa: la Institución militar", en AA. VV, *La institución militar...* cit. págs. 81-100; "The Internal Organization of Militar Institutions", en *Military Institutions an coercion in the Developing Nations*, University of Chicago, 1977, págs 107- 150, (ahora en "La organización interna de la institución militar", en AA. VV, *La institución militar...* cit. págs. 101- 139. Esta obra ya citada gira completamente en torno a estos modelos o formatos organizativos de Ejército.

Como MOSKOS, Charles C. afirma ("La nueva organización militar... cit. pág. 142.) "los tres modelos tienen en común una referencia al *continuum* que va desde una organización militar altamente diferenciada de la sociedad civil hasta un sistema militar fuertemente convergente con las estructuras civiles. "

un reconocimiento mínimo de los derechos y libertad del militar³⁵. A diferencia de este modelo institucional, se califica de "ocupacional" o "convergente" a aquel tipo de ejército más integrado en la sociedad civil funcional, social y políticamente³⁶. Asimismo, Moskos señaló la

³⁵ El formato llamado institucional vendría a suponer la concepción tradicional del Ejército y relacionada con la habitual percepción generalizada sobre el Ejército de Tierra. De sus diversos caracteres, cabe destacar como pauta genérica la estaticidad o la resistencia natural a los cambios. Resulta una nota particular la mentalidad conservadora como rol de la organización, asimismo, en la formación del militar y en la propia actuación de la institución se exacerban los históricos valores militares y la disciplina militar -no demasiado vinculada a la sumisión al poder político democrático-. En este modelo, se parte de un supuesto nexo e identificación del Ejército con la población, para lo cual el servicio militar es un instrumento necesario; sin embargo, se favorece por diversos métodos la divergencia de la población militar al respecto de la civil. Se entiende que con tal alejamiento de la sociedad se faculta el mejor cumplimiento de las funciones militares, entre las que se encuentra la guarda y custodia de unas esencias patrias, incluso al margen de la voluntad democrática. Entre estos medios alienantes destaca el sistema retributivo establecido en el modelo institucional, basado en una remuneración por debajo de los precios de mercado, si bien compensada por unas retribuciones "en especie" que vienen a suponer unos privilegios al respecto de la consecución de necesidades básicas: vivienda, alimentación, educación, servicios médicos, ocio, etc. El militar vive, compra, o se divierte con militares. De este modo, pese a la relativa austeridad de sus salarios, los militares encuentran reconocimiento por su entrega a la Patria y, lo que es más importante, se fortalece el corporativismo. Pese a cierta autonomía política de la institución así considerada, al militar individual se le somete a una muy estricta disciplina y a un régimen de derechos y libertades más que reducido. además, en este modelo institucional, el militar lo es las veinticuatro horas del día, independientemente de que esté o no de servicio.

³⁶ El formato denominado ocupacional resulta contrario al anterior; en él destaca básicamente su dinamicidad y adaptabilidad a los cambios registrados por la sociedad y por la técnica militar. Sin obviar la necesidad de la disciplina en el Ejército, para su verdadera efectividad se pretende su actualización en relación con las modernas exigencias, para lo cual, se requiere una flexibilización de la misma. Así, se dota al soldado de una mínima esfera decisoria, que al final revierte positivamente en su actividad. Al mismo tiempo, se aboga por la adopción de los adelantos organizativos civiles para muchos ámbitos de la actuación militar, actividad ésta que en virtud de la técnica se aproxima paulatinamente a la civil. Para realizar la función militar ya no resulta imprescindible una acendrada vocación o un alto honor y espíritu; al menos no tanto como lo exigido para prestar cualquier otro servicio a la Administración del Estado. Tanto en el modelo institucional como en el ocupacional, priman la funcionalidad y la eficacia, si bien, en este último, éstas se conciben conforme a las pautas impuestas por la modernidad. Es por ello por lo que no siempre se entiende como positivo el servicio militar obligatorio, por disfuncional; cuanto menos, mediante éste no se pretenden fines "institucionales", como la estructuración *nacional* de la sociedad. En este modelo, el militar es un funcionario que presta un importante servicio al Estado y a la comunidad, pero para prestarlo basta con que se le considere militar sólo durante las horas de ejercicio de su función; a la Administración no le importa su vida fuera

existencia de un tercer modelo denominado "plural", que viene a suponer la proyección heterogénea de los dos anteriores en las distintas Armas, Cuerpos o Unidades que componen las FAS³⁷.

Estos formatos sociológicos institucional / ocupacional guardan evidentes paralelismos con los posicionamientos institucionalistas / administrativistas que en lo jurídico se han dado en España³⁸. Y es que tanto uno como otro dualismos son relativos al grado de adecuación de las FAS a su contexto actual. Así, de manera semejante al dualismo jurídico, pero desde una perspectiva más amplia como corresponde a la Sociología, se da una polarización a la hora de concebir el grado de adecuación de las FAS al contexto cultural, social, político y económico del presente.

La interconexión de lo sociológico y lo jurídico deviene evidente. *El modelo sociológico ocupacional quedaría aparentemente*

del servicio más allá de lo que pueda afectar directamente al mismo. La retribución se establece conforme a los criterios de mercado o, al menos, se remunera homogéneamente con relación al resto de los funcionarios; en consecuencia, desaparecen antiguos privilegios en "especie" que, como se ha mencionado, refuerzan un excesivo corporativismo, ahora entendido como innecesario.

Para realizar mejor las funciones que el poder democrático les asigna, en este modelo no resulta necesaria la separación del colectivo militar del resto de la sociedad, con la que convergen en muchos aspectos. Aún es más, *la inserción del militar en la sociedad es una garantía objetiva para evitar que la tenencia de los medios coactivos de la fuerza pueda emplearse autónomamente, en contra la voluntad de la población -como lo fueron en su momento histórico las milicias nacionales-. Dada esta convergencia con la esfera civil, la neutralidad militar se exige de la institución, no de sus miembros individualmente considerados, a los que se les reconoce la mayoría de sus derechos políticos e incluso laborales. Por último, en este modelo ocupacional, la restricción de los derechos y libertades del militar debe ser acorde a la funcionalidad real de la Administración militar, obviándose anacronismos históricos y sociales propios del modelo institucional, que en nada coadyuvan a la verdadera eficacia de la organización.*

³⁷Este modelo *plural* no es una visión ecléctica de los formatos institucional y ocupacional, sino que se trata de parcelar los diversos sectores del estamento castrense; así, se atribuye a cada parcela los rasgos ocupacionales o institucionales según convenga a la naturaleza de la función a realizar. Resulta, precisamente éste el modelo preferido por este autor (cfr. "La nueva organización militar... cit. pág. 152.)

³⁸Dicha relación sólo es advertida expresamente en la obra de RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José L., en "La Ley 17/1989, de 19 de julio... cit. págs. 168-169, si bien subyace claramente en la obra de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. cfr. págs. 233 y ss.

emparentado con la concepción administrativa de las de las FAS. El estricto normativismo administrativista impondría la sujeción más estricta de las FAS al poder democrático, a los principios constitucionales generales y a los derechos y libertades, es decir, al contexto jurídico - político constitucional. *En el lado opuesto, en clara coincidencia terminológica, el formato sociológico institucional se avendría bien con la percepción jurídico - institucional de las FAS,* que parece excepcionar constitucionalmente la obligación de adaptarse a su contexto jurídico-político. Se trata, pues, de las dos caras de una misma moneda, apreciada desde dos disciplinas diversas: la Sociología y el Derecho. Sin embargo, no hay que fundir y confundir uno y otro planos.

Al jurista no concierne apreciar si se encuentra ante un modelo sociológico institucional u ocupacional³⁹, éste no sería un enfoque del todo acertado. Ello es así en tanto en cuanto *la Constitución establece su propio modelo de FAS.* Y es que la ley de leyes contiene reglas, principios y valores generales proyectables sobre los elementos que definen los modelos de FAS (finalidad, naturaleza de los ejércitos, concepción de la profesión militar, relaciones con la sociedad civil, posición política de los ejércitos, etc.)⁴⁰. Como

³⁹ Podría pensarse que al jurista concierne apreciar la adecuación de uno u otro modelo sociológico al sistema constitucional, es decir, apreciar en qué medida resulta admisible constitucionalmente un modelo sociológico institucional, uno ocupacional e incluso uno plural.

Un análisis desde esta perspectiva lo seguí en el citado estudio COTINO HUESO, Lorenzo, "El reto de la profesionalización... cit. BLANQUER, por su parte, se plantea la cuestión de los modelos sociológicos de Ejército afirmando que el formato institucional es el mayormente acorde con la eficacia exigida a las FAS en virtud del artículo octavo y el formato ocupacional el que respeta la optimización de los derechos y libertades. (Cfr. BLANQUER David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 234 y 235).

⁴⁰ Para apreciar un esquema bastante completo de los elementos que definen un modelo de Ejército, puede verse, FLECKENSTEIN, Bernhard, "Alemania Federal", en la obra colectiva dirigida por MOSKOS, Charles C., *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit., págs. 232-253, en concreto en la pág. 235. Así, a la hora de determinar ante qué modelo de ejército nos encontramos se trata de *escrutar* cómo se determinan en la Constitución, al menos en sus aspectos básicos, los elementos determinantes y definitorios del modelo de FAS: funciones, elementos integrantes, la sujeción a los poderes democráticos del Estado, el estatuto de sus miembros, la admisibilidad constitucional de la disciplina y del espíritu militares tradicionales, las exigencias contenidas en la ley de leyes respecto de la composición social de las FAS, la naturaleza

consecuencia, la misión del jurista debe consistir en descubrir cuál es el *modelo constitucional* (y no sociológico) de FAS. Ahora bien, para emprender esta tarea el jurista requiere, ineludible y previamente, constatar y determinar la premisa de la que parte: la plena normatividad de la Constitución para el ámbito militar. Si la Constitución contiene normas generales definitorias de un modelo de FAS -el constitucional-, es preciso aseverar la aplicación de la norma suprema sobre este ámbito. Y esta labor, como se verá, no exenta de dificultades, es la que aquí pretende operarse, una vez sentadas las anteriores premisas.

Una advertencia previa

A pesar de los evidentes nexos que se han apreciado entre las perspectivas sociológica y jurídica (y, por ende, los paralelismos entre el modelo sociológico "institucional" de FAS y la categorización jurídico "institucional" de las mismas), el tratamiento debe ser diferenciado. De ahí que quepa advertir que, salvo mención expresa en contrario, el empleo que se dé a continuación del término "institucional" responde al enfoque jurídico del mismo.

III. Rechazo de unas "connotaciones institucionalistas que mermasen la normatividad constitucional"

1º Cómo abordar la materia de forma adecuada

Para sostener la completa recepción del principio de supremacía constitucional (y, por ende, también el de subordinación militar) en nuestra Constitución en absoluto es menester negar la virtualidad de las teorías generales institucionalistas⁴¹, ni incluso hace falta negar

de la jurisdicción militar, etc. Averiguando la configuración constitucional de tales queda perfilado cuál es el *modelo constitucional de FAS*.

⁴¹ A mi juicio, negar las concepciones institucionales del Derecho comporta un grave riesgo. No puede descartarse y renunciar a una percepción general del Derecho a los solos efectos de intentar evitar sus negativos efectos en el ámbito militar.

No obstante, éste es el camino seguido por, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* en especial, págs. 368-369, donde intenta rechazar las corrientes institucionalistas generales. Por su parte, DOMÍNGUEZ-BERRUETA, Miguel, y otros, en "El

"La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", Revista de Derecho Político de la UNED, nº 50 (2001)

que las FAS son una institución⁴². Y es que devendría poco riguroso -y ciertamente paradójico- que una "connotación institucionalista"⁴³ deba rechazarse para el ámbito militar (porque parece comportar una serie de vicios para los propios contenidos constitucionales) y por contra, deba admitirse en materia de derechos fundamentales (pues supone un formidable elemento de determinación de su alcance)⁴⁴. Del mismo modo, sostener una concepción

control jurídico-constitucional de la transición militar... cit., págs. 2955- 3006, persigue a lo largo de su trabajo "negar las connotaciones institucionalistas" (cfr. ob. cit. 2990), si bien, al final del mismo parece *rendirse* a la virtualidad del carácter institucional de las FAS y a los efectos que ello conlleva (cfr. ob. cit. 3001-3002).

⁴² Tampoco se trata de mantener que las FAS no cumplen los rasgos conceptuales de ser una institución. Esta vía, cuanto menos, no comporta el grave riesgo de negar las concepciones institucionales del Derecho. Esta es la línea elegida, básicamente, por BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar... cit. que dedica buena parte de su estudio a negar que las FAS reúnan los caracteres definitorios de una institución.

⁴³ DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "El control jurídico-constitucional... cit., pág. 2990 afirma que "rechazando la *connotación institucionalista*, se llega mas fácilmente a la idea de "vinculación positiva" a la Constitución. "

⁴⁴ Al respecto de la oportunidad de combinar un análisis estructural-formal con uno institucional-funcional en el ámbito de los derechos fundamentales puede verse FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales. I- Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992 (entre otras, ver, págs. 115-119)

La proyección institucional que ahora se significa como positiva respecto de los derechos fundamentales se relaciona íntimamente con la necesidad de *delimitar* el contenido constitucionalmente protegido de éstos. Al respecto, en especial, véase MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, en concreto, la segunda parte del libro, debida al segundo de los autores, y en particular, entre otras, págs. 142, y 151-152. La jurisprudencia constitucional, tal y como SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, ha percibido (cfr., entre otros, "Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un año en la jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?, en *RGD*, mayo de 1994, págs. 5033-5051), asumió en buena medida esta aportación del maestro de Oviedo (cfr. sentencias. 15/1993, 282/1993 y 336/1993).

Más recientemente el Tribunal nos recordaba los elementos básicos de este punto de vista (sentencia 3/1993, de 13 de enero):

"El enjuiciamiento de las pretensiones de las partes en este proceso constitucional requiere [...] que identifiquemos en primer lugar cuáles son los derechos fundamentales en presencia (SSTC 336/1993 y 22/1995, entre otras). Para determinar seguidamente, de conformidad con la función que corresponde a este Tribunal [arts. 123. 1 y 161. 1 b) CE], si el órgano jurisdiccional ha efectuado o no una adecuada *delimitación* de los derechos fundamentales que se han individualizado, atendidas las circunstancias particulares del caso. Lo que implica, dicho en otros términos, considerar si el ejercicio

administrativista de las FAS que supusiese negar que tras lo que ha sido constitucionalizado como Administración militar subyace una verdadera institución histórica, sociológica jurídica devendría, por necesidad, endeble. *Es por ello que entiendo que la forma correcta de abordar la cuestión de una manera rigurosa consiste en apreciar la verdadera significación actual y alcance constitucional de las corrientes institucionistas del Derecho y, por ende, deducir las consecuencias jurídicas que comporta el hecho de reconocer que las FAS son una institución.*

De este modo, a continuación se pretende demostrar que el hecho de que las FAS sean una institución no puede comportar cualquier menoscabo -o *autoderogación*- de la normatividad de la Constitución española. Más tarde, una vez superadas estas "connotaciones institucionistas", se sustentará la plena normatividad constitucional desde una perspectiva diferente, la estructural-formal.

2º La inicial significación de las teorías institucionistas supondría cierta merma de la normatividad constitucional sobre lo militar

A) La perspectiva institucional clásica y la sujeción de la institución militar al Derecho

Desde principios del presente siglo, y con directos precedentes en el anterior, ante la visión formalista, normativa y estatalista asentada magistralmente por Kelsen, surgió una teoría sociológica del Derecho, entonces llamada institucional⁴⁵. Bien merece la pena

de esos derechos fundamentales ha tenido lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido o, por el contrario, se ha transgredido dicho ámbito (SSTC 15/1993, 336/1993 y 167/1995, entre otras). "

⁴⁵ Así, MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en "La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo", estudio preliminar a la obra ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, págs. 9-77, presenta al institucionismo como una respuesta del pluralismo jurídico contra la concepción monista que reduce el Derecho al único derecho estatal, de otro lado, sitúa al institucionismo contra el positivismo jurídico en su concepción más estricta.

resaltar algunos elementos básicos de esta corriente, en sus postulados iniciales, pues los mismos conducen en alguna medida a una cierta merma de la normatividad respecto de las instituciones, como pueda serlo la militar. Siguiendo una construcción institucional -digámoslo así- *clásica* parece que se mantenga una independencia de la institución (en nuestro caso la militar) del contexto normativo que la regula.

La corriente institucional⁴⁶ niega que la norma aislada sea el elemento primario de la experiencia jurídica; del normativismo formalista kelseniano se debía dar paso al reconocimiento de unos principios institucionales, reglas no escritas que derivaban de la propia la naturaleza de las llamadas "instituciones" o formas típicas y básicas de una rama del Derecho⁴⁷. Se considera que la "institución"

Como recuerda BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Fernando Torres Editor, Valencia, 1980 pág. 156 y en *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pág. 22, los postulados institucionalistas adquieren su máxima representación con Hauriou y Santi Romano. Sin perjuicio de ello, la perspectiva institucional del Derecho adquiere diversas proyecciones como la tradición cristiana (tal es el caso de Georges Renard, *Theorie de l'institution*, París, 1930), o la influencia de corrientes socialistas libertarias (Proudhon), o anárquicas, o sindicalistas (Gurvitch). Como destaca Bobbio, la concepción de Santi Romano, que es la que ha la postre ha perdurado permaneció al margen de la extensión de estas teorías por parte de Gurvitch o Renard.

Resulta menester realizar una advertencia, pese a que generalmente se cite conjuntamente a Hauriou y a Santi Romano, hay que advertir que ni sus construcciones ni sus intenciones eran las mismas (cfr. BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit., págs. 161-165.) Cabe afirmar, con cautelas, que Santi Romano supo encauzar jurídicamente la inquietud sociopolítica del de Burdeos.

⁴⁶ Las siguientes notas de la teoría de la institución son extraídas de ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico...* cit., en especial, págs. 330 y ss, y MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en "La doctrina del ordenamiento jurídico..." cit.; HAURIOU, Maurice, "La teoría de la institución y la fundación", en *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, págs. 257 y ss. págs. 256 y ss.; BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit., págs. 156 y ss, 189 y ss. y 253 y ss.; BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho...* cit., págs. 18 y ss. 164 y ss.; CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional de fuentes del Derecho", en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. (Vol. I), págs. 392 y ss.; PÉREZ MORENO, Alfonso, "El concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución", en AA. VV., *La Constitución Española...* cit., págs. 1633 y ss. y GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, (3º ed.), Madrid, 1983, págs. 53 y ss.

⁴⁷ Así, CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional..." cit., pág. 391 considera que "las instituciones son parte del Derecho Positivo vigente y se deducen de él sin necesidad de ley que las exprese, por ser fuentes legales, ya que las leyes enuncian

("ordenamiento" u "organización"⁴⁸) es la que hace nacer al Derecho; aún es más, la organización es Derecho, en el sentido de ordenamiento, no en el de normas aisladas; el ordenamiento asume y conserva los elementos del grupo social⁴⁹.

Esta identificación del ordenamiento con la organización (en nuestro caso, el ordenamiento militar con la institución castrense), mengua de algún modo la capacidad del Derecho de desvincularse de la idea de la propia institución, de su propia naturaleza y estructura (es decir, dificulta la capacidad de las normas militares de desvincularse de los caracteres propios de los ejércitos). Para las corrientes institucionistas, la institución *precede* a la norma y la define previamente como "fuente de Derecho". El ordenamiento no es un conjunto racionalizado de preceptos abstractos (formalismo jurídico - estructuralista) sino que, por contra, tales preceptos adquieren su verdadera virtualidad en el marco de la institución que tiene existencia previa. Como concluye García Pelayo, para el institucionismo no es el Derecho el que crea la institución, sólo sirve a la cohesión de ésta⁵⁰; en consecuencia, el Derecho militar únicamente da cohesión a la institución de las FAS.

implícitamente estos principios, a los cuales se les denomina también inmanentes a la naturaleza de las instituciones". En el mismo sentido, véase PÉREZ MORENO, Alfonso, "El concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución", en AA. VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho...* cit., (Vol. 3), pág. 1639.

⁴⁸ Al respecto del empleo equivalente de los términos "institución", "ordenamiento", "organización" cfr. ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico...* cit. págs. 128-132. Como más tarde se señala, la confusión de estos conceptos resulta uno de los mayores problemas de indefinición de las corrientes institucionistas. En este sentido cobra relevancia el término de "institución jurídica" consagrado por HAURIOU, como realidad social que, reuniendo determinados elementos, pasa a la categoría de afirmación legal, llegando de esta suerte lo sociológico a convertirse en jurídico, así en HAURIOU, Maurice, "La teoría de la institución..." cit. págs. 257 y ss.

⁴⁹ Así lo entiende CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional..." cit., pág. 392.

⁵⁰ Así citado por LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional..." cit., pág. 957 como una de las notas que caracterizan una institución, extraídas del seminario impartido por García-Pelayo en el Centro de Estudios Constitucionales (1983) sobre el tema "El Estado de partidos".

Como se ha afirmado, tal concepción institucional clásica implica una minusvaloración del alcance normativo; el Derecho *simplemente* cohesiona la realidad previa institucional, los caracteres previos de la institución parecen situarse por encima de la norma jurídica. El institucionismo clásico tiene una clara significación de permanencia, de continuidad y de lo real⁵¹ Por lo que centra el interés del estudio, desde esta perspectiva clásica, el Derecho *sólo* conformaría la realidad institucional militar, ésta no sería otra que la determinada por la naturaleza, por la tradición e historia de la institución castrense.

B) La perspectiva ordinamental clásica ya apuntaba la vinculación a la Constitución

La concepción institucional que se ha apreciado, ya en sus postulados iniciales, se extendió e interrelacionó con una concepción pluralista de las fuentes del Derecho⁵²; en virtud de la misma el valor supremo de la Constitución quedó reforzado. Se configuró así el principio *ubi societas ibi ius*, donde quiera que se dé una realidad social institucional, necesariamente habrá un ordenamiento. En consecuencia, se afirmó la existencia de una diversidad ordenamientos jurídicos emanados (formal o materialmente) de los diversos centros de poder de carácter sociológico, de las distintas instituciones⁵³.

El reconocimiento de un sistema formado por una pluralidad de ordenamientos comportaba la necesidad de reconocer la existencia de relaciones de coordinación y subordinación entre dichos

⁵¹ Cfr. HAURIUO, Maurice, "La teoría de la institución y la fundación", cit. pág. 259.

⁵² Pese a su interrelación, es necesario distinguir la teoría de la institución de la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, éstas no son un todo unitario (Respecto de la necesaria distinción de estas teorías, véase MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en "La doctrina del ordenamiento jurídico... cit. págs. 45-49, en igual sentido, véase BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit. pág. 158 y ss.)

⁵³ Las connotaciones políticas de estas teorías pluralistas eran obvias, frente al monismo estatalista en un periodo dominante de los totalitarismos. Ello era así en especial en Hauriou; recuérdese que su trabajo traía consigo el subtítulo de "Ensayo de vitalismo social")

ordenamientos. La unidad de dicho sistema se lograba por la existencia de unos principios estructurales y materiales (las normas cambian pero el ordenamiento jurídico permanece en tanto que permanecen sus principios⁵⁴.) Tales principios quedaban recogidos en la norma básica del sistema, la Constitución. Como consecuencia de todo ello, la ley de leyes pasaba a considerarse el instrumento fundamental en favor de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Parece oportuno destacar no sólo la sujeción a la norma de normas, sino la centralidad que para la teoría institucional adquieren los valores y principios en ella incluidos. Así, *cabe ya subrayar que en la teoría institucional la ley de leyes es la regla o norma fundamental que ordena la institución, que es el Estado y, por lo tanto la Constitución es el ordenamiento superior, al que se subordinan todas las demás reglas, que son ordenamientos dependientes de aquel*⁵⁵.

Hasta el momento, han sido descritas las líneas básicas que definían clásicamente la concepción institucional u ordinamental del Derecho y su significación respecto del ámbito militar. Se trataría, pues, de reconocer la existencia de la institución militar que determinaría la existencia de un ordenamiento propio, el Derecho militar, regido por unos principios propios adecuados para la organización militar. Es preciso ahora concretar el alcance que tienen estas iniciales formulaciones institucionales en la actualidad y, concretamente en nuestro sistema constitucional. Es así como se apreciará la verdadera virtualidad jurídica que pueden alcanzar las nociones de "institución" y "ordenamiento" militar.

⁵⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, cit. pág. 55.

⁵⁵ En este sentido, CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional... cit.", pág. 392.

3º La evolución y significación actual de las teorías institucionalistas: la plena sumisión de las instituciones y los ordenamientos al Derecho y en concreto a la Constitución

Parece coincidirse en que la teoría de la institución, en su elaboración inicial, resultaba compleja y confusa, no refinada y falta de precisiones⁵⁶. No obstante, a pesar de sus posibles deficiencias o insuficiencias, no se puede negar que la concepción institucionalista suponía innegables avances respecto del estructuralismo formalista, que alejaba al Derecho de la realidad. Por ello, algunos autores como Bobbio se encargaron de llevar a cabo una importante crítica positiva de la consideración institucional del Derecho⁵⁷. Tras la

⁵⁶ En esta dirección crítica con la concepción institucional clásica, ver, BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho...* cit., pág. 161 y ss. El mal uso concepto de "institución", originado por la propia indefinición del mismo, así como la inutilidad de su empleo han sido las críticas vertidas al respecto de los iniciales postulado institucionalistas. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, en "La doctrina del ordenamiento jurídico... cit. pág. 13 no duda en afirmar que los discípulos de Hauriou pretendían encontrar instituciones en todas partes, y los de Romano, ordenamientos jurídicos. CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional...", cit., pág. 392 afirma que si el Derecho nace del hombre y de la sociedad, admitir que nace de una "institución" no es suficientemente esclarecedor, y quizá resulta superfluo, del mismo modo critica el uso que se ha hecho de este concepto tan indeterminado. GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, (traducido por Luis Ortega), Vol. I, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992. pág. 162 considera que mediante el concepto de "institución" se ha pasado a pretender explicar fenómenos que podrían haberse desenvuelto de otro modo distinto, sin tener que recurrir a la teoría de los ordenamientos.

Asimismo, también se aduce en contra del institucionalismo que ha quedado fuera del contexto el contenido político antiestatalista que en sus inicios tenía la teoría pluralista. Por lo cual, en la actualidad CASSESE, Sabino, "Instituzione: un concetto ormai inutile", en *Politica del Diritto*, nº 1-2, 1979, págs. 53-62 ha calificado su empleo de "inútil" (citado en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., pág. 367.)

Dentro del ámbito doctrinal concreto de las FAS, diversos autores han criticado la indeterminación del concepto de institución y el mal uso del mismo. Así, LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional...", cit., pág. 957, afirma que "el concepto [de institución] se hace complejo y polivalente; y *no se sabe bien qué significa*."; en igual sentido BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar...", cit. pág. 60 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 367 y ss. También, se ha puesto de manifiesto su irrelevancia jurídica, así SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas", cit. afirma en la pág. 2377 que "el concepto de institución resulte *inocuo*, toda vez que no implica, sin más, autonomía organizativa y capacidad de decisión. "

⁵⁷ El mayor esfuerzo se debe a BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho...* cit., págs. 22 y ss. Dicho autor viene a *conciliar* a la institución con el Derecho, pues afirma que

redefinición que se ha llevado a cabo de esta concepción jurídica, se han superado algunas de sus deficiencias y omitido algunas de sus facetas oscuras. Como consecuencia, el institucionalismo parece propiciar una constructiva superación del positivismo jurídico y sus excesos formalistas. Tal y como apunta Freixes, hoy día el institucionismo sigue siendo necesario y compatible con el formalismo jurídico⁵⁸.

Sin embargo, dejar atrás antiguas insuficiencias y alcanzar la validez actual de las construcciones institucionalistas ha supuesto un coste respecto de los iniciales postulados. *Con la redefinición habida, los conceptos iniciales de "ordenamiento", "organización" y, especialmente, el de "institución" han quedado relativizados; las instituciones han quedado a expensas del Derecho positivo.*

A) El nuevo significado y alcance jurídico de la noción "institución"

En razón de los reajustes efectuados por la doctrina, los principios y fines de la institución u organización vienen total o parcialmente determinados por la norma jurídica⁵⁹. La institución ya

es preciso que el Derecho determine previamente los fines de la organización y, cuanto menos, los principios para lograr aquéllos. Estas determinaciones, a decir de Bobbio, sólo pueden realizarse a través de reglas; la dotación de estas reglas se realiza previa o conjuntamente con el proceso de institucionalización. Como consecuencia de estas consideraciones, la teoría normativa sale reforzada con la institución, "pues es siempre la producción de reglas el fenómeno originario, aunque no exclusivo, para la constitución de una institución." (cfr. pág. 23.)

⁵⁸ Cfr. FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales...* cit., en las págs. 6-7 afirma que:

"el Derecho precisa, pues, de una interpretación ajustada a su propia esencia y, al mismo tiempo, a la función que desarrolla como tal. [...] No existe, en consecuencia, una contradicción insalvable entre estructuralismo y análisis funcional. Si el estructuralismo nos aporta una base científico-positiva, el análisis funcional la complementa con una interacción mutua que nos acerca al conocimiento completo de los fenómenos jurídicos. [...] Esta complementariedad existente entre estructuralismo y análisis funcional se revela sumamente importante en el estudio del Derecho Constitucional"

⁵⁹ Véase lo afirmado *supra* en la anterior nota a pie nº 57. Al respecto, afirma Giannini que puede haber normación sin organización, pero no puede haber organización sin normación, es decir, la posición del Derecho resulta insustituible en el ámbito de las

no es Derecho, sino que la existencia de ésta depende en buena medida de las propias normas jurídicas. En consecuencia, *el precio de la admisibilidad del institucionalismo moderno ha sido el de quedar a expensas de lo que las normas jurídicas expresan*. De acuerdo con la reformulación institucionalista elaborada por Bobbio, estos hechos relativos e inherentes a la organización -que antaño se consideraban Derecho en sí- ya no son ajenos al Derecho positivo, sino que se fundan total o parcialmente en la propia norma jurídica. En consecuencia, por lo que aquí concierne, 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 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 afirmó, la propia naturaleza de la norma constitucional excluye una exhaustiva regulación material de todos los ámbitos). Sin embargo, estos principios y valores propios del ordenamiento militar, no serán admisibles constitucionalmente en la medida que sean contrarios a los contenidos materiales de la Constitución. 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.

B) La relativización del alcance de los "ordenamientos"

El indiscutible monopolio estatalista del reconocimiento de las fuentes del Derecho implica negar que existan verdaderos "ordenamientos internos", emanados de fuentes autónomas de

instituciones, y no al contrario. Este autor, en un trabajo más reciente ha mantenido esta línea de relativización del significado del ordenamiento jurídico relativo a una organización. Así, cfr. GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, cit. pág. 162.

poder. De ahí que, actualmente, no puede sostenerse que es de la organización (la militar en nuestro caso) de la que necesariamente emanan las normas jurídicas (ordenamiento interno)⁶⁰. Cuestión diferente es afirmar que estas normas jurídicas (ordenamiento militar) se fundan sobre hechos relativos e inherentes a la organización militar que regulan, mas no es de la institución castrense de la que emanan estas normas⁶¹.

De mantenerse la categoría de "ordenamientos", en una versión actual, se trataría de *ordenamientos organizativos*. Por el mero hecho de reconocerse la existencia de una organización -como la militar, sin capacidad de producción de Derecho-, se reconoce la existencia de un "ordenamiento", término que pasa a ser básicamente descriptivo. En consecuencia, *la existencia de un ordenamiento militar viene referida por un criterio material y no porque sea de la organización castrense de la que emane formalmente la regulación de este ámbito*. Fernández-Flores afirma que "esto que llamamos el orden jurídico-militar no es otra cosa que el Derecho dentro de los ejércitos"⁶², obviamente, y como ahora se subraya, se trata del Derecho de los Ejércitos, tal y como vienen concebidos por la Constitución. No obstante, parece más adecuado concebir materialmente al ordenamiento militar como "conjunto de normas emanadas de la necesidad de la defensa nacional"⁶³ y, más concretamente, como conjunto de normas emanadas de la

⁶⁰ GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...* cit. págs. 180-181 afirma que pese a que históricamente la organización militar gozara de una autonomía en la emanación de las normas que regulaban la organización, el tiempo ha atenuado poco a poco el rigor de los ordenamientos militares y también en éstos se ha producido una continua invasión de normas del Estado que han acabado por regular directamente amplios sectores cuya competencia venía siendo de normas militares internas.

⁶¹ Siguiendo a Giannini, bien cabe hablar de "ordenamientos de los cuerpos organizados" y los "ordenamientos sectoriales, cfr. GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo...* cit., pág. 179.

⁶² Cfr. FERNÁNDEZ FLORES, José L., "Los fundamentos el orden jurídico militar... cit. cita de la página 264.

⁶³ Así lo afirmó UGARTE Y PAGÉS, Javier, en la contestación a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, en su discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas bajo el título *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, RACMP, Madrid, 1913, cita de la pág. 80.

necesidad de la defensa *militar*⁶⁴. Así, es posible coincidir con Giannini cuando afirma que se ha dado "sustancialmente el abandono del concepto según el cual las FAS constituirían un ordenamiento jurídico separado, con propias leyes internas y propia autonomía, y el relacionar e inscribir la Administración Militar en el círculo de la normativa común."⁶⁵

C) La concepciones institucionalistas actuales conllevan la plena sujeción de la institución de las Fuerzas Armadas y del Derecho militar a la Constitución y el Derecho

Tal y como se ha señalado, el deficiente institucionalismo inicial quedó superado *a cambio* de un refuerzo de la vinculación de las instituciones a las normas jurídicas. De este modo, las construcciones institucionales han dejado de ser un argumento válido -si alguna vez lo fueron- para eludir la sujeción de las instituciones -tal la militar- a las normas (en especial a la Constitución).

Como consecuencia de la actual significación de las corrientes institucionalistas, *la naturaleza o la tradición de la institución castrense no determinan per se el contenido del ordenamiento militar. El Derecho castrense antes que prefigurado por 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 la tradición de la institución militar sólo contribuyen a perfilar el contenido del Derecho militar dentro del espacio que*

⁶⁴ Respecto de lo que puede considerarse Derecho de la defensa y Derecho militar puede seguirse el reciente estudio COTINO HUESO, Lorenzo, *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI*, INAP, Madrid, 1999, págs. 13 y ss.

⁶⁵ Cita de GIANNINI, M. S., "I Pubblici Poterir negli Stati Pluriclasì", en *RTDP*, núms. 2-3, 1979, págs. 389 y ss. Citado por DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "El control jurídico-constitucional... cit., pág. 2994. Domínguez Berrueta es, a mi juicio, el autor español que en con mayor acierto ha afirmado la necesidad de afrontar el plano jurídico militar como un problema *más* de interpretación e integración del marco constitucional -ver págs. 2994 y ss.-, si bien partiendo de la noción de poder público; postura ésta que, lejos de ser errónea, no tiene por qué suponer contradicción alguna con la categorización de las FAS como parte integrante de la Administración del Estado, como ya se ha tenido ocasión de exponer.

confiere la ley de leyes. La institución queda a expensas de la Constitución. Como contrapartida a esta sumisión a lo expresado normativamente, hoy la concepción institucional ha pasado a constituir un apoyo insustituible que complementa la norma jurídica expresada formalmente y la acerca a la realidad social.

Adentrándonos ya en el terreno de la norma suprema y una vez advertido el desarrollo doctrinal de estas teorías, parece oportuno señalar -aun brevemente- la recepción de estas corrientes institucionales y ordinamentales en la Constitución española de 1978. En particular, resulta interesante detenerse en la determinación del alcance del institucionalismo por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

4º El sentido y alcance de las instituciones y los ordenamientos en el concreto marco constitucional español

A) La recepción constitucional española del institucionalismo y su significación positiva respecto de la normatividad constitucional

Para la tradición normativa española, las corrientes institucionalistas y ordinamentales de Santi Romano tuvieron su recepción por medio del art. 83 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 y, años más tarde, en la reforma del artículo primero del Código Civil de 1974⁶⁶. No fueron pocos quienes al poco de aprobarse la Constitución ya afirmaron la recepción constitucional de los postulados

⁶⁶ Así es, el art. 83 de la primera ley citada preceptuaba que se estimaría un recurso si el acto o disposición recurridos infringiesen el "ordenamiento jurídico". El Preámbulo de aquel texto no dejaba lugar a dudas, respecto de tal conformidad afirmaba "que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un *positivismo superado* y *olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones*". El art. 1. 4º del actual Código Civil, resulta también expresivo "Los principios generales del Derecho se aplicarán en *defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico*".

ordinamentistas⁶⁷. Para argumentar tal recepción, bastaría con afirmar las diversas referencias expresas a los ordenamientos e instituciones que se verifican en la Constitución (arts. 1. 1º, 8. 2º, 9. 1º, 86. 1º, 96. 1º, 147. 1º CE)⁶⁸. Desde la perspectiva propiamente pluralista de las posiciones ordinamentistas, es decir, la que hace referencia a la existencia de una diversidad de centros de emanación del Derecho, hay que convenir con Pérez Luño que nuestra Constitución sólo permite parcialmente la existencia de esta concepción horizontal de los ordenamientos jurídicos, que en modo alguno lesiona la primacía constitucional⁶⁹. De otra parte, la recepción constitucional del institucionalismo se ha sostenido fundamentalmente por la trascendencia que se confiere en el texto a los principios jurídicos⁷⁰ y, singularmente a los valores enunciados en el art. 1. 1º⁷¹.

Precisamente este dato se suma a los argumentos que llevan a reforzar la normatividad de la Constitución desde una perspectiva institucional. *La propia centralidad que se confiere desde los presupuestos institucionalistas a los valores y principios y el expreso*

⁶⁷ Así, cabe citar, entre otros, los trabajos de CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional...", cit.; DÍEZ PICAZO, Luis, "Constitución y...", cit.; y PÉREZ MORENO, Alfonso, "El concepto de ordenamiento jurídico...", cit.

⁶⁸ Así, en el art. 1. 1º, en referencia a los valores superiores del *ordenamiento*; en el art. 8. 2º en el que se encomienda la defensa del *ordenamiento* constitucional; en el art. 9. 1º, donde se establece la vinculación de la Constitución y *del resto del ordenamiento jurídico*; art. 86. 1º, en el que se limita la afectación de los Decretos-ley al *ordenamiento de las instituciones básicas del Estado*; art. 96. 1º, por el que los tratados internacionales válidamente celebrados *pasan a integrarse en el ordenamiento* español y, por último, el art. 147. 1º en el que se configuran los Estatutos de autonomía como *norma institucional básica* que el Estado reconoce como *integrante de su ordenamiento jurídico*.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*. Tecnos, 3ª edición, Madrid 1988, págs. 155 y ss. considera que el monopolio de fuentes del Derecho por parte del Estado resulta asegurado por la Constitución, y la validez normativa de otras fuentes del Derecho solo se da en tanto en cuanto la norma constitucional lo permita y reconozca (como el caso de los ordenamientos autonómicos, la autonomía de la voluntad, universitaria o municipal).

⁷⁰ Básicamente, así, GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 57.

⁷¹ En esta dirección, CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Concepto constitucional... cit.", págs. 393 y ss. y PÉREZ MORENO, Alfonso, "El concepto de ordenamiento jurídico... cit.", págs. 1636 y 1637.

reconocimiento de estos valores y principios en nuestra ley de leyes subrayan la ineludible vinculación constitucional. Es por ello por lo que no parece admisible que mediante un punto de partida institucionalista u ordinamentista se pretendiera que tanto la institución castrense como el ordenamiento militar desconociesen la importancia de los ineludibles valores y principios constitucionales.

B) La sujeción de las instituciones a la ley de leyes y el Tribunal Constitucional

Tal y como se ha señalado desde un inicio, la importancia concreta que aquí se confería al hecho de que se considere a las FAS como una institución era que, de alguna manera, ello implicase cierta inmunización al alcance normativo de la Constitución y del ordenamiento general.

Como se advirtió, aquí no se iba a negar el carácter institucional de las FAS, sino la desviada significación que ello parecía comportar. Hasta el momento, mediante el seguimiento de la evolución de la concepción institucional del Derecho y su recepción en España se puede inferir ya que no cabe una consideración institucional que permita una exclusión de lo expresamente preceptuado por las normas jurídicas. No obstante, la atención a la jurisprudencia constitucional permite dar algún paso más a la hora de concretar el alcance que tiene considerar a las FAS como una institución en sentido jurídico.

Ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha expresado la necesidad de que las instituciones -previas o no a la Constitución- se sujeten plenamente a lo dispuesto por la ley de leyes. Incluso entre su doctrina más controvertida⁷², se desprende que una institución es

⁷² Se hace ahora referencia a la polémica sentencia 126/1997, de 3 de julio. En la misma el Tribunal ha admitido la preferencia del varón frente a la mujer en la sucesión de los Títulos nobiliarios, ello supone excepcionar el valor, principio y derecho de igualdad (arts. 1. 1º, 9. 2º y 14 CE) para la institución nobiliaria. No obstante, pese a lo censurable de la sentencia (cuya crítica se recoge en los dos votos particulares formulados por tres magistrados), en dicha resolución se mantiene que la regla general de que la existencia de una institución no excluye en modo alguno la plena normatividad de la Constitución.

admisibles si -y sólo sí- resulta compatible con los contenidos de la propia norma suprema. La doctrina del Alto Tribunal, si bien referida a otros ámbitos (derechos históricos y títulos nobiliarios), bien pueden aplicarse a la institución militar. No en vano se trata de instituciones que por sus connotaciones políticas y/o históricas presentan dificultades para ubicarse en el Estado constitucional. Así, el Tribunal ha señalado que *no pueden mantenerse la tradición y la historia* -de indudable peso en el ámbito castrense- si son *incompatibles con los mandatos y principios constitucionales*, pues la Constitución se aplica aún para situaciones previas a su existencia⁷³. Asimismo, el Alto Tribunal ha señalado que el hecho de

La sentencia únicamente establece una posible excepción, si bien discutible, pero que en todo caso no cabría aplicar a la institución militar. El Tribunal Constitucional afirma que sólo cabe la excepcionalidad en la aplicación de los mandatos, principios y valores constitucionales. el caso de que la institución resulte jurídicamente simbólica o inocua (lo que no es el caso de la institución castrense). Así, en dicha resolución (FJ 15º) se afirma que:

"... los valores sociales y jurídicos contenidos en la Constitución y, por tanto, con plena vigencia en el momento actual, necesariamente han de proyectar sus efectos *si* estuviésemos ante una diferencia legal que *tuviera un contenido material*"

En consecuencia, la sujeción constitucional de la institución será plena siempre que pueda implicar un contenido no simbólico o inocuo, material, tal es el caso de la institución militar (su proyección jurídica en forma de disciplina, unidad, valores militares, tiene un claro contenido material, por lo cual queda siempre vinculada por la Constitución.)

⁷³ En este sentido resulta conveniente recordar lo afirmado por el Tribunal Constitucional y efectuar su traslación para el ámbito militar:

"*El carácter de norma suprema de la Constitución*, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional de pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1. 2º CE) *imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales. La Constitución [... es] una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones "históricas" anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales.*" (sentencia 76/1988, de 26 de abril, FJº 3, relativa a los "derechos históricos")

"... *ha de recordarse que el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí sólo, su contraste con la Constitución. Pues si los principios y valores de ésta informan la totalidad de nuestro ordenamiento, la consecuencia es que la Norma fundamental "imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas (aun con probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales".*

que una institución persista tras la entrada de la Constitución, incluso en virtud de su reconocimiento expreso, no implica la inmunidad de la institución respecto de la normatividad constitucional. Toda institución debe adaptarse al orden constitucional, al *ethos* constitucional democrático, de los valores y principios reconocidos en la ley de leyes⁷⁴.

IV. La significación constitucional que se deriva del hecho de que las Fuerzas Armadas sean una institución jurídica

1º La evolución de la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas por nuestro Tribunal Constitucional

Es momento ahora de apreciar la posición de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la categorización de las FAS como institución o administración, y lo que es más importante, cabe apreciar la proyección jurídica que ha tenido para el máximo intérprete una u otra concepción de los Ejércitos.

Puede señalarse que, por lo general, cuando el Tribunal Constitucional recoge en sus sentencias la expresión "Administración militar" hace referencia al aparato burocrático de las FAS y del Ministerio de Defensa, y no al conjunto de las FAS⁷⁵. Este

(Sentencia 126/1997, de 3 de julio, FJº 8, preferencia del varón en la sucesión de títulos nobiliarios).

⁷⁴ En este sentido merece la pena recordar las consideraciones realizadas en los votos particulares formulados a la sentencia 126/1997:

"Una simple observación de lo sucedido al entrar en vigor la Constitución de 1978 muestra con toda claridad que una *buena parte de las instituciones existentes en aquella fecha pervivieron con posterioridad a la misma pero que no se consideraron inmunes a la Constitución, sino que tuvieron que adaptarse al nuevo orden constitucional* -desde la familia y el matrimonio, en el ámbito más privado, hasta, por ejemplo, los derechos históricos a los que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución-. " (Voto formulado por el magistrado Pi-Sunyer y Vives Antón)... *su pervivencia dependerá en buena medida del grado en que sean susceptibles de incorporar, junto a reconocimientos históricos marcados por el espíritu de cada época, el de otros valores que nos resulte más próximo*" (Voto formulado por el magistrado Cruz Villalón)

⁷⁵ Así, el Tribunal Constitucional hace referencia explícita a la "Administración militar" por cuanto al acto administrativo que impone la obligación de prestar el servicio militar (FJ 3º, sentencia 15/1982, de 23 de mayo) los recursos propiamente administrativos (FJ 3º de

empleo de la noción "Administración militar" de forma restrictiva supondría una clara connotación institucional⁷⁶. También resulta significativa la alusión a la "Administración militar" por el Tribunal Constitucional respecto de todo lo relacionado con el ámbito disciplinario⁷⁷. Ello es debido, a mi juicio, al tenor del art. 25. 3º CE, que impele reconocer la naturaleza administrativa de las FAS. Sin embargo, el Tribunal no suele emplear la calificación de "Administración militar" en relación a los caracteres propios de las FAS, su especial naturaleza o las funciones (no propiamente administrativas) que realizan los ejércitos, es decir, las de naturaleza propiamente ejecutiva. Así pues, se advierte que, quizá de forma *subconsciente*, el Tribunal sostiene una percepción institucional de las FAS, pues acude a su calificación como institución a la hora de señalar los caracteres esenciales, naturales y propios de los ejércitos.

No obstante, en diversas ocasiones el Tribunal ha hecho uso indistinto de los términos "institución" y "administración"⁷⁸ y lo que es

la misma) o recursos disciplinarios (cfr. sentencia 11/1993, de 11 de marzo FJ 1º). También el Tribunal Constitucional hace referencia a la "Administración" militar en relación a los actos de admisión o inadmisión para acceder a las FAS (cfr. sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 4º); también se alude a la "Administración" castrense para aludir una afección de bienes a las FAS (Cfr. sentencia 2/1993, de 14 de enero, sobre vehículos afectos a la Administración militar, FJº 5); también el tribunal emplea la noción "Administración" en relación a cuestiones relativas al funcionariado civil de la Administración de Defensa (cfr. sentencia 111/1984, de 28 de noviembre, FJ 2º).

⁷⁶ Una "Administración militar" como meramente relativa al aparato burocrático y servicial de las FAS implica un claro seguimiento de la concepción institucional de las FAS. Esta reducida "Administración militar" no incluiría a los ejércitos en sí, esta Administración sería a la que hace referencia el artículo 97 CE; por lo tanto, sólo el Ministerio de Defensa y el aparato burocrático de las FAS quedarían bajo la dirección del Gobierno. Asimismo, las FAS (en tanto que no son Administración) no quedarían sujetas a los principios a los que queda sujeta ésta (arts. 103 y ss. CE), con lo que se mitigaría la normatividad constitucional para la institución militar.

⁷⁷ En la primera de sus sentencias al respecto (sentencia 31/1985, de 5 de marzo, FJ 5º) el Tribunal hizo alusión al aspecto sancionador de la Administración militar. Referencias a la "Administración" militar en razón de esta materia sancionadora se aprecian, también, en la sentencia 44/1983, de 24 de mayo, o en la sentencia 19/1988 de 16 de febrero.

⁷⁸ Así, en la sentencia 44/1983, de 24 de mayo (FJ 1º), o en la sentencia 123/1988, de 26 de junio (FJ 5º, se advierte una indistinción no sólo en el uso terminológico "administración"- "institución", sino en la proyección institucional que tiene tanto la alusión a las FAS cuanto a la "Administración militar".

más importante, en algunas resoluciones ha afirmado expresamente la caracterización administrativa de las FAS (en concreto, en la sentencias 123/1988, de 26 de junio o la sentencia 18/1994, de 20 de enero⁷⁹). Se infiere así que no existe incompatibilidad entre una y otra categorización para el máximo intérprete.

Por cuanto a lo que particularmente aquí interesa, el alcance del carácter institucional de las FAS como "derogador" de los contenidos constitucionales hay que significar, con Domínguez Berrueta, que en los primeros años de jurisprudencia constitucional se daba una desmedida remisión a los "caracteres propios de la institución militar"; de este modo, se justificaban ciertas *excepcionalidades* constitucionales⁸⁰. La sola referencia a "la seguridad nacional", "las necesidades de la defensa", "el carácter esencial de la disciplina para la institución militar" y otras cláusulas o técnicas de naturaleza semejante (como la existencia de una "relación de especial sujeción"⁸¹) parecían ser argumento suficiente para admitir la

⁷⁹ En la en la sentencia 123/1988 se afirma que "Las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen, como señalan los escritos del Gobierno y Parlamento balears, su carácter de Administración Pública. " (FJ 5º) El Tribunal también expresamente la sentencia 236/1994, de 20 de julio, afirma en su FJ 3º la integración de la Administración militar en la Administración Pública al afirmar que "Diferentes son también las misiones y funciones asignadas a una y otra Institución [en referencia a las FAS y la Guardia Civil ...] e igualmente distinto es su encuadramiento en el seno de la Administración y dependencia orgánica"

⁸⁰ Cfr. DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, "El control jurídico-constitucional de la transición militar... cit. en especial véanse las págs. 2965-2984. Entre otras, en las siguientes resoluciones se aprecia este uso, por parte del Tribunal, del término "institución militar": auto 375/83, de 30 de julio, sentencia 44/1983, de 24 de mayo, sentencia 97/1985, de 29 de julio, sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, sentencia 107/1986, de 24 de julio, la sentencia 114/1987, de 6 de julio.

⁸¹ Al respecto de la categoría de las relaciones de especial sujeción, resultan básicos los estudios de GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio jurisprudencial del Tribunal Supremo", en *Revista la Ley*, tomo 2, año 1988, págs. 989-993. En fechas próximas puede seguirse mi reciente estudio COTINO HUESO, Lorenzo, "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-

singularidad castrense en cada caso enjuiciada. No obstante, se puede constatar que la evolución jurisprudencial ha hecho remitir la contundencia inicial de las construcciones institucionalistas. En la sentencia 60/1991, de 14 de marzo (FJ 6º), se afirmó que "no es aceptable la visión de lo castrense como un *mundo aparte*, y del Derecho militar como el *ordenamiento interno* de una institución separada que configura una *sociedad distinta*, perfecta y completa." Sin embargo, esta acertada percepción no ha impedido la continuidad de una línea restrictiva a la hora de reconocer derechos y libertades en el ámbito militar basada en una concepción institucional⁸².

A pesar de ello, poco a poco se formulan mayores justificaciones para admitir las diversas particularidades que se dan en la esfera castrense. El paso decisivo no es otro que aplicar las mismas exigencias generales para considerar admisibles los límites a los derechos y libertades de los militares (necesidad, congruencia, proporcionalidad y respeto del contenido esencial⁸³.) La lenta

administrativa y militar de la presente década)", en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, nº 53, de próxima publicación; ponencia presentada en el Tercer Coloquio alemán-español de Derecho Público Europeo, sobre el tema "El principio del Estado de Derecho y su realización", celebrado en la Georg-August-Universität de Göttingen durante los días 8 a 13 de septiembre de 1998 ponencia con el título, "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España".

En todo caso, por lo que ahora concierne, cabe señalar que la mera alegación de la existencia de una relación especial -como la militar- parecía eximir de la necesidad de justificar y fundamentar las limitaciones a los derechos de los sometidos, o para relativizar el principio de legalidad en la regulación de los mismos.

⁸² El continuismo institucionalista restrictivo de derechos y libertades del militar se aprecia en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional de la presente década: sentencia 101/1991, de 13 de mayo, sentencia 371/1993, de 13 de diciembre, sentencia 72/1994, de 3 de marzo, sentencia 270/1994, de 17 de octubre, sentencia 288/1994, de 27 de octubre, y la sentencia 14/1996, de 29 de enero.

⁸³ El propio Tribunal Constitucional en la importante sentencia 120/1990, de 27 de junio, (*caso huelga de hambre de los GRAPO*), recordaba, con una extraordinaria concisión, los pilares básicos que suponen estas teorías generales de los límites y de la delimitación de los derechos y libertades:

"A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia CE expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales (SSTC

evolución apreciada en el peso del institucionalismo por parte del Tribunal Constitucional parece ir por detrás de la evolución seguida respecto de las llamadas "relaciones de especial sujeción"⁸⁴. La cercana sentencia 151/1997, de 29 de septiembre parece indicar que, pese al retraso en adoptar (y adaptar) la evolución

11/1981, FJ 7º; 2/1982, FJ 5º; 110/1984, FJ 5º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC 53/1986, FJ 3º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC 62/1982, FJ 5º; 13/1985, FJ 2º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone» (STC 37/1989, FJ 7º) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FJ 4º, 5º, 6º; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse. "

⁸⁴ Como se expone en COTINO HUESO, Lorenzo, "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución... cit. es posible distinguir dos épocas en la evolución de la aplicación de esta técnica jurídica por el Tribunal Constitucional. El punto de inflexión viene marcado por la sentencia 61/1990, de 29 de marzo (caso *detectives privados*) y, especialmente, tras las diversas sentencias relativas a la huelga de hambre de los GRAPO, (números 120 y 137 de 1990 y 11 de 1991). Tras las mismas el Alto Tribunal ha *constitucionalizado* el alcance de las relaciones de sujeción especial. Sin embargo, la evolución seguida sólo parece haber llegado al ámbito castrense con la sentencia 151/1997, de 29 de septiembre.

Resulta curioso advertir cómo desde el vaciamiento del alcance y significado de esta categoría, la misma dejó, prácticamente, de ser empleada en la parcela militar, parece que ya no valía en este campo. Hay que decir que en el ámbito castrense siempre ha habido un predominio de argumentaciones institucionalistas para justificar limitaciones de derechos y libertades. Ello es así, aun pese a que la primera sentencia que aplicó la noción de "relaciones de especial sujeción" -la 21/1981, de 15 de junio, FJ 15º- venía referida a la relación militar. Hasta 1990 no son más de diez ocasiones en las que se emplea por el Tribunal esta categoría para el ámbito militar. (Así en la sentencia 21/1981, de 15 de junio, (FJ 15º); auto 375/1983 de 30 de julio (FJ 2º, que se reitera en el auto número 376); autos 121/1984 y 781/1985, de 13 de noviembre (FJ3º); sentencia 114/1987, de 6 de julio (FJ 4º); sentencia 123/1988, de 23 de junio (FJ 5º); también en los autos 18 y 48 de 1990; de este año, muy colateralmente en la sentencia 47/1990 de 20 de marzo (FJ 4º). Tal número resulta casi insignificante si se tiene en cuenta el amplio número de resoluciones relativas al ámbito castrense (más de 150).

Tras estas resoluciones y con el cambio de doctrina del Tribunal Constitucional en la presente década sorprende el hecho de que la noción de la sujeción especial sólo reaparezca y también de forma muy secundaria en la sentencia 87/1997, de 24 de abril (FJ 4º, para justificar que en el ámbito militar no pudiera emplearse la lengua catalana, tal y como se hizo en la sentencia 123/1988. de 23 de junio, FJ 5º). Cabe no olvidar que desde esta fecha ya pasan de la centena las resoluciones habidas que versan sobre el ámbito castrense.

jurisprudencial para la relación jurídico - militar, la aplicación de las técnicas generales de limitación y delimitación de los derechos y libertades se abre camino para el mundo de los cuarteles⁸⁵.

Como consecuencia de lo expuesto, puede concluirse afirmando que *el Tribunal Constitucional niega los extremos institucionalistas, si bien en sus sentencias se advierte el peso -a veces desmedido- de estas construcciones, que poco a poco va remitiendo.*

2º ¿Se reconoce una garantía institucional sobre las Fuerzas Armadas?

La concepción institucional no se distancia de la conocida técnica alemana de la "garantía institucional"⁸⁶. Paralelamente a la

⁸⁵ En esta resolución el Tribunal da definitiva entrada a las referidas técnicas generales, haciendo expresa referencia a las mismas en su FJ 5º. Del mismo modo, el Alto Tribunal encauza la singularidad del mundo militar dentro del plano axiológico y principal que la Constitución impone.

Ello no significa que esta sentencia excluya las posibles limitaciones a los derechos y libertades para el buen funcionamiento de los Ejércitos, como garantía de la seguridad del Estado. Sin embargo, de esta resolución se desprende con nitidez el surgimiento de una nueva época en la se da cabida a los postulados que en el presente estudio se invocan.

Se trataba de juzgar la admisibilidad de la expulsión de un Capitán del Ejército por consentir el adulterio de su esposa. El Tribunal ponderó el derecho a la intimidad del sujeto frente al bien constitucional del *honor militar*, llegando a la conclusión de que se había violado el derecho del militar a su vida íntima. No obstante la decisión final, resultan extraordinarias las reiteradas cautelas con las que el Alto Tribunal ha emprendido esta tarea. En diferentes ocasiones se afirma que "la realización de conductas deshonorosas para el militar, el Arma o Cuerpo al que pertenece o para los Ejércitos pueda, en determinadas circunstancias constituir un límite al ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar" (FJ 5). En dos ocasiones más se repite esta advertencia en el FJ 6º; en la última de ellas se considera que "No cabe negar a priori que, en determinadas circunstancias, conductas íntimas como la que dio lugar al actual proceso puedan realmente afectar al honor militar. Sin embargo [...] a la luz también de los valores y principios constitucionales, hoy la concurrencia de estas circunstancias en el caso examinado no puede darse por supuesta, sino que debe justificarse con todo detalle."

Puede entenderse como un *preludio* a esta evolución del Alto Tribunal la sentencia 56/1997, de 17 de marzo, en la que se concedió el amparo al recurrente y se redefinieron los términos de la prisión provisional en el ámbito militar. No obstante, no puede eludirse el hecho de que en aquella ocasión el demandante era el Coronel Perote, por lo cual se trataba de un asunto muy politizado.

⁸⁶ Sobre las garantías institucionales, ver, SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducido. por F. Ayala, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1982, págs. 175 y ss. En España véase

"La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", Revista de Derecho Político de la UNED, nº 50 (2001)

consideración de las FAS como institución se ha pretendido afirmar que sobre los Ejércitos recae esta garantía⁸⁷. A mi juicio, resulta más

LUCAS VERDÚ, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz "Garantías institucionales", Tomo X, Francisco Seix, Barcelona, 1960, págs. 541 y ss. y, fundamentalmente, cabe remitir al trabajo de PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1981, págs. 17 a 56. Ahí se contiene la mejor doctrina alemana existente sobre la técnica de la garantía institucional. Véase también GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas -UAM, Madrid, 1994; BAÑO, José M, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, págs. 155 y ss.; MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 83 y ss. y 99 y ss. JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635-649

Del mismo modo es tenida en cuenta la recepción de esta figura jurídica por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Así ocurre desde la sentencia 4/1981, de 28 de julio, sobre las Diputaciones provinciales, en la que se sentó doctrina al efecto. En diversas ocasiones ha seguido empleando el Tribunal esta técnica, así de entre ellas, cabe citar la sentencia 83/1984, de 24 de julio, relativa a la garantía de la libertad empresarial; la sentencia 13/1985, de 31 de enero, sobre la publicidad procesal; la sentencia 104/1986, de 17 de julio, sobre la libertad de información como garantía democrática de la opinión pública libre; la sentencia, importante desde el plano dogmático, 26/1987, de 27 de febrero, sobre la autonomía universitaria; la sentencia 213/1988, de 11 de noviembre, sobre la autonomía municipal. Incluso nuestro Tribunal ha reconocido garantías institucionales fuera de la Constitución en el ordenamiento preconstitucional, como así consideró al antejuicio en la sentencia 156/1989, de 19 de octubre. Entre las más recientes sentencias en las que se ha reconocido la aplicación de la garantía institucional se puede mencionar la sentencia 37/1994, de 10 de febrero, en ésta se reconoció sobre el Sistema de Seguridad Social en virtud del artículo 41 de la Constitución.

⁸⁷ Cfr. LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional de las Fuerzas Armadas", cit. pág. 959, categoriza a las FAS como una "institución de relevancia constitucional", partiendo de dicha categorización concluye este autor que las FAS "parecen ser acreedoras de la protección que confiere la técnica de la garantía institucional" (cfr. ob. cit. pág. 961). Este posicionamiento ha tenido algún eco doctrinal, así como posiciones abiertamente contrarias.

Así, en su favor, OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, cit. Tal afirmación se contiene en la pág. 31 sin ninguna argumentación (dado que el objeto de la obra es bien otro). En las págs. 32 y 33, afirma que la constitucionalización minuciosa de las FAS respondió a "la necesidad de satisfacer a grupos bien concretos, como ocurre con la garantía institucional de las Fuerzas Armadas nada menos que en el Título Preliminar. " En contra de su aplicación sobre las FAS se ha decantado LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...*, cit., págs. 369 y ss.

que dudosa la aplicabilidad de esta técnica en el ámbito militar; de un lado por su inutilidad⁸⁸, de otro lado por las connotaciones políticas que ello pudiera conllevar⁸⁹.

En todo caso, ha de subrayarse ahora que el reconocimiento de la existencia de una garantía institucional sobre las FAS no podría suponer una merma de la normatividad de toda la Constitución sobre la institución garantizada. Y es que una garantía institucional (concebida frente a la acción del legislador), en modo alguno puede garantizar lo que la Constitución excluye⁹⁰. De ahí que incluso aplicando la técnica de la garantía institucional sobre las FAS los elementos propios de esta institución (disciplina, valores, neutralidad, etc.) sólo quedan garantizados en la medida en que sean admisibles constitucionalmente⁹¹.

⁸⁸ Cabe tener en cuenta que esta técnica jurídica surge cuando se exige una función de preservación o aseguramiento superior al mero efecto normativo que de suyo resulta de la Constitución por su posición jerárquica (Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional...* cit. pág. 32). Lo que no tiene sentido es emplear tal garantía para proteger por medio de ella la existencia de unas FAS acomodadas al régimen constitucional; y éste es el motivo que aduce LÓPEZ GARRIDO, Diego, en "La posición constitucional... cit. págs. 956, para aplicar tal garantía.

Entiendo que la existencia y funciones de las FAS quedan garantizadas, simplemente, por el valor normativo que de suyo tiene la Constitución.

⁸⁹ Esta técnica debe ser excluida en tanto en cuanto mediante ella se pretenda reconocer cualquier tipo de autonomía política de las FAS, contraria al principio de supremacía civil. Cabe recordar que el empleo usual de esta técnica viene especialmente referido a la protección de esferas de libertad o autonomía tanto para las personas (derechos y libertades) como a las instituciones (universidades, diputaciones, municipios, etc.). La garantía no preserva la existencia formal de la institución, *sino un marco objetivo de autonomía frente al legislador y al ejecutivo para garantizar sus componentes básicos* (Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional...* cit. pág. 24 y ss). No resulta aconsejable, pues, acudir a la misma por lo que hace referencia a las FAS, en tanto en cuanto coadyuvaría a juridificar alguna esfera de autonomía política militar

Los mismos efectos que deduce López Garrido de la aplicación de la técnica de la garantía institucional parecen querer exculparse de toda sospecha antidemocrática (LÓPEZ GARRIDO, Diego, en "La posición constitucional... cit. págs. 961.)

⁹⁰ La eficacia de una garantía institucional sólo se desarrolla desde el plano infraconstitucional, no tiene sentido que la Constitución quedase constreñida por una garantía (Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional...* cit. pág. 34). Lo que no puede suponer la garantía constitucional es una exención de la sujeción constitucional.

⁹¹ Ésta sería la única dimensión jurídica admisible que tendría la posibilidad de que sobre las FAS se aplique la técnica de la garantía institucional. Por ello, no se comparten los argumentos contrarios a la misma realizados por LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La*

3º El reconocimiento y alcance de las Fuerzas Armadas como institución

A) El acogimiento de las Fuerzas Armadas a los caracteres de una institución

La mayoría de quienes han sostenido el carácter institucional de las FAS lo aducen en virtud del entendimiento de que éstas forman una institución⁹², en el sentido de las construcciones institucionalistas del Derecho esgrimidas por Hauriou, Romano o Renard⁹³. Fernández Segado es quien de forma más completa ha señalado cómo las FAS se acogen fácilmente a los caracteres definitorios de una institución⁹⁴; son varios los autores

caracterización jurídica... cit.,. pág. 370, pues no debe considerarse que la protección constitucional de los valores militares, la disciplina militar, etc. "*per se*, sería aberrante y marcharía completamente al margen del tenor íntegro de la Constitución".

No puede excluirse *a priori* la admisibilidad de elementos propios de las FAS; su admisibilidad se hace depender de lo que la propia Constitución disponga. No es "aberrante" admitir que las FAS tengan una noción singular de la disciplina y la jerarquía, que exista un honor militar constitucionalmente admisible (es decir, efectivamente funcional), tampoco marcha completamente al margen de la Constitución que se dé en las FAS una también particular afección al sentimiento nacional (siempre y cuando, por ejemplo, la concepción militar de la patria no vulnerase contenido constitucional alguno - derechos lingüísticos, sistema autonómico, etc.)

⁹² Con la excepción de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José L., "Fuerzas Armadas y administración pública... cit. págs. 2701- 2725, que mantiene una visión institucional de las FAS se excluye expresamente de entre quienes sostienen la caracterización institucional de las FAS con base a las teorías de Hauriou, Romano o Renard.

⁹³ Estos caracteres, pueden sistematizarse en los siguientes: 1- Idea de la obra a realizar; 2- Poder organizado en conformidad con la óptima realización de los fines a realizar, manteniendo su unidad sustancial. Disposición de los medios adecuados para el cumplimiento del fin, susceptibilidad de manejar, utilizar, organizar y arbitrar tales medios; 3- Manifestaciones de comunión en la idea, que entraña la armonía de las voluntades bajo la dirección de un jefe; 4- Estatus objetivo de los que pertenecen a la institución; 5- Según la formulación de mayor envergadura técnica de Santi Romano, se añade el carácter de que la institución debe tener su propio ordenamiento jurídico; 6- Renard afirma que también se precisa que la situación de los miembros se fije por un *status* objetivo que aquéllos no pueden cambiar por un acto de voluntad.

⁹⁴ Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional... cit., págs. 40-43.

institucionalistas que perpetran la misma operación⁹⁵, para concluir afirmando que las FAS son una institución. Por el contrario, Suárez Pertierra considera que "no se cumple uno de los caracteres que, desde mi punto de vista, recoge la idea de institución: autonomía de organización, de disposición de medios y de decisión sobre los fines"⁹⁶. No obstante, cabe señalar que esta última opinión queda claramente motivada por un lógico rechazo a la negativa significación política que supone un mal entendimiento de que las FAS sean una institución. Superado este temor, una vez afirmada la proyección jurídica que adquiere el carácter institucional de los Ejércitos, entiendo que la autonomía de organización no deviene esencial para que se pueda calificar a las FAS como una institución jurídica.

De otra parte, cabe señalar que para afirmar que las FAS son una institución no hace falta acudir a disquisiciones terminológicas⁹⁷.

⁹⁵ Así, LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional... cit. págs. 949- 971, TRILLO-FIGUEROA, "Las Fuerzas Armadas en la Constitución... cit., págs. 114-115. Aunque de forma bastante breve, también constata que estos caracteres se dan en las FAS, SERRANO ALBERCA, José Manuel, "Comentario al artículo octavo", cit. págs. 129-130. En contra, BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar:... cit., rebate la consideración institucional negando que en las FAS se den los caracteres de una institución.

⁹⁶ Así, en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, "Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas" cit., págs. 2375-2376.

⁹⁷ La terminología empleada por los textos normativos es un argumento esgrimido frecuentemente por quienes sostienen una postura institucionalista (cfr. ELORRIAGA, Gabriel, "El artículo 8º de la Constitución... cit. pág. 2547 y TRILLO-FIGUEROA, "Las Fuerzas Armadas en la Constitución... cit. págs. 111 y 112 (nota a pie nº 14), si bien, este último autor reconoce que de ello no puede pensarse en una concepción institucional de los Ejércitos en el sentido técnico que él propugna.) En los textos legales vigentes, puede advertirse el empleo del término "institución". Así, expresamente en las ROFAS, en el epígrafe que designa el Título primero del Tratado primero de dicha norma -"De la institución militar"-, así como en sus artículos 10 y 17. Del mismo modo, el Código Penal Militar incluye un título dedicado a "Delitos contra la Nación Española y contra la Institución militar" (Título IV del Libro segundo, artículos 85 a 90). La Ley Orgánica del Régimen disciplinario militar también emplea el término desde su primer artículo.

Como se habrá apreciado, desde el inicio de este estudio, no se ha eludido el empleo del término "institución" a la hora de referir a las FAS, de hecho, aquí se sostiene la admisibilidad jurídico-constitucional de la categoría institucional, por lo cual no comporta paradoja alguna el empleo de este término. Únicamente, por rigor, se ha mantenido la distinción del empleo sociológico y jurídico del mismo.

Tampoco hace falta, perderse en la significación que adquiere el hecho de que el artículo principal relativo a las FAS (el art. 8 CE) se incluya en el Título preliminar⁹⁸, pues, a mi juicio, en lo que hay que detenerse es en la propia regulación contenida en éste y otros preceptos constitucionales.

B) Que las Fuerzas Armadas sean una institución sí tiene significación jurídica

Llegados a este punto, puede ya afrontarse el hecho de que las FAS sean una institución. Es momento de recordar e incidir en la idea de que el hecho de que se reconozca la existencia de una institución no es "inocuo" jurídicamente. La existencia de una institución sí que tiene relevancia jurídica; implica, ni más ni menos la integración en el ámbito jurídico la realidad que subyace tras las formas y estructuras normativas. Una visión institucionalista de las FAS completa la determinación de lo dispuesto en las normas y lo hará en plena conformidad con el resto de lo dispuesto con la

Menor explicación tiene GUAITA MARTORELL, Aurelio, "Los derechos fundamentales... cit., cuando hace empleo del mismo, el mismo advierte -ver pág. 581-, que sólo lo hace desde el punto de vista sociológico no jurídico. Esta consideración realizada por Guaita nos revela la poca consistencia que tiene la negación absoluta del reconocimiento jurídico de una institución. El problema, pues, consiste en advertir la significación jurídica que comporta dicho reconocimiento.

⁹⁸ Para algunos autores, la ubicación en el Título preliminar es uno más de los argumentos para afirmar que las FAS son una institución. Así, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional... cit. pág. 43; TRILLO-FIGUEROA, "Las Fuerzas Armadas... cit., pág. 105, LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional... cit., pág. 958. Cabe destacar la decisiva importancia -del todo desenfocada- que atribuye a esta ubicación BARCELONA LLOP, Javier, "La organización militar... cit., -que mantiene una posición administrativista- es crucial, cfr. págs. 72 y ss. Dado que confiere a este hecho gran importancia, acaba concluyendo que "*El artículo 8 de la Constitución ha de entenderse, pues, carente de contenidos jurídicos reales en la medida en que destruye la unidad sustancial de la organización militar.*" (La cursiva es mía). No obstante, autores declarados como institucionalistas niegan la relevancia de la ubicación constitucional. LAFUENTE BALLE, José María, *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, EDESA, Madrid, 1987, afirma en la pág. 344; CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", en *REDM* nº 36, julio diciembre de 1978, págs. 7-41, pág. 8, quien afirma que esta ubicación "*carece de especial significado jurídico*".

Constitución. Es, precisamente, en el ámbito constitucional donde la influencia del "método" o "enfoque" institucional⁹⁹ no es, en absoluto, despreciable. Los caracteres propios de las constituciones (brevedad, ambigüedad, flexible interpretación, etc.) hacen necesario el apoyo institucional a la hora de determinar los contenidos constitucionales de lo expresado en la norma suprema. Y precisamente en el ámbito militar la influencia de la comprensión institucional no es baladí. *Dada las lacónicas referencias constitucionales al fenómeno castrense¹⁰⁰, el apoyo institucional para determinar el tratamiento constitucional de la materia militar supone un válido y útil apoyo.*

Ahora bien, sólo en la medida en que la institución supere el *filtro* constitucional, podrá desplegar su virtualidad jurídica. Y no resulta sencillo constatar la admisibilidad constitucional de una institución y de los elementos inherentes a la misma¹⁰¹. Para ello, en primer lugar, se debe percibir si la institución (en nuestro caso, las FAS) ha sido reconocida o excluida por la Constitución (ya sea implícita o explícitamente). El siguiente paso a seguir -básico en materia militar- consiste en apreciar cuáles son los elementos que de suyo comporta la institución. De entre estos elementos hay que distinguir los que resulten esenciales, es decir, de los que depende la reconocibilidad de la misma (por ejemplo, sin disciplina no existen ejércitos) o simplemente los elementos históricos y/o naturales de la institución (es decir, las *extensiones naturales* de la institución que

⁹⁹ Se sigue así la clara percepción de la proyección jurídico institucional realizada por GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*, cit. Afirma este autor que "no sabía entonces que para entender el Derecho, ordenarlo y explicarlo, iba a ser tan importante la investigación histórica y la fijación de categorías o instituciones" (pág. 37), Gallego califica este enfoque como "método institucional" (pág. 38). Tal y como señala, este "enfoque institucional" implica la "investigación histórico dogmática, relación con todo el orden jurídico, público y privado, referencia al derecho comparado y presencia en la argumentación de la realidad o naturaleza de las cosas" (pág. 38).

¹⁰⁰ En este sentido, CASADO BURBANO, Pablo, "Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución Española", en *REDM* nº 36, julio diciembre de 1978, págs. 7-41, en concreto, pág. 8 afirma que todas las constituciones parecen rehuir de la regulación de las FAS, como algo incómodo, tabú; no se las trata como a una parte más de la Administración.

¹⁰¹ Para ello, puede servir de orientación apreciar el camino seguido por los votos particulares formulados a la mencionada sentencia 126/1997 (títulos nobiliarios).

proviene del propio desarrollo histórico, por ejemplo, el "honor militar"¹⁰²).

Una vez advertidos estos elementos, debe ser analizado el régimen de compatibilidad de la institución y sus caracteres propios con los contenidos normativos constitucionales. Así, si los elementos esenciales se estiman incompatibles con la ley de leyes, la institución, por necesidad, quedaría excluida por la norma fundamental¹⁰³ (si la Constitución negase la posibilidad de la disciplina militar, estaría negando la existencia de los ejércitos, lo cual, claro está, no es el caso)¹⁰⁴. Si la norma suprema no impide los elementos esenciales de la institución, ésta se mantiene pese a que decaigan sus proyecciones naturales o tradicionales, pero no esenciales¹⁰⁵ (las FAS persisten pese a que no se mantenga la

¹⁰² Para el ámbito de las FAS esta distinción entre elementos esenciales, naturales e históricos es básica. La institución militar no pierde eficacia, sino que la gana, si se *actualizan* sus elementos basilares; en cambio, tradicionales caracteres militares, no esenciales, bien pueden decaer por exigencia constitucional. No se puede negar que la concepción de la disciplina ha variado históricamente y lo sigue haciendo actualmente, tampoco puede negarse que el honor militar que se admitirá constitucionalmente resulta sustancialmente distinto al medieval honor caballeresco, que llegó, incluso, al presente siglo. Como se advierte al final de este estudio, la incorporación de los valores constitucionales al tradicional "espíritu militar" resulta incontestable. Aún es más, el propio principio de neutralidad política no tiene actualmente nada que ver con sus proyecciones históricas. La mejor garantía de la supremacía civil, a mi juicio reside en la plena integración social del militar, y no en la merma de sus derechos.

¹⁰³ En referencia a los títulos nobiliarios, en los votos particulares no se duda en afirmar que:

"Para determinar si un determinado elemento de este conjunto normativo es contrario a la Constitución resulta ineludible descartar que la propia institución se encuentre en contradicción con la Constitución vigente, porque, si así fuera, sería la institución toda la que habría de caer, y no sólo uno de sus elementos aislados. (Cruz Villalón).

¹⁰⁴ Obviamente, como ya se ha señalado, no es el caso de la institución castrense, reconocida expresamente en la Constitución, a la vez que alguno de sus elementos basilares (la disciplina se reconoce en los artículos 28 y 29 CE, así como mediante el principio de jerarquía de la Administración, artículo 103 CE).

¹⁰⁵ Así se aprecia en los votos particulares aludidos en relación con la institución nobiliaria:

"la desigualdad que caracteriza a los títulos nobiliarios no es *sustancial*, sino meramente *histórica*" (Viver Pi-Sunyer y Vives Antón). "Para comenzar, no nos encontramos ante un elemento *basilar* de la institución [...] estamos exclusivamente hablando de un elemento, en definitiva, *secundario* del sistema" (Cruz Villalón)

concepción de la virilidad militar de antaño, su tradicional participación en el poder político o un desfasado concepto del honor militar).

Ahora bien, cabría también la posibilidad de que el constituyente hubiese *inmunizado* a la institución -en nuestro caso la militar- de la plena sujeción a lo dispuesto en la ley de leyes. Esta excepcionalidad exigiría, por necesidad, la forma expresa¹⁰⁶, Como se verá en el siguiente apartado de este estudio, la Constitución no *inmuniza* expresamente a las FAS del resto de su articulado¹⁰⁷.

En conclusión, *la verdadera dimensión jurídica que tiene el hecho de afirmar que las FAS son una institución es el reconocimiento constitucional implícito de estos elementos inherentes de la misma (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.*

4º Unas notas al respecto de la institución militar a la que da vida jurídica la Constitución española

Tal y como se ha manifestado a lo largo del presente estudio, todos los caracteres que conforman a las FAS como una institución histórica o sociológica quedan a expensas de la Constitución, que es la que *dota de vida jurídica* a la institución militar. Subrayar la primacía de la ley de leyes sobre el ámbito militar supone partir de la Constitución a la hora de atender las FAS. Se afirmaba en apartados anteriores que lo central es atender al *modelo constitucional de FAS*

¹⁰⁶ Cruz Villalón, en su voto particular formulado por afirma que "el propio Texto constitucional puede establecer excepciones explícitas a los principios y derechos proclamados de forma general, sin que ello entrañe ningún "esquizofrénico" problema de constitucionalidad". Consideración semejante se realiza también en el texto de la sentencia aludida (FJº 7), así, se sitúa como ejemplo la excepción al principio de igualdad del art. 14 CE que se efectúa en el art. 57. 1º CE, al preferir al varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona.

¹⁰⁷ Me remito a la "visión estructuralista" que se contiene en el posterior apartado. Sirva como ejemplo de lo afirmado el art. 28 CE que habilita al legislador para que excepcione el derecho de sindicación a los sujetos militares.

(y no seguir los modelos sociológicos), pues bien, de lo que se trata es de apreciar cómo configura la Constitución a la institución militar (sin partir de una idea de FAS preconcebida, sino de las FAS tal y como han sido reconocidas constitucionalmente).

No responde a la naturaleza y extensión del presente estudio analizar lo que la ley de leyes dispone respecto de los caracteres de las FAS como una institución. No obstante, sí que parece posible advertir de forma somera cómo la Constitución define lo que es para ella la institución militar. Para ello cabe partir de los caracteres que implican que las FAS sean una institución¹⁰⁸ y apreciar cómo actúa sobre ellos la Constitución con sus mandatos, principios y valores.

Así, siguiendo el esquema operado por Fernández Segado, se afirma en primer lugar que las FAS son un conjunto social perfectamente delimitado frente al exterior, cuyos miembros participan de un sentimiento corporativo que se traduce en una peculiar conciencia de grupo. No obstante, el valor, principio y derecho de igualdad -arts. 1. 1º, 9. 2º y 14 CE- proscriben un distanciamiento total del resto de la sociedad, e imponen una tendencia contraria a la divergencia¹⁰⁹.

¹⁰⁸ "La posición constitucional... cit., págs. 40-43. Tales son los que a continuación se enumeran. Cabe subrayar que se pone de manifiesto la conexidad entre los dualismos jurídicos y sociológicos sobre las FAS, como se expuso al inicio del estudio. Ello se advierte con claridad al apreciar el paralelismo entre los elementos que conforman un modelo ocupacional o institucional (ver, FLECKENSTEIN, ya señalados en la cita nº 40 de este estudio) y los que refiere el español respeto de la institución militar.

¹⁰⁹ El principio de igualdad no ha tenido una gran proyección en el ámbito militar, si bien podría haber implicado una mayor tendencia a la homogeneidad entre el Derecho general y el Derecho militar. Como puede seguirse en COTINO HUESO, Lorenzo, *La singularidad militar y el principio de igualdad*, cit., el artículo 14 CE se ha invocado frecuentemente ante el Tribunal Constitucional en los asuntos relativos a los miembros de las FAS o al Derecho militar. No obstante, el tratamiento conferido por el máximo intérprete ha dejado mucho que desear al no resultar constante, uniforme ni profundo, a la vez que ha evitado en lo posible dejar la puerta abierta a la invocación de una mayor proximidad entre los estatutos de derechos y libertades de militares y del resto de la sociedad a través del principio de igualdad. Destacan, no obstante, resoluciones como las relativas a la inembargabilidad de los haberes del militar (sentencia 54/1983, de 21 de junio, en concreto, FJ 4º, reiterada en la sentencia 151/1985, de 5 de noviembre) o las diversas resoluciones habidas en relación con las medidas relativas a los militares de la Segunda República, en las cuales el criterio de la igualdad también ha resultado determinante en aras a una

En segundo lugar, se considera como rasgo institucional que las FAS tienen un específico código de valores. Sin embargo, si bien la Constitución no excluye la existencia de un particular código de valores militar, éste debe armonizarse, en particular, con los valores superiores del art. 1. 1º CE y la dignidad de la persona del art. 10. 1º CE. Además, en esta dirección cabe recordar que la ley de leyes impone un objeto de toda educación -art. 27. 2º CE- que supone la necesaria transmisión de los valores constitucionales, objeto que afecta, también, a la enseñanza militar¹¹⁰.

Un tercer rasgo que configura a las FAS como institución es que la peculiaridad castrense se orienta al logro de una idea objetiva, idea-fuerza sobre la que reposa la institución, y ésta no es otra que la defensa militar de España. Ahora bien, esta idea-fuerza de las FAS no es otra que el eficaz cumplimiento de las misiones que determina la propia Constitución en el art. 8. 1º CE¹¹¹.

Como cuarto elemento que determina la consideración institucional de los ejércitos se considera que la institución militar tiene una alta valoración de su propia misión, lo que le dota de cierta autosuficiencia frente al exterior. En este sentido cabe recordar que

convergencia jurídica civil-militar. Han sido numerosas las resoluciones habidas respecto de esta concreta cuestión, de entre éstas destacan la sentencia 63/1983, de 20 de julio (FFJJ 3, 4 y 5) que comenzó el *iter* en esta materia seguido por las sentencias 114, 116 y 160 de 1987, la 204/1988, la 143/1988, las 345, 379 y 382 de 1993 y, por último, la sentencia 11/1994.

¹¹⁰ En esta dirección, la aludida sentencia 151/1997, en su FJ 6º afirma la necesaria proyección en el ámbito militar de "las pautas o reglas éticas o morales socialmente imperantes en la actualidad" (y entre ellas los valores y principios constitucionales) para conformar "el alcance del honor de los distintos grupos profesionales, *sin incurrir en autodelimitaciones endogámicas*". Sobre la necesaria educación de y en derechos humanos y democracia en el ámbito militar, en breve, COTINO HUESO, Lorenzo "Constitución, democracia y derechos en el seno de la enseñanza militar", de 21 páginas, en AA. VV, *Un deber constitucional básico: aprender y enseñar democracia (Una escuela para la vida democrática)*, de próxima publicación. Esta obra, así como el presente estudio se inscriben en el marco de los resultados de los trabajos realizados por el grupo investigador relativo al Proyecto de I + D "Educación en derechos, consolidación de la democracia" (GV-3323/95), al cual se adscribe el autor del mismo.

¹¹¹ Al respecto de las funciones constitucionales de las FAS puede verse el estudio de GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio" en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, números 11/12, primavera - verano de 1995, págs. 213-240.

su misión se integra en la defensa nacional, que incumbe a todos los españoles y que excede a la defensa militar -arts. 30, 97 y 149. 1º 4ª CE.

En quinto lugar, se afirma que la institución militar tiene su propio ordenamiento jurídico que es el Derecho militar. Al respecto baste lo ya señalado y, si acaso, cabe recordar que las normas emanan del Parlamento y, en su caso, del Gobierno, y están sometidas plenamente a la Constitución -arts. 9. 1º, 97. 1º, 161 CE.

En sexto lugar se afirma también que la institución militar requiere, para el eficaz cumplimiento de sus altas misiones de una específica forma de organización y de un régimen jurídico singular del personal integrado en la institución y ésta no es otra que el seguimiento de la unidad, la disciplina y la jerarquía. En este sentido, el artículo 8. 2º determina que la organización militar debe basarse en los principios constitucionales. La especificidad castrense se pone de manifiesto en los arts. 25, 26, 28, 29, 70 CE, si bien, como se ha seguido, la proyección de los principios propios militares en la organización y estatuto militar quedan a expensas de la necesaria armonización con el resto de contenidos constitucionales.

Por último, como séptimo rasgo definitorio de las FAS como institución, afirma Fernández Segado que la pertenencia a las FAS comporta un singular *status* del personal, en aras de la eficacia¹¹² (y cabe añadir también de la neutralidad política de la institución). En este sentido algunos preceptos como los arriba citados recogen expresamente las particularidades en el ejercicio de los derechos y libertades de los militares. Del mismo modo, sin mención constitucional expresa otros derechos pueden ser limitados al militar. En uno y otro casos, salvo habilitación constitucional expresa (como la de los artículos 28 y 29), los límites al ejercicio de los derechos y libertades del militar deben cumplir las exigencias generales de todo límite y, entre ellas, cabe destacar que tales límites no pueden afectar al contenido esencial -art. 53. 1º.

¹¹² Respecto del estatuto de derechos y libertades del militar, por todos, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado....* cit.

Así pues, ésta es la institución militar a la que da vida jurídica la Constitución. Ésta son las FAS que el artículo 97 CE ha ubicado dentro de la Administración del Estado, en concreto como Administración militar, sin que ello suponga obstáculo alguno a su consideración institucional. Ésta es la institución de las FAS que en modo alguno implica una merma de la normatividad de la Constitución.

V. Una visión estructural formal. ¿Prescribe expresamente la Constitución una peculiar sujeción para el ámbito militar?

1º Un mismo propósito, unas nuevas coordenadas

El objeto básico del presente estudio -tantas veces aludido- no es otro que afirmar la plena sujeción de las FAS y del ordenamiento militar a la Constitución. Ha quedado ya constatado que lo que aparecía como principal enemigo de esta plena normatividad - "aquellas connotaciones institucionalistas"- no merma en absoluto la completa vinculación a la ley de leyes. A pesar de ello, respondiendo a este ánimo de asentar definitivamente la vinculación total de nuestra Constitución para el ámbito militar, cabe ahora atender la cuestión desde una perspectiva diferente a la anterior visión institucionalista. Se trata ahora de aseverar la vinculación de la norma suprema para la institución de las FAS desde una perspectiva estructuralista, formal. Siguiendo la perspectiva institucional se ha afirmado que sería posible que la propia Constitución inmunizara o eximiera a una institución (como la militar) de la normatividad constitucional. Se señalaba entonces que para ello era imprescindible que tal autolimitación de la normatividad constitucional se estableciese de forma expresa¹¹³. *Pues bien, a continuación se pretende advertir si, partiendo de lo expresado en la norma suprema, resulta posible sostener una sujeción de lo militar a la ley de leyes menor que la debida en otros ámbitos de la esfera pública.*

¹¹³ Al respecto, véase *supra* lo afirmado en la nota nº 106 y en el texto que la acompaña.

Y es que esta posible *relajación* de la normatividad constitucional podría encontrarse en las menciones contenidas en los artículos 8 - en su apartado segundo- y 117 -en su apartado quinto- de nuestra norma fundamental, donde se preceptúa una conformidad a los "principios constitucionales" para el ámbito militar¹¹⁴. El objeto central de la siguiente reflexión se centra en si tal referencia puede interpretarse de forma negativa, esto es, como la mera sujeción a tales principios en tanto tales, es decir, la sumisión a los contenidos de la ley de leyes no como mandatos concretos sino como principios jurídicos de mayor flexibilidad¹¹⁵. Esta lectura negativa, como es obvio, relajaría la proyección constitucional para el ámbito militar. Cabe advertir que con relación al ámbito militar y de las FAS, no parece ajena la mención del artículo 52 de la Constitución italiana de 1947, por cuanto dispone que "L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica". En aquel marco, se ha dado una lectura positiva y una negativa del mismo respecto de la plena normatividad constitucional¹¹⁶. Aunque con algunas

¹¹⁴ Artículo 8:

[...] 2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar *conforme a los principios* de la presente Constitución. "

Artículo 117:

"[...] 5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, *de acuerdo con los principios de la Constitución*. "

¹¹⁵ Al respecto del diferente alcance de una norma ya como regla ya como principio ver, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, en general todo el Capítulo tercero ("La estructura de las normas de derecho fundamental", págs. 81-170) y en particular ver las págs. 82-87, las afirmaciones concretas se contienen en las págs. 85-86.

Se sigue también la distinción entre reglas y principios efectuada por ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, (2ª ed. 1997), págs. 109 y ss. No obstante, ello no supone admitir la desnaturalización que, a mi juicio, efectúa este autor del carácter normativo de la Constitución.

¹¹⁶ Se trata, pues, de apreciar si el ordenamiento militar simplemente "se informa" de un laxo "espíritu democrático" o, precisamente, dichas expresiones implican un reforzamiento de la sujeción a lo dispuesto en la norma suprema italiana. Sobre el precepto italiano y su significación, véase LABRIOLA, Silvano, "Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, nº 4 págs. 904 y ss.; BETTINELLO, Ernesto, Comentario al artículo 52. 1º y 2º, en PASQUINO, G. y

"La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", Revista de Derecho Político de la UNED, nº 50 (2001)

diferencias, puede afirmarse que una expresión paralela se encuentra en nuestra Constitución en sus artículos 8. 2º y 117. 5º¹¹⁷.

otros, *Rapporti politici*, (Tomo 1) artículos. 48-52, Zanichelli editore, Bologna; Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1992, págs. 70-149; el resto de posiciones existentes al respecto pueden apreciarse brevemente en BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución...* cit., págs. 210-214.

En sentido negativo se ha decantado PACE, en relación con la libertad personal admite que el apartado 3º del artículo 52, presta fundamento suficiente para derogar en el ámbito de las FAS el reconocido derecho a la libertad personal. En la misma dirección, si bien respecto del principio de igualdad, PALADÍN afirma que el art. 52. 3º configura el ordenamiento militar como un ordenamiento especial que deroga al general en la medida necesaria para la satisfacción de los intereses de las Fuerzas Armadas.

En una posición intermedia puede encontrarse a LABRIOLA (cfr. ob. cit. págs. 920-921), quien dedujo del art. 52. 3º un principio de reserva de ley para lo referente a lo militar facultándose así la regulación por parte del Parlamento y los debidos controles de constitucionalidad.

Desde la perspectiva más favorable a la plena vinculación constitucional, debe citarse a GIANNINI, Massimo S., "I Pubblici Poteri negli Stati Pluriclasì", cit. págs. 393., aprecia en este precepto que lo que distingue al poder en el Estado actual es el abandono del reconocimiento de un ámbito de autonomía al ordenamiento militar. MORTATI, Constantino, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, Padova, CEDAM, 1976, pág. 1141, (citado en BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución...* cit., pág. 213), entiende que el art. 52. 3º revela la voluntad constituyente de romper con todo ligazón con la tradición, ya que ésta consideraba al ejército no sólo como un ordenamiento propio, sino además como un ordenamiento con fuerza de excluir la vigencia de algunos principios fundamentales que garantizan las libertades e la persona. MODUGNO, Franco, en la voz, "Pluralità degli ordinamenti", de la *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIV, Milano Giuffrè Editori, 1985, págs. 28-29, en este sentido, afirma que las normas y los principios constitucionales no permiten la reconstrucción del ordenamiento militar como una entidad separada, particular o interna respecto al ordenamiento general; las FAS son una más de las estructuras administrativas del Estado, si perjuicio de estar dotada de particulares competencias y características. ROSSI, afirma que las FAS son uno de los órganos de la Administración, por lo cual, no pueden tener voluntad autónoma, así se desprende -afirma- de la expresa forma de Estado diseñada por la Constitución italiana (cfr. ob. cit. pág. 154-155). En consecuencia, el art. 52. 3º supone la exigencia de salvaguardar un núcleo inviolable o contenido esencial de los derechos constitucionalmente garantizados a todos los hombres (cfr. ob. cit. pág. 167).

¹¹⁷ Se dan algunas diferencias, el ámbito de referencia normativa es distinto. En el caso italiano se hace referencia a todo el ordenamiento jurídico militar y se le exige conformidad con un "espíritu democrático". En el caso español la referencia está realizada no para todo el ordenamiento militar, sino para dos ámbitos concretos: la ley orgánica que regule las bases de la organización militar y la ley que regule el ejercicio de la jurisdicción militar; además el parámetro de conformidad exigido resulta en mayor medida concretable, por cuanto se trata de "principios constitucionales", que tienen un carácter de abstracción menor que el de la referencia al "espíritu democrático".

Es menester señalar, no obstante, que, pese al interés del tema y su profundo calado jurídico, en España el debate no se ha centrado en la posible significación que pueden adquirir estos preceptos en relación con la plena sujeción a la Constitución. La discusión se ha desviado hacia la tan manida ubicación en el Título preliminar de la regulación básica de las FAS (art. 8 CE) y la consideración institucional de las mismas; curiosamente, parece haberse optado por rehuir del propio tenor constitucional. Por contra, pese a esta desatención doctrinal, entiendo que *resulta aconsejable detenerse en apreciar el alcance de lo regulado en dichos preceptos, por cuanto en alguna medida pudiesen implicar alguna flexibilización de la normatividad constitucional para el ámbito militar.*

2º La significación de la remisión a los "principios constitucionales" contenida en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE; doctrina y jurisprudencia

A) La regla general del art. 9. 1º CE y sus especificaciones

El valor normativo de la Constitución lo tiene la norma en sí¹¹⁸, y el mismo es reconocido como regla general en el art. 9. 1º, regla general que, a la vez, resulta reiterada en diversos preceptos del articulado de la ley de leyes. Estas manifestaciones concretas de la normatividad constitucional conciernen tanto la actuación de los poderes públicos¹¹⁹, cuanto a la sujeción de las normas a la

¹¹⁸ Se siguen así, las manifestaciones realizadas por OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. cit. págs. 24-26, en el sentido de que "el carácter supremo de la Constitución es presupuesto de la validez del art. 9. 1º" (ob. cit. pág. 25) -y, obviamente, del resto de concreciones de la misma que se advierten en el texto constitucional-.

¹¹⁹ El principio de constitucionalidad, para los poderes públicos, al margen del propio art. 9. 1º, se ratifica en preceptos como el 97. 1º, 103. 1º y 106. 1º, que sujetan la actuación del Gobierno y de la Administración a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La vinculación de la Corona a la Constitución se reitera en preceptos como el 62 y 63, y la de las Comunidades Autónomas, al margen de otras disposiciones (como los artículos 133, 147), deriva, con nitidez, del artículo 155.

Constitución¹²⁰. Particular atención requieren estas reiteraciones de la normatividad constitucional cuando se establecen respecto de algunos ámbitos materiales concretos (partidos, sindicatos, centros privados de enseñanza, estados de excepción, Corona, ámbito autonómico¹²¹), como es el caso de las FAS en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE. Mención singular merece, también, el art. 53. 1º, pues supone la clara voluntad constitucional no sólo de reforzar la normatividad de los derechos fundamentales para los poderes públicos, sino que se conmina a tales poderes a la propia efectividad de los derechos y libertades. La atención presente se debe centrar en descubrir cuál es el significado y alcance de estas previsiones constitucionales que reiteran la sujeción a la Constitución y, de forma concreta, apreciar el alcance de la sujeción a los principios constitucionales dispuesto para el ámbito militar.

¹²⁰ La vinculación constitucional, al margen del propio art. 9. 1º, es reiterada respecto de los tratados internacionales y de las demás normas que emanan de los poderes del Estado en el ámbito de sus competencias constitucionales, así, en los artículos 95 (Tratados internacionales), el 97. 1º (reglamentos) o el 161 (leyes y disposiciones con fuerza de ley).

¹²¹ Así, se pueden encontrar algunas remisiones particulares de la sujeción constitucional para algunos ámbitos materiales de ordenación, en los cuales el constituyente creyó conveniente recordar la vinculación constitucional, por tratarse de áreas en las que fuese preciso despejar posibles dudas o evitar construcciones jurídicas tendentes a *evadir* la normatividad constitucional.

Estas remisiones particulares de la sujeción a la Constitución son las siguientes: "dentro del respeto a la Constitución" en los artículos 6 y 7 -partidos, sindicatos y asociaciones empresariales-; "dentro del respeto a los principios constitucionales", artículo 27. 6º -en materia de enseñanza-; "dentro de los términos de la presente Constitución" en el artículo 55 -estados excepcionales-; la misma técnica mencionada utilizada en los artículos 62 y 63 "en los términos previstos en la Constitución" o "de conformidad con la Constitución y las leyes" -competencias reales-; "de acuerdo con la Constitución" en el artículo 87; "de acuerdo con la Constitución y las leyes", artículo 133; "dentro del marco establecido por la Constitución", artículo 147 -ámbito autonómico-. Como se verá, al igual que las citadas, las remisiones a la conformidad a los principios constitucionales contenidas en los arts. 8. 2º y 117. 5º, deben considerarse recordatorios de la plena sujeción constitucional.

B) La referencia a los "principios constitucionales" contenida en los arts. 8 y 117 CE para nuestra doctrina

Lucas Verdú afirma que los "principios constitucionales" referidos en el artículo 8 no sólo son los contenidos en el Título I, sino también los principios explícitos e implícitos contenidos en todo el texto constitucional¹²². Serrano Alberca agrupa tales principios en tres grandes grupos: los principios y valores aplicables con carácter general que están reconocidos a lo largo de todo el texto constitucional; los principios propios de la Administración reconocidos en los artículos 103 a 106 y, en tercer y último lugar, los principios especialmente aplicables a las FAS, esto es, la subordinación y obediencia de las FAS al Gobierno, el mando supremo del Rey, el apartidismo y la especialidad de la jurisdicción militar¹²³. A este último grupo de principios Fernández Segado añade el derecho y el deber de defender España y la configuración de un estatuto jurídico peculiar para los miembros de las FAS bajo los principios nucleares de unidad, disciplina y jerarquía¹²⁴.

En consecuencia, desde la perspectiva de estos autores, bajo la calificación de "principios" se recogería toda la regulación constitucional atinente a lo militar. Esta es la posición que aquí se sostiene, pero con una diferencia jurídica importante: para estos autores, dicha regulación constitucional parece contar únicamente con la eficacia de principios jurídicos, cuando, tal y como a continuación se sostiene, la eficacia de la Constitución en lo militar no es otra que la que la propia norma confiere a sus preceptos, es decir, ya como valores, ya como principios, ya como reglas o mandatos.

¹²² Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo, "El Título I del Anteproyecto Constitucional. (La fórmula política de la Constitución)", en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 9 y ss. En concreto pág. 23.

¹²³ Cfr. SERRANO ALBERCA, José Manuel, "Comentario al artículo octavo"... cit., págs. 125-129.

¹²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional... cit., pág. 67. Coincide con conjunto de principios BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa*,... cit., págs. 80-84, sin perjuicio de su afirmación general, contenida *infra*.

Por su parte, López Ramón, en coherencia con su construcción administrativa de las FAS, subraya que la remisión del artículo 8. 2º a la organización de las FAS de conformidad con los principios viene referida a los principios que rigen la actuación de la Administración (arts. 103 y ss.)¹²⁵.

Más próximas a lo que a continuación se sostiene son las posiciones mantenidas por Blanco Valdés, López Garrido, o Blanquer. El primer autor de los citados afirma que la remisión a los principios constitucionales en el artículo octavo plantea "al legislador ordinario el mandato de derogar lo que por muchos ha sido llamado el ordenamiento jurídico castrense, el derecho militar, entendido como un sector del ordenamiento inmune o situado al margen de los valores y principios generales que informan la totalidad del ordenamiento jurídico del Estado"¹²⁶. En un sentido cercano, López Garrido, siguiendo a Vergottini, cree que el mandato del artículo 8. 2º indica el propósito de garantizar una completa permeabilidad entre el ordenamiento del Estado y el militar, tradicionalmente separado, eliminando las reservas que pueda haber entre el poder ejecutivo y el vértice militar¹²⁷. Para Blanquer, la remisión a los principios constitucionales significaría la necesaria integración y compatibilización de la seguridad del Estado con los derechos fundamentales¹²⁸. Supondría, pues, un *recordatorio* de que, si bien las *necesidades de la defensa* son un bien constitucional que merece particular protección, los derechos y libertades gozan de una

¹²⁵ Cfr. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., concretamente en la pág. 332, desarrollando la acomodación a los principios administrativos de tal página a la 352. Esta idea la ratifica en su trabajo LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas", cit. pág. 2589, donde señala que la referencia sería inútil si no viniese referida concretamente a los principios del artículo 103 CE.

¹²⁶ BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional de la defensa...* cit., pág. 81. Cabe recordar no obstante la afirmación inicial de este autor en la que parece admitir la existencia de un ordenamiento aislado, que hay que "reducir al mínimo", ya cit. pág. 24.

¹²⁷ Cfr. LÓPEZ GARRIDO, Diego, "La posición constitucional..." cit., págs. 963-964.

¹²⁸ Cfr. BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución...* cit., págs. 234-235.

¹²⁹ En esta sentencia se afirmaba que "El texto constitucional, [...] impone una revisión profunda de la regulación del Servicio Militar obligatorio -para ponerla en consonancia con los principios y valores constitucionales (art. 8.2 CE.)"

especial relevancia constitucional; de la referencia a los "principios" - afirma-, cuanto menos, no puede deducirse inferioridad alguna respecto de la defensa nacional.

C) La escasa atención del Tribunal Constitucional a las referencias de sujeción a los principios constitucionales

Son escasas las consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional al respecto del significado que tienen las alusiones a los principios constitucionales contenidas en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE. Por cuanto al primero de los preceptos, la única alusión de "los principios y valores constitucionales" (art. 8. 2º CE) servía para apoyar la "revisión profunda" que el texto constitucional ha impuesto sobre la regulación del servicio militar (sentencia 69/1991, de 14 de marzo, FJ 5º¹²⁹). Así pues, se trataba de un mero apoyo inconcreto que ponía de manifiesto la influencia general de la Constitución sobre un aspecto propio del ámbito de la defensa, el servicio militar. Mayor importancia han tenido las alusiones a los principios constitucionales respecto de la jurisdicción castrense. A decir del Tribunal "el art. 117.5 C.E [...] impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa" (sentencia 60/1991, de 14 de marzo, FJ 3º)¹³⁰. De este modo, la referencia a los principios se identifica con el seguimiento de mandatos concretos como lo son los derechos y garantías básicas; y éstos no se tienen en cuenta en condición de principios. Así, tras la anterior afirmación,xxx el Tribunal ha llegado a concretar que, en virtud de la alusión a los principios constitucionales, los órganos de la jurisdicción militar "están vinculados a los derechos y libertades fundamentales como todos los poderes públicos y que en el ámbito de su competencia [...] han de tutelar igualmente los derechos y libertades señalados

¹³⁰ Esta referencia se reitera en la sentencia 204/1994, de 11 de julio (FJ 4º) y en la sentencia 113/1995, de 6 de julio (FJ 7º).

en el art. 53.2 de la Constitución." (sentencia 113/1995, de 6 de julio, FJ 6º). En consecuencia, aunque con alguna imperfección técnica¹³¹, la referencia en el artículo 117. 5º a los principios constitucionales ha sido adecuadamente seguida por el Tribunal, pues no se ha interpretado en el sentido de que el legislador y la propia jurisdicción militar sólo se tuvieran que sujetar a los contenidos constitucionales en tanto que meros principios jurídicos¹³².

3º La posición aquí sostenida: los arts. 8. 2º y 117. 5º CE evitan cualquier negación de la plena normatividad constitucional para el ámbito militar

A) La poca operatividad que podría alcanzar una lectura negativa de lo dispuesto en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE

Una lectura negativa de estos preceptos supondría entender que en ellos se establece una flexibilización del alcance normativo de la Constitución. Se entendería que para el ámbito militar las reglas y

¹³¹ Se señala alguna imperfección como la que se aprecia en la misma sentencia 113/1995, de 6 de julio 8, (FJ 6º) donde se afirma que "los órganos de la jurisdicción militar *deben ejercer su potestad jurisdiccional «de acuerdo con los principios de la Constitución»* (art. 117. 5, in fine, CE)". Ello supone, sin duda una lectura descuidada de este precepto que, recordemos, reza lo siguiente: "La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución." Claro está que resultaría peligroso considerar que la jurisdicción militar sólo se debe a los "principios constitucionales", cuando en modo alguno se advierte en el art. 117. 5º esta consideración.

¹³² Cuestión diferente, claro está, es que la jurisprudencia constitucional haya sido escrupulosa a la hora de apreciar si la jurisdicción militar en su actuación o la regulación de la misma por el legislador han seguido fielmente los mandatos constitucionales, en particular, el respeto de los derechos y garantías del militar. Sobre la jurisdicción militar, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Nuevo perfil orgánico y competencial de la jurisdicción militar", en AA. VV, *Jornadas de Estudio...* cit. págs. 2855- 2903. Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992; especialmente ofrece una visión desarrollada y crítica del respeto de los principios constitucionales SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996, en dicha obra no se duda en considerar que no se ha respetado la independencia e inamovilidad de los jueces militares (págs. 151-204), así como que la jurisdicción militar vulnera tanto el principio de unidad (págs. 237-243) cuanto el principio de exclusividad (págs. 244-265).

mandatos contenidos en la ley de leyes no regirían como tales reglas y mandatos (que indefectiblemente deben ser cumplidos) sino en calidad de meros principios jurídicos (cuyo cumplimiento se puede graduar y relativizar, pues queda a expensas de las posibilidades reales y jurídicas).

Ahora bien, de seguirse esta lectura negativa los resultados serían incoherentes o, cuanto menos, esta *presunta* reducción a principios del alcance de la ley de leyes, quedaría, por necesidad, muy mermada. En primer lugar, en virtud del artículo 53, para los poderes públicos los derechos fundamentales no pueden en ningún caso, quedar reducidos a la mera condición de principios jurídicos; estos derechos quedarían, pues, fuera de un hipotético ámbito de autolimitación de los artículos 8 y 117¹³³. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que toda excepcionalidad debe ser interpretada restrictivamente; de ahí que debería entenderse también de forma restringida el alcance objetivo y subjetivo de estas *presuntas* mitigaciones de la normatividad de la Constitución. Como consecuencia de esta necesaria lectura restrictiva, por lo que se refiere al art. 8. 2º, esta hipotética flexibilización sólo alcanzaría a la regulación de las "bases" -sólo las bases¹³⁴- de la "organización

¹³³ Sobre la funcionalidad de lo dispuesto en el art. 53. 1º CE, véase MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 585-633, en la pág. 592; SANCHEZ FERRIZ Remedio, "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos", *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 36, 1992, págs. 235-254, en concreto en las págs. 243 y ss.; MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996. pág. 4 recuerda que "la sujeción general del legislador a la Constitución se hace más intensa cuando están en juego los derechos fundamentales".

Desde aquí se pretende subrayar que el empleo del término "todos" excluye expresamente que en el terreno de lo militar los derechos y libertades sólo actúen como principios jurídicos que el legislador debe respetar.

¹³⁴ De haber prosperado la rechazada enmienda del diputado GASTÓN SANZ al artículo 8. 2º sí que se entendería que *toda* la organización militar sería diseñada por ley sujetándose únicamente a los principios constitucionales. Dicha enmienda propugnaba la siguiente redacción: "Una ley regulará la organización militar con arreglo a los principios de la siguiente constitución", véase CORTES GENERALES. *Constitución española...* ob. cit. pág. 919. Por ello, respecto del art. 8. 2º el legislador sólo regularía conforme a los meros principios las bases de la organización militar, y no toda la organización militar.

"La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", Revista de Derecho Político de la UNED, nº 50 (2001)

militar" -y no toda la defensa nacional¹³⁵-. Además, esta "autoderogación" del alcance normativo se reduciría a la actuación del legislador orgánico (no a las normas del legislador ordinario, ni a las emanadas del Gobierno¹³⁶.)

Cabe recordar que, precisamente, la única variación existente entre este precepto del anteproyecto y el aprobado finalmente resulta de la variación de lo señalado en cursiva – "dentro de" que pasó a ser "conforme a"–, corrección de estilo que se produjo en la Comisión constitucional del Senado a raíz de la proposición del Sr. Baeza Martos (cfr. CORTES GENERALES, *Constitución española.*, cit., págs. 9 y 3115 y ss). El peso del consenso sobre la materia fue abrumador.

¹³⁵ El objeto de regulación de la ley orgánica a la que hace referencia el art. 8. 2º sólo vendría referido a la organización militar y no a la "defensa nacional" (término cuya amplitud resulta extraordinaria -véase sino la definición incluida en el art. 2 la LODNOM-). En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., pág. 348 acertadamente ha criticado dicha interpretación extensiva del alcance de la reserva orgánica del art. 8. 2º CE. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional..." cit., pág. 65 por contra, entiende que la organización de las FAS no puede desvincularse del concepto de defensa nacional, puesto que las FAS son elemento central de ésta. La doctrina sobre materias conexas asentadas en la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto inclina a pensar la razón del primero; una posible revisión del Tribunal Constitucional podría privar del carácter de orgánico a los preceptos que no atiendan a la organización militar, dado que el legislador no los indicó como debía de haber hecho.

¹³⁶ Esta hipotética y específica sujeción constitucional no se daría con las leyes o demás normas que en desarrollo de tales bases, la ley orgánica determine o posibilite. No olvidemos la importancia de esto último, por cuanto el articulado de la referida LODNOM, determina la existencia de un total de dieciséis leyes que desarrollen las bases que en esta norma orgánica se incluyen. En consecuencia, esta presunta flexibilización de la normatividad constitucional no vendría referida respecto de estas leyes de desarrollo.

Según la doctrina, dichas "bases de la organización militar son los criterios generales, fundamentales por los que ha de regirse la organización militar, no tiene nada que ver con las "bases" de una delegación legislativa (arts. 82-85 CE), ni puede identificarse con las leyes marco (art. 150. 1º CE), sino que ha de entenderse como noción material. (En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La posición constitucional..." cit., pág. 64, SERRANO ALBERCA, José Manuel, "Comentario al artículo octavo",... cit., pág. 125 y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica...* cit., pág. 347 nota a pie nº 56). Del mismo modo lo entendió el legislador al establecer por ley orgánica no el contenido de unas bases a desarrollar por delegación legislativa conforme al los artículos 82 y ss. de la Constitución, sino, las bases materiales de la organización de la Administración militar. Así ha sucedido en las dos ocasiones que se ha regulado por ley orgánica en virtud del artículo 8. 2º de la Constitución: en la LODNOM 6/1980 de 1 de julio y en la reforma de ésta por la LODNOM 1/1984, de 5 de enero.) Por ello, la *solá* conformidad a los principios constitucionales se daría únicamente para con la ley orgánica, y sólo en cuanto determine las bases de la organización militar (no de la defensa nacional).

Por lo que concierne a la jurisdicción militar, la conformidad a los principios constitucionales del art. 117. 5º, debe interpretarse sólo referida a la determinación legal de esta jurisdicción y de su ámbito. Como se ha señalado, el artículo 117. 5º en modo alguno puede significar que la jurisdicción militar en el ejercicio de sus funciones sólo tenga en cuenta los principios constitucionales. Como consecuencia de lo expuesto, tanto para el art. 8. 2º, como para el art. 117. 5º, el alcance de estas *autolimitaciones* devendría ciertamente reducido.

B) Una lectura positiva en virtud de la interpretación sistemática

Una lectura positiva respecto de la normatividad constitucional, implica entender que las expresiones contenidas en los artículos 8. 2º y 117. 5º CE. refuerzan el principio de constitucionalidad del art. 9. 1º para el ámbito militar. Esta es, a mi juicio sin duda, la lectura que cabe inferir de lo dispuesto en estos preceptos; una lectura sistemática de la Constitución¹³⁷ es la que nos lleva a esta conclusión.

Y es que tal y como se indicó al inicio de este apartado, en la norma suprema se encuentran una serie de concreciones y reiteraciones de la regla general del art. 9. 1º relativas a unos ámbitos materiales concretos (partidos, sindicatos y asociaciones empresariales, educación y enseñanza privadas, estados excepcionales, Corona, Estado de las Autonomías, etc.¹³⁸.) La voluntad es clara en todos los casos, se trata de parcelas en las que, al igual que sucede en el marco militar, por la historia y/o por su propia naturaleza la plena normatividad constitucional pudiera

¹³⁷ Respecto de la interpretación sistemática constitucional, entre otros, véase el trabajo de ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; FREIXES SANJUÁN, Teresa, "Una aproximación al método de interpretación constitucional", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 4, 1993, págs. 37-50, en concreto, págs. 42-45 y ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional* (Vol. I), 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 159-167

¹³⁸ Véase *supra* nota a pie nº 121.

ponerse en entredicho, de ahí que la ley de leyes expresamente reitere su plena normatividad para estos contextos conflictivos. *La voluntad constitucional expresada en estos preceptos no persigue otro fin que asegurar y reforzar la plena normatividad, frente a posibles desvirtuaciones que pudiesen darse de la regla general contenida en el art. 9. 1º CE.*

Así pues, este análisis estructural-formal concluye en la línea de lo ya afirmado en los apartados anteriores: *los artículos 8. 2º y 117. 5º en modo alguno suponen una limitación del alcance normativo de la Constitución para las FAS. Justamente, lo que contienen son unas referencias expresas que aseveran la completa vinculación normativa de la ley de leyes frente a antiguas concepciones que inmunizaban a las FAS y al ordenamiento militar de su sujeción al ordenamiento civil y general. Debe entenderse la remisión a los principios como una garantía que impide interpretación alguna que excluyera a las FAS de su sujeción a la Constitución.*

VI. A modo de conclusión: convergencia social, convergencia en Derecho. El binomio Constitución-Fuerzas Armadas por encima de lo normativo

La plena sujeción constitucional que desde diversas perspectivas se ha defendido a lo largo de este estudio debe suponer la definitiva ubicación de las FAS en el Estado social y democrático de Derecho y, en consecuencia, la plena convergencia civil-militar. Lejos de antiguas afirmaciones que rezaban la incompatibilidad de la democracia y la libertad con los Ejércitos y de los militares con la sociedad¹³⁹, es la propia Constitución la que

¹³⁹ Son diversas las consideraciones realizadas acerca de la compatibilidad de los elementos propios de las FAS con la libertad y la democracia. Se ha afirmado de los militares que su pensamiento "se opone a la democracia y que desea organizar la sociedad sobre la base de la cadena de mando. Independientemente de si estas conclusiones son acertadas, el método utilizado para llegar a ellas es, a la vez, subjetivo y arbitrario"(Cfr. HUNTINGTON, Samuel P. *La mentalidad militar...* cit. pág. 187.) Es posible atribuir el carácter antidemocrático o contrario a las libertades a algún sector de las FAS, y especialmente teniendo en cuenta las circunstancias históricas concretas y el peso del protagonismo pasado en la vida política. Si bien, no parece correcto atribuir este carácter

afirma que tanto en sus funciones, en sus fines y en sus medios debe darse una perfecta avenencia.

En un principio se señaló que los dualismos jurídico y sociológico quedaban íntimamente relacionados; no en vano, tras los dos se escondía la adecuación de las FAS al contexto actual (social, político, económico y jurídico). La necesaria convergencia civil-militar se proyecta sobre el Derecho de una manera insospechada: las construcciones jurídicas específicas que se daban para lo militar deben ceder su puesto a las categorías generales empleadas en Derecho público. Abordar la singularidad jurídico-militar con los parámetros generales ofrece importantes ventajas. *Las cláusulas generales de necesidad, proporcionalidad¹⁴⁰ y, en el marco de los derechos y libertades, el respeto de su contenido esencial son herramientas jurídicas suficientes para impulsar la necesaria una adecuación del Derecho militar al sistema constitucional. Y lo que es más importante, en modo alguno la verdadera eficacia de la institución militar debe quedar afectada con una correcta aplicación de estas técnicas generales.* La estructura de las categorías jurídicas a las que se ha hecho mención da perfecta cabida a los datos objetivos y empíricos de la realidad, a las

como típico de la mentalidad militar Así, por ejemplo, GIMÉNEZ RIUTORD, Domingo, en *España: Ejército y Cambio*, Miguel Font Editor, Mallorca, 1989, pags. 17 y 18.)

En el año 1928, Pumarola escribía (PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército. (Vulgarización sobre los fines y medios del Ejército en la sociedad actual)*, Católica Toledana, Toledo, 1928,. cita de la pág. 32):

"Existe el prejuicio de incompatibilidad entre el Ejército y la Democracia. Realmente ese perjuicio tendría razón de ser si el Ejército hubiera permanecido estacionado y no hubiese sufrido evolución siguiendo la marcha imperiosa del progreso. Todavía hay quien cree que no puede vivir el ejército, sin un poder regulador autocrático de los de arriba, y una obediencia ciega en los de abajo. Nada, sin embargo más opuesto a la realidad. "

¹⁴⁰ Entre otros, al respecto de estas exigencias en general, no sólo respecto de los derechos fundamentales, puede seguirse el completo estudio de ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad...*, cit., en concreto, págs. 452-458 (necesidad) y 458-506 (proporcionalidad), así como el monográfico dedicado a la misma en *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, nº 5, dicimbre de 1998. Esta perspectiva general es la que particularmente interesa respecto del ámbito militar, pues, si bien la peculiaridad castrense afecta al estatuto del militar de forma usual, no necesariamente deben quedar afectados los derechos y libertades; de ahí que la atención a las cláusulas de necesidad y proporcionalidad desde la perspectiva general resulte de gran interés.

verdaderas necesidades de la defensa. El Derecho constitucional no *da la espalda* a la ya aludida "primacía de los hechos" de la que hablaba el Diputado Sr. Solana y con la que se iniciaba este estudio. Antes al contrario, las necesidades de la defensa, la disciplina, incluso el "honor militar", son bienes jurídicos que la Constitución no sólo admite, sino que también protege. No en vano la garantía de estos bienes constitucionales redundará en el mantenimiento del Estado, y no otro que el Estado constitucional. La eficacia de las FAS no tiene por qué quedar desguarnecida pese a que se sitúe en el marco de la necesidad y proporcionalidad, en el contexto del valor preferente de los derechos y libertades y la órbita propia de una "sociedad democrática"¹⁴¹.

El empleo de las técnicas generales, ajenas a la excepcionalidad, implicará a la larga la normalización del Derecho militar y su plena adaptación al sistema constitucional; se tratará ciertamente de alcanzar el aludido *modelo constitucional* de FAS o, en otros términos, la concepción que tiene la ley de leyes de la institución castrense. Se logrará así hacer buena la aseveración de Von der Goltz, quien afirmó que "La organización de las fuerzas militares depende del grado de civilización"¹⁴², y ante este reto queda la civilización de la democracia y los derechos y libertades¹⁴³.

¹⁴¹ Se hace referencia a un típica cláusula de admisibilidad de los límites a los derechos y libertades reconocida en los textos internacionales. (Así en la DUDH en su genérico artículo 29. 2º, hace referencia al reconocimiento y el "respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" -extrañamente no hace referencia a la seguridad nacional). Especial significación tiene la alusión a las "medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional" en los preceptos que reconocen derechos el CEDH (arts. 6. 1º, y 8, 9, 10 y 11). Fórmula casi idéntica se presenta en el PIDCP y el PIDESC: "restricciones necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional".

Al respecto de las exigencias a los límites a los derechos en el contexto europeo, véase, FREIXES SANJUÁN, Teresa, "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11-12, págs. 97-115, en concreto véanse las págs. 101 a 106.

¹⁴² Así, citado en PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. pág. 9

¹⁴³ En este sentido sea válido recordar a BURDEAU cuando afirma que "la democracia sólo accesoriamente se puede considerar una forma de gobierno. Es una filosofía, una religión, un modo de vida, un estilo de relaciones humanas". (cfr. BURDEAU, G. *Traité de science politique*, (vol. V) L. G. D. J, Paris, 1985, pág. 514, cita recogida en SÁNCHEZ

Nada mejor, por último, que recordar algunas afirmaciones en relación con la convergencia civil-militar:

"La obra de compenetración y de unión solamente tendrá éxito, si al propio tiempo que la pretenden las leyes y reglamentos, se cumple en las inteligencias y en los corazones."¹⁴⁴

"no basta con que *formalmente* las FAS estén bajo la autoridad jerárquica del Gobierno; es necesario que *materialmente*, ideológicamente, sociológicamente, las FAS sean una institución integrada en los principios constitucionales democráticos"¹⁴⁵.

Por ello, cabe finalizar el presente estudio advirtiendo los efectos consiguientes a la plena normatividad de la Constitución. La referencia contenida en los artículos 8. 2º y 117. 5º C. E, tal y como se ha apreciado, supone la específica voluntad constitucional de ubicar definitivamente a las FAS en el contexto axiológico y xxxprinciplial que supone la norma de normas. Ya no se trata de sujetar a las FAS y al ordenamiento militar al *tamiz* normativo de la Constitución. La plena proyección Constitucional para este ámbito trasciende, incluso, del plano puramente jurídico-normativo, impone, indefectiblemente, la necesidad de internizar en las FAS los valores y principios constitucionales, entre los que cobran especial significación, en virtud de los artículos 1. 1º y 10. 1º, los derechos fundamentales y libertades públicas.¹⁴⁶

FERRIZ, Remedio y JIMENA QUESADA, Luis, en *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 24.

¹⁴⁴ Cfr. PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. pág. 37..

¹⁴⁵ Cfr. LÓPEZ GARRIDO, Diego, en "La posición constitucional..." cit. pág. 963.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 44-50, enero de 1985 - diciembre de 1987, págs. 89 - 133, pág. 129 ha señalado, sin duda con acierto, que la tenencia de una escala de valores es imprescindible para la institución que posee la fuerza legítima del Estado, pues, de faltar ésta se trataría más de una horda o facción armada que

Precisamente, que la institución militar haga suyos los valores contenidos en la Constitución impide que las FAS constituyan una eficaz arma al servicio de una idea, desnuda, del Estado. Los valores que integra la Constitución son, precisamente, los pilares básicos del objeto de defensa de los Ejércitos -el Estado, y no otro que el social y democrático de Derecho¹⁴⁷-. La plena asimilación de estos valores por la institución militar contribuirá, sin duda, a la máxima entrega por parte de aquéllos a quienes la sociedad confía su defensa última¹⁴⁸.

de un auténtico Ejército. Son precisamente los valores y principios constitucionales el referente objetivo con el cual construir tal escala de valores del militar, al respecto, en breve, COTINO HUESO, Lorenzo "Constitución, democracia y derechos en el seno de la enseñanza militar", cit.

¹⁴⁷ En este sentido es menester recordar que el Estado constitucional es el objeto de defensa de las FAS, y el mismo cabe percibirlo desde la nueva concepción de la soberanía y de la nación en virtud de la democracia y los derechos y libertades. Al respecto, véase BASTIDA, Xacobe, *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998; así como, en particular, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, cit. págs. 9-20 y HABERMAS Juergen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989.

La necesidad de vincular a las FAS con un sentimiento constitucional la apunté en algunos de los trabajos anteriormente citados, donde se incidía respecto del objeto de la educación prefijado por nuestra Constitución (art. 27. 2º CE). Cabe señalar, no obstante, la concreta atención mostrada al respecto en el citado estudio de HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización... en concreto, véanse las págs. 21-24.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El perfil diferencial... ", cit. pág. 116 ha afirmado que la política en favor de una Defensa *eficaz* no sólo incluye la dotación de armas y técnicas a las FAS, sino que, además, debe prestar igual asistencia al mantenimiento de lo que se ha denominado "el plano moral de la defensa". Se quiere subrayar ahora que la asimilación de los valores y principios constitucionales por el estamento armado contribuye inexorablemente al eficaz desempeño de las funciones constitucionales de las FAS.