

**“Evolución de la legislación militar y de defensa durante el período constitucional”**

Lorenzo Cotino Hueso, Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia<sup>1</sup>

**Congreso Fuerzas Armadas y políticas de Defensa: transición y modernización**

Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 28 de febrero- 2 de marzo de 2006

Panel 4: De la Ley Básica de la Defensa (1980) a la Ley de la Defensa Nacional (2005)

Sumario:

---

<b>A) UNA VISIÓN DE NUESTRO DERECHO MILITAR DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978: LA LENTA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MILITAR .....</b>	<b>2</b>
<b>B) LAS “VIEJAS” REALES ORDENANZAS DE LAS FUERZAS ARMADAS DE 1978 Y LAS ANUNCIADAS FUTURAS ORDENANZAS .....</b>	<b>4</b>
<b>C) LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL.....</b>	<b>10</b>
1. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN HASTA LA FECHA .....	10
2. ELEMENTOS BASILARES DE LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA NACIONAL DE 2005 Y SU VALORACIÓN 13	
<b>D) EL DERECHO DE EXCEPCIÓN.....</b>	<b>18</b>
<b>E) EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO MILITAR Y LA JURISDICCIÓN CASTRENSE.....</b>	<b>19</b>
<b>F) LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y EL SERVICIO MILITAR.....</b>	<b>24</b>
1. LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL .....	24
2. LA REGULACIÓN DEL SERVICIO MILITAR HASTA SU SUSPENSIÓN .....	26
<b>G) PARA CONCLUIR, UNA VALORACIÓN DE NUESTRA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN AÚN INACABADA DE NUESTRO DERECHO MILITAR.....</b>	<b>26</b>
1. CASI TRES DÉCADAS DE TRANSICIÓN EN LA LEGISLACIÓN MILITAR, AÚN NO CULMINADA .....	26
2. PARA CONCLUIR: CUESTIONES PENDIENTES EN ESPECIAL LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	30

---

<sup>1</sup> [cotino@uv.es](mailto:cotino@uv.es), [www.cotino.net](http://www.cotino.net), Lorenzo Cotino es autor de “El modelo constitucional de Fuerzas Armadas” investigación por la que recibió diversos premios nacionales (premios Ejército y Ministerio de Defensa) así como de numerosas publicaciones (accesibles en [www.cotino.net](http://www.cotino.net)), asimismo es responsable de [www.derechomilitar.com](http://www.derechomilitar.com)

## A) Una visión de nuestro Derecho militar desde la Constitución de 1978: la lenta constitucionalización de la legislación militar

Como no podía ser de otra manera, desde el avènement del sistema democrático constitucional en España se ha registrado una importante evolución de la legislación atinente a las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS) y la defensa. Parece recomendable acercarse someramente a los diversos textos normativos básicos desde una perspectiva genérica, sin profundizar en su contenido normativo, sino más bien para aproximarse al valor especialmente político (de política normativa) de cada una de estas normas. No cabe duda de que para una percepción concreta de los diferentes ámbitos del Derecho militar hay que acudir a una nutrida bibliografía<sup>2</sup>. En este punto, me limito a remitirme a la que considero más relevante en cada ámbito: Derecho militar comparado<sup>3</sup>; el punto de vista constitucional general<sup>4</sup>; el ámbito más concreto de los derechos fundamentales del militar<sup>5</sup>; el régimen del personal militar<sup>6</sup>; el Derecho de la guerra desde un punto de vista constitucional<sup>7</sup>; la Jurisdicción militar y el Derecho procesal castrense<sup>8</sup>; el Derecho penal

---

<sup>2</sup> Véase, [www.derechomilitar.com](http://www.derechomilitar.com). Me permito remitirme a la selección de trabajos sobre Derecho militar que refiero en COTINO HUESO, Lorenzo, *Guía de recursos para el estudio de la Paz, la Seguridad y la Defensa*, Instituto Gutiérrez Mellado, Madrid, 2003. Asimismo, en general hay que tener en cuenta la *Revista Española de Derecho Militar*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa dirigida por José Luis Rodríguez-Villasante.

<sup>3</sup> Por todos, el trabajo internacional en el que tuve la suerte de participar por España, NOLTE, Georg, *European Military Law Systems – Country Reports on the Laws of Belgium, Denmark, Germany, France, Italy, Luxemburg, the Netherlands, Poland, Spain and the United Kingdom and a General Report with Proposals for Harmonisation*, De Gruyter, Berlin, 2003. (908 págs).

<sup>4</sup> Por todos, BLANCO VALDÉS, Roberto L., *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988; COTINO HUESO, Lorenzo, *El modelo constitucional del Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales- Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002; DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Recientemente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier (coord.), *25 años de Constitución y Fuerzas Armadas*, Pórtico-Lucas Mallada, Zaragoza, 2004.

Desde el punto de vista de la Unión Europea, recientemente, RAMÓN CHORNET, Consuelo, (coord.), *La política de seguridad y defensa en el tratado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

<sup>5</sup> BLANQUER CRIADO, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996; COTINO HUESO, Lorenzo, *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; PEÑARRUBIA IZA, Joaquín, *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

<sup>6</sup> ALLI TURILLAS, Juan Cruz, *La profesión militar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000; AA.VV. *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, (coordinado por López Ramón, Fernando y Fernández López, Javier), Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 'Lucas Mallada', Academia General Militar, Madrid, 1995.

<sup>7</sup> Para una perspectiva de Derecho comparado, por todos, GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, "Guerra y Derecho constitucional. La formalización del inicio de la guerra mediante su declaración en Derecho internacional y en Derecho interno", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 32, 2001, págs. 5-46.

<sup>8</sup> AA.VV., *Constitución y jurisdicción militar*, (Cuadernos 'Lucas Mallada', n° 2), Zaragoza, Pórtico 1997; CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico n° 2, 1992; SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996.

militar<sup>9</sup>; el Derecho disciplinario militar<sup>10</sup>; el Derecho de excepción<sup>11</sup>, los servicios de inteligencia<sup>12</sup>, así como lo relativo al Servicio militar y la Objeción de conciencia<sup>13</sup>.

Recién aprobada la Constitución, Casado concluía un excelente trabajo afirmando:

“Creemos que la Constitución es válida para configurar unas Fuerzas Armadas en sintonía con las demás instituciones del Estado, que no se sientan como un cuerpo extraño a la sociedad de la que forman parte y a la que sirven y cuyos miembros vibren al unísono con las inquietudes e ilusiones de sus conciudadanos y quisiéramos, desde aquí, llamar de antemano la atención para que la legislación, sin duda amplia y abundante, que vaya a desarrollar estos preceptos constitucionales, sea coherente con ellos y no desvirtúe su letra ni su espíritu.”<sup>14</sup>

Desde la perspectiva más de política normativa que propiamente jurídica de este estudio, cabe significar la lenta pero paulatina adecuación del ordenamiento militar a la Constitución. Bien difícil es, como advirtió Mancini, introducir en los cuarteles la Constitución<sup>15</sup>, es decir, determinar cómo y en qué medida debe proyectarse la norma suprema en el mundo castrense. Se ha tratado -y se trata- ni más ni menos que de adecuar un ordenamiento tan particular como el castrense, sin tradición democrática alguna, al conjunto de de las reglas y principios propios de un Estado constitucional democrático. Al final de este estudio, tras una descripción de la labor normativa fundamentalmente acometida se opera una valoración del proceso, aún inacabado.

<sup>9</sup> BLECUA FRAGA, Ramón, y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis, (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988; MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Notas al Código criminal Militar y legislación complementaria*, Tecnos, Madrid, 1992; HIGUERA GUIMERA, J. F., *Curso de Derecho criminal Militar Español*, (Tomos I y II), Bosch, Barcelona, 1990; ROJAS CARO, José, *Derecho procesal penal militar*, Tecnos, Madrid, 1990.

<sup>10</sup> Por todos, RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *Comentarios a la ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Leoy orgánica 8/1998)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.

<sup>11</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, recientemente, MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores, *La suspensión individual de Derechos y Libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español : un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Comares, Granada, 2002.

<sup>12</sup> Desde el punto de vista jurídico, Ruiz Miguel, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional*, Madrid, Tecnos, 2002. Asimismo, por todos, DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M., *Los servicios de inteligencia españoles : historia de una transición*, Alianza, Madrid, 2005.

<sup>13</sup> BLANQUER CRIADO, David, *Ciudadano y soldado... cit*; AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, Fernández Segado, Francisco (editor), Dykinson-Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994; AA. VV. , *La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996; AA.VV., *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997.

Sobre objeción de conciencia, entre otros, OLIVER ARAUJO, Joan, *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1992; CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991; CAMARASA CARRILLO, J, *Servicio militar y objeción de conciencia*, Pons, Madrid, 1993.

<sup>14</sup> CASADO BURBANO, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 36, julio-diciembre de 1978, págs. 7-42, cita de la pág. 41.

<sup>15</sup> 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.

## B) Las “viejas” Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 1978 y las anunciadas futuras ordenanzas

Tras casi dos siglos de vigencia de las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768, parecía obvia la necesidad de renovar una normativa que había de regir la vida militar. Las reglas de vida de las unidades militares, los principios de la disciplina y los valores castrenses, así como los derechos y obligaciones del servidor de armas, pese a tratarse de un ámbito como el militar tan reacio a todo tipo de cambios, habían de renovarse. De hecho, tal necesidad ya se había advertido antes de la democracia<sup>16</sup>, así las cosas, mayor exigencia de cambios había de significar la entrada en un régimen constitucional. Sin embargo, no fue así.

El 28 de diciembre se promulgaron las Reales Ordenanzas de las FAS<sup>17</sup>. Su aprobación, pues, fue paralela a la de la norma suprema, y, por ello, coetánea a la máxima expresión jurídica que atestiguaba el cambio a un régimen democrático. Por ello, en la teoría, la aprobación de la Constitución y el definitivo cambio de régimen suponían el momento idóneo para que “la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros” (art. 1 Reales Ordenanzas) recogiese todos los postulados constitucionales. Las Reales Ordenanzas eran el cuerpo normativo idóneo para que desde la fuerza de la ley, se pretendiese dar un giro al bagaje ideológico que había calado en las FAS después de cuarenta años de dictadura.

Sin embargo, las Reales Ordenanzas de 1978 fueron la expresión jurídica en la que se proyectó con mayor nitidez el peso del poder militar en aquellos momentos de la transición. La delicada situación política del momento impedía tomar todas las decisiones políticas y jurídicas que quizá se pretendiesen por el poder civil. El tono ciertamente exagerado de Hillers de Luque no le resta razón cuando afirma que los redactores de la Constitución “no se atrevieron” a adecuar las FAS al ordenamiento constitucional por medio de una nueva ley -tal como el propio artículo 8. 2º CE exigía-, esto “era pedirles demasiado. Hubiera significado una “ruptura” con el pasado y el Ejército Nacional no lo hubiera tolerado [...] Optaron, por tanto, por redactar unas Reales Ordenanzas que hubieran podido valer perfectamente para el Régimen del 18 de julio, y al mismo tiempo, a modo de “cuñas”, como para salvar el expediente, se remiten a la Constitución como ordenamiento jurídico superior.”<sup>18</sup>

La elaboración esencial de esta norma se efectuó con cierto distanciamiento al proceso democrático<sup>19</sup>. Pese a la excusa de que no fuese conocido el contenido de la

---

<sup>16</sup> Así, en 1973 se creaba la Comisión de Ordenanzas Generales de la Armada y poco después, en el Ministerio del Ejército se creaba otra Comisión revisora de la “normativa moral militar”, cuyos trabajos serían aprovechados por la Comisión InterEjércitos para la redacción de las nuevas ordenanzas (creada el 31 de octubre de 1977) que definitivamente aprobaría las Reales Ordenanzas.

<sup>17</sup> Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

<sup>18</sup> Ver, HILLERS DE LUQUE, Sigfredo: “Las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 87, 1983, págs. 83-119, pág. 113. Este trabajo es, sin duda el que mejor denuncia la verdadera significación jurídica de las Reales Ordenanzas -al margen de la regulación de los derechos fundamentales contenida en los artículos 168-185.

<sup>19</sup> Pese a que su aprobación fue coetánea a la de la Constitución, sus orígenes datan de 1973 y su elaboración básica es de principios de 1977. A finales de 1973 se creó la Comisión de Ordenanzas Generales de la Armada y al año siguiente se creó otra Comisión revisora de la normativa moral militar. Si bien estas comisiones no terminaron sus trabajos, los mismos fueron utilizados por la Comisión que redactó las Ordenanzas definitivas. Al respecto ver, LAGUNA SANQUIRICO, Francisco, “El militar, ciudadano de uniforme. (Derechos y deberes del soldado), en *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, abril-junio de 1987, págs. 121-135, concretamente, ver, págs. 123-124 y NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997 pág. 49.

Constitución que se elaboraba –pretexto totalmente incierto<sup>20</sup>-, el legislador únicamente se remitió a la Constitución *en bloque*<sup>21</sup>, sin proyectar efectivamente su contenido en la norma<sup>22</sup>, en especial, en cuanto a su regulación de los valores militares y la disciplina<sup>23</sup>. Ello ha llevado al autor mencionado a afirmar la inconstitucionalidad de esta norma por cuanto a su contenido<sup>24</sup>. Desde aquí, se sostiene que, si bien ciertos preceptos relativos

<sup>20</sup> Al respecto es significativa la enmienda nº 322 formulada por el senador Sánchez Agesta, en la que se demandaba una variación del apartado segundo del artículo octavo de la Constitución advirtiendo la fase avanzada de las Reales Ordenanzas que iban a ser aprobadas. Ver, CORTES GENERALES. *Constitución española...* cit, págs. 1715 y ss.

<sup>21</sup> Lo cierto es que la norma de normas sólo tuvo su reflejo en las Reales Ordenanzas en diversas “cuñas” que aparecen algo *forzadas*, cuya validez y técnica jurídica resulta en ocasiones cuestionable. Así, cabe citar los siguientes preceptos:

Art. 3: “La razón de ser de los Ejércitos es la defensa militar de España y su misión garantizar la soberanía e independencia de la *Patria*, defender la integridad territorial y *el ordenamiento constitucional*.” (práctica transposición del artículo 8. 1º C. E)

Art. 11: “*La disciplina*, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. *Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, a la que la Institución Militar está subordinada.*”

Art. 26: “*Todo militar deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución...*”

Art. 34: “*Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.*”

Art. 168: “*El militar está obligado a respetar la Constitución y a cumplir exactamente los deberes generales de todo ciudadano.*”

<sup>22</sup> En este sentido, también GARCÍA HERRERA, Miguel A. “Estado democrático y libertad de expresión”, en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, nº 64, 1982, págs. 141-174 y nº 65, primavera 1983 primavera, págs. 147-201. Este autor, en concreto en pág., 195 afirma respecto de las expresiones atinentes a la Constitución en las Reales Ordenanzas que “los principios afirmados se vacían en su concreción.”

<sup>23</sup> La doctrina militar es la que se ha dedicado con mayor profusión a estudiarlas, en ocasiones de forma ejemplar MARTÍN JIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales de las Fuerzas Armadas en las Reales Ordenanzas de S. M. D. Juan Carlos I*, Imprenta Litomaype, La Laguna, 1980.) Sin embargo, no ha entrado seriamente en la significación que tiene el texto constitucional *sobre* esta norma. Puede seguirse un resumen del contenido normativo de las Reales Ordenanzas en NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, págs. 47-54.

<sup>24</sup> Algún sector minoritario de la doctrina ha entendido que estas Reales Ordenanzas son inconstitucionales por su contenido. HILLERS DE LUQUE, Sigfredo, en “Las Fuerzas Armadas y la Constitución...” cit. *in toto*. Este autor Hillers parte de unos posicionamientos ciertamente radicales, no sólo frente a las Reales Ordenanzas, sino frente a la propia Constitución; es por ello por lo que afirma la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos. Entre sus conclusiones, en la pág. 113 afirma: “Consiguientemente, y tratando de resumir, diremos que, -por las razones ya expuesta las Reales Ordenanzas de 1978 contienen artículos claramente inconstitucionales, por recoger -y consagrar- valores espirituales que están o bien fuera de la Constitución o incluso contra la Constitución.”

Desde la perspectiva de la supremacía civil, son diversos los motivos por los cuales puede sostenerse que subyace cierta reticencia a la total aceptación de este principio. En este sentido, cabe poner de manifiesto cómo se establece una directa relación de las FAS con el Rey (art. 2 “Bajo el mando supremo del Rey, las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, están exclusivamente consagradas al servicio de la Patria...”). Del mismo modo, se emplea continuamente el término “Patria” de dudoso significado jurídico-político. Resulta también cuestionable la intención que se esconde en las Reales Ordenanzas al emplear el término “institución” para referir a las FAS (así sucede expresamente en el epígrafe que designa el Título primero del Tratado primero de dicha norma -“De la Institución militar”-, así como en sus artículos 10 y 17). Por último, los artículos 4 y 21, bien merecen un más extenso comentario en relación con la atribución a las FAS de una naturaleza pseudo democrática; tal atribución se sostendría en virtud de un título atribuido por ellas mismas, gracias a una especial consideración del directo nexo que mantienen con la sociedad. (Tales preceptos disponen que: “La defensa nacional es deber de todos los españoles. *Las Fuerzas Armadas, identificadas con los ideales del pueblo español, del que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo, son elemento esencial de aquélla*, en su alerta permanente por la seguridad de la Patria.”(Art. 4); “*Las Fuerzas Armadas representando a la Nación y en nombre de los poderes del Estado, serán las encargadas de rendir los honores de ordenanza en los actos o ceremonias oficiales.*”(Art. 21).

a las FAS, su disciplina y valores no parecen inspirados por los contenidos constitucionales, éstos deben ser completados y compatibilizados ineludiblemente con los propios principios y valores constitucionales, que son los que deben inspirar a *todo* el ordenamiento jurídico. Así, su efectivo valor normativo puede ser determinado gracias a una *interpretación conforme* a la norma suprema; de ahí que, en principio, no quepa hablar de inconstitucionalidad<sup>25</sup>.

Mayor complejidad tiene la cuestión de la constitucionalidad formal de las Reales Ordenanzas. En virtud de lo dispuesto por la norma suprema, las Reales Ordenanzas debían haber sido aprobadas como ley orgánica ya por su desarrollo de los derechos fundamentales de los militares (art. 81 CE), ya por regular las bases de la organización armada (art. 8. 2º CE)<sup>26</sup>. Y es que si bien la fecha de aprobación parlamentaria (20 de diciembre) y de sanción real y promulgación (28 de diciembre) son anteriores a la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre), su fecha de publicación es posterior (las Reales Ordenanzas se publicaron el 12 de enero de 1979, y no entraron en vigor hasta 20 días después, el 1 de febrero). Al momento de su aprobación resultaba jurídicamente imposible la aprobación en tal forma orgánica. Sin embargo, la Constitución ya había sido aprobada y regía al momento de entrar en vigor las Reales Ordenanzas; por lo tanto, era ya de aplicación lo determinado por el artículo 81. 1º CE (y en su caso, el artículo 8. 2º CE). Lo único que cabe alegar es que la definitiva tramitación parlamentaria -único orden en el que la una norma puede sufrir variaciones- culminó antes de la entrada en vigor de los efectos de la Constitución.

No obstante, como señala la doctrina mayoritaria, desde este punto de vista formal, las Reales Ordenanzas serían una norma inconstitucional<sup>27</sup>. El problema se trata de un

---

<sup>25</sup> Cuestión diferente resulta del contenido de los preceptos que desarrollan los derechos fundamentales de los militares (arts. 168-185), pues la constitucionalidad material de algunos de ellos puede ponerse en duda tal y como se abordará en su atención concreta.

<sup>26</sup> El artículo 81 C. E. exige el carácter orgánico para las leyes relativas al desarrollo de los derechos y libertades, como sabemos, en referencia a los reconocidos en la sección primera del capítulo II del Título Primero. Es por ello por lo que la doctrina ha afirmado la inconstitucionalidad de los artículos 168 y ss. de las Reales Ordenanzas, en tanto que desarrollan estos derechos.

No obstante, cabe dudar si el carácter de ley orgánica no sólo debe ser exigido en relación con los derechos y libertades, sino que, las Reales Ordenanzas debieron ser aprobadas con tal carácter en virtud del artículo 8. 2º. Este precepto establece reserva de ley de tal naturaleza para las “bases de la organización militar”. El legislador entendió que tal “organización” era la que efectivamente regulaba la ordenación de los poderes y competencias relativas a la defensa nacional y la organización militar, ordenación que se acometió en la Ley orgánica 6/1980, que regula los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar, aprobada el 1 de julio de 1980, siendo ésta modificada por la ley orgánica 1/1984, de 5 de enero.

Sin embargo, cabe suscitar no pocas dudas por cuanto las Reales Ordenanzas regulan no ya sólo los derechos y libertades del militar, sino también “los niveles de la jerarquía militar” (Título 3º) o “las funciones del militar” (Título 4º).

<sup>27</sup> Al respecto, véase, por todos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael, “Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?”, en *La función militar...* cit., págs. 501- 511. Se postulan a favor de la inconstitucionalidad, entre otros, BLANCO VALDÉS, Roberto, *La ordenación constitucional...* cit. pág. 90; TRILLO-FIGUEROA, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución...” cit. pág. 128; GUAITA MARTORELL, Aurelio, “Los derechos fundamentales de los militares”, en AA. VV *Jornadas de Estudio...* cit. Tomo IV, págs. 2563-2583, también en, *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 577-589, pág. 581 o JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y *habeas corpus*”, comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239, en concreto en la págs. 219-220.

Lo que en ningún caso puede admitirse es la posición sostenida por NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, págs. 49-50 en el sentido de afirmar que la falta de carácter orgánico se resuelve por la remisión del artículo 26 de la LODNOM a las Reales Ordenanzas como norma reguladora de los derechos del militar. Todo hay

verdadero supuesto de laboratorio, como algún sector de la doctrina ha apuntado<sup>28</sup>. Ante ello, cabe recordar la rotundidad de las mayorías con la que esta norma fue aprobada<sup>29</sup>. La sentencia 219/2001, de 31 de octubre de 2001, pese a reconocer el derecho fundamental de asociación a los militares, por cuanto a esta disputa, vino a ratificar la posibilidad formal de las Reales Ordenanzas para prohibir las asociaciones militares “reivindicativas” (art. 181 ROFAS)<sup>30</sup>. De este modo, eludió la cuestión de la constitucionalidad misma de las Reales Ordenanzas para regular derechos fundamentales. Por el contrario, el voto particular formulado por el magistrado González Campos proponía elevar al Pleno, de conformidad con el art. 55.2 LOTC, cuestión de constitucionalidad sobre el art. 181.1 ROFAS, de modo que éste pudiera llegar a ser declarado inconstitucional por diversos motivos<sup>31</sup>, especialmente por no ser ley orgánica<sup>32</sup>.

En todo caso, estas ordenanzas parece que tienen ya sus días contados. Cabe señalar que el Anteproyecto y el Proyecto de Ley Orgánica de Defensa Nacional<sup>33</sup>

---

que decir, que ésta ha sido también la implícita posición del Tribunal Constitucional en el ATC 375/1983, de 30 de julio, FJ 2º donde con relación a los límites de los derechos de los militares señala que están “señalados en el núm. 4 de dicho art. 20 [...] y en el art. 26 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional y Organización Militar 6/1980, de 1 de julio, derivada del art. 8. 2 de la propia C. E., que remite a las RR. OO. para las obligaciones, normas de conducta, deberes y disciplina del personal militar, con el contenido señalado en los arts. 169, 177, 178 y 203.”

<sup>28</sup> Así, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 509, nota a pie nº 170, criterio compartido por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. pág. 299.

<sup>29</sup> Por ejemplo, los artículos relativos a los derechos fundamentales, que son los que especialmente suscitan esta polémica, fueron aprobados por abrumadora mayoría. De los 259 votos emitidos, 253 lo fueron a favor, sólo 1 en contra y 5 abstenciones.

<sup>30</sup> A este respecto, la Audiencia Nacional en la instancia previa había afirmado que “una actividad es reivindicativa cuando va encaminada a la defensa y consecución de intereses y objetivos económicos o sociales de signo profesional” (FJ 6). Asimismo se decía que con la prohibición de asociaciones reivindicativas se evita “la afiliación o creación de entes asociativos sindicalizados o parasindicales pues se asemejarían a los sindicatos no en modos o formas de actuar o configurarse sino en los fines” (FJ 10).

<sup>31</sup> A juicio de este magistrado no es admisible que este precepto establezca la cláusula paternalista en la que se niega la actividad reivindicativa en tanto que se afirma en dicho precepto que “por cuyos intereses [de los militares] vela el Estado” y, sobre todo, el Magistrado disidente considera que la prohibición legal relativa a las “asociaciones con finalidad reivindicativa” no cumple ni las exigencias formales ni materiales de limitación. En este sentido censura la falta de habilitación expresa en el texto constitucional que fundamente el límite aplicado. También se considera el vicio de que la limitación no es cierta y previsible. A este respecto, González Campos critica que el precepto no determine si la limitación se da por igual con independencia de la situación administrativa del militar (en activo, excedencia, etc.). También, censura la no concreción del concepto de “carácter reivindicativo”.

<sup>32</sup> Afirmaba con razón el magistrado disidente: “Desde una perspectiva formal, cabe apreciar que la citada Ley 85/1978 no tiene, claro es, el carácter de orgánica, ni ha sido reiterada por una Ley Orgánica posterior, como sí ha ocurrido respecto a la prohibición relativa a la participación en “sindicatos” por el art. 1.3 LOLS. Sin que puedan acogerse, a mi parecer, dos extremos alegados por el Abogado del Estado. De un lado, que estemos ante un supuesto de colaboración entre Ley Orgánica y Ley ordinaria, puesto que ninguna Ley relativa al derecho de asociación que tenga el carácter de orgánica llama a intervenir a la Ley ordinaria que aprobó las Reales Ordenanzas, como es exigible para que esa colaboración sea legítima [SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3; 224/1993, de 1 de julio, FJ 3; y 254/1994, de 21 de septiembre, FJ 5 c)]. De otro lado, que tampoco cabe estimar que el significado actual del precepto legal aquí examinado sea, una vez aprobada la LOLS, el de “norma de protección adicional del art. 1.3 LOLS”, como se ha alegado, pues resulta paradójico, en verdad, que una norma restrictiva de un derecho fundamental, el de asociación, pueda ser norma de protección de otro, el de libertad sindical, cuando también el precepto lo restringe. De suerte que se viene a entender, en definitiva, que las “asociaciones con finalidad reivindicativa” son en realidad “sindicatos”, pese a que el propio precepto las diferencia de éstos.”

<sup>33</sup> Dispuesto en [www.derechomilitar.com](http://www.derechomilitar.com) (así con en la web del Ministerio).

recogían un “Código de Conducta”<sup>34</sup> que habría de ser desarrollado reglamentariamente, al parecer, en unas nuevas Reales Ordenanzas, en este caso de rango reglamentario<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> En efecto, el Título IV “Del Código de Conducta de las Fuerzas Armadas”, artículos 19-22, en concreto en su artículo 21 recogía trece “reglas de conducta”.

Del Código de Conducta de las Fuerzas Armadas

Artículo 19.- Finalidad.

El Código de Conducta de las Fuerzas Armadas tiene por objeto fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber de todos los militares, inspirado en los principios constitucionales, en el amor a España y en el honor, disciplina y valor.

Artículo 20.- Integración en la sociedad.

Las Fuerzas Armadas fomentarán, además de la transmisión de los valores contenidos en el Código de Conducta, su consideración como parte relevante de la sociedad española y su identificación con los valores democráticos de esta.

Artículo 21.- Reglas de conducta.

Las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares son las siguientes:

a) Las Fuerzas Armadas, identificadas con los ideales del pueblo español, del que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo, son elemento esencial de la defensa; su razón de ser es la defensa militar de España. En consecuencia estarán constantemente dispuestas para afrontar situaciones de combate, con independencia de que puedan desempeñar las demás misiones a las que esta ley hace referencia .

b) Las Fuerzas Armadas tendrán como objetivo el cumplimiento de las misiones encomendadas y ajustarán su conducta, en cualquier circunstancia, al respeto de las personas, al bien común y al derecho de gentes.

c) La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que todo militar tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal.

d) Cuando unidades militares españolas actúen en misiones de colaboración para promover la paz, estabilidad y seguridad internacionales, se sentirán instrumentos de la Nación española al servicio de dichos fines.

e) Los militares observarán las reglas de estricto respeto al orden jerárquico.

f) La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida como norma de actuación y tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución.

g) La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los militares que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito.

h) Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos aplicables en confrontaciones armadas o constituyan delito, en particular contra la Constitución, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.

i) Los militares deberán mantener neutralidad política y no podrán sindicarse ni recurrir, en ningún caso, a cualquier forma de acción sindical.

j) Los mandos reafirmarán su liderazgo procurando conseguir el apoyo y cooperación de sus subordinados por el prestigio adquirido con su ejemplo y preparación.

k) Los miembros de las Fuerzas Armadas se prepararán para alcanzar el más alto nivel de competencia profesional en el cumplimiento de sus cometidos y para desarrollar su capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios. Asimismo mantendrán una comunicación veraz en todos los ámbitos, compatible con la seguridad, especialmente en sus relaciones con la sociedad.

l) Los miembros de las Fuerzas Armadas actuarán en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de su voluntad de asumir solidariamente el cumplimiento de sus misiones.

m) La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye el primero y más fundamental deber de todo militar. Este supremo deber ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento, en cualquier misión o cometido y en todas las circunstancias, de los preceptos contenidos en la Constitución, en este Código de Conducta y en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Artículo 22.- Desarrollo del Código

El Gobierno, mediante real decreto, procederá a desarrollar este Código de Conducta en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

<sup>35</sup> Artículo 22.- *Desarrollo del Código*: El Gobierno, mediante real decreto, procederá a desarrollar este Código de Conducta en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Se trataba de una solución que rompía con la tradición anterior, a la par de suscitar algunas reticencias tanto técnicas como políticas, como ha señalado Arteaga<sup>36</sup>. De otra parte, todo sea dicho, *nada nuevo bajo el sol* aparecía en dicho código conducta, aportándose bien poco respecto de lo regulado en las *viejas* reales ordenanzas<sup>37</sup>.

Este código de conducta cuyos principios recogería la ley desapareció en el pacto con el Partido Popular para que retirase su enmienda a la totalidad a la ley<sup>38</sup>. Finalmente, parece que ha de haber una ley con las reglas esenciales del comportamiento de los militares y ésta será desarrollada posteriormente por el gobierno por Real Decreto en las –futuras- Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas<sup>39</sup>.

De este modo, en razón de la ley aprobada, las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas pasarán a ser una norma infralegal y en una futura ley –no necesariamente autónoma, sino, por ejemplo las anunciadas de regulación de la profesión militar o de sus derechos fundamentales- quedarán reguladas las normas de conducta del militar. Muy probablemente, esta norma legal será también la que regule los derechos fundamentales del militar en positivo, esto es, más allá de la regulación penal y disciplinaria. Se trata, de una ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales que jurídicamente se obligó a que con urgencia presentase el Gobierno<sup>40</sup>, en un plazo ya abiertamente expirado.

---

<sup>36</sup> Recuerda el autor que la terminología de “Código de Conducta” es fácilmente asociable al Proyecto de código de igual nombre que la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) introdujo en 1994 para fomentar las buenas prácticas sobre control democrático, los derechos humanos y el derecho internacional entre los miembros que no estaban acostumbrados (los antiguos países comunistas).

También, apunta Arteaga que el anuncio de esta novedad trasladaba la errónea idea de que los militares carecen de regulación o de que ésta es insuficiente. Desde el punto de vista técnico, considera este autor que el trasvase de contenidos desde las Reales Ordenanzas al Proyecto ni acaba con la excepcionalidad de un código ético peculiar de las Fuerzas Armadas, sino que lo perpetúa y dota de carácter orgánico, ni acaba con la necesidad de desarrollarlo reglamentariamente en las propias Reales Ordenanzas, tal y como expresa el propio Proyecto.

ARTEAGA, Félix “La Ley Orgánica de defensa nacional: apuntes para un debate”, en *ARI* n° 52/2005 -- Análisis ( 22/4/2005 ), disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/727.asp> (13/1/2006).

<sup>37</sup> En efecto, aparece un compromiso formal con la dignidad y los derechos (algo más fuerte que en la norma anterior); se afirma la no posible acción sindical de los militares, y poco más. El resto ya se contiene en las Reales Ordenanzas de 1978.

<sup>38</sup> Así puede seguirse, por ejemplo en “El PP quita la enmienda a la totalidad a la Ley de Defensa tras llegar a un acuerdo con el Gobierno”, en *El confidencial*, jueves, 19 de mayo de 2005 (13/1/2006), dispuesto en <http://www.elconfidencial.com/noticias/noticia.asp?id=2481&edicion=19/05/2005&pass=>

Se señala que el ministro de Defensa, José Bono, y el líder del PP, Mariano Rajoy acordaron la desaparición del título IV de la Ley que se refiere al Código de Conducta de las Fuerzas Armadas, y un cuarto punto por el que el Gobierno se compromete a elaborar y llevar al Parlamento una actualización de las Reales Ordenanzas.

<sup>39</sup> Artículo 20. Reglas esenciales del comportamiento de los militares.

1. Mediante ley, de acuerdo con la Constitución, se establecerán las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando militar.

2. El Gobierno, mediante Real Decreto, procederá asimismo a desarrollar estas reglas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

<sup>40</sup> La LODN 2005, dispone en su Disposición final tercera: “El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar.”

## C) La evolución de la legislación sobre la organización y dirección de la Defensa nacional

### 1. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN HASTA LA FECHA

Se ha señalado que la evolución de la dirección de la organización militar y de la Defensa desde el avènement de la democracia ha seguido cuatro etapas (“constitutiva”, de “normalización”, de “consolidación” y de “desarrollo”), a saber<sup>41</sup>:

- Constitutiva (1977 - 1981), bajo los gobiernos de la UCD, en la que se estructuró por primera vez, orgánica y funcionalmente, el Departamento, se determinaron los criterios básicos de la Defensa Nacional y se asignaron competencias a los Órganos Superiores de la Nación en la materia. Durante esta primera etapa quedaban no pocos vacíos por cuanto supone la asunción del mando de la organización militar por las autoridades políticas.

- De normalización (1982 - 1986), asumido el poder por el PSOE, esta etapa se caracterizó principalmente por la reasignación y clarificación de las competencias de los Órganos Superiores y por la implantación de un nuevo modelo orgánico del Departamento. El poder civil pasaba a asumir por completo las riendas de la organización militar.

- De consolidación (1987 - 1990), en la que se introdujeron mejoras técnicas en el modelo orgánico elegido para el Departamento y se llevó a cabo la reorganización de los Ejércitos.

- De desarrollo (1991 - 1999), en la que se procedió a nuevas mejoras organizativas, a la implantación de la nueva estructura de los Ejércitos y a la racionalización de la estructura periférica del Departamento, culminándose, ya bajo el Gobierno del Partido Popular una reorganización del Ministerio de Defensa.

Al igual que se ha señalado respecto de las Reales Ordenanzas, la necesidad de una reestructuración de la organización militar y de la defensa era sentida antes de la entrada en vigor de la Constitución<sup>42</sup>, siendo no obstante en los años 1976 y 1977 cuando se emprendió una unificación-centralización de la cadenas de mandos militar destacando entre los pasos dados, la creación de un Ministerio de Defensa<sup>43</sup>. Las medidas normativas culminaron con la aprobación de la Ley 83/1978, de 28 de diciembre por la que se regulan las funciones de los distintos órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional. En tanto desarrollo del artículo 8. 2º CE que prevé la

---

<sup>41</sup> Así se sigue de MINISTERIO DE DEFENSA, “Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa”, en [www.mde.es](http://www.mde.es) (1999), documento de 422 líneas (ya no disponible). Asimismo, se sigue a DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa (la reforma de la organización central de la defensa en España)”, en AA.VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, págs. 2907- 2951, ahora, revisada en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, en *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 33-72., págs. 36-72. También, PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, en AA. VV, *La defensa de España ante el siglo XXI*, (Hermann Oehling coord.), Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 155-271.

<sup>42</sup> Ello lo delata que en 1974 ya existiera un Proyecto de Ley orgánica de Defensa Nacional que influiría tanto en las leyes de 1978 como de 1980. DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 36.

<sup>43</sup> Mediante diversa normativa se reestructuró el Alto Estado Mayor, se creó la Vicepresidencia del Gobierno para asuntos de la Defensa, se institucionalizó la Junta de Jefes de Estado Mayor y, en especial, se creó el Ministerio de Defensa (Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio), suprimiendo los antiguos ministerios de cada uno de los Ejércitos.

organicidad de la norma reguladora, puede afirmarse lo mismo que sobre las Reales Ordenanzas sobre la constitucionalidad formal de esta ley. En dicha norma<sup>44</sup> que se aprobó sin casi debate y por amplísimas mayorías<sup>45</sup>, se refundían las normas infralegales y persistían algunos vicios en la sumisión directa de la fuerza militar al mando del Ministro de Defensa<sup>46</sup>.

Esta ley tendría mucha influencia dos años más tarde, cuando, también bajo la legislatura de la UCD, se promulgó la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar. En esta norma se definían los conceptos de Defensa Nacional, Política de Defensa, Política Militar y Defensa Civil; se determinaban los criterios básicos en los que había de basarse el planeamiento de la Defensa Nacional y la Organización de las Fuerzas Armadas; y se atribuían competencias a los Órganos Superiores de la Nación en la materia, haciendo recaer las más importantes en órganos colegiados, en especial en el Gobierno. Sin embargo, la reforma no era totalmente integradora, adolecía de no pocas deficiencias por su ambigüedad que mantenían las dificultades para que las autoridades políticas asumieran el mando efectivo sobre toda la organización militar<sup>47</sup>.

A esta primera etapa seguiría la evolución bajo los gobiernos y legislaturas socialistas, lo que se ha denominado etapa de “normalización”. Al poco de entrar el PSOE en el poder se reestructuraba el Ministerio por medio del Real Decreto 252/1982, de 12 de febrero, y pese a mantenerse una estructura dual (militar/político-administrativa) se apuntaban ya las importantes modificaciones que sobrevendrían con la reforma de la Ley orgánica 6/1980, modificación sustancial que se llevaría a cabo por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero. En la misma, se registraban importantes cambios en la concepción de la Defensa y, en consecuencia, en las responsabilidades y competencias de los Órganos Superiores. En esta norma se atribuía el poder de decisión a órganos

---

<sup>44</sup> Recuerda DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 48 que la coincidencia con el proyecto de Ley Orgánica de Defensa Nacional de 1974 es muy importante “lo cual no deja de ser curioso, a pesar de que ambas normas estaban previstas en regímenes políticos opuestos, e indica lo poco que se había avanzado en la reforma de la defensa.” También advierten los autores de un dato significativo: el proyecto de esta ley, pese a que el contenido del art. 8 CE ya estaba claro, ni aludía a la misión de defensa del ordenamiento constitucional que ahí se dispone..

<sup>45</sup> Así lo recuerda, sin expresar datos DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 48.

<sup>46</sup> Se daban dos ramas del Ministerio (militar y político-administrativa) únicamente unidas por la figura del Ministro. En la cadena de mando militar se excluía a la Junta de Jefes del Estado Mayor y al Alto Estado Mayor, lo cual limitaba las facultades que se le reconocían al Ministro para la ordenación y coordinación de la política de defensa, incluso las de ejecución de la política militar.

<sup>47</sup> Así se ponen de manifiesto en MINISTERIO DE DEFENSA, “Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa”, cit. líneas 110 y ss. que apunta como deficiencias que:

“El papel a desempeñar por el Presidente del Gobierno y por el Ministro de Defensa estaba poco definido y las competencias que se les atribuían eran de corto alcance; las principales funciones en materia de Defensa Nacional recaían en Órganos Colegiados (Gobierno, Junta de Defensa Nacional y JUJEM), lo cual producía falta de concreción en determinadas responsabilidades, siendo el Ministro, ante todo, un ejecutor; la línea de mando de los Ejércitos no estaba claramente definida, ya que la cadena de mando militar terminaba en un Mando Colegiado, la JUJEM, que dependía del Presidente del Gobierno, circunstancia que dificultaba la toma de decisiones y la coordinación directa de los Ejércitos por parte del Ministro; la estructura del Ministerio de Defensa y la terminología utilizada eran muy diferentes a la del resto de los Departamentos; existía una estricta separación de funciones, atribuciones y responsabilidades entre los órganos de la rama político-administrativa y los de la cadena de mando militar; no estaban incluidos los Ejércitos propiamente dichos, lo que constituía una disfunción orgánica que no permitía una ejecución única, centralizada y eficaz de las políticas de defensa y militar; la independencia funcional entre los órganos administrativos de los Ejércitos y los órganos centrales correspondientes era casi absoluta.” Al respecto, también DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. págs. 56-62.

unipersonales, potenciando las figuras del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa. De gran relevancia resultaba la transformación de órganos colegiados anteriormente con grandes facultades –como la Junta de Defensa Nacional o la Junta de Jefes de Estado Mayor- que pasaban a ser entes asesores y consultivos. La línea de mando quedaba delimitada claramente pasando por el Ministro y el Presidente del Gobierno y se creaba la figura del Jefe de Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), a semejanza de la existente en otros países, como principal colaborador del Ministro, de quien depende orgánica y funcionalmente, en el planteamiento y ejecución de los aspectos operativos de la política militar<sup>48</sup>. Todo ello, se desarrolló por medio del Real Decreto 135/1984, de 25 de enero. A juicio de Domínguez Berrueta y otros autores, la reforma era sustancial “sobre todo porque al concentrar en el Presidente del Gobierno y en el Ministro de Defensa la dirección de la defensa y el mando de las FAS, se eliminan las separaciones entre órganos administrativos y militares, en su concepción y ejecución. De esta forma la consideración de las Fuerzas Armadas como Administración se refuerza; si bien tienen características especiales, no dejan de ser Administración.”<sup>49</sup>

Más tarde, en lo que se señala como tercera etapa (de “consolidación”), se consolidarían los cambios operados por medio de nuevas normas que seguirían la línea marcada por la reforma de 1984. Por medio del Real Decreto 1/1987 pasaba a producirse una verdadera integración del Ministerio con una mayor sistemática y claridad, fruto de la experiencia anterior. Con dicha norma se fortalecía la vinculación al Ministro y se fortalecía al JEMAD, así como se creaba la Secretaría de Estado de Administración Militar con nuevas Direcciones Generales. Más tarde, el Real Decreto 1207/1989 reestructuraba los Ejércitos y los coordinaba con los centros directivos.

Los cambios posteriores más significativos, ya en la cuarta etapa “de desarrollo”, versarían sobre la organización periférica del Ministerio en su faceta no estrictamente militar. Así el Real Decreto 2206/1993, de 17 de diciembre creó las Delegaciones de Defensa con el fin de homogeneizar todas las actividades administrativas y la estructuras periféricas del Ministerio. Bajo un nuevo gobierno, se aprobó el Decreto de 2 de septiembre de 1996<sup>50</sup>. Con esta norma se mantenían las estructuras y competencias anteriores, si bien, se introducían algunos cambios para reducir gastos y ganar en eficacia. Posteriormente, cabe destacar la aprobación del Real Decreto 912/2002, que desarrolla la estructura básica de los Ejércitos, especialmente sobre la idea de un

---

<sup>48</sup> Así en MINISTERIO DE DEFENSA, “Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa”, cit. líneas 132 y ss, también en

<sup>49</sup> DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “La organización administrativa de la defensa... cit. pág. 65.

<sup>50</sup> Completado con sendos Decretos de 11 de mayo y de 7 de junio de 1997, con el primero se suprimían cinco direcciones generales y por el segundo se reestructuraba el Centro Superior de Información de la Defensa (CESID). El Decreto de 1996 obedecía en buena medida a las propuestas planteadas por PARDO DE SANTAYANA COLOMA, José R. y otros, “La estructura de la Defensa”, cit. A la vez los cambios hacían frente a nuevas necesidades como lo es el proceso de enajenación de bienes inmuebles del Ministerio emprendido básicamente desde la entrada del Partido Popular en el Gobierno.

Al respecto de esta evolución más próxima en el tiempo, cabe remitirse en parte al reciente estudio de FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, Emilio, “Las nuevas Delegaciones del Ministerio de Defensa y la estructura de la Administración periférica del Estado (A propósito de la Disposición adicional primera de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE), comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 161-184 y sobre el particular hay que seguir las págs. 172-182. Cabe señalar que esta disposición adicional primera remite a la legislación particular de acuerdo con lo previsto en la LODNOM.

organización conjunta de los mismos y, sobre todo, no diseñada desde el punto de vista territorial, sino funcional<sup>51</sup>.

De este modo, tal y como se señaló con anterioridad el diseño organizativo de las FAS y el Ministerio de Defensa fue desarrollándose desde la aprobación de la Constitución, e incluso antes. No obstante, los postulados constitucionales que exigían el pleno dominio del ámbito militar por las autoridades civiles no se hicieron efectivos hasta bien entrada en vigor la ley de leyes.

## 2. ELEMENTOS BASILARES DE LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA NACIONAL DE 2005 Y SU VALORACIÓN

No faltan motivos que puedan justificar la sustitución de la LODNOM de 1980 por la reciente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional<sup>52</sup>, cuestión diferente es que realmente esta ley dé respuesta a toda una panoplia de elementos tan cambiantes en la defensa en los últimos veinticinco años. De esta norma cabe destacar los cambios que introduce en la concepción misma de las FAS, en su organización y mando y en la expresión de sus misiones.

Por cuanto a la concepción misma de las FAS, como se dijo al inicio, son interminables las disquisiciones intelectuales que pueden hacerse sobre lo que son las FAS, y las derivaciones de técnica jurídica que pueden conllevar sobre su mayor o menor sujeción al ordenamiento jurídico (tesis administrativistas/institucionalistas)<sup>53</sup>. Creo que no corresponde en todo caso a una ley efectuar excesivas determinaciones al respecto, si bien, puede decirse que esta ley lo hay hecho.

Y es que en la ley de 2005 se deriva que las FAS son una “entidad” (artículo 10) que se integra en el Ministerio de Defensa (art. 9. 2º)<sup>54</sup>, formando parte, por ello, de la Administración General del Estado (art. 9. 1º)<sup>55</sup>. Se concreta que las FAS son una “entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire” (art. 10. 1º). Asimismo, la ley da respuesta intelectual a cuestiones antes difíciles de desentrañar, como la existencia y ubicación de cuerpos y servicios

<sup>51</sup> Así, según expone su preámbulo es tendente a reducir las dimensiones actuales de los ejércitos y su sustitución por una organización que sea conjunta, no redundante y guiada por el principio de economía de medios. Todo ello, culminando el proceso de repliegue territorial y consiguiente despliegue funcional de los Ejércitos iniciado en los años setenta. Cuando se inició el proceso de organización de los Ejércitos que buscaban sustituir los parámetros territoriales por otros de naturaleza funcional.

<sup>52</sup> Como se expone en el breve preámbulo, no son pocos los nuevos factores desde 1980:

la desaparición del servicio militar obligatorio y la implantación de un modelo de Fuerzas Armadas profesionales; el cambio de escenario estratégico con nuevos riesgos como el terrorismo transnacional con disposición y capacidad de infligir daño indiscriminadamente, así como los conflictos armados que, tanto por sus causas como por sus efectos, tienen implicaciones notables más allá del lugar en donde se producen.

También se afirman los nuevos retos hoy día vinculados a la acción de las FAS, como la defensa de los derechos humanos, la lucha por la erradicación de la pobreza y la cooperación al desarrollo, algo ciertamente difícilmente imaginable veinticinco años atrás. Todo ello, además, con España integrada en diversos modelos defensivos como la OTAN o la política de seguridad y defensa común en el marco de la Unión Europea.

Asimismo cabe tener en cuenta la revolución tecnológica de las últimas décadas.

<sup>53</sup> Al respecto, véase lo afirmado al final del estudio sobre la sujeción de lo militar a la Constitución.

<sup>54</sup> Artículo 9. 2º 2. En el Ministerio de Defensa se integran las Fuerzas Armadas, de forma que el conjunto de la organización adquiera la necesaria vertebración para posibilitar la ejecución eficaz de la política de defensa y de la política militar.

<sup>55</sup> 1. El Ministerio de Defensa es el departamento de la Administración General del Estado

comunes. Así, las FAS están compuestas por distintos cuerpos “específicos de los Ejércitos o comunes de las Fuerzas Armadas.” (art. 10.3º)<sup>56</sup>. De igual modo, las FAS se organizan bajo dos estructuras, orgánica y operativa (art. 11) y, precisamente para su eficacia y economía de medios, se señala la posibilidad de unificación de servicios que no sean exclusivos de ejércitos<sup>57</sup>.

Respecto de la expresión de finalidades, misiones y operaciones, esta ley podría resultar revolucionaria a los ojos de cualquier militar o jurista dos décadas atrás, cuando ni por asomo se pensaba en la posibilidad de funciones fuera de España (ni se operaban tamañas disquisiciones sobre la necesidad de ajustarse al Derecho internacional); también, no hace mucho, era tabú pensar en la utilización de las FAS contra el terrorismo, o que los Ejércitos actuasen más como ONG que como organización armada. Pues bien, la realidad ha superado cualquier debate sobre el artículo 8 y su posible interpretación. Es por ello que hoy día, esta ley en modo alguno puede considerarse revolucionaria. Y es que, ciertamente, lo que viene a hacer es reflejar una realidad que se ha forjado –desgraciadamente- al margen de cualquier debate jurídico o constitucional<sup>58</sup>.

Resulta a mi juicio adecuada la plasmación de la finalidad de la política de defensa (art. 2), bien vinculada a los fundamentos del Estado constitucional<sup>59</sup>. Sin embargo, no estaría de más una definición jurídica de los conceptos “defensa nacional” y “defensa militar”, sí presentes en la anterior ley. Por cuanto las misiones, la ley supera con mucho las fijadas por el artículo 8 de la Constitución<sup>60</sup>. A partir de esta ley puede pensarse hoy día que toda finalidad de las FAS debe encajar en la lista de misiones fijada en el artículo 15. Ahora bien, pese a que tales finalidades son redactadas con bastante amplitud, me temo que tampoco van a considerarse taxativas ante una necesidad de la defensa

---

<sup>56</sup> 3. Los miembros de las Fuerzas Armadas se integrarán o adscribirán a distintos cuerpos, de acuerdo con los cometidos que deban desempeñar. Estos cuerpos podrán ser específicos de los Ejércitos o comunes de las Fuerzas Armadas.

<sup>57</sup> Artículo 11. Organización básica.

1. Las Fuerzas Armadas se organizan en dos estructuras: una orgánica, para la preparación de la fuerza, y otra operativa, para su empleo en las misiones que se le asignen.

2. La estructura orgánica posibilitará la generación de la estructura operativa. Se establecerá mediante criterios de funcionalidad basados en los medios y formas propias de acción del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y en una organización homogénea de éstos.

3. La estructura operativa, establecida para el desarrollo de la acción conjunta y combinada, se organizará con arreglo al principio de unidad de mando y a los criterios necesarios para la consecución de la máxima capacidad operativa.

4. Para alcanzar el funcionamiento de ambas estructuras con criterios de eficacia y economía de medios, se unificarán los servicios cuyos cometidos no deban ser exclusivos de un Ejército y se organizarán de manera centralizada la logística común y la adquisición de recursos.

<sup>58</sup> En este punto, coincido con Arteaga cuanto afirma que “La sanción legislativa de esas misiones no parece que vaya a generar grandes debates porque refleja –más que construye– el consenso político y social en torno a las misiones, militares o no, de las fuerzas armadas sin constituir un número cerrado que limite al Ejecutivo a realizar las misiones señaladas y no otras.” ARTEAGA, Félix “La Ley Orgánica de defensa nacional: apuntes para un debate”, cit.

<sup>59</sup> Artículo 2. Finalidad de la política de defensa: La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España.

<sup>60</sup> En todo caso, puede llamar la atención que puestos a regular las misiones no se ha expresado la misión del mantenimiento de la unidad de España, misión que, en todo caso, se deriva directamente de la Constitución, como en otros fugarse he sostenido.

futura<sup>61</sup>. Se trata de un tema que probablemente seguirá con cierta incertidumbre, si bien como se ha dicho la ley da cobertura a toda una panoplia de acciones de difícil encaje constitucional tiempo atrás pero que la realidad ha consolidado.

Estas misiones enunciadas por la ley se cumplen a través de diversos tipos de “operaciones” (art. 16). La regulación legal de estas operaciones no tiene precedentes. Pese a que se ha regulado generosamente seis grupos de operaciones<sup>62</sup>, también considero que las necesidades de la defensa y la –trágica- realidad nacional e internacional- es fácil que hagan de esta regulación un *corsé* que acabe relativizando su valor jurídico<sup>63</sup>. También en el marco de las misiones y operaciones, no puede dejarse de señalar que sigue sin desvelarse uno de los *misterios* más grandes del ámbito de lo militar y de la defensa, cuáles o qué son las misiones militares de la Guardia Civil, que la

---

<sup>61</sup> Artículo 15. Misiones.

1. Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Constitución, tienen atribuida la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

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

3. Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

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

<sup>62</sup> Artículo 16. Tipos de operaciones.

El cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requirieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular, las operaciones pueden consistir en:

a) La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.

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

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

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

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

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

<sup>63</sup> En esta dirección creo que la solución habría de haber sido la planteada por Arteaga: “parece más adecuado dejar su actualización y detalles para los documentos de desarrollo de la política militar y los acuerdos que regulen la colaboración militar con las organizaciones multilaterales o con otras administraciones o instituciones del Estado. Esta es la técnica seguida, por ejemplo, por la Ley belga de 20 de mayo de 1994, a partir de la cual se han ido desarrollado las modalidades operativas, las situaciones administrativas y las relaciones interdepartamentales o internacionales derivadas de las misiones iniciales. Por lo tanto, parece lógico que el debate parlamentario tienda hacia la generalización a la hora de tipificar misiones y hacia la concreción a la hora de prever su desarrollo.”

ley sigue sin determinar. Se trata de una cuestión siempre dejada en lo etéreo que, pese a que en 2002 un Real Decreto iba a regular, ha vuelto a pasar al *cajón de los olvidos*<sup>64</sup>.

El peso político de la guerra de Iraq se percibe claramente en el condicionamiento de misiones en el exterior (art. 19)<sup>65</sup>. Hubiera sido coherente –aunque quizá contrario a las necesidades de defensa- un grado de detalle semejante para las misiones y operaciones en el interior. No olvidemos que en España hay muchas dudas constitucionales y legales con relación a los estados de excepción y la necesidad de su declaración para la intervención de las FAS en el interior<sup>66</sup>. Y a mi juicio dichas dudas son bastante más relevantes para el sistema democrático que las operaciones en el exterior. Sin embargo, esto no está en el *candelero* político y no ha tenido reflejo alguno en la ley. Así las cosas, la regulación de las finalidades y operaciones de la defensa, pese a constituir parte importante de la ley, tienen un valor jurídico bastante relativo, concentrando demasiada atención en algunos aspectos, y bien poca en otros, quizá bastante más importantes.

Hay que sobrevolar también por otro de los temas obligados de la ley, la ubicación de las FAS en el sistema constitucional de poderes. En primer término, cabe decir que

<sup>64</sup> Así por ejemplo, en “Un decreto regulará la participación de la Guardia Civil en misiones militares bajo el mando de Defensa”, de jueves, 4 de abril de 2002, en [http://www.belt.es/noticias/2002/02\\_abril/01\\_05/04\\_guardiacivil.htm](http://www.belt.es/noticias/2002/02_abril/01_05/04_guardiacivil.htm), haciendo referencia a un artículo de *El País* de la misma fecha.

Se afirmaba que los ministerios de Defensa e Interior ultimaban un decreto para que la Guardia Civil pueda actuar como fuerza armada en misiones internacionales y también sobre el territorio nacional en caso de "amenaza grave para los intereses de la defensa nacional". Con esta normativa se ratificaría el carácter militar de la Guardia civil y se regularía la participación cada vez mayor del Instituto Armado en las misiones internacionales de paz junto con las Fuerzas Armadas españolas, complementando la actividad de éstas.

Se afirmaba que según dicho texto legal, en el caso de las misiones en territorio nacional, la Guardia Civil podría actuar, "en defensa del territorio nacional, del mar territorial y del espacio aéreo español; desempeñar funciones de policía militar; colaborar en actividades de inteligencia y contrainteligencia de los cuarteles generales de las Fuerzas Armadas; participar en los órganos encargados de realizar actividades de cooperación cívico-militar y cualquier otra misión que se le encomiende".

La orden de encomendar misiones militares a la Guardia Civil, que se realizarán bajo el mando del Ministerio de Defensa, deberá proceder del Gobierno o del propio Ministerio de Defensa, aunque en este último caso deberá obtener el acuerdo del ministro de Interior. Estas misiones pueden ser encomendadas de forma individual a agentes de la Benemérita o a unidades completas.

Para ceder esta autoridad a Defensa se debe especificar antes las condiciones de esta cesión, así como su duración, que no podrá exceder de un año, aunque este plazo es prorrogable. Una comisión conjunta de Defensa e Interior estudiará la aportación de la Guardia Civil a cada misión y las posibles prórrogas.

En estas misiones militares los guardias civiles que participen llevarán un distintivo en su uniforme y tendrán el carácter de fuerza armada, pero conservando las prerrogativas de su condición de agentes de la autoridad, como es la capacidad de realizar detenciones de la que los miembros de las Fuerzas Armadas carecen. También conservarán su propio régimen disciplinario y actuarán con sus propias armas y equipamiento, a no ser que resulte insuficiente y en este caso deberá serle suministrado por el Ministerio de Defensa.

<sup>65</sup> Para que las Fuerzas Armadas puedan realizar misiones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, se deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el marco de sus respectivas competencias.

b) Que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones.

c) Que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los principios del derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución.

<sup>66</sup> Sobre el particular me remito a *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit.

nada nuevo hay que destacar sobre la figura del Rey<sup>67</sup>, prefiriéndose la indeterminación y dudas ya tradicionales sobre su mando supremo y las relaciones de la Casa Real con el estamento militar. La novedad quizá más llamativa se da sobre la posición de las Cortes, a las que se les dota de algún mayor protagonismo<sup>68</sup>, de nuevo, por la guerra de Iraq. Así, se atribuye al Congreso un papel antes inexistente en la autorización de misiones en el extranjero en el artículo 17. Esta autorización previa, queda exceptuada tanto para situaciones exigidas por la defensa de España o el interés nacional o por la urgencia<sup>69</sup>. Como ya se ha señalado, no se ha aprovechado la ocasión para clarificar el papel de Congreso o Senado (art. 155 CE<sup>70</sup>) para las actuaciones en el interior, lo cual habría sido de interés. De igual modo, tampoco se ha fortalecido la débil posición de las Cortes en el ámbito de la defensa.

La regulación de la figura del Presidente del Gobierno varía frente a la anterior, pero no creo que pueda decirse que para dotar de mayor claridad y certeza. Pese a que el preámbulo señala que “Recae en el Presidente del Gobierno la responsabilidad de la gestión de las situaciones de crisis que afectan a la Defensa, al igual que la dirección del conflicto armado.” En el articulado se emplea la algo abstracta y equívoca fórmula de su “autoridad”<sup>71</sup> “para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo (art. 6), en todo caso, la suma de las atribuciones de este precepto no ha de dejar lugar a dudas, puesto que el Presidente “gestiona situaciones de crisis”, ostenta la “dirección estratégica de las operaciones militares”, “determina la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas” y, quizá lo más claro de todo que sí es de agradecer es que se encarga de “Ordenar las

<sup>67</sup> Sobre el tema, recientemente, COTINO HUESO, Lorenzo, “A vueltas sobre el binomio Rey y Fuerzas Armadas tras la guerra de Irak y la nueva legislación de defensa”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coord.). *Veinticinco años de monarquía parlamentaria*, Sanz y Torres, Madrid, 2006.

<sup>68</sup> Sobre el tema, COTINO HUESO, Lorenzo, “La posición de las Cortes en el ámbito militar y de la defensa. (Atención particular a la reciente experiencia de la crisis de Kosovo)”, 30 págs., en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 9 (2000), págs. 253-282. Cabe señalar que no se ha fortalecido la débil posición de las Cortes más allá de la autorización previa para misiones en el extranjero.

<sup>69</sup> Artículo 17. Autorización del Congreso de los Diputados.

1. Para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, el Gobierno realizará una consulta previa y recabará la autorización del Congreso de los Diputados.

2. En las misiones en el exterior que, de acuerdo con compromisos internacionales, requieran una respuesta rápida o inmediata a determinadas situaciones, los trámites de consulta previa y autorización se realizarán mediante procedimientos de urgencia que permitan cumplir con dichos compromisos.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, cuando por razones de máxima urgencia no fuera posible realizar la consulta previa, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados lo antes posible la decisión que haya adoptado para la ratificación, en su caso.

<sup>70</sup> Cabe recordar que, en razón de este artículo 155:

“1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.”

<sup>71</sup> El vocablo debe traer causa de la conjugación de la atribución constitucional del mando supremo al Rey y de la dirección de la política de defensa y de la Administración militar al Gobierno, de ahí, es posible, que se explique la “autoridad” del Presidente sobre el Gobierno. De hecho, en el artículo 7 se repite la fórmula, en tanto que al Ministro de Defensa le corresponde “b) Dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo la *autoridad* del Presidente del Gobierno.”

misiones de las Fuerzas Armadas”. Estas funciones se complementan con las competencias asignadas al Ministro de defensa, que dirige la actuación de las FAS bajo la antedicha autoridad del presidente, de igual modo el Ministro de Defensa dirige la Administración militar (art. 7).

Ciertamente, algunas de estas atribuciones podrían haberse realizado con más claridad, evitando eufemismos y deshacer cualquier equívoco mal intencionado que pueda relativizar el papel de los poderes civiles frente al mando supremo de las FAS del Rey. De otra parte, cabe mencionar la “creación” del Consejo de Defensa Nacional (antes “Junta de Defensa Nacional” pero con composición y funciones diferente). Este órgano es regulado con bastante flexibilidad en el artículo 8, sigue siendo esencialmente un órgano consultivo que ahora sólo asiste al Presidente del Gobierno (ya no individualmente al Rey). No obstante, como a continuación se comenta y resulta una novedad que podría ser relevante, asume funciones de coordinación y emanación de directrices en supuestos excepcionales y de estados de sitio.

Así las cosas, sobre lo visto, sin perjuicio de las bondades de la ley, su actualización orgánica y la plasmación –más simbólica que de valor estrictamente jurídico- de las nuevas realidades en Defensa, la nueva ley quizá ha estado demasiado apegada al calor de la realidad política en la que se gestó –la guerra de Iraq- y no ha querido mirar a muchos de los problemas constitucionales que siguen acuciando casi tres décadas después de la aprobación de la Constitución de 1978.

#### D) El Derecho de excepción

El artículo 116 CE recogió la regulación sustancial que había de regir la institución de los estados de excepción, regulación asimismo complementada con lo dispuesto en el artículo 55 CE relativo a la suspensión de los derechos y libertades<sup>72</sup>. Sobre el ámbito de regulación de esta norma se contaba con la preconstitucional Ley de Orden Público de 1959 y con la Ley de Movilización Nacional de 1969, empleada por última vez en 1976<sup>73</sup>. Tras el fracaso del proyecto de ley en 1979<sup>74</sup>, el frustrado golpe de 1981 en el curso del cual el Capitán General de la III Región Militar (Valencia) declaró el estado de sitio, hizo ver la urgencia de la regulación de esta materia<sup>75</sup>. Así, se aprobaría finalmente por el procedimiento de urgencia la Ley orgánica que fue la 4/1981, de 1 de junio, que cumplimenta lo prevenido en el art. 116. 1º de la Constitución, sobre los estados de alarma, excepción y sitio. Esta norma no sería tan polémica como la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, relativa al ámbito antiterrorista.

---

<sup>72</sup> En especial, ver, REMOTTI, José C. Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías, Colex, Madrid, 1999.

<sup>73</sup> Correos y RENFE mediante Decretos 29/1. 976 y 47/1. 976 de 6 de enero.

Policía Municipal y Bomberos de Barcelona por Decretos 261/1. 976 de 14 de febrero.

<sup>74</sup> Se trataba del proyecto de Ley de Seguridad ciudadana, como señala Cruz Villalón, una especie de código del orden público que además regulaba los tres estados excepcionales y la suspensión de garantías. El mismo urgía en especial porque en septiembre de 1979 caducaba la vigencia de la Ley 54/1978 de suspensión individual de garantías (ley antiterrorista), si bien, al ser prorrogada el proyecto fuera olvidado. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 62-63. Sobre el mismo, también GARCÍA CUADRADO, Antonio M. “El estado de alarma y su ambigua naturaleza”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 8, 1994, págs. 75-106, en concreto, pág. 78.

<sup>75</sup> No obstante, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 11 (1981), págs. 83-116, en concreto, pág. 85 afirma que la prisa en la aprobación de esta norma pudo encontrarse en la presión terrorista con los atentados de marzo de 1981.

Se trata de una ley breve (treinta y seis artículos distribuidos en cuatro capítulos) que entre otras preocupaciones había de determinar los presupuestos de hecho para la posible aplicación del derecho de excepción, labor que no había asumido el constituyente. Hasta la fecha no ha sido aplicada en ninguna ocasión, ni siquiera por cuanto al estado de anormalidad de alarma que no conlleva suspensión de derechos y libertades alguna. Quizá sea este el motivo por el cual esta norma no ha suscitado particulares críticas. Es de lamentar, no obstante, que la reciente LODN no haya aclarado algunas de las dudas que aún hoy día se suscitan –más bien porque nadie las plantea ni intenta resolver- sobre el empleo de las FAS en el interior. De igual modo, en modo alguno queda clara la fórmula jurídica de actuación para los casos de atentados terroristas como los ya sufridos en España como el 11-m y –desgraciadamente- de posible reiteración. Sí que es cierto que la nueva legislación básica de defensa ha incidido algo en la materia, en su regulación de los recursos a la defensa para situaciones de grave amenaza o crisis no militares (art. 22. 1º)<sup>76</sup> e introduce el papel del nuevo Consejo de Defensa Nacional para situaciones de estado de sitio (art. 22. 2º)<sup>77</sup>. En tales situaciones dicho órgano coordinará a la Guardia Civil (art. 25)<sup>78</sup> y a la Policía Nacional (art. 27)<sup>79</sup>, así como las actuaciones del sistema de cooperación en materia de Protección Civil, emitiendo directrices que han de ser “tomadas en cuenta” por los poderes públicos (art. 28)<sup>80</sup>. Se trata de una novedad que puede ser importante en el futuro.

### E) Evolución del Derecho penal y disciplinario militar y la jurisdicción castrense

La actuación del Legislativo en estos ámbitos desde la aprobación de la Constitución ha sido bien relevante. Cabe señalar que el precedente básico en esta materia lo constituía el Código de Justicia Militar de 17 de junio de 1945, en el cual se abordaba tanto la regulación penal y disciplinaria (indistinguidas<sup>81</sup>) así como la de la

---

<sup>76</sup> Artículo 22. Disposición permanente de los recursos.

1. El Gobierno establecerá los criterios relativos a la preparación y disponibilidad de los recursos humanos y materiales no propiamente militares para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional en situaciones de grave amenaza o crisis, teniendo en cuenta para su aplicación los mecanismos de cooperación y coordinación existentes entre los diferentes poderes públicos.

<sup>77</sup> “2. En tiempo de conflicto armado y durante la vigencia del estado de sitio, el sistema de disponibilidad permanente de recursos será coordinado por el Consejo de Defensa Nacional.”

<sup>78</sup> Artículo 25. Coordinación de actuaciones.

En tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio, las actuaciones de la Guardia Civil serán coordinadas por el Consejo de Defensa Nacional, dependiendo en tales supuestos directamente del Ministro de Defensa, en los términos que determine el Presidente del Gobierno.

<sup>79</sup> Artículo 27. Cuerpo Nacional de Policía.

El Cuerpo Nacional de Policía, en los supuestos previstos en el artículo 25, será coordinado por el Consejo de Defensa Nacional, dependiendo del Ministro del Interior con el alcance que determine el Presidente del Gobierno.

<sup>80</sup> Artículo 28. Sistema de cooperación en materia de Protección Civil.

En tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio, el Consejo de Defensa Nacional coordinará las actuaciones del sistema de cooperación en materia de Protección Civil. A estos efectos, la acción permanente de los poderes públicos tendrá en cuenta las directrices emanadas del Consejo.

<sup>81</sup> Así lo recuerda, entre otros, Jiménez Villarejo, citado en MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de estudios políticos y constitucionales “Lucas Mallada”, Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 97-161, pág. 110.

justicia militar<sup>82</sup>. Como es posible imaginar en dicha norma el ámbito sustantivo y procesal de esta jurisdicción resultaba completamente abultado, como era lo propio al régimen autoritario precedente. Las exigencias constitucionales imponían una seria revisión de esta norma, sino su desaparición. Así el primer paso se dio con la Ley orgánica 9/1980 que reformaba el Código de Justicia Militar<sup>83</sup>. No obstante, como afirmaría el Preámbulo del Código Penal Militar aprobado por Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre “Los principios constitucionales y el progreso experimentado por la ciencia del derecho penal son factores que requerían, no ya una mera reforma de las Leyes penales militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar”. Este Código Penal Militar de 1985 sigue siendo el vigente suponiendo importantes novedades frente a la legislación anterior<sup>84</sup>. Pese a que hace unos años pareció darse una voluntad por una importante reforma del mismo, incluso habiéndose dado un borrador importantes novedades<sup>85</sup>, no se tiene noticia alguna sobre cualquier reforma sustancial<sup>86</sup>.

Asimismo, en 1985 también fue aprobada la Ley orgánica 12/1985, de 9 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas<sup>87</sup>; con la misma se

---

<sup>82</sup> Un breve comentario del mismo puede seguirse en SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996, págs. 71-82.

<sup>83</sup> Un comentario a esta reforma puede seguirse en VALENCIANO ALMOYNA, J. *La Reforma del Código de Justicia Militar, Comentarios a la LO 9/1980*, Madrid, 1980, así citado por varios autores.

En esta norma comenzaba el proceso de tecnicización jurídica de los órganos judiciales, suprimiendo el Fiscal Militar que era lego en derecho y permitiendo la entrada del Defensor letrado, a la vez que aparecían los jueces togados militares de instrucción. De otra parte se introducía el recurso de casación, de especial importancia. Asimismo el fuero de la jurisdicción militar se reducía.

<sup>84</sup> Con su aprobación quedaban separado el Derecho penal sustantivo tanto del Derecho disciplinario cuanto del Derecho procesal. Entre sus notas más importantes destacaban los casos contados en los que un civil podía cometer los delitos militares tipificados (delitos contra el centinela, allanamiento de establecimiento militar o delitos contra la Administración de justicia militar, o ayuda a militar para inutilizarse para el servicio o eximirse del mismo, a parte de los supuestos de tiempo de guerra), asimismo, se aplicaba los principios generales del Derecho penal y, por cuanto a las penas se rebajaba el tiempo de la privación de libertad a la vez que se suprimía la pena de muerte en tiempo de paz, tal y como exigía la Constitución. Un adecuado resumen y valoración de esta norma puede seguirse en RODRÍQUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (vol. 2), cit. págs. 1281-1309 y MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, cit., págs. 113-120.

<sup>85</sup> Al respecto, quien suscribe tiene copia del borrador de dicha reforma, que no obstante fue olvidada. Sobre esta reforma, también, GONZÁLEZ, Miguel, “Defensa quiere que los jueces militares sean competentes en un mayor número de delitos El narcotráfico y las agresiones en los cuarteles pasarán a la jurisdicción castrense”, en *El País*, lunes 7 de diciembre de 1998. En dicho artículo se hace referencia a las voluntades políticas del Ministerio de Defensa, consistentes en una ampliación del marco de la competencia de la jurisdicción militar, en especial por cuanto a los “delitos contra la salud pública cometidos en lugar militar”. También se otorgaría a los jueces militares la competencia para juzgar los delitos de agresiones, trato degradante e inhumano o atentado contra la libertad sexual cometidos entre militares del mismo empleo, puesto que el código vigente sólo tipifica estas conductas cuando existe relación jerárquica entre agresor y víctima, lo que deja fuera las denominadas novatadas. El borrador simplificaba notablemente el texto de 1985, al remitirse en muchos delitos al código común, incrementando la pena prevista. Así, la revelación de secretos se castigaría de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 598 a 603 del Código Penal ordinario, pero aplicando “la pena superior en grado” cuando el autor sea un militar. En este borrador desaparecía el delito de maltrato de obra a inferior con resultado de muerte, por el que fue condenado el sargento Miravete a 15 años de cárcel, manteniéndose en cambio los delitos de maltrato de obra a inferior, penado con hasta cinco años de prisión, e imprudencia grave con resultado de muerte, castigado con las penas previstas en el Código Penal común -hasta cuatro años de cárcel- pero incrementadas en un quinto.

<sup>86</sup> En los últimos años la única reforma lo ha sido con relación a la suspensión del servicio militar (Ley orgánica 3/2002).

<sup>87</sup> Un resumen y valoración de esta ley puede seguirse en MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 144-146, así como NEVADO MORENO, Pedro T., en *La*

distanciaba el Derecho disciplinario del penal a la vez que se establecían diversas garantías. No obstante, esta norma suscitó –y la actual también suscita– no pocas reservas doctrinales por cuanto a su respeto del principio de legalidad en la tipificación de las conductas sancionables, así como diversas cuestiones relativas a las garantías del sancionado. Esta ley fue derogada –curiosamente sin aparente necesidad política– por la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre que, todo hay que decir, no ha supuesto redefinición alguna del Derecho disciplinario militar ni ha afrontado todas las cuestiones que mayores críticas doctrinales parecían suscitar de la ley precedente. Esta nueva norma ha supuesto una corrección técnica de la anterior a la par de estar ahora dirigida a un Ejército en ciernes de ser plenamente profesional que efectúa cada día más tareas en el exterior (aunque lo cierto es que tampoco se plasman prácticamente las crecientes necesidades de adecuación por las misiones internacionales). De otra parte, cabe señalar que a fuerza de sentencia del Tribunal Constitucional, que no cesaba de exigir una normativa disciplinaria propia para el cuerpo militarizado de la Guardia Civil, finalmente fue aprobada la Ley orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Sobre el régimen disciplinario siguen pesando diversas dudas de constitucionalidad<sup>88</sup>.

Aprobados el régimen disciplinario y el Código penal militares, restaba embarcarse en una profunda revisión de la jurisdicción militar. La Ley orgánica 9/1980 que reformaba el antiguo Código de Justicia Militar aunque se aproximaba a las exigencias de la ley de leyes seguía teniendo diversas lacras constitucionales. Por ello fue aprobada la Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar<sup>89</sup>.

---

*función pública militar*, 77-86 o de este mismo autor en “Reflexiones en torno al régimen disciplinario militar”, en AA. VV. *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit., págs. 265-302.

<sup>88</sup> Del mismo modo que las garantías relativas al principio de legalidad, en el Derecho disciplinario militar resultan aplicables las garantías de la defensa reconocidas básicamente en el artículo 24 CE: garantía de la aplicación de un procedimiento, presunción de inocencia, derecho a ser informado de la acusación, derecho a que se practiquen las pruebas pertinentes, derecho al recurso, etc.

Al respecto, también se ha puesto en duda lo dispuesto en los artículos 67, 70 y 81 de la ley de régimen disciplinario militar. Según el artículo 67 las sanciones se ejecutan el mismo día en que se notifique al infractor la resolución, y resulta muy difícil la suspensión de la sanción (art. 70) (a juicio de quien suscribe este régimen se encuentra justificado constitucionalmente y de lo contrario la eficacia de la defensa militar del Estado constitucional quedaría completamente entredicho).

Igualmente, para parte de la doctrina se dan dudas de constitucionalidad porque, en tiempo de paz, todos los expedientes disciplinarios militares sean clasificados como materia reservada, también se duda de la el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución de las sanciones, en particular por faltas leves. Del mismo modo se ha cuestionado la inseguridad que produce que todas las sanciones por falta leve puedan ser revisadas para pasar a considerarse graves.

Ha sido especialmente David Blanquer quien ha criticado la constitucionalidad de muchos aspectos del Derecho disciplinario militar por sus diferencias injustificables con el Derecho disciplinario civil. Ver BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit.

<sup>89</sup> Un comentario de la misma puede seguirse en SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar* 99-134 y MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 120-125 a la vez. Sus principales rasgos, siguiendo estos autores y la Exposición de Motivos de esta norma, son los siguientes:

- exclusión de los mandos militares de las funciones jurisdiccionales
- reconocimiento de un estatuto de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley, con carácter general, si bien, como se verá, dichos principios quedan en entredicho en el desarrollo concreto de la ley, pese a que el Tribunal Constitucional ha ratificado la misma.
- Establecimiento de órganos judiciales permanentes, para dar lugar así a la garantía del juez predeterminado por la ley.
- Tecnificación jurídica, pese al mantenimiento de la composición mixta juristas militares en los Tribunales.

Con dicha norma, cierto es, se avanzaba al excluir a los mandos militares de la función jurisdiccional, a la vez que establecerse órganos judiciales permanentes a favor del derecho al juez predeterminado por la ley. De suma importancia resultaba también la redefinición del ámbito de la jurisdicción militar operado por esta norma. Del lado negativo, en esta ley se recogen los caracteres propios del estatuto de independencia judicial, pero sin ir más allá de proclamaciones generales. La movilidad por medio de ascensos y la posible aplicación del régimen disciplinario a los magistrados y jueces militares (excepto para los miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo) hacen dudar de la plena independencia de los mismos. A pesar de una doctrina mayoritaria en este sentido, el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad del estatuto del juez militar desarrollado por esta ley. También suscita serias dudas la sumisión de los miembros de la Guardia Civil a la jurisdicción militar, lo cual, también, ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional. En países como Perú todo un sistema de jurisdicción militar similar al español ha sido considerado inconstitucional<sup>90</sup>.

Cabe también señalar que hubo que esperar al desarrollo de esta ley por medio de la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar de 21 de abril de 1988, para que se diera un carpetazo definitivo a los Tribunales de Honor Militar que aún, inaplicados, estaban aún presentes en el ordenamiento<sup>91</sup>. En 2003 se ha acometido una reforma de esta Ley 4/1987, de relativa importancia<sup>92</sup>.

En 1989 se culminó la labor legislativa con la aprobación de la Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar<sup>93</sup>. En la misma se acentuaban las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito a la vez que, entre sus novedades, se introducía la asistencia letrada desde el primer momento en que pudiera surgir una imputación respecto a persona determinada, así como las figuras del acusador particular y el actor civil. Con matizaciones, se introducía también el principio de igualdad de partes en el proceso penal a la par que se regula el proceso penal conforme al principio de oralidad. El principio de legalidad se acentuaba con la vinculación del Tribunal sentenciador a petición de las partes acusadoras, salvo error en la calificación. También se potenciaba, de otra parte, la figura del Fiscal Jurídico Militar (técnico en derecho). Asimismo, se introdujo un procedimiento de revisión disciplinaria así como se reguló el procedimiento contencioso-disciplinario militar. Destaca también la aparición en esta ley del

---

-Redefinición del ámbito de la jurisdicción militar, quedando sometidos a esta todos los delitos del Código Penal Militar, los delitos que se sometan a la misma en la declaración del estado de sitio, los delitos cometidos en el extranjero en acto de servicio, los delitos tipificados para tiempos de guerra por las leyes y tratados y los cometidos por prisioneros de guerra.

<sup>90</sup> Sentencia de 9 de junio de 2004 en expediente 23/2003, promovido por la Defensoría del pueblo, que tras considerar numerosas vulneraciones, exhortaba al poder legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia.

<sup>91</sup> Cabe señalar que estos Tribunales estaban regulados en los artículos 1025 a 1046 del Código de Justicia Militar y que desde las leyes de 1985 habían quedado “en el vacío” puesto que ni la ley disciplinaria ni el nuevo Código penal hacían referencia alguna, pero formalmente persistían en el ordenamiento formalmente. Luego la Ley 4/1987 no mencionaba a los tribunales de honor en su derogación expresa que tuvo que esperar al desarrollo de la ley de 1987, la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar de 21 de abril de 1988, que derogaba los artículos 1025-1046 del Código de Justicia Militar de forma expresa. El tema se atiende en el epígrafe “Los Tribunales de Honor que la Constitución admite nada tienen que ver con los tradicionales”, en el marco del apartado “El honor militar en el Estado constitucional español”.

<sup>92</sup> En efecto, a través de la Ley orgánica 9/2003, los cambios afectan a la composición de los tribunales, la organización y funcionamiento de la fiscalía y las garantías de independencia en su responsabilidad disciplinaria de unos y otros.

<sup>93</sup> Un resumen y valoración general de la misma puede seguirse en MONTULL LAVILLA, Eduardo, “La justicia y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas”, cit. págs. 125-133.

procedimiento especial y sumario por violación de derechos fundamentales, suponiendo la consideración de la jurisdicción militar como “jurisdicción ordinaria” del artículo 53 CE. Este discutible aspecto ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, si bien es objeto de no pocas críticas doctrinales. También suscita particulares dudas el alcance de la revisión jurisdiccional de las faltas leves, tema sobre el que hasta el momento el Tribunal Constitucional ha pasado de largo, hasta el momento. Tanto la Ley 4/1987 cuanto la Ley 2/1989 se aprobaron con un importante consenso, especialmente la de 1989<sup>94</sup>, y son las vigentes en la actualidad.

Hay que indicar también que en los últimos años se ha declarado la inconstitucionalidad de algún precepto que llevaba a la irrecurribilidad de algunos actos, si bien siguen persistiendo dudas<sup>95</sup>; de igual modo, en 2001 y definitivamente en 2004, el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucional la prohibición de accionar civil o penalmente por subordinados frente a sus superiores jerárquicos<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar contó con 201 votos a favor, 4 en contra y 51 abstenciones. Por su parte, la Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar contó con 260 votos a favor, 1 en contra y ninguna abstención.

<sup>95</sup> En efecto, el artículo 468, declarado inconstitucional y nulo por STC 31/2000, de 3 de febrero en su letra c) que:

“No se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de:

a. Los actos que sean reproducción de otros anteriores que tengan carácter de definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

b. Los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

c. La resolución de separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria.”

El tribunal resolvió sólo sobre este último apartado, considerando que la denegación del acceso a la vía judicial suponía excluir radicalmente del control jurisdiccional una serie de sanciones que, como las ahí contempladas, no son una simple consecuencia automática ni obligada de la condena penal, sino que resultan de disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Siguen dándose dudas, pues, sobre la irrecurribilidad de las sanciones por faltas leves.

<sup>96</sup> El artículo 108.2 de la Ley Orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar disponía:

No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria. Declarado inconstitucional y nulo por STC 179/2004, de 21 de octubre; (BOE nº 279-suplemento, de 19 de noviembre).

Asimismo, el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, regulaba:

Salvo el supuesto del Artículo 168 de la Ley Orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la Comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones.

De este modo, se excluía la posibilidad de accionar frente a superiores militares.

Pues bien, la sentencia 115/2001, de 10 de mayo, consideró que por ello se vulneraban los artículos 14 y 24, en relación con el inciso final del art. 117.5 de la Constitución. Así que –estimando el recurso de amparo– elevó la cuestión interna de inconstitucionalidad.

El Tribunal, en su sentencia 179/2004, de 21 de octubre, ha ratificado la solución de 2001 y declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 108, párrafo 2, así como del art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso “excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”, se considera que la disciplina queda salvaguardada en la jurisdicción militar aun con la posibilidad de que inferiores accionen sobre superiores jerárquicos.

## F) La regulación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas y el servicio militar

### 1. LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL

El régimen del personal militar quedaba recogido en una desmesurada y dispersa normativa, la heterogeneidad era la única nota definitoria de la situación profesional del militar. Desde las filas castrenses se solicitaban principios como la subordinación al ordenamiento jurídico general del Estado o la inclusión en los sistemas generales de enseñanza y la existencia de un ley reguladora, ya prevenida en la LODNOM de 1980, se hizo esperar en exceso.

En 1989 se daría un hito histórico al aprobarse el primer estatuto profesional de los miembros de las FAS con independencia del Ejército o cuerpo al que se perteneciese, así como por abrirse la puerta de los cuarteles por primera vez a la mujer. Se trataba de la Ley 17/1989, de 19 de julio del Régimen del Personal Militar Profesional. Esta norma, para Parada Vázquez, supuso la “transposición del modelo de función pública degenerado y vigente en la Administración civil a los cuerpos militares”<sup>97</sup>. Sin perjuicio de esta visión crítica, Nevado Moreno afirma que se trató “de una creación *ex novo* en la historia legislativa española, abriendo un proceso de cambio, de verdadera mutación en la configuración jurídica de la profesión militar y su ubicación en la organización en la que presta sus servicios, dentro de un contexto más general de redefinición de las Fuerzas Armadas, de modernización y reorganización; dinámica que viene marcada por un principio fundamental, la adecuación de las Fuerzas Armadas y sus servidores al orden constitucional.”<sup>98</sup>. En dicha norma, además, se daba entrada por vez primera a la mujer en los Ejércitos. Se trataba de un paso que imponía la Constitución que tuvo que esperar casi once años desde la aprobación de la ley de leyes así como a una importantísima sentencia del Tribunal Constitucional en la que se condenó la omisión del legislador (sentencia 216/1991). Ahora bien, cabe recordar que la parcela del estatuto de los militares más importante, la de los derechos fundamentales no iba a sufrir ninguna variación, como tampoco lo haría en la ley sucesora a ésta.

El proceso de profesionalización de las FAS y el incremento y variación de sus misiones en razón de la pertenencia a organizaciones de defensa colectiva impulsaron al gobierno popular a emprender una nueva norma reguladora del personal militar. Se trata de la reciente Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas 17/1999, de 18 de mayo. La misma, como se señala en su exposición de motivos, busca “un equilibrio entre la continuidad de los parámetros esenciales de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, que supuso un considerable esfuerzo de integración de la dispersa legislación de los Ejércitos, y un importante componente de renovación que dé respuesta a las exigencias del modelo de Fuerzas Armadas profesionales.” La línea de dicha norma es la de integrar en lo posible a todos los profesionales militares. Asimismo se redefinen los sistemas de selección para el ascenso y varían las edades para el pase a la reserva. De especial interés en nuestro ámbito de estudio es la aparición de nuevos cauces para la presentación de propuestas o sugerencias mediante la creación de Consejos Asesores de Personal en el ámbito de cada Ejército, con componentes de los diversos Cuerpos, Escalas y categorías. De otra

---

<sup>97</sup> PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 15.

<sup>98</sup> MORENO, Pedro T., en *La función pública militar*, cit. pág. 162.

parte, la ley elimina las últimas discriminaciones por cuanto a la entrada de la mujer en diversas unidades en las que su incorporación estaba vetada. También resulta destacable el sistema de reservistas creado para poder dar respuesta en caso necesario a las exigencias de la Defensa nacional, ante la suspensión del servicio militar que la Disposición adicional decimotercera recoge.

En la intensa actividad legislativa de 1996-2000 se aprobó también la Ley de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS, Ley 26/1999 de 9 de julio, con la finalidad básica de adecuar el régimen de vivienda militar a las nuevas exigencias de un Ejército profesional. De esta ley, pese a resultar colateral, cabe mencionar que irónicamente supuso en razón de su artículo 6 supuso que las FAS se convirtieron en la primera institución de la Administración Central del Estado que admite las parejas de hecho, y dentro de ellas, las del mismo sexo<sup>99</sup>, pese a la oposición frontal de los gobiernos populares a regularizar la materia.

Asimismo, en la etapa de racionalización legislativa especialmente acometida por el primer gobierno del Partido Popular, cabe destacar Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas<sup>100</sup>.

Pues bien, cabe añadir que la culminación de esta normativa se ha de dar cuando se regulen en positivo los derechos fundamentales de los militares – y, sobre todo, con la aprobación de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de tropa y marinería. Frente a un proceso de profesionalización que no ha dado buenos frutos<sup>101</sup>, en especial se hace referencia a la inestabilidad y estancamiento en el número de efectivos, los objetivos de la ley son los de la consolidación de la plena profesionalización posibilitando la prolongación de la relación laboral temporal y facilitando la salida laboral posterior. Se instituye un compromiso renovable hasta seis años y uno posterior de larga duración hasta los cuarenta y cinco, con posibilidad de acceder a la condición de soldados permanentes. Posteriormente se contempla el posible paso a reservista de especial disponibilidad (cobrando mensualmente). La regulación de los nuevos “reservistas” también es destacable, de otra parte<sup>102</sup>, aunque habrá que estar a la espera de su desarrollo en la práctica.

---

<sup>99</sup> Este artículo 6 versa sobre el derecho de uso de vivienda militar, por lo que ahora interesa se dispone lo siguiente:

2. En caso de fallecimiento del titular podrán ser beneficiarios del derecho de uso, también con carácter vitalicio y sin posibilidad de transmitir esta condición a terceros, el cónyuge que conviviera con él al tiempo del fallecimiento y las personas que se relacionan a continuación, si hubieran convivido con el titular los dos años inmediatamente anteriores: a) Persona en análoga relación de afectividad que el cónyuge.”

Se sobreentiende que dicha persona no tiene por qué ser del sexo contrario al causahabiente, tal y como quedó constatado en la discusión parlamentaria de esta ley.

<sup>100</sup> La ley se aprobaba tras la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, después de numerosas modificaciones en su texto, tanto de manera directa a través de la nueva redacción de algunos de sus preceptos, como de forma indirecta mediante disposiciones legales que han venido a variar o complementar su contenido, resultando en estos últimos aspectos de especial relevancia la renovación llevada a cabo en la legislación reguladora del personal de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil, según se señala en su breve exposición de motivos.

<sup>101</sup> La ley se justifica se justifica en que “El paso de un Ejército de leva obligatoria al modelo de profesionalización vigente no ha satisfecho las expectativas previstas, ni ha permitido alcanzar los objetivos en cuanto al contingente de tropa y marinería establecido en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.” (Preámbulo).

<sup>102</sup> Se trata de una figura relativamente nueva en España, en razón de la suspensión del servicio militar obligatorio. Su regulación básica viene dada en el Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios. No existe una práctica real consolidada al respecto al momento de cerrar este estudio.

## 2. LA REGULACIÓN DEL SERVICIO MILITAR HASTA SU SUSPENSIÓN

Con la entrada en vigor de la Constitución, se convertía en ineludible la reforma de la antigua Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar. Fue años más tarde cuando se aprobó la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar. En la misma básicamente se regulaba el reclutamiento, para ello se optaba por un sistema único-acorde a la reunificación de Ministerios en el de Defensa- y se establecían cuatro modalidades de prestación, que en el caso del servicio militar obligatorio tenía una duración de doce meses a la vez que regionalizaba su prestación, además se establecía una permanencia en situación de reserva de 34 años<sup>103</sup>. Tras unas elecciones en las que el servicio militar fue objeto de un claro mercadeo electoral<sup>104</sup>, en la legislatura iniciada en 1989 se emprendió la elaboración de lo que sería a la postre la Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar, que fue aprobada con amplio consenso<sup>105</sup>. La misma ampliaba su contenido al mero reclutamiento, incluyendo en sus cincuenta y ocho artículos un Capítulo dedicado a la misma prestación del servicio militar y otro a los derechos y deberes del militar de reemplazo. En la ley se reafirmaba el modelo de servicio militar por recluta universal, se seguía excluyendo a la mujer de la obligatoriedad del mismo que reducía, en general, a nueve meses. Asimismo se actualizaban los planes de instrucción y se diversificaban las actividades según el carácter del obligado, a la vez que reducía la situación de reserva a tres años<sup>106</sup>. Esta norma ha estado vigente hasta la aprobación de la Ley Orgánica de Defensa de 2005, pese al Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar.

### **G) Para concluir, una valoración de nuestra evolución legislativa: la constitucionalización aún inacabada de nuestro Derecho militar**

#### 1. CASI TRES DÉCADAS DE TRANSICIÓN EN LA LEGISLACIÓN MILITAR, AÚN NO CULMINADA

Se ha sobrevolado el intenso *iter* legislativo en materia militar de las últimas décadas. No cabe duda de que se ha avanzado y mucho en la constitucionalización de nuestro Derecho militar, de una forma lenta, pero bastante constante en diversas fases. Ahora bien, a mi juicio se trata de una lenta evolución aún inacabada<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Una breve descripción de esta norma puede seguirse en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo diseño jurídico del servicio militar”, en AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994, págs. 45-87, en concreto, págs. 57-58.

<sup>104</sup> Recordemos que IU, como siempre ofrecía su desaparición, el CDS su reducción a tres meses, el Partido Popular una duración de ocho meses y el propio partido socialista, una duración de nueve meses. Una lectura crítica de aquella situación puede seguirse, entre otros, en José A. OLMEDA GÓMEZ, “La privatización del deber militar: el servicio militar y la organización de las fuerzas armadas españolas ante el nuevo escenario estratégico”, en *Revista de Estudios Políticos*, Número 97, Julio-Septiembre 1997, págs. 125-158, págs. 141 y ss.

<sup>105</sup> Fue aprobada con 249 votos a favor, 19 en contra y 5 abstenciones.

<sup>106</sup> Un resumen sistemático de esta norma puede seguirse en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El nuevo diseño jurídico del servicio militar”, cit., en concreto, sus líneas fundamentales, en las págs. 60-61.

<sup>107</sup> Por el contrario, para algunos la adecuación a los postulados constitucionales concluyó con la supresión de la pena de muerte del Código Penal Militar por medio de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre. Así se afirma en “Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar”, cit. pág. 25. Sin embargo, aún resultan exigibles

Hay quien no ha dudado en afirmar el “perverso” papel del legislador en materia militar, por operar los cambios en la normativa a golpe de sentencia del Tribunal Constitucional e incluso bordeando las exigencias de este alto órgano<sup>108</sup>. Sin perjuicio de dicha afirmación, en muy buena medida cierta, hay que decir que tampoco el Tribunal Constitucional ha significado un completo revulsivo del ordenamiento castrense, puesto que no ha impuesto una completa constitucionalización en las FAS y el Derecho militar. Su labor en esta parcela ha sido -al igual que la del legislador- lenta y paulatina, pero en todo caso no puede tildarse de beligerante, sino más bien de permisiva. En todo caso, un juicio crítico y negativo, siempre sencillo de llevar a cabo y más en el presente ámbito de estudio, no puede dejar de advertir de forma muy positiva los logros habidos hasta la fecha. Las posibilidades de adecuarse a lo prescrito por la Constitución continúan siendo muchas, pero en ningún momento puede dudarse de los tremendos avances que se han dado. Para ello, basta tener en cuenta la situación jurídico-política en la que se situaban las FAS antes del período democrático.

Los hechos parecen dar la razón a quienes, como Parada, señalaron que la particular recepción de las FAS en el artículo octavo del título preliminar ha servido de *colchón* para realizar una suave “transición militar” a favor de su adecuación a las reglas y principios del Estado social y democrático de Derecho<sup>109</sup>. Dicha transición militar se ha definido como la “aplicación de la Constitución en el ordenamiento jurídico militar y su

---

diversos cambios en la legislación en orden a asentar un efectivo modelo constitucional de FAS. A mi juicio, son aún no pocos los espacios de particular excepcionalidad que se dan aún en España, en particular por cuanto al régimen de derechos fundamentales de los militares, como más tarde se afronta. Esta percepción de falta de adecuación plena se incrementa al tener en cuenta el marco comparado. En este punto, mi participación en el proyecto “Comparison of European Systems of Military Law”, como representante español en el Convenio con el Ministerio Federal de Defensa de la República de Alemania con el Institut für Volkerrecht der Universität Göttingen (Instituto de Derecho de la Universidad de Göttingen), a cargo del Área de Derecho internacional y dirigido por el Prof. Georg Nolte, a fin de llevar a cabo un estudio comparado de los sistemas jurídicos militares de Fuerzas Armadas de los países integrantes de la Unión Europea, y la publicación antes referida creo que dan luz sobre diversos ámbitos en los que seguimos siendo relativamente “excepcionales”, pese a la “excepcionalidad” general del Derecho militar.

<sup>108</sup> Así, resulta interesante la lectura del papel del legislador operada DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional de la transición militar”, cit., en especial, págs. 94 y ss. (antes, bajo el mismo título en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...* cit.). Califica el papel del legislador como “perverso” por cuanto “en el proceso de ajuste del ordenamiento constitucional de las Fuerzas Armadas a los valores y principios constitucionales de debía haber sido el legislador quien, por sí mismo, plantease nuevas soluciones que compaginasen las específicas exigencias organizativas de las fuerzas armadas con los principios constitucionales. Por el contrario, su papel, aunque innovador, generalmente se ha limitado a al recoger pronunciamientos “negativos” respecto de la supervivencia del régimen anterior, realizados por el Tribunal Constitucional. Análogamente, ha seguido manteniendo las peculiaridades del régimen jurídico de constitucional de las Fuerzas Armadas que el Tribunal Constitucional ha entendido que no choca con las exigencias constitucionales. Este dato lo consideramos decisivo respecto de lo que hemos llamado “transición militar”, pues el legislador ha operado exclusivamente sobre la base de textuales exigencias constitucionales, sin pronunciarse por una íntima adecuación a los valores constitucionales del ordenamiento militar.” (ver, ob. cit. págs. 97-98). Cabe también señalar que en la pág. 97 se afirma que “No siempre el legislador sigue puntualmente la doctrina del Tribunal Constitucional, sino que, a veces, intenta “bordearla”.”

<sup>109</sup> PARADA VÁZQUEZ, Ramón, en “Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar” (sin referencia al autor), en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit., págs. 23-28, pág. 24 que la ““puesta en acción” del art. 8 ha servido para sustentar no la supervivencia de un mundo autónomo de valores, principios y normas al margen del sistema constitucional, como quizá pudiera haber sucedido, sino para realizar una suave “transición militar” y una continuada tarea de adaptación del ordenamiento preconstitucional que, salvado el escollo de febrero de 1981, ha hecho que el problema militar no difiera de lo común en los demás países europeos, mientras nuestras Fuerzas Armadas ganan consideraciones y prestigio participando en misiones internacionales, en un plano similar al de los demás miembros de la OTAN”.

ajuste a las exigencias que dimanaban de la vigencia de una Constitución democrática”<sup>110</sup>. Como decía Domínguez Berrueta, con acierto, “los preceptos constitucionales han ido tomando presencia sobre la formulación anterior de aquel núcleo, disolviendo su carcasa valorativa, fundiendo su corteza conceptual, hasta llegar a fusionar sus átomos constitutivos, para transmutarlos, jurídicamente, en el último soporte de la soberanía de un Estado Social y Democrático de Derecho.”<sup>111</sup>

Aunque al lector no avezado pueda sorprender, el grado de vinculación de la Constitución sobre el ámbito castrense ha sido en nuestro país objeto de una discusión doctrinal que ha desbordado ríos de tinta<sup>112</sup>. La razón de Estado en uno de sus ámbitos naturales, como lo es el relativo a la fuerza militar, se ha hecho cuerpo jurídico ralentizado el alcance de las reglas y mandatos constitucionales sobre una parcela ciertamente particular. En esta controversia se han dado, básicamente, dos posiciones: la institucionalista y la administrativista. Este debate ha adquirido en España connotaciones políticas, en tanto que se ha relacionado con la recepción constitucional del clásico principio de supremacía civil<sup>113</sup>: a través de las posiciones administrativa o institucional, se debatía la posibilidad de que el poder militar hubiera sido, en alguna medida constitucionalizado<sup>114</sup>. Al fin y al cabo, el debate central institucionalistas frente a

<sup>110</sup> DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional de la transición militar”, en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 72-111, en concreto, pág. 74 (antes en AA. VV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...* cit. págs. 2955- 3006).

<sup>111</sup> “Introducción. La Constitución y el ordenamiento militar” (sin referencia al autor), en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 23-28, pág. 22.

<sup>112</sup> Desde el complejo punto de vista técnico jurídico abordando las dificultades de adecuación del Derecho militar al Derecho en general y constitucional, por todos, COTINO HUESO, Lorenzo, “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.

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> 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: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal”, *Revista de Administración Pública*, 110, mayo-agosto de 1986, págs. 55-105, pág. 77 quien pone de manifiesto cómo la vía interpretativa institucionalista “llevada hasta sus últimas consecuencias pudiera arribar, incluso, a resultados contradictorios con la proclama de subordinación absoluta y sin grietas de lo militar al poder civil”.

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

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”<sup>115</sup>. Mediante este dualismo jurídico (institución-administración) se expresa la dificultad que entraña la adaptación de las FAS al Estado constitucional y los diferentes grados de exigibilidad de este necesario proceso de adecuación. Y esta dificultad que es la general en cualquier sistema democrático se agrava cuando hay unos precedentes de unas FAS de tradición no democrática y, como es el caso, una regulación constitucional que abre algunas puertas a aquél pasado.

Y es que, por qué negarlo, ha sido el propio texto de la ley de leyes el que permitía cuanto menos dar pie a una eterna discusión, merced a la “anomalía” (o más bien patología constituyente en todo lo referente a temas del ordenamiento constitucional militar)<sup>116</sup>. Baste decir que casi treinta años después, altos cargos militares pueden permitirse acudir a preceptos de la Constitución para sostener una lectura absolutamente inconstitucional y antidemocrática de la función y posición que corresponde a las FAS en España<sup>117</sup>.

Como se ha visto a lo largo de las anteriores páginas, los cambios han sido muchos a lo largo de legislaturas y gobiernos de diferente cariz político<sup>118</sup>, como lo fueron el

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.

<sup>115</sup> Cfr. DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, “El control jurídico-constitucional... cit., pág. 2990.

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.

<sup>116</sup> Cfr. 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

<sup>117</sup> Se hace referencia, claro está, al discurso del Teniente General Mena el 6 de enero de 2006, Ver, “Discurso del teniente general José Mena Aguado en la Pascua Militar” (texto íntegro), disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/01/06/espana/1136570580.html> (25/1/2006). Baste señalar algunos extractos: “Afortunadamente, la Constitución marca una serie de límites infranqueables para cualquier Estatuto de Autonomía. De ahí mi mensaje de tranquilidad. Pero, si esos límites fuesen sobrepasados, lo cual en estos momentos afortunadamente parece impensable, sería de aplicación el artículo 8º de la Constitución: «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército de Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad y el ordenamiento constitucional».

No olvidemos que hemos jurado, (o prometido), guardar y hacer guardar la Constitución. Y para nosotros, los militares, todo juramento o promesa constituye una cuestión de honor.”

Sobre la cuestión de fondo, me remito a mi trabajo *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, que no ofrece duda alguna sobre la cuestión desde un punto de vista constitucional, no político.

<sup>118</sup> Así lo recuerda, entre otros, PARADA VÁZQUEZ, prólogo a la obra de DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. pág. 10 “no ha habido una reforma militar, sino dos: la del Gobierno de la UCD, pilotada e inspirada por el General Gutiérrez Mellado, y la reforma del Gobierno socialista, dirigida por el Ministro Narciso Serra”. Cabe advertir, no obstante, que no se comparte la posición de este autor en tanto en cuanto sostiene que “la primera reforma respetó el diseño del constituyente de 1978, mientras que la segunda transgredió su voluntad de que se respetase el perfil jurídico-institucional de las Fuerzas Armadas.”

centrista de la UCD<sup>119</sup> y más tarde, del PSOE<sup>120</sup>. Durante las legislaturas y gobierno del Partido Popular (1996-2004), si bien ha sido abundante la labor normativa respecto a lo militar<sup>121</sup>, los cambios operados no fueron excesivos con relación a la obra pasada. Los dos años de gobierno socialista desde 2004 vuelven a adquirir una importancia decisiva en lo legislativo, con la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional y la reciente Ley 8/2006, de 24 de abril, de tropa y marinería. La LODN de 2005 se compromete a una ley que regule la conducta básica del militar y unas nuevas Reales Ordenanzas de las FAS por Real Decreto<sup>122</sup>. Se trata, pues, de aspectos no poco importantes los que han de acometerse por esta legislatura (si es que se cumple lo anunciado, aunque la necesidad política tampoco parece que vaya a impulsarlo). De especial interés va a resultar la ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales que la LODN señala en su Disposición adicional 3ª. Como a continuación se afronta, la más reciente obra legislativa en curso (¿) podría considerarse una definitiva transición de lo militar hacia lo constitucional, si bien, creo que habrá que estar a la expectativa.

## 2. PARA CONCLUIR: CUESTIONES PENDIENTES EN ESPECIAL LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los últimos años se detecta una línea general más aperturista respecto de todos los derechos y libertades por parte del Tribunal Constitucional. Esta línea, aún tímida en no pocos aspectos, se confirma en algunas sentencias relativas a las garantías procesales, y por lo que ahora más interesa relativas a las libertades públicas como las relativas a la libertad de expresión y de asociación.

De igual modo, siguiendo la línea de países como Italia o Francia<sup>123</sup>, se ha dado una reciente incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de mecanismos de expresión, representación y participación colectiva, dado que nuestro país se había

---

<sup>119</sup> Durante las legislaturas de la UCD, sin perjuicio de la normativa infralegal se aprobaron las siguientes leyes:

Ley 83/1978, de 28 de diciembre por la que se regulan las funciones de los distintos órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional; Ley 85/1978, de 28 de diciembre por la que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FAS; Ley orgánica 4/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y organización militar; Ley 9/1980, de 6 de noviembre, sobre reforma del Código de Justicia Militar; Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, que cumplimenta lo prevenido en el art. 116. 1º de la Constitución, sobre los estados de alarma, excepción y sitio.

<sup>120</sup> Durante las sucesivas legislaturas socialistas se aprobaron las siguientes leyes:

Ley orgánica 1/1984, de 5 de enero por la que se reforma la Ley 4/1980 de criterios básicos de la defensa nacional y organización militar; Ley 19/1984, de 8 de junio del servicio militar; Ley 48/1984 y Ley orgánica 8/1984, ambas de 26 de diciembre, por las que se regula la objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria, la primera y el régimen de recursos y penal de la misma; Ley orgánica 12/1985, de 9 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, Ley orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar; Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar, Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar.

<sup>121</sup> Así, en la legislatura 1996-2000, se aprobaron las siguientes leyes:

Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre; Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Militar Profesional; Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de Apoyo a la Movilidad Geográfica de los Miembros de las Fuerzas Armadas

<sup>122</sup> Artículo 20. 1. “Mediante ley, de acuerdo con la Constitución, se establecerán las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando militar.”

<sup>123</sup> Al respecto, por todos, cabe remitir a BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* . cit. y PEÑARUBIA IZA, Joaquín María, *Los presupuestos constitucionales de la función militar*, cit., págs. 419 y ss. así como NOLTE, Georg, *European Military Law Systems...* cit.

quedado completamente rezagado respecto del resto de Europa en esta parcela. Este cambio, significativamente novedoso en nuestro país, se ha articulado con la aparición de los “Consejos asesores de personal” tanto en el ámbito de la Guardia Civil<sup>124</sup>, como, por lo que ahora interesa, en las FAS. Así, cabe destacar la aparición y regulación de los Consejos asesores de personal, introducidos en la Ley 17/1999<sup>125</sup> y desarrollados posteriormente<sup>126</sup>. Pese a su reconocimiento normativo, quien suscribe no ha encontrado referencia alguna sobre la marcha real de estos órganos.

Respecto de la libertad de expresión, cabe destacar algún avance en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>127</sup>, habiéndose reflejado su trascendencia en el Tribunal Constitucional<sup>128</sup>. De particular interés ha resultado la jurisprudencia respecto del derecho de asociación de los militares, por medio de la sentencia 219/2001, de 31 de octubre de 2001<sup>129</sup>. Al amparo de la misma funcionan con normalidad asociaciones como la Asociación Unificada De Militares Españoles (AUME) y la Asociación de Militares Españoles (AME). Pese al mandato de la Disposición final séptima de la Ley 17/1999 de que se regulara antes del 31 de diciembre del año 2002 el régimen de derechos y deberes de los militares, dichas reformas no se han llevado a cabo. El plazo de la ley de 2005 también ha pasado con creces (desde febrero de 2006) y no sería nueva el incumplimiento de este deber auto impuesto por el legislador.

<sup>124</sup> Ley 42/1999, reguladora del régimen del personal de la Guardia Civil, artículo 92.

<sup>125</sup> La ley 17/1999 su artículo 151 introdujo estos Consejos asesores, con la finalidad de “analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por los militares profesionales referidas al régimen de personal y a la condición de militar” (aptdo. 1º). A diferencia de Francia, en donde existe un Consejo Superior y diversos consejos, se ha optado por la existencia de uno por cada Ejército y uno para los Cuerpos Comunes, que pueden reunirse conjuntamente (aptdo. 4º). La legitimación para el acceso a estos Consejos es general, por lo que todo profesional “podrá dirigirse directamente al Consejo Asesor de Personal de su Ejército respectivo, para plantear las propuestas” (aptdo. 2º).

<sup>126</sup> Así, el Real Decreto 258/2002, de 8 de marzo, por el que se regulan los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas y, posteriormente, Real Decreto 47/2004, de 19 de enero, por el que se establece la composición y competencias de los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y de las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

<sup>127</sup> Así sucede con el caso Grigoriades c. Grecia resuelto por el TEDH en su Sentencia de 25 de noviembre de 1997. El Tribunal consideró la vulneración del artículo 10 del Convenio (libertad de expresión) señalando que “El artículo 10 no se detiene en la puerta de los cuarteles” (§ 45), que las posibles restricciones en el ámbito militar han de estar justificadas en “amenazas verdaderas a la disciplina”, si bien estos límites no pueden “frustrar la expresión de opiniones, incluso si éstas se dirigen contra el ejército como institución” y, como era el caso, procedían de un militar (§ 45). El Tribunal al no apreciar insultos, sino duras críticas “fuertes e inclementes” y no mediar publicidad, consideró que “el impacto objetivo en la disciplina de los militares fue insignificante” (§ 47), por lo que se vulneró la libertad de expresión del militar.

<sup>128</sup> Pese a que se aplicó en un asunto sin implicaciones políticas, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de integrar esta resolución expresamente en su sentencia 102/2001, de 23 de abril. Así, en el FJ 5º (*in fine*)

<sup>129</sup> En la misma, el Tribunal opta por conceder el amparo a una asociación de militares a la que se había denegado su inscripción. En este caso, a diferencia de resoluciones anteriores, el Tribunal no sólo se centra en la doctrina de que el registro de una asociación lo es únicamente afectos de publicidad y no de control. En este caso, de un lado, el Tribunal insiste en que no puede aplicarse a la asociación militar (art. 22 CE) la excepción al derecho de sindicación que permite el artículo 28 CE, tal y como en las sentencias de instancia se llevó a cabo. De este modo, el Tribunal Constitucional no permite asimilar una asociación militar (respecto de la que sólo caben limitaciones) a un sindicato militar (excluido constitucionalmente). De otro lado, el Tribunal ratifica la prohibición de asociaciones militares “reivindicativas” (art. 181 ROFAS). No obstante, cuanto menos para el caso concreto, no consideró reivindicativo el fin social consistente en hacer lo posible para mejorar las condiciones de todo tipo de los militares asociados.

Aún es más, el voto particular formulado por el magistrado González Campos proponía elevar al Pleno, de conformidad con el art. 55.2 LOTC, cuestión de constitucionalidad sobre el art. 181.1 ROFAS, de modo que éste pudiera llegar a ser declarado inconstitucional por diversos motivos.

El grupo socialista, ahora en el gobierno, presentó en febrero de 2002 una Proposición de Ley Orgánica sobre derechos fundamentales y libertades públicas de los militares<sup>130</sup>, básicamente centrada en el derecho de asociación que había sido reconocido jurisprudencialmente. Salvo por lo que toca a este derecho de asociación<sup>131</sup>, la proposición no era nada ambiciosa. No en vano, el principio de neutralidad política y sindical sigue entendiéndose como motivador de graves limitaciones de las libertades públicas del militar<sup>132</sup>. Dicha proposición fue rechazada en mayo de 2002<sup>133</sup>.

La ley de 2005 impone una pronta regulación de los derechos fundamentales de los militares en España, país que es el país más restrictivo de la Unión Europea respecto del reconocimiento de las libertades públicas y derechos políticos del militar<sup>134</sup>, superando incluso a países como Francia, en donde tradicionalmente se sigue un sistema también restrictivo<sup>135</sup>. Y es que nuestro país se sitúa en las posiciones más restrictivas tanto respecto de las limitaciones de las libertades públicas y los derechos políticos<sup>136</sup> cuanto

<sup>130</sup> El texto de la Proposición de ley puede seguirse en el *BOGC*, VII Leg. Serie B, nº 207-I, de 22 de febrero de 2002, Proposición 122/000184. En su Exposición de Motivos, entre otras justificaciones (como la necesidad de resolver la falta de carácter orgánico de las Reales Ordenanzas) se afirma que “tiene como finalidad adaptar esta regulación a una situación, la actual, diferente de la de 1978. En el comienzo de este siglo, nadie duda que España ha superado los problemas de vertebración de sus Fuerzas Armadas con un sistema democrático y constitucional consolidado.”

<sup>131</sup> <sup>131</sup>. Respecto del derecho de asociación (art. 9), siguiéndose en cierto modo la referida sentencia, se propone un asociacionismo militar profesional bien distinto de la sindicación y de la política partidista, un asociacionismo que pudiera en su caso, conectarse con la existencia de los Consejos Asesores de Personal.

<sup>132</sup> Así el artículo 9 reconoce este derecho marcándose diferencias respecto de la sindicación o de asociaciones que fueran contra la neutralidad política o sindical (art. 9. 2º). Asimismo se excluye todo tipo de acción sindical, medidas en conflicto o negociación colectiva (apdo. 3º). Las asociaciones que se proponen son exclusivas de militares, de ámbito nacional y no deben tener vinculaciones con partidos o sindicatos o con otras asociaciones no militares (apdo. 4º). A tal fin, la Proposición de ley incluye una reforma de la Ley disciplinaria para sancionar como falta grave a los militares que formen parte de los órganos de gobierno de asociaciones que condiciones a los militares que formen parte de las mismas, o recurran a la acción sindical directa o indirecta o incumplan la ley propuesta. Asimismo se dispone la existencia de un Registro Especial de Asociaciones de Militares del Ministerio de Defensa (art. 9. 5º y 6º) y el régimen general del derecho de asociación se ajustaría a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Por último se incluye la posibilidad de que estas asociaciones puedan a formular propuestas y dirigir peticiones a las autoridades competentes y a los Consejos Asesores de Personal (apdo. 9º).

<sup>133</sup> DSS Congreso, Pleno n. 156, celebrado el de martes 21 de mayo de 2002, VII Leg. Págs. 8176-8195.

<sup>134</sup> Sobre el tema hay que remitirse a NOLTE, Georg y KRIEGE, Heike, “European Military Law Systems: general comparative report”, en *European Military Law Systems...* cit., págs. 19-183, en especial, págs. 74-90.

<sup>135</sup> La situación más actualizada al respecto, puede seguirse en NOLTE, Georg, *European Military Law Systems...* cit. En español, cabe remitir al estudio de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. y PEÑARUBIA IZA, Joaquín María, *Los presupuestos constitucionales de la función militar*, cit., este último por cuanto a los sistemas francés y alemán (págs. 117-140), así como el estudio concreto sobre las libertades públicas en las págs. 176-218, con remisiones concretas a diversos países.

<sup>136</sup> Como se constata en el estudio internacional tantas veces mencionado, mientras que en todos los países se afirma el principio de neutralidad, las restricciones de los derechos que derivan del mismo varían enormemente. Así, pueden distinguirse tres grupos:

1. Bélgica (art. 15 Ley de 14 de enero de 1975), Polonia (artículo 68 del Reglamento del servicio militar de los soldados de 30 de junio de 1970) y España, donde se aplica férreamente la tradición francesa de “La Grand Muette”, imponiendo restricciones más severas, como la distribución de propaganda, derecho de reunión o participación en partido político, asistir con uniforme en actividades políticas. En Bélgica, cuanto menos, es posible asesorar como experto a un partido político. En Polonia (arts. 103 y 108 de la Constitución), pese a no poder pertenecer a un partido político es posible formar parte de una lista electoral y en campaña se recibe el salario y puede expresarse siempre que no se luzca la condición de militar. Hay incompatibilidad para ser diputado, por lo que para acceder al escaño es preciso pasar previamente a servicio inactivo.

2. Francia y Gran Bretaña, en una posición intermedia. En Francia no se permite pertenecer a un partido político pero el artículo 9 de la ley que regula el régimen general del militar permite ser candidatos a elecciones. La

en el ámbito más concreto de las restricciones a la libertad sindical<sup>137</sup>. Con alguna ironía aunque sin falta de razón hay quien ha afirmado que “en verdad los derechos y libertades de los componentes de los Ejércitos se han reducido a uno: la posibilidad de votar en las elecciones<sup>138</sup>”.

neutralidad política sólo se exige de servicio, no fuera de él, si bien se exige el permiso previo al Ministerio de Defensa para expresar opiniones políticas en público (art. 7), la distribución de propaganda está prohibida en las instalaciones militares (art. 8). En Gran Bretaña el militar puede discutir cuestiones políticas o distribuir información política ya en servicio ya fuera de él, como cualquier ciudadano, si bien rige también la ley militar. En virtud de la misma, la insubordinación está castigada de modo que puede ser sancionada la expresión de opiniones (*Army Act* de 1955, seccs. 33 y 59). Asimismo es sancionable la distribución de información reservada (*Queen's regulations 1975 y Official Secrets Acts*). Los soldados británicos pueden participar en manifestaciones pacifistas siempre que no suponga un acto de amotinamiento (*Army Act*, secc. 355). También pueden formar parte de un partido político, pero no pueden “tomar parte activa” en sus actividades. En todo caso, no tienen restricciones respecto de la asistencia a reuniones políticas incluso con uniforme siempre que no vayan contra el servicio (*Queen's regulations J5.581*).

Por cuanto a las incompatibilidades, en Gran Bretaña (*Kingdom the House of Commons (Disqualification) Act 1975*, s.1(c)) hay, como en España, provisiones constitucionales específicas respecto de la imposibilidad de ser diputados, por lo cual, deben abandonar la condición de militar (en Gran Bretaña) y si no se gana el escaño no hay derecho de reingreso (*Queen's regulations, J5.585*).

3. En el tercer grupo con menores restricciones hay que situar a Dinamarca, Alemania y Holanda, donde no sólo se tolera sino que se apoyan las actividades políticas.

En Dinamarca está permitida la distribución de propaganda política dentro de las instalaciones militares, únicamente cumpliendo ciertos requisitos. En los tres países se reconoce una amplia libertad de reunión si bien, bajo alguna restricción respecto del uso de uniforme y en todo caso, los militares están permitidos a ser miembros de partidos políticos. En Dinamarca, con una gran tradición de participación política democrática de los militares, sólo es posible la restricción de los derechos políticos en situaciones de emergencia (Orden administrativa de 1987). Ni siquiera se les exige lealtad política ni obligación de apoyar el sistema político democrático. Ello obviamente no excluye la obligación de no entrar en los tipos disciplinarios o penales. Cabe señalar a este respecto que en agosto de 2001 se discutió esta posibilidad de amparar a los militares contrarios a la democracia tras demostrarse la persecución de militares comunistas durante la guerra fría. Los militares en este país –como en Holanda- no se consideran tradicionalmente amenaza alguna.

En Holanda se da la restricción general por cuanto se garantice “el funcionamiento adecuado del servicio y el cumplimiento de los deberes de cada uno”, siempre bajo el criterio de racionalidad (Artículo 12a *Militaire Ambtenarenwet*). De este modo, las regulaciones de servicio más que contener limitaciones son una ordenación mínima de las condiciones de ejercicio de estos derechos. El derecho de reunión es permitido dentro de los cuarteles bajo permiso previo; se prohíbe acudir uniformado a manifestaciones públicas salvo que se trate de manifestaciones de relativas a las condiciones de trabajo de militares y no sean en el extranjero (arts. 33 y 34 *Militaire Ambtenarenwet*). Sólo se prohíbe la pertenencia a partidos políticos en casos excepcionales, como si se trata de un partido no registrado para elecciones, lo cual sólo se ha dado en una ocasión con un partido de extrema derecha. Por cuanto a sus derechos políticos, está específicamente apoyada la participación política para lo cual se conceden licencias. Si es elegido el militar o designado para un cargo que no pueda compatibilizar se le suspende del mismo incluso a pesar de que los intereses de servicio sean en contra (art. 12. 1º y 2º *Militaire Ambtenarenwet*), si es posible compatibilizar el cargo sigue en servicio con las licencias que precise para asistir a las reuniones y sesiones necesarias. En todo caso, cesa de servicio si es nombrado ministro o secretario de estado (art. 40). La situación en Alemania es bastante similar, bajo el principio del ciudadano de uniforme que inspira al ejército alemán.

<sup>137</sup> Respecto de los derechos sindicales, es posible distinguir dos grupos.

En primer lugar, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Luxemburgo y Dinamarca, donde los militares pueden crear sindicatos relativos a las cuestiones militares. En Alemania y Holanda hay permisos y licencias especiales por participar en actividades sindicales. Aún es más, en Holanda está reconocido el derecho de huelga, incluso con una reserva en la ratificación de la Carta Social Europea en el sentido de que las restricciones a este derecho habrán de ser idénticas que para los civiles.

En segundo lugar, Francia (art. 10 del Régimen General), Polonia (Art. 70 del Reglamento General del servicio militar de los soldados) y Reino Unido, como en España, está prohibido crear o formar parte de sindicatos. Bajo esta perspectiva, los intereses de los militares están protegidos por los mandos. Ahora bien, en Gran Bretaña sí es posible afiliarse a un sindicato general, no militar.

<sup>138</sup> OLLERO GÓMEZ, Carlos, “Constitución y Reales Ordenanzas”, en *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas – Universidad*, (febrero 1982), pág. 231, así citado por MORALES VILLANUEVA, Antonio, “Derechos y libertades

Una mayor amplitud en este reconocimiento no sólo ha de derivar de un juicio de oportunidad política del legislador, sino que viene impuesto por la Constitución. Sin embargo, me temo que la extralimitación en el ejercicio de su responsabilidad y libertad de expresión por el Teniente General Mena en enero de 2006 en nada invita a que los políticos articulen un mayor reconocimiento de los derechos fundamentales al colectivo militar. Pocos motivos van a sustentar un paso adelante en materia de la definitiva normalización de este ámbito de lo militar en España, ni por el Tribunal Constitucional ni por el legislador. No obstante, quien suscribe considera que una apuesta por un reconocimiento amplio de derechos a los militares –naturalmente con sus límites, como en cualquier país occidental democrático- sería un medio inteligente de superar y desdramatizar el miedo a la intervención *militar* de las FAS en la vida política, a la par de ser un medio eficaz para evitar el intervencionismo político de las FAS como colectivo<sup>139</sup>. A mi juicio, la realidad hoy día es que la sociedad concibe a los militares ni más ni menos que como un colectivo más de los que componen la sociedad civil, valga la ironía, y como tales –sin miedo- habría que tratarlos. Esta es, a mi juicio, la asignatura pendiente para normalizar –constitucionalizar- la legislación militar en España.

---

del militar profesional”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), nº 37, enero-febrero de 1984, págs. 89 – 109, pág. 92.

<sup>139</sup> Sobre el tema no puedo más que reiterar lo afirmado en *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, cit.