

**Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015/2016**



**universidad
de león**

El escudo de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, que muestra una balanza de justicia sobre un fondo blanco y gris, coronado por un tocado real y rodeado por una guirnalda. El lema "IUSLEX" está inscrito en un cartelillo en el centro.

**DERECHOS FUNDAMENTALES EN
LAS FUERZAS ARMADAS**

Fundamental Rights in the Armed Forces

Realizado por el alumno D. Francisco David Vilorio Cabrerizo

Tutorizado por la Profesora Dña. Esther Seijas Villadangos

ÍNDICE

RESUMEN	6
ABSTRACT	6
PALABRAS CLAVE	7
KEY WORDS	7
OBJETO DEL TRABAJO	7
METODOLOGÍA UTILIZADA	8
INTRODUCCIÓN	8

CAPÍTULO PRIMERO: LAS FUERZAS ARMADAS

I.	CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS.....	11
II.	EVOLUCIÓN HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.....	14
	1. SIGLO XVI.....	14
	2. SIGLO XVII.....	15
	3. SILGO XVIII	15
	4. SIGLO XIX	16
	5. SIGLO XX	17
III.	COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA	19
	1. EL REY	20
	2. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO.....	24
	3. EL MINISTRO DE DEFENSA	25
	4. JEFE DEL ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA	26
	5. COMANDANTE DEL MANDO DE OPERACIONES.....	27
	6. EL CONSEJO DE DEFENSA NACIONAL	28

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.	TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	30
II.	LOS DERECHOS FUNDAMENTLES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	32
III.	CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES	33
	A) SEGÚN SU GRADO DE GARANTÍA	34
	B) SEGÚN SU NATURALEZA JURÍDICA	35
IV.	EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	36
V.	LIMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	38
VI.	MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	40
	A) GARANTÍAS GENÉRICAS:	40
	B) GARANTÍAS JURISDICCIONALES	41

CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS

I.	MARCO JURÍDICO	43
II.	LA IGUALDAD	44
III.	DERECHO A LA VIDA.....	55
IV.	LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO.....	56
V.	DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD.....	60
VI.	LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN.....	63
VII.	LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	66
VIII.	DERECHO DE REUNIÓN	72
IX.	DERECHO DE ASOCIACIÓN	75
X.	DERECHO DE SINDICACIÓN	77
XI.	DERECHO DE HUELGA	78

XII.	DERECHO DE PETICIÓN	79
XIII.	SINGULARIDADES PROCESALES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR	82
1.	CUESTIONES GENERALES	82
2.	COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES MILITARES	84
3.	INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO MILITAR	85
	CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL	86
	BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.....	90
	LIBROS	90
	REVISTAS	92
	SITIOS WEB	93
	JURISPRUDENCIA.....	94

RESUMEN

Los derechos fundamentales recogidos por la Constitución Española de 1978, no tienen carácter ilimitado y absoluto, de tal modo, que pueden ser objeto de ciertas limitaciones. El presente estudio, se centrará en analizar todas las cuestiones relativas a la incidencia que tienen estas restricciones en el seno de la institución militar. Las Fuerzas Armadas se configuran como una institución del Estado, regida fundamentalmente por los principios de unidad, jerarquía y disciplina, cuya función esencial es garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Como consecuencia de su singular régimen jurídico, estructura y funciones, los integrantes de las Fuerzas Armadas, han de soportar ciertas restricciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales, para garantizar de este modo, un correcto y eficaz desempeño de sus cometidos.

ABSTRACT

The fundamental rights enshrined in the Spanish Constitution of 1978 are not unlimited and absolute, so that may be subject to certain limitations. This study will focus on analyzing all issues relating to the impact they have these restrictions within the military institution. The Armed Forces are set up as a state institution, primarily governed by the principles of unity, hierarchy and discipline, whose essential function is to guarantee the sovereignty and independence of Spain, defending its territorial integrity and constitutional order. As a result of its unique legal status, structure and functions, members of the Armed Forces, have to bear certain restrictions on the exercise of their fundamental rights, thus ensuring proper and effective performance of their duties.

PALABRAS CLAVE

Fuerzas armadas, fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, derechos fundamentales, ejército, militares, soldados, restricciones a los derechos fundamentales, límites a los derechos fundamentales.

KEY WORDS

Armed forces, fundamental rights, army, military, soldiers, restrictions of fundamental rights, limits of fundamental rights.

OBJETO DEL TRABAJO

El propósito esencial de estudio del presente trabajo, consiste en analizar aquellos límites específicos de su estatuto jurídico que han de soportar actualmente los integrantes de las Fuerzas Armadas, derivados de su condición de militares.

De forma paralela, se pretende lograr un esbozo general acerca de dicho estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas. Esta cuestión aparece examinada de forma muy somera en los manuales de Derecho Constitucional y en las guías docentes, por lo que esta circunstancia refuerza el interés de una profundización en la material. Para ello, en primer lugar se llevará a cabo un acercamiento al concepto de Fuerzas Armadas, examinando su evolución histórica y la repercusión que ha tenido en el régimen militar actual, así como un esquema básico acerca de su composición y estructura. Acto seguido, se procederá a efectuar un estudio genérico de los derechos fundamentales, para ir desgranándose con una mayor profusión en las restricciones del personal militar, analizando pormenorizadamente como les afectan, su alcance y la adecuación de estos límites conforme a la normativa legal vigente.

A su vez, es importante destacar, que todo el trabajo se ha planificado y desarrollado con la intención de obtener toda la información relativa a las Fuerzas Armadas posible, en vistas de un eventual acceso a la carrera militar, motivada en una

vocación personal. De este modo, la investigación además me habrá servido para tomar una decisión que condicionará mi futuro laboral más próximo con total conocimiento de causa.

METODOLOGÍA UTILIZADA

La técnica metodológica utilizada en la elaboración del presente trabajo, ha consistido en el empleo de un método deductivo, partiendo de unas nociones generales en el ámbito de las Fuerzas Armadas y los derechos fundamentales, que se van desgranando progresivamente hasta alcanzar una serie de cuestiones concretas y específicas, que serán objeto de un análisis y estudio pormenorizados.

Para realizar esta tarea de investigación, he llevado a cabo una fundamentación a través del análisis de diversas fuentes normativas, entre las que destacan la Constitución Española de 1978, la Ley Orgánica 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas* y la Ley Orgánica 5/2005 *de Defensa Nacional*, así como una gran variedad de bibliografía actual referente al tema tratado, tales como informes, monografías, tesis doctorales, artículos de revista, sitios web y por último, jurisprudencia del Tribunal Constitucional la sala militar del Tribunal Supremo. De tal modo, que por medio de esta técnica de embudo, a partir del análisis de unas premisas generales, se han ido extrayendo una serie de conclusiones específicas, acerca de las cuestiones inicialmente planteadas.

Todo ello se ha materializado ciñéndonos a las pautas genéricas de una metodología jurídica, enriquecida con elementos interdisciplinares, práctica común en la disciplina de Derecho Constitucional, parámetro metodológico de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

Para comenzar el presente estudio, conviene poner de manifiesto que ningún derecho fundamental o libertad pública es ilimitado, a pesar de que la Constitución no contenga de forma expresa estos límites, o encomiende al legislador su concreción, de

conformidad con el principio de unidad que rige la Norma Fundamental, estos límites deben entenderse implícitos .

Estos límites pueden ser genéricos y afectar a la totalidad de los ciudadanos, o bien específicos, de tal modo que sólo afecten a determinado sector de la sociedad. En el presente estudio, nos centraremos en analizar las restricciones que han de soportar los miembros de las Fuerzas Armadas, por razón de las peculiaridades funciones que desempeñan. Al igual que los derechos y libertades fundamentales no pueden considerarse absolutos, las restricciones tampoco podrán tener dicha consideración, de tal modo, que sólo se podrán imponer aquellos límites específicos en el ejercicio de los derechos fundamentales de los militares que se deduzcan de los principios constitucionales que rigen la organización de las Fuerzas Armadas.

La Constitución de 1978 asume este presupuesto, si bien en el objeto de nuestro estudio, las Fuerzas Armadas, efectúa una ponderación de su consideración al regularla en el título preliminar. Con ese condicionante de partida, los aspectos más relevantes a abordar en el presente trabajo se ciñen a los siguientes.

En primer lugar, trataremos de responder a un interrogante básico cómo es la conceptualización de las Fuerzas Armadas. Para dilucidar esta cuestión, será preciso llevar a cabo una retrospectiva histórica del papel que ha desempeñado la institución militar española a lo largo de los últimos siglos. Así mismo, para comprender el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, se efectuará un conciso análisis sistemático de la composición y de la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas.

A continuación, nos encargaremos de realizar un estudio genérico acerca de los derechos fundamentales, tratando de dar respuesta a las siguientes reflexiones: ¿qué son los derechos fundamentales?, ¿dónde aparecen regulados?, ¿qué tipos de derechos fundamentales existen en nuestro ordenamiento jurídico?, ¿qué límites cabe establecer a los derechos fundamentales?, ¿existe algún mecanismo de protección de los mismos? Trataremos de resolver estas incógnitas observando la configuración vigente de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, su tipología en función del grado de garantía y naturaleza jurídica, la eficacia y los límites a los que se pueden ver sometidos y los mecanismos jurídicos de protección garantía de los que gozan.

Por último, nos sumergiremos en un amplio y detallado análisis sobre las vicisitudes de los derechos fundamentales más relevantes circunscritos en el ámbito militar y las limitaciones impuestas sobre ellos, como por ejemplo en el derecho a la igualdad, la libertad de expresión o el derecho de sindicación, entre otros. En esta sección, se pretende dar respuesta a tres grandes cuestiones: ¿qué normativa habilita las restricciones en los derechos fundamentales de los militares?, ¿qué sucede si no respetan estas limitaciones?, ¿es legítimo el establecimiento de estos límites? Para realizar esta tarea, seguiremos una estructura común con cada uno de los derechos fundamentales objeto de estudio, atendiendo en primer término al tenor constitucional donde se encuentran previstos, acudiendo en segundo lugar a la normativa propia de las Fuerzas Armadas, para continuar indagando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo al respecto, así como casos reales en los que se hayan puesto de relieve estas restricciones, para finalmente concluir con un análisis crítico de toda la información aportada.

CAPÍTULO PRIMERO: LAS FUERZAS ARMADAS

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS

El primer paso a abordar en el presente trabajo implica necesariamente un acercamiento al concepto de Fuerzas Armadas, a partir de este momento denominadas FAS. De conformidad a lo establecido en el artículo 8 de la Constitución Española, las FAS son una institución del Estado, constituidas ‘por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire’, cuya misión es ‘garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.’ Sin perjuicio de la citada previsión constitucional, hay poner de relieve la existencia de dos unidades adicionales, compuestas por miembros de los tres ejércitos, que son la Unidad Militar de Emergencias y la Guardia Real, además de los denominados Cuerpos Comunes, integrados por el Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo Militar de Intervención, Cuerpo Militar de Sanidad y el Cuerpo de Músicas Militares.

El conjunto de todos los cuerpos que conforman las FAS, aglutina a fecha de 1 enero de 2015, a un total de 132.798 efectivos¹, incluyendo, tanto el personal en situación administrativa de activo, como el de reserva.

Hay que destacar, de modo introductorio, el carácter jerárquico que rige en las FAS. La Carta Magna, en su artículo 62.h), sitúa en la cúspide de la pirámide al rey, como mando supremo de las FAS, con el rango de Capitán General. Por otro lado, hay que matizar que la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado, en virtud del artículo 97.1 de la CE, corresponde al Gobierno. Asimismo, el artículo 149.1.4º CE corrobora que la competencia en materia de defensa y fuerzas armadas corresponde en exclusiva al Estado.

¹ Resolución 430/38001/2015, de 2 de enero, de la Dirección General de Personal, para la aplicación de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 2015, páginas 574 a 574 (1 pág.).

En lo referente a la naturaleza jurídica de las FAS, conviene dilucidar la controvertida cuestión acerca de si se tratan de una administración, o bien de una institución. El origen de esta discusión, radica las notas características que poseen las FAS, tanto como administración e institución, así como en el uso indistinto de ambos términos en la legislación existente, jurisprudencia, libros, etc.

Este debate ha sido objeto de gran cantidad de discusiones doctrinales, existiendo una amplia diversidad de criterios entre los distintos autores que se han dedicado a investigar el tema.

Entre aquellos autores que defienden una concepción de las FAS como administración, cabe destacar a los siguientes: Jiménez Villarejo, que establece que ‘la situación de los militares no se diferencia demasiado de la del resto de los funcionarios de la Administración Pública’²; Suárez Pertierra, que considera que se ha llevado a cabo ‘la progresiva administrativización de las Fuerzas Armadas’, y niega que las Fuerzas Armadas cumplan con los caracteres fundamentales de una institución, que son una organización autónoma, disposición de medios propios y capacidad de decisión sobre sus fines.³

Por su parte, queda reflejado el carácter de administración, el ya citado artículo 97 CE, al referirse a la ‘administración militar’, así como en el artículo 5 de La ley 5/2005 de 17 de noviembre, *de la Defensa Nacional*, donde se establece que ‘corresponde al Gobierno determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar’.

En apoyo a la concepción de las FAS como administración, establece López de Gea lo siguiente: ‘son numerosas las normas administrativas que se han extrapolado al ámbito militar: normas referidas a jornada de trabajo, horarios, vacaciones, permisos,

² JIMÉNEZ VILLAREJO, José. Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77. Madrid, Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), 2001, pág. 448. ISSN: 0034-9399.

³ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, *Regulación jurídico constitucional de las Fuerzas Armadas, en Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Volumen IV*. Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988. Pág. 2375.

licencias; normas que hasta ahora podíamos encontrar en el Estatuto Básico del Empleado Público y ahora se han extendido a la función pública militar con el fin de homologar ambos “status quo”. Lo que da cuenta de que para el legislador ordinario y orgánico, no deben existir diferencias normativas entre la administración civil y las Fuerzas Armadas, sobre todo en materia de régimen de personal’.⁴

En lado opuesto, entre aquellos autores que conciben las FAS como una institución, hay que destacar a: Serrano Villafañe, que parte de la base de que el Ejército es una institución social, jurídica y política. Señala que ‘por la aplicación del concepto de institución al Ejército, no cabe duda que podemos afirmar que éste encaja dentro de esta noción. En efecto, el Ejército es la encarnación de la idea de defensa nacional; posee las notas de objetividad, organización, permanencia y fin, que caracterizan la institución’. Además, considera que ‘se trata de una institución encuadrada en la Administración General del Estado, como prolongación del poder ejecutivo, que encarna la idea de defensa, organizada jerárquicamente, y que posee una función coactiva general y otra concreta de mantenimiento de la seguridad interior, del orden institucional y de la paz pública y, en definitiva, de la libertad, porque sólo es posible la libertad cuando el orden y la paz están garantizados resalta el Ejército como institución política, social y jurídica’.⁵ De igual modo, Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, defiende la concepción institucional al establecer que ‘las Fuerzas Armadas sólo pueden considerarse unitariamente, desde una perspectiva jurídica, como una Institución del Estado y en nuestro Derecho, de carácter constitucional. La concepción institucional que sostenemos, puede compaginarse tanto con la construcción que de la institución hicieron Hauriou y Renard, como con la elaborada por S. Romano’.⁶

En definitiva, ambas concepciones de las FAS como institución y administración, cuentan con un gran respaldo doctrinal consolidado, de tal modo que en esta

⁴ LÓPEZ DE GEA, Joaquín. *Derechos fundamentales y estatuto jurídico de las fuerzas armadas*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2013.

⁵ SERRANO VILLAFAÑE, Emilio. El ejército, institución social, jurídica y política. *Revista de estudios políticos*, Nº 185, 1972. Págs. 65-108. ISSN: 0048-7694.

⁶ TRILLO-FIGUEROA Y MARTINEZ-CONDE, Federico. *Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional)*. Boletín de Información, Nº. 170, 1983. Págs. 112-115. ISSN: 0213-6864.

investigación se optará por una concepción intermedia que sintetiza ambos conceptos, considerando a las FAS como *una administración con ciertas connotaciones de carácter institucional*, ya que a pesar de que son parte de la Administración Estatal, se encuentran constituidas por un grupo social determinado, con su propia organización y funciones, dotado de un ordenamiento jurídico propio, así como una propia estructura de mando jerarquizada. En tal sentido, se posiciona Miguel Herrero de Miñón, al establecer que ‘la propia Administración del Estado es una institución, o mejor, una institución de instituciones’.⁷

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

La institución militar ha experimentado a lo largo de la historia una gran cantidad de reorganizaciones. Estos cambios, afectaron principalmente a los principios doctrinales rectores de la institución militar, a aspectos orgánicos, así como a la reorganización de sus plantillas, competencias, instalaciones o armamento. Para analizar estas cuestiones, habrá que realizar una retrospectiva histórica que abarcará el periodo de tiempo comprendido entre los siglos XVI y XXI. Un prius a este apartado ha de resaltar que los ejércitos fue uno de los elementos decisivos para la existencia del Estado, proceso que cronológicamente podríamos ubicar en el renacimiento y bibliográficamente en la obra *El príncipe*, de Nicolás Maquiavelo.⁸

1. Siglo XVI

En primer término, en España, así como en otros estados europeos y simultáneamente al auge de la dinastía de los Habsburgo, se produjo una institucionalización del concepto de ejército permanente y multinacional: las antiguas unidades de las guardias reales y lugartenientes no satisfacían las necesidades del naciente Estado moderno y en especial de las guerras que estaban teniendo lugar en

⁷ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003. Pág. 155. ISBN: 9788484324201.

⁸ MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Madrid, Alianza Editorial, 2010. Pág. 9. ISBN: 9788420664231.

Flandes, cuya prolongada duración hizo necesario considerar la creación de un núcleo permanente de unos 1.500 hombres, completado a su vez con otras fuerzas.⁹

2. Siglo XVII

Durante el siglo XVII, coincidiendo con la monarquía de los Austrias, tuvo lugar un largo periodo de refeudalización de las fuerzas militares. Esta época coincidió con el declive del Ejército español, que perdió su hegemonía desde mediados de este siglo. Afirma Ballesteros Gaibrois, que en 1666, el Ejército español se reducía únicamente a 4.781 soldados de caballería y 1.475 infantes¹⁰. El modelo de ejército de finales del XVII estaba agotado y era necesario un cambio total.

3. Siglo XVIII

A mediados del siglo XVIII, coincidiendo con el final de reinado de Fernando VI, el Ejército español ya contaba con un total de 111.625 integrantes¹¹, de tal modo que se produjo un descomunal incremento respecto al pasado siglo. Desde el punto de vista militar, los aspectos más relevantes acaecidos durante el siglo XVIII son, en primer lugar, el afán de los Borbones por regularizar y reglamentar todos los aspectos de la institución militar, sobre todo durante el reinado de Carlos III. Hay que hacer especial mención a la aprobación en 1768 de las Reales Ordenanzas de su Majestad Carlos III, cuyos principios de disciplina, subordinación, permanencia y servicio de los Ejércitos, han regido a las FAS hasta finales del siglo XX, más concretamente hasta 1978. En segundo lugar, el resurgimiento de la Armada; y en tercer puesto, un mayor interés en las Colonias americanas.¹²

⁹ GARCÍA HERNAN, David y CATALÁ MARTÍNEZ, Ignacio. *Historia de la guerra*. Madrid, Editorial Síntesis, 2012. Pág.115. ISBN: 9788497563543.

¹⁰ BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel. *Historia, volumen IV*. Pág. 150.

¹¹ ALONSO, José Ramón. *Historia política del ejército español*. Editorial nacional. Madrid, 1974. Pág. 47. ISBN: 9788427611429.

¹² LÓPEZ DE GEA, Joaquín. *Derechos fundamentales y estatuto jurídico de las fuerzas armadas*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2013.

4. Siglo XIX

Una vez comenzado el siglo XIX, el ejército se convirtió en una institución nacionalista, cuyo principal objetivo consistía en la defensa de la integridad territorial, así como el mantenimiento del orden público. En ello, tuvo una vital relevancia la Constitución de 1812 que resuelve por primera vez la conversión de un ejército absolutista, al servicio del monarca, en un ejército constitucional al servicio de la nación representada en las Cortes.¹³

Por su parte, en los diversos textos constitucionales posteriores, incluyendo el Estatuto Real de 1834, la Constitución de 1937 y la Constitución de 1845, la regulación militar fue prácticamente idéntica, sin que se produjera ninguna modificación sustancial. Cabe mencionar, que en el año 1844 se creó el cuerpo de la Guardia Civil, con el que se institucionalizó la participación militar en las tareas del orden público y en el mantenimiento de cada gobierno en el poder. Este cuerpo, se incardinaba dentro de las FAS y se constituía como su brazo policial.

De igual modo, la Constitución de 1869 no introdujo importantes modificaciones en el ámbito castrense, no obstante, cabe hacer mención a una de las primeras restricciones en los derechos y libertades del personal militar, como se establece en el artículo 20 de la mencionada Constitución.¹⁴

Por último, la Constitución de 1876, la que mayor vigencia ha tenido en la historia de España, tampoco aportaba grandes novedades en lo relativo al régimen militar. Se vuelve a introducir en el texto constitucional una limitación en los derechos de los militares, relativa al derecho de petición¹⁵. Se establece además, que los Capitanes generales del Ejército y el Almirante de la Armada, serán Senadores por derecho

¹³ SORIA SESÉ, Lourdes. *La ordenación jurídica del ejército español decimonónico, en Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX)*.1996. Págs. 237-276. ISBN: 84-86547-33-4.

¹⁴ Artículo 20 de la Constitución Española 1869: el derecho de petición no podrá ejercerse colectivamente por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con éste.

¹⁵ Artículo 13 de la Constitución Española de 1876: el derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con éste.

propio¹⁶. En definitiva, la regulación constitucional relativa a la defensa brillaba por su ausencia, ‘en especial en tanto pudiera suponer un límite a la función militar y a su posición en el sistema’.¹⁷

5. Siglo XX

Sin duda, el siglo XX fue la época más convulsa en la historia de las FAS, de tal modo, que su actuación supuso un papel determinante en el devenir de la historia de España. Hay que poner de relieve, el clima de indignación, humillación y hartazgo que se cernía entorno a las FAS, motivado principalmente por los desastres coloniales de finales del siglo XIX, de los cuales se culpó a la clase política, así como en el prolongado conflicto armado con Marruecos en los primeros años del siglo XX. Esto se tradujo en grandes desavenencias entre el Ejército y el poder político y un distanciamiento del sistema constitucional. Esta situación desencadenó el Golpe de Estado del Capitán General Primo de Rivera en 1923, que supuso la conquista del poder de Estado por las FAS. El Ejército fue por primera vez detentador directo del poder.¹⁸

Esta situación cambió de modo significativo, aunque con carácter temporal, en el año 1931, con la instauración en España la II República. La redacción de la Constitución de 1931, introdujo importantes cambios respecto a las normas constitucionales predecesoras. La mayor novedad quedó reflejada en el tenor literal de su artículo 6, en el que se predica que ‘España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional’, quedando así reflejado el marcado carácter pacifista de la Ley Fundamental. Por otro lado, conviene resaltar que el Estado central asumía la exclusiva competencia en la legislación y ejecución directa en lo relativo a defensa nacional y fuerza militar.¹⁹ Consecuentemente, se estableció que correspondía al poder ejecutivo el

¹⁶ Artículo 21 de la Constitución Española de 1876.

¹⁷ COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. Logroño, 2007.

¹⁸ SERRANO VILLAFANE, Emilio. La función política del Ejército en España de 1700 a 1931. *Revista de Estudios Políticos*, número 200-201, Marzo/Junio 1975.

¹⁹ Artículo 14 de la Constitución de 1931: son de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes: [...] 7º Ejército, Marina de guerra y Defensa nacional.

predominio del ámbito militar y la defensa, aunque sometido a un férreo control por parte del Congreso. En su articulado se recoge, que corresponde al Presidente de la República la declaración de la guerra y la firma de la paz.²⁰ En lo referente a las limitaciones de los integrantes de las FAS, se les excluía a la Presidencia de la República y a la Presidencia del Gobierno.²¹ También se establecieron restricciones en el derecho de petición²² y en el de asociación²³.

En conclusión, la innovadora Constitución de 1931, ‘supuso la primera recepción del asentamiento de la fuerza de las armas en un sistema constitucional democrático, donde se propugnaba la supremacía civil, la neutralidad militar, la desmilitarización del orden público, la limitación del fuero militar y sobre todo, la limitación en el empleo de la fuerza a través de los mecanismos de la división de poderes en el marco de un sistema efectivamente representativo’.²⁴ No obstante, el breve periodo republicano, a pesar de los esfuerzos por mantener a los militares alejados del ámbito político, no fue capaz de contrarrestar una fuerte ideología y una inercia histórica, que se tradujo en la supresión del principio de supremacía civil en sistema político español.

Consecuentemente, en 1936 se desencadenó una nueva sublevación militar, que condujo a la Guerra Civil Española y concluyó con la Dictadura del General Franco.

²⁰ Artículo 76 de la Constitución Española de 1931.

²¹ Artículo 70 de la Constitución Española de 1931: no podrán ser elegibles ni tampoco propuestos para candidatos: a) Los militares en activo o en la reserva, ni los retirados que no lleven diez años, cuando menos, en dicha situación [...].

Artículo 87 de la Constitución Española de 1931: el Presidente del Consejo de Ministros dirige y representa la política general del Gobierno. Le afectan las mismas incompatibilidades establecidas en el artículo 70 para el Presidente de la República.

²² Artículo 35 de la Constitución Española de 1931: [...] este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada.

²³ Artículo 41 de la Constitución Española de 1931: [...] los funcionarios civiles podrán constituir Asociaciones profesionales que no impliquen injerencia en el servicio público que les estuviere encomendado [...].

²⁴ COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. Logroño, 2007.

Aquí, el concepto de caudillaje fagocita cualquier regulación jurídica de las fuerzas armadas²⁵.

Desde ese momento, cabe diferenciar dos fases. La primera comienza en los últimos años del régimen franquista y se puede considerar que termina en el año 1984, al establecer el Ministro Narcís Serra la subordinación del poder militar al civil. La segunda, que alcanza hasta nuestros días, se dispone de concepto de política de defensa nuevo, en virtud a la Ley Orgánica 5/2005, *de la Defensa Nacional*, por la que se institucionalizan las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas, se reforma la organización militar y se lleva a cabo la profesionalización íntegra de las FAS.

A finales del siglo XX, las FAS recuperaron su proyección internacional, al producirse la adhesión de España en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en 1982, el ingreso en la Comunidad Económica europea en 1986 (actual Unión Europea) y la posterior admisión en la Unión Europea Occidental (UEO) en el año 1990. Estos acontecimientos han supuesto los hitos más importantes en asuntos exteriores de nuestra historia reciente y han significado pasar de una política individual y separada de la de los países de nuestro entorno a una integradora y cooperadora.²⁶

III. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA

Las FAS están compuestas, como se ha mencionado con anterioridad, por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, incluyendo además los Cuerpos Comunes, la Guardia Real y la Unidad Militar de Emergencias.

De conformidad con lo establecido en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2005, *de la Defensa Nacional*, 'la organización de las Fuerzas Armadas, integradas en el Ministerio de Defensa, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia. La Ley establece el mandato de regular las reglas

²⁵ Sobre el concepto de caudillaje y su implicación jurídica, véase: SEIJAS VILLADANGOS, Esther, Historia del Constitucionalismo español y la Constitución de 1978, en CASTELLÁ ANDREU, Josep María, *Derecho Constitucional básico*, Barcelona, Huygens, 2016. Pág. 62. ISBN: 978 84 15663 50 8.

²⁶ SAN JOSÉ MARTÍN, Enrique. *Las Fuerzas Armadas ante los retos del siglo XXI*. Boletín de Información N°. 255. 1998. Pág. 137. ISSN: 0213-6864.

esenciales para el cumplimiento del deber por parte de quienes integran la organización militar’.

Por otro lado, con la Ley de la Defensa Nacional, se llevó a cabo el establecimiento del principio de acción conjunta como fundamento de eficacia en el empleo de las FAS y se efectuó una regulación de las bases de la organización de las FAS, como queda patente en la redacción del artículo 11.1, donde se establece que ‘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’.

La estructura orgánica, compuesta por regimientos, batallones, divisiones, brigadas, etc., se encuentra bajo la responsabilidad de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y posibilita la generación de la estructura operativa. Se establece de forma homogénea y a través de criterios funcionales.

Por su parte, la estructura operativa, se encarga de llevar a cabo acciones conjuntas y combinadas. Se organiza conforme al principio de unidad de mando ya los criterios necesarios para lograr la máxima capacidad operativa. La cadena de mando operativa, está integrada en primer lugar por S.M. el rey, en segundo lugar por el Presidente del Gobierno, seguido del Ministro de Defensa en tercer lugar, a continuación el Jefe de Estado Mayor de la Defensa (JEMAD) y cerrando la cadena de mando se encuentra el Comandante del Mando de Operaciones (CMOPS).²⁷

A continuación, conviene llevar a cabo un estudio pormenorizado acerca de los caracteres esenciales de cada uno de los integrantes de la mencionada cadena operativa:

1. El Rey

Efectivamente, el artículo 62.h) de nuestra Carta Magna, atribuye al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas. El contenido de esta atribución, constituye una de las

²⁷ Secretaria del JEMAD, Ministerio de Defensa. *Organización Básica de las Fuerzas Armadas*. (Fecha de consulta: 04/05/2016). Disponible en: <http://www.emad.mde.es/Galerias/EMAD/novemad/multimedia/Documentos/150514-organizacion-basica-fuerzas-armadas.pdf>

materias que ha sido objeto de un mayor desarrollo doctrinal en el ámbito del *derecho constitucional militar*. Salvaguardando pequeñas disquisiciones puntuales, la mayoría de la doctrina está de acuerdo al considerar que, el mando supremo de las Fuerzas Armadas encomendado al Rey, no significa un mando efectivo, sino que hay que entenderlo en el sentido simbólico y armonizador que se establece para el resto de las funciones el citado precepto.

En tal sentido se pronuncia Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, al considerar que ‘tan sólo cabe, a mi juicio, entender que el Rey, que debe «arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones», funcione como el gran mediador entre las FAS y el resto de las instituciones, cuando aquéllas entiendan que existen motivos de grave peligro para la Constitución’.²⁸ Fernández Segado manifiesta una opinión muy similar, expresando que ‘el mando supremo de las Fuerzas Armadas, constitucionalmente encomendado al Rey, no puede significar el mando efectivo de las mismas. Ello no sólo contradiría otros preceptos constitucionales (como el art. 97), sino que desnaturizaría el rol constitucional del Rey en el ámbito de la Monarquía parlamentaria, forma política de nuestro Estado. Este mando presenta, pues, al igual que las restantes atribuciones encomendadas por la Constitución al Rey, un carácter esencialmente simbólico’.²⁹

En definitiva, el mando supremo regio supone una función formal y honorífica, que incluye una serie de actos en los que el Monarca ejerce una función arbitral o moderadora, sin que implique una dirección efectiva. La naturaleza de tal mando, es apropiada dada su posición suprapolítica, que le dota de una firme autoridad moral sobre las Fuerzas Armadas. Pero no esto no excluye el derecho del que dispone el Rey a ser consultado, el de animar al poder Ejecutivo en una determinada dirección o el de advertir de los posibles peligros que entrañe una determinada política. En todo caso,

²⁸ TRILLO-FIGUEROA Y MARTINEZ-CONDE, Federico. *Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional)*. Boletín de Información, N° 170, 1983. Págs. 112-115. ISSN: 0213-6864.

²⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y se desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo. *Revista española de Derecho Constitucional*. N° 70, 2004 [Ejemplar dedicado a XXV Aniversario de la Constitución (II)]. Págs. 189-232. ISSN: 0211-5743.

estas facultades se verán incardinadas en la esfera del ejercicio de la auctoritas que constitucionalmente tiene atribuida el Rey.³⁰

No obstante, de acuerdo con la tesis defendida por Ignacio de Otto, se debe incluir en el contenido del mando supremo que ostenta el Rey ‘la potestad de dar órdenes propias de los superiores respecto de los inferiores en el seno de la organización militar. Se trata de una potestad distinta del mando en el sentido más estricto del término, tal como lo emplea la legislación militar, y es una manifestación de la estructura jerárquica del Ejército y de la necesidad de que en él las relaciones de subordinación no presenten lagunas de ninguna clase’. Como es obvio, ‘la superioridad jerárquica no puede utilizarse para invadir competencias ajenas, en contra del mando de quien las tenga’. Concluye el autor manifestando que el Monarca ‘tiene la máxima autoridad militar, pero desprovista por completo de mando, es decir, tiene la potestad, pero carece de la competencia en que pueda ejercerla lícitamente’.³¹

En el lado opuesto, el único autor que ha defendido la atribución de un mando material y efectivo del Monarca, ha sido Herrero y Rodríguez de Miñón, considerando que el Rey podría asumir el mando efectivo de un Ejército combatiente y las grandes decisiones estratégicas.³²

Hay que resaltar el papel fundamental que implicó la actuación del Rey, utilizando la potestad de dar órdenes militares propias de los superiores respecto de los inferiores, en el intento de Golpe de Estado perpetrado por el Teniente Coronel Tejero de la Guardia Civil, el 23 de febrero de 1981. En situaciones normales el rey no puede ejercitar esta potestad lícitamente, puesto que carece de la competencia de mando. Pero lo que sucedió este día, como bien explica de Otto, es que ‘se crea el supuesto de hecho que legitima el uso de la potestad: la indisciplina, y una indisciplina de tal naturaleza que sólo el Rey puede eficazmente reprimir. El Rey hace lo mismo que cualquier

³⁰ COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. Logroño, 2007.

³¹ DE OTTO PARDO, Ignacio. El mando supremo de las Fuerzas Armadas. *Revista española de derecho constitucional*, nº 8, 1988. Págs. 37-41. ISSN: 0211-5743.

³² HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel. El Rey y las Fuerzas Armadas. *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº 7, 1980. Págs. 39 y ss. ISSN: 0211-979X.

autoridad militar que ejerza su poder de dar órdenes con la finalidad que prescribe la Ley disciplinaria militar: «corregir las infracciones que observe en los inferiores», aunque carezca de mando sobre ellos y de potestad sancionadora. No haber actuado como actuó habría significado una infracción de su deber como primer oficial del Ejército, pues las Reales Ordenanzas prescriben que «ningún jefe tolerará ni disimulará la falta de subordinación» (art. 38).³³

Considera Satrústegui, que estas órdenes pueden prescindir del refrendo, si el Gobierno estuviera incomunicado o secuestrado, como ocurrió el 23 febrero de 1981, lo que se justifica no sólo porque la necesidad sea fuente del Derecho, sino también por la especial naturaleza del mando supremo sobre las FAS que corresponde al Rey. Hace especial hincapié el autor, en supuesto de que el Rey no pueda mandar con el concurso del Gobierno, por encontrarse aquel impedido, podrá hacerlo directamente como primer militar, cuyas órdenes para el establecimiento de la disciplina sin inmediatamente obligatorias para todos los componentes de las FAS, conforme al entendimiento de la disciplina militar proporcionando por las Reales Ordenanzas. Por lo tanto, defiende la indiscutible validez de las órdenes dadas por el Monarca la noche del 23-F.³⁴

Todo esto significa, resumidamente, que ‘nos encontramos ante una conducta regular, por haberse dado cumplidamente el supuesto de hecho para que adquiriera vida una potestad típicamente militar que calla, que está silente por falta de competencia y por ausencia del supuesto de hecho que justifica su uso, pero que debe ejercitarse cuando el supuesto de hecho se produce.’³⁵

En tal sentido se pronunció la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1983, al condenar a los militares implicados en el golpe de

³³ DE OTTO PARDO, Ignacio. El mando supremo de las Fuerzas Armadas. *Revista española de derecho constitucional*, N° 23, 1988. Pág. 43. ISSN: 0211-5743.

³⁴ SATRÚSTEGUI, Miguel ‘et al’. *Derecho Constitucional, Volumen II, Los poderes del Estado y la organización territorial del Estado*. Editorial Tirant lo Blanch, 9ª edición. Valencia, 2013. Pág. 24. ISBN: 9788490534779.

³⁵ DE OTTO PARDO, Ignacio. El mando supremo de las Fuerzas Armadas. *Revista española de derecho constitucional*, N° 23, 1988. Pág. 4. ISSN: 0211-5743.

Estado por desobedecer las órdenes directas del Rey, a pesar de no contar estas con ningún tipo de refrendo.³⁶

2. El Presidente del Gobierno

La Constitución de 1978 no determina las facultades que corresponden al Presidente del Gobierno, al Gobierno o al Ministerio de Defensa, ni tampoco establece la existencia de una Junta de Defensa Nacional o de Jefes de Estado Mayor.

Para dilucidar esta cuestión, habrá que acudir al desarrollo normativo llevado a cabo en la Ley Orgánica 5/2005, *de la Defensa Nacional*. Según lo dispuesto en la exposición de motivos, ‘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. Para asistirle se crea el Consejo de Defensa Nacional, órgano asesor, coordinador y consultivo cuya composición se ajusta a las necesidades de cada circunstancia’. Hay que hacer mención a su vez, al artículo 6 de la citada Ley Orgánica, donde se enumera una serie de competencias asignadas en materia de política de defensa:

- La dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos.
- Ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo.
- Formular la Directiva de Defensa Nacional, en la que se establecerán las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo.
- Definir y aprobar los grandes objetivos y planteamientos estratégicos, así como formular las directivas para las negociaciones exteriores que afecten a la política de defensa.
- Determinar la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte.
- Ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 22 abril 1983. RJ 1983\2300. FJ 3º.

- Ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias.

En definitiva, el Presidente del Gobierno ostenta el mando efectivo y real de las FAS, por encima incluso del puesto meramente honorífico encomendado al S.M. el Rey. Si bien en la práctica, estas facultades implican una estrecha colaboración y codecisión con el Ministerio de Defensa y el Consejo de Defensa Nacional.

3. El Ministro de Defensa

Al igual que en el apartado anterior, para determinar las competencias encomendadas al Ministro de Defensa, habrá que atenerse a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Defensa Nacional.

Conviene mencionar con carácter previo, que según el artículo 9 la de mencionada Ley Orgánica, el Ministerio de Defensa es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno, la obtención y gestión de los recursos humanos y materiales para ello, así como la realización de cuantos cometidos sean necesarios para el cumplimiento de las misiones que se asignen a las Fuerzas Armadas, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Defensa Nacional, corresponde al Ministro de Defensa, además de las competencias que le asignan las leyes reguladoras del Gobierno y de la Administración General del Estado, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa. Asimismo y de forma específica le corresponde:

- Asistir al Presidente del Gobierno en la dirección estratégica de las operaciones militares.
- Dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo la autoridad del Presidente del Gobierno.
- Determinar y ejecutar la política militar.

- Dirigir, como miembro del Gobierno, la Administración militar y desarrollar las directrices y disposiciones reglamentarias que adopte el Consejo de Ministros.
- Ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias.

Es de vital importancia poner de relieve la gran trascendencia que posee el Ministerio de Defensa en el ámbito de las FAS, encabezado por el Ministerio de Defensa, puesto que se trata del verdadero encargado del grueso de las tareas de dirección, organización y administración de la institución militar.

4. Jefe del Estado Mayor de la Defensa

Las cuestiones relativas al Estado Mayor de la Defensa, aparecen reflejadas en el artículo 12 de la Ley de Defensa Nacional. En primer término, hay que poner de manifiesto que el Estado Mayor de la Defensa constituye el órgano auxiliar de mando y apoyo al Jefe de Estado Mayor de la Defensa.

Por su parte, corresponde al Jefe de Estado Mayor de la Defensa ejercer el mando del Estado Mayor de la Defensa, coordinando a los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, a quienes impartirá directrices para orientar la preparación de la Fuerza, con el objeto de asegurar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas. Cuando cualquier circunstancia le impida ejercer temporalmente el cargo, le sustituirá en sus funciones, el Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada o del Ejército del Aire de más antigüedad. En su organización contará con un Cuartel General y un Mando de Operaciones subordinado. Entre las funciones del Jefe de Estado Mayor de la Defensa, cabe destacar:

- Asesoramiento militar al Presidente del Gobierno y al Ministro de Defensa, a los que auxiliará en la dirección estratégica de las operaciones militares.
- Ejercer, bajo la dependencia del Ministro de Defensa, el mando de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas y la conducción estratégica de las operaciones militares.

- Asegurar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas. A tal fin, podrá supervisar la preparación de las unidades de la fuerza y evaluar su disponibilidad operativa.
- Proponer al Ministro de Defensa las capacidades militares adecuadas para ejecutar la política militar.
- Elaborar y definir la estrategia militar.
- Establecer las normas de acción conjunta de las Fuerzas Armadas y contribuir a la definición de las normas de acción combinada de fuerzas multinacionales.
- Por delegación del Ministro de Defensa, podrá ejercer la representación militar nacional ante las organizaciones internacionales de Seguridad y Defensa.

5. Comandante del Mando de Operaciones

El Mando de Operaciones es el órgano responsable del planeamiento operativo, la conducción y el seguimiento de todas las operaciones militares. Así mismo, asesora al Jefe de Estado Mayor de la Defensa en la conducción estratégica de las operaciones y es responsable de realizar el planeamiento y conducción de aquellos ejercicios que se determinen. Realiza la supervisión de la preparación y la evaluación de la disponibilidad operativa de los mandos y fuerzas asignados a la estructura operativa y elabora directrices para el adiestramiento y alistamiento de dichas unidades.³⁷ Su campo de operaciones se organiza de la siguiente manera:

- Defensa aérea: responsable de los espacios aéreos de soberanía, responsabilidad e interés nacional.
- Ciber defensa: responsable de las acciones ante amenazas en las redes y sistema de información y telecomunicación.
- Operaciones especiales: responsable de las acciones ante amenazas en las redes y sistema de información y telecomunicación.
- Unidad Militar de emergencias: responsable de intervenir en las situaciones de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas

³⁷ Secretaria del JEMAD, Ministerio de Defensa. *Organización Básica de las Fuerzas Armadas*. (Fecha de consulta: 09/05/2016). Disponible en: <http://www.emad.mde.es/Galerias/EMAD/novemad/multimedia/Documentos/150514-organizacion-basica-fuerzas-armadas.pdf>

- Vigilancia y seguridad marítima: responsable de los espacios marítimos de soberanía, responsabilidad e interés nacional

6. El Consejo de Defensa Nacional

Por último, hay que hacer referencia a este órgano colegiado creado por la Ley Orgánica de Defensa Nacional. Se configura, según el artículo 12 de la mencionada Ley, como un órgano coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa. Puede funcionar a iniciativa del Presidente del Gobierno, tanto en pleno, como en consejo ejecutivo.

El Consejo de Defensa Nacional en pleno deberá informar al Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno. Cuando el Rey asista a las reuniones del Consejo, lo presidirá. Así mismo, también corresponde al Consejo emitir un informe sobre las grandes directrices de la política de defensa y ofrecer al Gobierno propuestas sobre asuntos relacionados con la defensa que, afectando a varios Ministerios, exijan una propuesta conjunta.

A continuación, la ley establece es la composición del Consejo de Defensa Nacional en pleno:

- Presidido por el Presidente del Gobierno.
- Los Vicepresidentes del Gobierno.
- Los Ministros de Defensa, del Interior, de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Economía y Hacienda.
- El Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
- Los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.
- El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.
- El Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

Cuando actué como Consejo Ejecutivo su composición será la siguiente:

- Presidido por el Presidente del Gobierno.
- Los Ministros de Defensa, del Interior y de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
El Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
- El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.
- El Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.
- Podrán ser convocados en cualquier momento el resto de ministros si la naturaleza del caso lo requiere.

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para Norberto Bobbio, en una acepción un tanto ambigua y escueta, un derecho fundamental es ‘aquel derecho que permite la máxima realización del resto de los derechos’.³⁸ Por otra parte, Pérez Luño lleva a cabo definición más precisa y adecuada, estimando que los derechos fundamentales comprenden aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, generalmente contenidos en su normativa constitucional. Pero no todos los derechos garantizados constitucionalmente son fundamentales, como claramente se denota de la redacción de nuestra Carta Magna, sino que sólo tendrán tal consideración aquellos que gozan de una tutela reforzada.³⁹ Esta definición remite de forma directa a la tradición de encuadrar en las constituciones un catálogo de derechos y libertades, donde se articula de manera sustancial un sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, como una exigencia de su dignidad y como garantía de su seguridad y libertad.

Hay que destacar la doble naturaleza de los derechos fundamentales, objetiva y subjetiva. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, al considerar que ‘los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado

³⁸ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. Madrid, 1991. Pág. 95. ISBN: 9788486497156.

³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, 9ª edición. Madrid, 2007. ISBN: 9788430945573.

social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)'.⁴⁰

En definitiva, la dimensión subjetiva hace referencia a la facultad jurídica que se reconoce a los individuos de exigir ciertos comportamientos a los poderes públicos (bien sea una actuación positiva o negativa). Consecuentemente, supone el establecimiento de unos mecanismos jurisdiccionales de protección y garantía procesal específica de los mismos. Por su parte, la dimensión objetiva, según la STC 21/1981 del TC, los 'derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal [...] que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico'.⁴¹ En consecuencia, los poderes públicos deben velar por su efectividad, garantizarlos y defenderlos, incluso en el supuesto de que su titular rehúse a defenderlos o no pueda exigir su cumplimiento, de lo que se deduce el carácter *irrenunciable* de los derechos fundamentales.

Como consecuencia constitucional de la naturaleza de los derechos fundamentales, según García Cuadrado, se proyectan tres claras consecuencias jurídicas:

1. Proyección vertical: los poderes públicos no deben lesionar con su actuación u omisión el contenido de los derechos fundamentales. Cualquier actuación u omisión que atentara directamente contra el contenido de los derechos fundamentales o obstaculizara su ejercicio, sería inconstitucional.
2. Proyección horizontal: los poderes públicos tienen el deber de proteger a las personas de cualquier ataque contra el contenido de un derecho fundamental que proceda de un tercero.
3. Proyección social: deber de los poderes públicos de poner a disposición de los ciudadanos los medios proporcionados que hagan posible y faciliten la efectividad de los derechos fundamentales.

⁴⁰ STS número 25/1981, Pleno, 14 de Julio de 1981, FJ 2º.

⁴¹ STC número 21/1981, Sala 1ª, 15 de Junio de 1981, FJ 10º.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTLES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución Española de 1978 es la norma suprema del ordenamiento jurídico español. Fue aprobada en referéndum nacional por parte del pueblo español el día 6 de diciembre del citado año, sancionada por el Rey el día 27 y publicada el día 29 del mismo mes.

Es de vital importancia para una correcta interpretación de los preceptos constitucionales, el conocimiento de los diversos trámites y vicisitudes por los que atravesó su elaboración. En cuanto a la relación que guarda con materia tratada en el presente trabajo, cabe resaltar que las circunstancias políticas, económicas y sociales por las que atravesaba España, condicionaron la redacción de numerosos preceptos, afectando sobre todo a la minuciosidad de los derechos y libertades y a la constitucionalización de las Fuerzas Armadas.⁴² Sin embargo, las constituciones predecesoras no han dejado una gran impronta en el texto actual, debido al sentido de transformación social que imperaba en el momento. Por el contrario, si se aprecia una gran influencia del derecho comparado, destacando sobre todo la constitución italiana, la alemana, la inglesa, la portuguesa y la francesa.

En cuanto a sus caracteres esenciales, según señala el profesor García Cuadrado, se trata de una Constitución teórica, espontánea o de origen popular, ambigua, rígida, extensa, normativa en su integridad y derivada.

Por último, en lo referente a su estructura, la Carta Magna se encuentra agrupada en once Títulos, divididos en capítulos. En total, se compone de 184 disposiciones (169 artículos, 4 disposiciones adicionales, 9 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 1 disposición final).⁴³ Así mismo, se puede dividir la Constitución en dos partes estructurales bien diferenciadas: una parte dogmática, referida al ordenamiento de

⁴² GARCÍA CUADRADO, Antonio María. *Principios de Derecho Constitucional*. Editorial Eolas, León. 2011. Pág. 655. ISBN: 978-84-938666-8-6.

⁴³ GARCÍA CUADRADO Antonio María. *Principios de Derecho Constitucional*. Editorial Eolas, León. 2011. Págs. 650-653. ISBN: 978-84-938666-8-6.

la comunidad nacional, a los principios generales de la estructura política, a la política social y a la declaración de derechos y libertades fundamentales, que se corresponde con el preámbulo y los dos primeros títulos; y una parte orgánica, que hace referencia a la organización de los poderes y la organización territorial, comprendida por el resto de títulos.⁴⁴

La parte que aquí nos interesa se encuentra en el Título I ‘de los derechos y libertades fundamentales’ y más concretamente en la sección primera del capítulo segundo, de ‘los derechos fundamentales y las libertades públicas’ (artículos 15 al 29).

III. CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El constituyente español trató de configurar una ambiciosa y amplia declaración de derechos fundamentales, asignándoles una posición privilegiada en nuestra norma fundamental, correspondiente al Título I y dotando de unos mecanismos precisos de garantía a cada uno de estos derechos, con la finalidad de que puedan ser afirmados institucional, normativa y jurisdiccionalmente frente a cualquier eventual violación de los mismos.

Se considera que la enumeración de derechos fundamentales contenida en el texto constitucional es de carácter predominantemente cerrado. Con esta declaración de derechos completa, solemne y expresa, ‘se persigue asegurar el papel central de los ciudadanos en el sistema político con el triple objetivo de respetar su esfera privada, reconocer su determinante participación en la formación de la voluntad estatal y organizar un sistema de prestaciones positivas’.⁴⁵ Sin embargo, según establece Gómez Montoro, ‘no puede concebirse a los derechos fundamentales como un catálogo cerrado. Así lo evidencia la jurisprudencia constitucional de estos veinticinco años, en los que el

⁴⁴ La Constitución - La Constitución Española de 1978, *La Constitución Española 1978 estructura y contenido*. (Fecha de consulta: 12/05/2016). Disponible en: <http://www.laconstitucion.org/es/left/la-constitucion-espanola-1978-estructura-y-contenido/>

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas SL, 3ª Edición. Madrid, 1988. ISBN: 9788473982030.

Tribunal Constitucional ha ido enriqueciendo la lista de derechos'.⁴⁶ Cabe que mencionar algunos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha extraído contenidos de los derechos fundamentales, que no aparecen mencionados literalmente en sus preceptos. Como por ejemplo en el caso del artículo 24.1 CE, sobre el derecho de acceso a la jurisdicción, al recurso o a la ejecución de resoluciones firmes. Otro claro caso, es la incardinación en el artículo 25 de la Carta Magna, del principio de 'non bis in ídem'.

a) Según su grado de garantía

En primer término, se puede efectuar una clasificación los derechos en función de su grado de garantía. En tal sentido se pronuncia Torres del Moral predicando que 'un derecho vale lo que valen sus garantías'.⁴⁷ Así pues, atendiendo a las garantías de cada derecho, se podrá determinar su efectividad. Se puede hablar de 3 grados de garantía constitucional:

1. Derechos fundamentales: previstos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I. Comprende los artículos 15 a 29, el 14 y el 30 de la CE y son los siguientes: igualdad ante la ley; derecho a la vida; libertad ideológica, religiosa y de culto; derecho a la libertad personal; derecho al honor, intimidad y a la inviolabilidad del domicilio; libertad de residencia y circulación; libertad de expresión; derecho de reunión; derecho de asociación; derecho de participación; tutela judicial efectiva; principio de legalidad; trabajo remunerado para los reclusos y prohibición de tribunales de honor; libertad de enseñanza, derecho a la educación y autonomía universitaria; Libertad de sindicación; derecho a la huelga; derecho de petición y por último la objeción de conciencia. Estos derechos poseen un sistema de garantías reforzado (artículo 53.2); se regularán mediante ley orgánica (artículo 81); y están amparados por una tutela preferente y sumaria y por un eventual recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁴⁶ GÓMEZ MONTORO, Ángel José. Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas. *Revista jurídica de Navarra*, N° 36, 2003. Págs. 39-50. ISSN: 0213-5795.

⁴⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español, Tomo I*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004. Pág. 550. ISBN: 978-84-8481-113-8.

2. Derechos de los ciudadanos: preceptuados en la Sección 2ª del Capítulo 2º del Título I. Abarca los artículos 31 a 38 y son los siguientes: sistema tributario justo; matrimonio; derecho a la propiedad; derecho de fundación; derecho y deber de trabajar; colegios profesionales; convenios y conflictos laborales y la libertad de empresa. Estos derechos disponen de una protección ordinaria, debiendo ser regulados por ley. Dichas leyes podrán ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad.

3. Principios rectores de la política social y económica: aparecen en el Capítulo 3º del Título I. Incluye los artículos 39 52 y son los siguientes: protección de la familia y la infancia; redistribución de la renta, pleno empleo, formación profesional y descanso laboral; seguridad social; emigrantes; protección de la salud; acceso a la cultura; medio ambiente; conservación del patrimonio artético; derecho a la vivienda; participación de la juventud; atención a los discapacitados; tercera edad; defensa de los consumidores y organizaciones profesionales. Estos derechos sólo gozarán de aquella protección que el legislador les confiera en su desarrollo legal y de la posibilidad de impugnación de tales leyes a través de recurso de amparo. Según predica Núñez Rivero, ‘no se trata propiamente de derechos subjetivos’.⁴⁸

b) Según su naturaleza jurídica

García Cuadrado efectúa esta clasificación atendiendo exclusivamente a su significado jurídico, es decir, a las consecuencias que tiene su reconocimiento constitucional. Como se menciona con anterioridad, los derechos fundamentales son unos derechos subjetivos frente al Estado que otorgan a su titular la facultad de poder exigir de este, una acción u omisión. Esta facultad puede consistir en cuatro actuaciones diferentes, dando lugar a los siguientes derechos:

1. Exenciones: garantía que asiste al sujeto en el sentido de que no se le podrá obligar a hacer algo. Pertenece a esta categoría todos aquellos derechos cuyo

⁴⁸ NÚÑEZ RIVERO, Cayetano. *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*. Universidad de Estudios a Distancia. Madrid. 1993. ISBN: 9788436229486.

contenido consista en una prohibición de exigir a los poderes públicos determinados comportamientos que el sujeto no quiera realizar. Por ejemplo, se incluye en este grupo el derecho a la objeción de conciencia o el derecho a no declararse culpable.

2. Libertades: esta garantía en que no se le podrá impedir hacer algo al sujeto. Se incluyen en esta categoría los derechos que exijan al Estado el deber de permitir ciertas actuaciones o comportamientos, es decir, que el Estado no tendrá la facultad de prohibirlos. Hay que destacar en este grupo la libertad de expresión, el derecho de la libertad ideológica y religiosa y el de manifestación y reunión entre otros.
3. Inmunidades: se refiere a la garantía de no poder obligar al sujeto a soportar algo no querido por él, es decir, que los ciudadanos no tienen que permitir determinadas actuaciones, tratamiento o intromisiones en su ámbito personal. Claro ejemplo de inmunidades, son el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la igualdad y la libertad personal.
4. Derechos de prestación: por último, consiste esta garantía, en que se han proporcionar, facilitar o al menos promocionar por parte del Estado, el disfrute de ciertos bienes jurídicos o materiales, de ciertas ventajas o comodidades. Aquí se incluyen los denominados principios rectores de la política social y económica, como el derecho a una vivienda digna o el derecho a la protección de la salud, así como otros que no se incluyen en esta categoría, como el derecho a la educación.

Para concluir, conviene resaltar que un mismo derecho puede presentar varias facetas, de tal modo, que se pueda subsumir en varias categorías simultáneamente.

IV. EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el artículo 53.1 de nuestra Ley Fundamental se establece que ‘los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2º del presente Título vinculan a todos los poderes públicos’. En tal sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia STC

80/1982 al establecer que ‘no puede haber duda alguna acerca de la vinculatoriedad inmediata (esto es, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del Capítulo Segundo del Título I’.⁴⁹ De tal modo que, los derechos fundamentales de los artículos 14 a 38, como derechos subjetivos, serán plenamente exigibles ante los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legal.

Por su parte, los principios rectores del Capítulo 3º, no tienen la consideración de derechos subjetivos, puesto que no otorgan derechos a los particulares y en consecuencia sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción en la medida en que sean desarrollados por las leyes. Cabe mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1996, donde se dispone que ‘el artículo 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional (art. 53.3 CE; SSTC 32/1983, fundamento jurídico 2, 149/1991, fundamento jurídico 1 y 102/1995, fundamentos jurídicos 4-7).⁵⁰

De este modo, según la regulación del recurso de amparo contenida en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional, sólo se prevé este recurso ante las violaciones de los derechos fundamentales que procedan de los poderes públicos, pero nunca las que provengan de los particulares.⁵¹

Sin perjuicio de ello, la doctrina y el propio Tribunal Constitucional han reconocido el valor vinculante a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.⁵² No obstante, a pesar de no ser posible recurrir en amparo las actuaciones de los particulares, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984 ‘no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos

⁴⁹ STC número 80/82 de 20 de diciembre de 1982. FJ 1º, RJ 160/1982.

⁵⁰ STC número 199/1996 de 3 de diciembre de 1996. FJ 3º.

⁵¹ Art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

⁵² GARCÍA CUADRADO Antonio María. *Principios de Derecho Constitucional*. Editorial Eolas, León. 2011. Pág. 553. ISBN: 978-84-938666-8-6.

fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho [...] no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social.⁵³ Si bien, de acuerdo con lo expuesto por Sánchez González, esta eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, será mediata o indirecta, lo que implica que ‘solo existirá en la medida en que los poderes públicos hayan definido el alcance de aquéllos, fundamentalmente a través de la ley y de la acción jurisdiccional, es decir, los jueces y tribunales’.⁵⁴

V. LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución Española no establece de forma clara unos límites en el ejercicio de los derechos, sin perjuicio del límite genérico del ‘respeto a la ley y a los derechos de los demás’ contenido en el artículo 10.1. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que ‘no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites’.⁵⁵ Hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el Auto del Tribunal Constitucional 375/1983 que asevera que ‘todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en supuesto de conflicto, un límite para otros bienes o valores’.⁵⁶

Respecto al supuesto concreto de los límites a los derechos fundamentales, existe prácticamente unanimidad doctrinal y jurisprudencial, al considerar que no son derechos absolutos y también están sujetos a ciertos límites. Únicamente existe discrepancia doctrinal acerca de la denominación de estos límites.

⁵³ STC número 18/1984, Sala 1ª, 7 de febrero de 1984. FJ 6º.

⁵⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. *La democracia constitucional española*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 1997. Pág. 262. ISBN: 9788480042451.

⁵⁵ STC número 2/1982, de 29 de enero de 1982. FJ 5º.

⁵⁶ ATC número 375/1983, de 30 de julio de 1983. FJ 2º.

Álvarez Conde, defiende la existencia de límites expresos e inmanentes, es decir, aquéllos que tienen su origen en el propio contenido esencial del derecho, a aquellos otros límites constituidos por otros derechos fundamentales.⁵⁷

Por otra parte, Pérez Tremps, diferencia entre límites internos y externos. Serán considerados límites internos los inherentes a la propia definición del derecho en cuestión. Son definidos por el legislador y adaptados a la realidad por jueces y tribunales. Mientras que los límites externos, serán aquellos impuestos por la ley para hacer posible el ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales de que se trate en cada momento. A su vez, éstos pueden ser expresos e implícitos.⁵⁸

Por último, hay que destacar lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 120/90, donde pone de manifiesto que ‘sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º; 2/1982, fundamento jurídico 5.º, 110/1984, fundamento jurídico 5.º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º) y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse’.⁵⁹

⁵⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. Pág. 328. ISBN: 9788430966516.

⁵⁸ PÉREZ TREMPES, Pablo et al. *Derecho Constitucional. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol. I*, Editorial Tirant Lo Blanch 9ª edición. Valencia, 2013. Pág.153. ISBN: 9788490534755.

⁵⁹ STC número 120/1990, de 27 de junio de 1990. FJ 8º.

En definitiva, corresponde al legislador, jueces y tribunales determinar que bienes están constitucionalmente protegidos y dicha labor, se han de proporcionar e interpretar restrictivamente tales límites.⁶⁰

VI. MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El simple reconocimiento por parte de la Constitución de los derechos fundamentales, no garantizan su efectividad. Para ello precisaran de una serie de mecanismos jurídicos de protección y garantía.

Se puede efectuar una distinción entre garantías genéricas y garantías jurisdiccionales:

a) Garantías genéricas:

Con ellas se pretende evitar que los poderes públicos dejen sin contenido los derechos fundamentales, mediante el uso normas de rango infraconstitucionalas.

En primer lugar, como garantía genérica se encuentra la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales del Capítulo 2º del Título I, como establece el artículo 53.1 CE ‘los derechos y libertades [...] vinculan a todos los poderes públicos’. Como se menciona con anterioridad, estos derechos ‘serán plenamente exigibles ante los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legal’.

En segundo lugar, hay que hacer mención a la reserva de ley orgánica a la que se encuentran sometidos los derechos fundamentales, concretamente, los pertenecientes a la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución ‘sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades’, puesto en relación

⁶⁰ LÓPEZ DE GEA, Joaquín. *Derechos fundamentales y estatuto jurídico de las fuerzas armadas*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2013.

con el artículo 81.1 de la Norma Fundamental ‘son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales’. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia 116/99, al exponer que ‘los derechos fundamentales y libertades públicas cuyo desarrollo está reservado a la Ley Orgánica por el art. 81.1 de la Constitución, son los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I (arts. 15 a 29) y no cualesquiera otros derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional’.⁶¹

En tercer lugar, se encuentra la figura del Defensor del Pueblo, en virtud del artículo 54 de la Carta Magna ‘una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales’ y de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Su misión consiste en ‘vigilar y denunciar ante los representantes del pueblo y la opinión pública las violaciones de derechos fundamentales, ya sean por normas jurídicas, actos jurídicos o por cualquier tipo de actuación de los poderes públicos’.⁶²

b) Garantías jurisdiccionales

Se trata de una serie de procedimientos jurisdiccionales, creados con carácter específico, que se encuentran al servicio de todo ciudadano para efectuar una completa defensa de los derechos fundamentales.

Por un lado se refiere a los procesos ante los tribunales ordinarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución ‘cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad’, puesto en relación el artículo 24.1 CE de la

⁶¹ STC número 116/99, de 17 de junio de 1999, publicado en el BOE número 162, de 8 de julio de 1999, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

⁶² GARCÍA CUADRADO Antonio María. *Principios de Derecho Constitucional*. Editorial Eolas, León. 2011. Pág. 577. ISBN: 9788493866686.

tutela judicial efectiva ‘todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión’.

Pero generalmente, estas acciones jurisdiccionales se refieren a un proceso especial ante el Tribunal Constitucional, ejercitado a través del recurso de amparo (artículo 53.2 CE ‘a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional’).

Por último, es preciso destacar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento único, sino que se establecen unas acciones procesales específicas en función de cada orden:

- Frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas: se regula en Capítulo I del Título V de la *Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa* 29/1998 de 13 de julio.
- En lo referente a la libertad sindical: habrá que acudir a lo dispuesto en el Capítulo XI del Título II del Libro II de la *Ley de Procedimiento Laboral*, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril.
- En el procedimiento civil, según el artículo 249 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* 1/2000 de 7 de enero, se prevé juicio ordinario como medio de defensa de los derechos fundamentales.
- En el ámbito penal, hay que hacer mención a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, *de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*.
- Por su parte, en el ámbito militar objeto de este estudio, existe también un procedimiento preferente y sumario preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar*.

CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS

I. MARCO JURÍDICO

En primer término, hay que poner de manifiesto, que el personal militar, de igual modo que el resto de ciudadanos, es titular de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce en su Título I. Pero como se ha mencionado con anterioridad, la Constitución Española establece ciertos límites en el ejercicio de los derechos fundamentales en detrimento de determinados colectivos, como así ocurre con las FAS, pero también existen en relación con otros grupos, como los jueces, magistrados y fiscales, funcionarios, personas en régimen de pena privativa de libertad ingresados en establecimientos penitenciarios y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. No obstante, es en el ámbito castrense, donde adquieren mayor entidad estas limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales.

El fundamento de estas restricciones a derechos fundamentales de las FAS, reside el propósito de salvaguardar unos determinados ‘bienes constitucionalmente protegidos, a saber, la disciplina, la unidad, la jerarquía y la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, necesarios todos ellos, para garantizar el cumplimiento de las misiones encomendadas por el art. 8 CE a la Institución Militar’.⁶³

La Constitución Española sólo prevé en su tenor literal dos límites a los derechos de los militares: en primer lugar, el artículo 28.1, que permite limitar o exceptuar el derecho de libre sindicación a las Fuerzas Armadas⁶⁴; y en segundo lugar, el artículo

⁶³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Isidoro. *‘El ejercicio de los Derechos Fundamentales por los militares’*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2014.

⁶⁴ Artículo 28.1 de la CE de 1978: todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de

29.2, que limita el ejercicio de derecho de petición del personal militar únicamente al ámbito individual.⁶⁵

El resto de límites a estos derechos, hoy en día se encuentran regulados en la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de junio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*. Sorprendentemente, con anterioridad a la entrada en vigor la mencionada ley orgánica, estas limitaciones se regulaban a través de Ley 85/1978 de 28 de diciembre de *Reales Ordenanzas*, de lo que se deduce su claro carácter inconstitucional, al afectar a una materia, como son los derechos fundamentales, que se encuentran sometida a reserva de ley orgánica, en virtud del artículo 81.1 de la Constitución. No obstante, esta regulación estuvo vigente hasta que fue sustituida por la LO 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*.

A continuación, se llevará a cabo un análisis sobre las vicisitudes de los derechos fundamentales más relevantes en el ámbito de las FAS y las limitaciones impuestas sobre alguno de ellos.

II. LA IGUALDAD

Artículo 14 CE: ‘los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social’.

La igualdad en España, se ha conformado jurídicamente como un valor superior todo el ordenamiento jurídico (art. 1.1º CE), así como un derecho fundamental (art. 14 CE, igualdad formal). Asimismo, la igualdad no sólo impone límites, sino también cargas a los poderes públicos, que se verán obligados a promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE, igualdad material).

los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

⁶⁵ Artículo 29.2 de la CE de 1978: los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

El artículo 14 enuncia un derecho subjetivo, que tiene dos vertientes, la primera hace referencia a la igualdad en la ley y la segunda, a la igualdad en su aplicación. Respecto a la igualdad en la ley, manifestó el Tribunal Constitucional que la igualdad supone la ‘obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma o de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hechos legítimamente diferenciados’.⁶⁶ En lo referente a su aplicación, de igual modo establece el Tribunal Constitucional, que implica ‘la prohibición de discriminaciones arbitrarias en la aplicación de la Ley y, en general, de cualquier norma jurídica’.⁶⁷

En consecuencia, la igualdad no exige un estricto trato igual ante todas las situaciones, sino que de acuerdo con la STC 41/1981, la igualdad ‘no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra’.⁶⁸ De tal modo, que ‘la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida’.⁶⁹ Es decir, la ley puede establecer diferencias de trato, siempre y cuando vengan justificadas por la situación de los individuos. Sólo en caso contrario, se trataría de una actuación discriminatoria.

En determinadas ocasiones, el trato desigual es introducido conscientemente por el legislador, con la finalidad de beneficiar a unos determinados grupos sociales que se encuentran en una situación desfavorable, para lograr su igualdad. Este fenómeno, objeto de numerosas discusiones doctrinales, se conoce como ‘discriminación positiva’. Encuentra amparo en el art. 1.1 CE, en el 14 CE y en el 9.2 CE, donde se enuncia la

⁶⁶ STC número 83/1984, Pleno, 24 de julio de 1984. FJ 3º.

⁶⁷ STC número 56/1982, de 28 de julio de 1982. FJ 4º.

⁶⁸ STC número 34/1981, de 10 de noviembre de 1981. FJ 3º.

⁶⁹ STC número 22/1981, Pleno, de 2 de julio de 1981. FJ 3º.

obligación que tienen los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Ahora bien, como ya se ha mencionado, el valor y el principio de igualdad, vincula a los poderes públicos, alcanza y afecta a todos los ciudadanos, así como a todas las instituciones del Estado, incluida sin lugar a dudas, las FAS.

A continuación, el estudio se centrará en las limitaciones y en la repercusión que ha tenido el derecho a la igualdad en el ámbito castrense, en los siguientes aspectos:

a) Régimen laboral militar

Respecto a las diferencias existentes entre la situación laboral de los militares, frente al resto de funcionarios públicos civiles, la posición del Tribunal Constitucional ha considerado de forma general, que ‘no son susceptibles de contraste a la luz del art. 14 CE los regímenes propios de los funcionarios militares con los civiles, ni tampoco el de los funcionarios con los trabajadores laborales’⁷⁰.

Justifica esta distinción el Tribunal Constitucional en su auto 1161/1989, donde establece que ‘no son equiparables o sustancialmente idénticas las situaciones de los trabajadores en general, de un lado, y de los trabajadores de establecimientos militares, de otro. Como al legislador no pasó inadvertido, este último personal puede requerir un régimen específico en atención a los intereses de la defensa nacional que están comprometidos en las tareas, funciones o labores que desarrolla toda clase de personal en establecimientos militares. Existe, pues, una diferencia esencial entre la generalidad de los trabajadores y estos de centros militares, no ya por el lugar de prestación de trabajo, sino por la naturaleza, índole y características del trabajo que desarrollan y de las funciones a cuya realización coadyuvan, relacionadas con la defensa nacional, lo que justifica ciertas particularidades en el régimen de su relación de empleo. Resulta adecuado o proporcional a estas exigencias de la defensa nacional que, respecto a las modificaciones de condiciones de trabajo, la autoridad militar cuente con la facultad, no discrecional ni arbitraria, sino reglada, como lo es y el Tribunal Central de Trabajo lo

⁷⁰ STC número 40/1989, de 16 de febrero de 1989, FJ 4º y STC nº 56/1988, de 24 de marzo de 1988, FJ 2º.

indica, de decidir si concurren razones técnicas, organizativas y productivas que las justifiquen, sin necesidad de someter su aprobación a los representantes de los trabajadores ni a otros órganos de la Administración. La minoración de facultades de los representantes de los trabajadores o de la autoridad laboral aparece como razonable y justificada por exigencias que nada tienen de inconstitucionales’.

b) Acceso a las Fuerzas Armadas

El acceso a las FAS, a parte del mencionado principio de igual del art. 14 CE, debe ponerse en relación además, con el artículo 23.3 CE, que dispone que los ciudadanos ‘tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes’. Tiene vital importancia la parte final del citado precepto, de tal modo, que el legislador tiene la capacidad de restringir el ámbito de quien puede optar a ingresar en las FAS marcando unos requisitos, si bien estos requisitos, atenderán en todo caso a al merito y capacidad, según dispone el artículo 103.3 de la CE. De tal modo, no podrán ser exigibles unos requisitos distintos al mérito y la capacidad.⁷¹ En consecuencia, el establecimiento de requisitos distintos para acceder a la función militar, serán considerados discriminatorios.

De tal modo, los privilegios de acceso para los hijos de militares, son claramente inconstitucionales. ‘Sin embargo, podría predicarse que los principios de igualdad, mérito y capacidad pudieran flexibilizarse para permitir un trato preferencial de los hijos de militares’.⁷² Así ocurre en el seno de la Guardia Civil, en cuyas convocatorias anuales de acceso a la institución, se reservan un número determinado de plazas para los alumnos del Colegio de Guardias Jóvenes, integrado exclusivamente por hijos de Guardias Civiles.

Por otro lado, cabe plantear la cuestión de si el establecimiento de edades muy tempranas como requisito de acceso a las FAS, como por ejemplo el tope máximo de 21 años para determinados escalafones, puede tener carácter inconstitucional. Las bases

⁷¹ STC número 293/1993 de 18 octubre de 1993. FJ 4º.

⁷² COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. Logroño, 2007.

sentadas por el Tribunal Constitucional en este aspecto, aunque justificadas, carecen de rotundidad y de unanimidad dentro del propio Tribunal. Considera el máximo intérprete constitucional, que la discrecionalidad a la hora de establecer edades máximas para el acceso a determinados puestos, no implica una completa libertad, sino que es preciso que la edad que se determine este justificada de una forma razonable, en virtud de unas finalidades que en ningún caso puedan ser contrarias a los contenidos constitucionales, a la vez de ser proporcionada al objeto que se pretenda amparar y a los fines que se quieran conseguir. Y en tanto que la edad es una de las circunstancias especialmente perseguidas, en caso de conflicto, corresponde a los poderes públicos demostrar tales requisitos.⁷³

Un voto particular emitido en esta misma sentencia, por cinco magistrados de los doce que componen el Tribunal, consideró que ‘no basta que la opción elegida por el legislador o la norma dictada presenten una justificación razonable. No basta justificar la ratio de la norma, porque, si así fuera, la regla de la igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución se confundiría por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.º [...]. La justificación implica como mínimo que la disposición en cuestión sea adecuada y proporcionada con el fin que persiga. [...]. Si lo que se trata es de favorecer la eficacia de la gestión, tal objetivo podría lograrse estableciendo medidas que permitieran una valoración ponderada de la edad entre los diversos méritos y circunstancias de los concursantes, para lo cual no es necesaria ni proporcionada la disposición excluyente que enjuicamos, pues bastaría otra tendente a imponer en el concurso criterios legislativos de preferencia en favor de los concursantes menores’.⁷⁴

En definitiva, desde mi punto de vista, el establecimiento de requisitos de edades tempranas para el acceso a las FAS, siendo un motivo excluyente para tal acceso, carece de una justificación coherente y adecuada, suponiendo una clara restricción en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Considero que ha sido un error la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, si bien, no por unanimidad. Hubiera sido más acertado postularse a favor de lo previsto en el voto particular discordante, de tal modo

⁷³ STC número 75/1983, de 3 de agosto de 1983. FJ 1º.

⁷⁴ STC número 75/1983, de 3 de agosto de 1983. FJ 3º.

que la edad simplemente supusiera una valoración entre los méritos de los opositores, pero no una circunstancia excluyente del proceso. Quizás lo más adecuado, sería que el Tribunal Constitucional diera una nueva interpretación, más acorde a los tiempos actuales.

c) Discriminación por razón de sexo

A lo largo de la historia, la mujer ha sido relegada constantemente de las FAS, aduciendo principalmente que estas carecían de las aptitudes físicas necesarias para el desempeño de tales funciones. Afortunadamente, a día de hoy estas anticuadas concepciones misóginas han quedado desvanecidas, en pro de una concepción social de plena igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La presencia de la mujer en las FAS se ha ido incrementando paulatinamente, hasta alcanzar todas instituciones militares, si bien aún quedan vestigios del predominante carácter masculino que históricamente ha venido dominando las FAS, que se reflejan en el alto porcentaje que ocupan los hombres en el desempeño de los altos cargos (suboficiales y oficiales).

A fecha de diciembre del 2015, el número de mujeres en las FAS suponía tan sólo un 12,4% de todos sus integrantes. Desglosado en los diferentes cuerpos, el porcentaje es de: 11,8 % en el Ejército de Tierra, 12,4% en la Armada, 13,5 en el Ejército del Aire y donde mayor presencia tienen, es en los Cuerpos Comunes, donde ascienden a un 22,7% del total.⁷⁵ Hay que resaltar a su vez, que las mujeres están presentes en todos los destinos en los que se encuentran las FAS españolas, en todos los cuerpos y escalas, y por descontado, con igual remuneración que los hombres.

Si bien, el camino de la mujer en las FAS hasta alcanzar su plena integración, no ha sido fácil. Desde el año 1988, cuando se produjo por primera vez el ingreso de la mujer en una academia militar, estas han atravesado numerosos obstáculos.

⁷⁵ Observatorio militar para la igualdad. Datos sobre el personal en el Ministerio de Defensa. (Fecha de consulta: 22/05/2016). Disponible en: <http://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/omi/datos-mujeres-hombres-FAS-2015.pdf>

En una primera etapa, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Real Decreto 984/1992, las mujeres tenían restringido el acceso a la Legión, a las Unidades de Operaciones Especiales, Paracaidistas. Esta exclusión basaba su justificación en las condiciones físicas necesarias para el acceso a tales cuerpos. De igual modo, el citado artículo continua extendiendo esta limitación para las mujeres en el ámbito de ‘las fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores en los que sus condiciones estructurales no permitan el alojamiento en condiciones adecuadas’,⁷⁶ amparándose en esta ocasión, en las dificultades que supondría adaptar este tipo de instalaciones para un adecuado cumplimiento de las exigencias de distinción entre sexos.

Este veto al género femenino, con un marcado carácter inconstitucional, se mantuvo hasta el año 1999, coincidiendo con la entrada en vigor de Ley 17/1999, de 18 de mayo, *de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas*, que supuso la eliminación de ‘cualquier discriminación a la mujer al no hacer distinciones en los destinos que puedan ocupar en el desarrollo de su ejercicio profesional, sin perjuicio de que puedan establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer. Ello obligará a efectuar todavía un mayor esfuerzo en la superación de los problemas que representa la concurrencia de personal de ambos sexos en determinadas instalaciones y unidades militares’.⁷⁷ Así mismo, se establece en el artículo 129.2º de la mencionada ley, que ‘entre los requisitos exigidos para ocupar determinados destinos se podrán incluir límites de edad o condiciones psicofísicas especiales, que serán acreditadas en función del expediente al que hace referencia el artículo 101 de esta Ley, sin distinción alguna por razón de sexo’.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, se consagra el principio de igualdad

⁷⁶ Artículo 25 del Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas: destinos del personal femenino: el personal femenino de tropa y marinería profesionales podrá optar a todos los destinos de su empleo militar excepto los de tipo táctico u operativo en unidades de La Legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas. Tampoco podrán formar parte de las fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores en los que sus condiciones estructurales no permitan el alojamiento en condiciones adecuadas.

⁷⁷ Apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

entre hombres y mujeres en las FAS, en virtud de lo expuesto en su artículo 4: ‘en las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de [...] género, sexo, orientación sexual, [...]’. Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar’.

Desde el año 2001, ya hay presencia femenina en el Mando de Operaciones Especiales (MOE) del Ejército de Tierra, de tal modo, como se ya se expuso anteriormente, actualmente las mujeres están presentes en todos los cuerpos, escalas y destinos de las FAS españolas.

Cabe hacer mención a los requisitos físicos exigidos para el acceso a este tipo de unidades especiales, para los cuales, no se hace distinción entre hombres y mujeres, de tal modo que son exactamente los mismos para toda persona que pretenda acceder a ellos. Al contrario sucede, en las pruebas de acceso al resto de cuerpos y escalas de las FAS, así como para el acceso a la Guardia Civil o la Policía Nacional, donde si se establecen unos criterios diferenciados en función del sexo.

Desde mi punto de vista, considero que establecer unos requisitos físicos diferenciados en función del sexo, queda justificado siempre y cuando la condición física no sea un requisito esencial para poder realizar las funciones requeridas por el puesto de trabajo, de tal modo que la función de estos requisitos sea acreditar simplemente un buen estado de forma y salud, que son necesarios para un correcto desempeño de sus funciones. Queda claro que las condiciones físicas de hombres y mujeres no son las mismas, por lo tanto, se justifica el establecimiento de baremos diferenciados para constatar unos mínimos de estado de forma y salud.

Por otro lado, el establecimiento de un baremo común para hombres y mujeres, como ocurre en los cuerpos especiales de las FAS, estará justificado cuando la condición física sea un requisito ‘sine qua non’ para el desempeño de las funciones encomendadas al puesto de trabajo. En definitiva, estos baremos se deberán ajustar a las necesidades de las unidades especiales y no a la capacidad física general según el sexo, en caso contrario, supondría un claro perjuicio a la eficacia de estas unidades.

Otro supuesto que cabe poner de manifiesto dentro de este apartado, son los casos de acoso sexual en el ámbito castrense. En una institución fuertemente jerarquizada como las FAS, que aún conserva ciertos vestigios machistas debido a su trayectoria histórica, los casos de acoso sexual apenas han tenido trascendencia al ámbito público. Ello se debía principalmente a que el Código Penal Militar de 1985, vigente hasta el año 2015, no tipificaba conductas como el acoso sexual, dificultado e incluso impidiendo que la víctima pudiese denunciar a un superior jerárquico que cometiera tales actos, puesto que para poder hacerlo, se debe notificar la denuncia al propio superior jerárquico. Esta paradoja, sumado al deber de obediencia y subordinación que rige en las FAS, hacía prácticamente imposible que una víctima de este tipo de actuaciones se atreviera a denunciarlas, por miedo a represalias de sus superiores, que podrían redactar informes negativos que supusieran sanciones graves o incluso la expulsión de las FAS.

El punto de inflexión tuvo lugar en el año 2012, con el mediático caso de la Capitán Zaida Cantera, que tras meses de silencio como víctima de acoso sexual, vejaciones y acoso laboral por parte de su superior, el Coronel Lezcano-Mújica, se atrevió a denunciar. En marzo de 2012, consiguió que el Tribunal Militar Central condenase al coronel Isidro José de Lezcano-Mújica a dos años y diez meses de prisión por abuso de autoridad. En una de las escasas sentencias por acoso sexual dictadas por los tribunales militares se decía que el coronel actuó ‘con grave menosprecio de la condición femenina de la víctima’ y que sus actos (tocamientos, insinuaciones, amenazas, vejaciones en público) eran ‘claramente atentatorios de la libertad sexual’ de la capitana.⁷⁸

A raíz de este lamentable caso, se produjo la entrada en vigor en noviembre del 2015, del protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas. ‘Una de las principales novedades que introduce este protocolo de actuación es que las Fuerzas Armadas contarán con una unidad especial, independiente de la cadena de mando, destinada a canalizar las denuncias por acoso sexual y también a ofrecer asesoramiento y ayuda a las víctimas. Cada Ejército tendrá su propia Unidad de Protección frente al Acoso (UPA), que deberá informar a los mandos de todos los casos.

⁷⁸ Periódico ‘El País’, *La capitán que denunció por acoso sexual a un coronel deja el Ejército*. (Fecha de consulta: 28/05/2016). Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/07/27/actualidad/1406487948_740205.html

Otra de las novedades más importantes del protocolo contra el acoso sexual en las Fuerzas Armadas es que las víctimas podrán denunciar a su superior, en caso de que éste sea el presunto infractor, sin necesidad de informarle, tal y como ocurría hasta ahora por el respeto a la jerarquía'.⁷⁹

Además, con la aprobación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, por la que se aprueba el nuevo *Código Penal Militar*, se han tipificado las conductas relacionadas con el acoso sexual y el abuso de autoridad en el ámbito de las FAS, que a este momento no aparecían reflejadas.

d) Discriminación por creencias religiosas

La no discriminación por creencias religiosas conecta de forma directa con el derecho a la libertad religiosa y de culto prevista en el artículo 16 de la CE, que más adelante se analizará.

En lo que aquí respecta, la prohibición de discriminación por razón de religión establecida en el artículo 14 de la CE, encuentra apoyo en el ya mencionado artículo 4.1 de la Ley Orgánica 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, que dispone que 'en las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social' y el artículo 9 de la misma ley, donde se prevé que 'el militar tiene derecho a la libertad religiosa que se protegerá y respetará de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio'.

A pesar de estas previsiones legales, queda claro el marcado carácter preferente del catolicismo frente al resto de confesiones religiosas en el ámbito de las FAS, debido la tradición histórica a lo largo de varios siglos. Esto ha desencadenado en diversos casos de discriminación por motivos religiosos en las FAS, los cuales, apenas han

⁷⁹ Periódico 'La Opinión de Tenerife', *Entra en vigor el protocolo contra el acoso sexual en el Ejército*. (Fecha de consulta 28/05/2016). Disponible en: <http://www.laopinion.es/nacional/2015/12/30/entra-vigor-protocolo-acoso-sexual/647701.html>

tenido trascendencia en el ámbito público, debido al ostracismo de la institución militar y sus reticencias ante el ámbito de la sociedad civil.

Principalmente, han sido víctimas de este tipo de discriminaciones los militares pertenecientes a la religión musulmana o aquellos que tienen una consideración aconfesional o atea. Entre las actuaciones discriminatorias sufridas por el colectivo musulmán, cabe destacar casos en los que se ha negado un régimen alimenticio especial⁸⁰(atendiendo a que no pueden ingerir determinados tipos de carne o asuntos relativos al periodo del Ramadán), no respetar sus horas de rezo e incluso tratos degradantes y vejatorios por su condición. Por su parte, aquellos militares que no profesan ninguna confesión religiosa, aseguran haber sido víctimas de un continuo intento de adoctrinamiento, bajo el pretexto de charlas de carácter no religioso sobre moral, o ética, o formación cívica.⁸¹De igual modo, en numerosas ocasiones se han visto presionados para participar en determinados actos de índole religiosa, a pesar de tratarse de actos de asistencia presuntamente voluntaria, bajo amenaza de sanciones o informes negativos por parte de sus superiores. Un claro ejemplo es la procesión del Corpus en Toledo, donde se obliga a los cadetes de la Academia de Infantería a participar.

A día de hoy, esta clase de compartimientos están prácticamente superados y son objeto de un mayor control. A pesar de ello, aún existen casos de discriminación por motivos religiosos, debido a la gran influencia de la que todavía goza en nuestro país la Iglesia Católica.

Por el contrario, estimamos que este tipo de discriminaciones no cesará por completo hasta conseguir un Estado totalmente laico en todos sus ámbitos, sin tratos preferentes y de favor con determinadas confesiones religiosas.

⁸⁰ LÓPEZ DE GEA, Joaquín. *Derechos fundamentales y estatuto jurídico de las fuerzas armadas*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2013.

⁸¹ Periódico 'El País', *La tradición católica del ejército español limita la libertad religiosa de los soldados*. Fecha de consulta: 28/05/2016). Disponible en: http://elpais.com/diario/1995/07/16/sociedad/805845606_850215.html

III. DERECHO A LA VIDA

Previsto en el artículo 15 de la CE ‘Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra’.

En lo referente a las FAS, únicamente cabe poner de relieve el caso de pena de muerte, que según el tenor literal de la Carta Magna, a pesar de establecer su abolición, deja la puerta abierta a una posible regulación de la misma por parte del legislador orgánico en las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Pasaron varios años, hasta que todo atisbo una eventual existencia de pena de muerte en tiempo de guerra en nuestro ordenamiento jurídico quedará totalmente descartado. Se produjo con la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, *de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra*, que establece en su exposición de motivos que ‘[...] la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma, haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico’ y proclama en su artículo 1 que ‘queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra’.

A pesar la prohibición impuesta a través de la mencionada ley orgánica, hay que destacar que, en ningún caso, se trata una prohibición total y absoluta de la pena de muerte en nuestro país, puesto que nada impide al legislador, cumpliendo con el procedimiento oportuno obviamente, llevar a cabo la redacción de una nueva ley orgánica que modifique o altere su contenido. Así pues, la única vía factible para eliminar por completo toda opción a instaurar la pena de muerte en España, sería la modificación directa del artículo 15 de la Constitución Española.

IV. LIBERTAD IDEOLÓGICA, RELIGIOSA Y DE CULTO

De conformidad con el artículo 16 de la CE ‘1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’.

Como se aludió anteriormente, el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, se encuentra conectado de forma directa con el derecho a la no discriminación del artículo 14 de la CE.

Respecto a la normativa de desarrollo propia de las FAS armadas, hay que citar el artículo 9 la Ley Orgánica 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, donde se establece que ‘el militar tiene derecho a la libertad religiosa que se protegerá y respetará de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio’.

Hay que partir de la base de la estrecha vinculación ‘entre Religión y Fuerzas Armadas en un país de marcada tradición católica como el nuestro ha sido muy intensa a lo largo de la historia hasta el punto de que la asistencia religiosa respondía a un modelo de integración orgánica en la estructura de los ejércitos, con el otorgamiento a los capellanes castrenses de la condición y estatuto de militar a través de los cuerpos eclesiásticos de los ejércitos; es decir, en el seno de la estructura castrense, del Estado por ello, se producía una especie de mezcla o interrelación entre las dos esferas (eclesial y estatal), de forma que los ministros del culto católico integraban, en razón a sus funciones, los cuerpos y escalas de las Fuerzas Armadas con un empleo militar, siendo la católica la única asistencia religiosa posible’.⁸²

⁸² FERNÁNDEZ GARCÍA, Isidro. *El ejercicio de derechos fundamentales por los militares*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2014.

Sin perjuicio de la tradicional asistencia por parte de la Iglesia Católica en las FAS, ejercida a través de del Arzobispo y los Capellanes Castrenses, conviene resaltar el contenido de los apartados 3º y 4º de la disposición adicional octava de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, donde se regula el servicio de asistencia religiosa del resto de confesiones religiosas en las FAS: ‘3. Los militares evangélicos, judíos o musulmanes podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, si lo desean, de conformidad con lo determinado en los correspondientes acuerdos de cooperación establecidos entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España. 4. Los demás militares profesionales podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa de ministros de culto de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el ordenamiento y en su caso, de conformidad con lo que se establezca en los correspondientes acuerdos de cooperación entre el Estado español y dichas entidades’.⁸³

⁸³ Disposición adicional octava la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar: Servicio de Asistencia Religiosa

1. El Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en los términos previstos en el ordenamiento.
2. La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense, en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, prestándose por los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, declarados a extinguir, y por el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas. Los sacerdotes integrados en el Servicio de Asistencia Religiosa, que son capellanes castrenses en los términos que establece el citado acuerdo con la Santa Sede, se regirán por lo previsto en él, por la legislación canónica correspondiente y por esta disposición. Para la atención religioso-pastoral se podrán establecer convenios con diócesis y órdenes religiosas para incorporar, a propuesta del Arzobispo Castrense, sacerdotes colaboradores.
3. [...]
4. [...]
5. El régimen del personal del Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas, adscrito a la Subsecretaría de Defensa, se rige por los siguientes criterios:
 - a. La relación de servicios profesionales se constituye con personal vinculado con carácter permanente o temporal, que no adquiere condición militar.
 - b. La duración máxima de la relación de servicios con carácter temporal es de ocho años. Para acceder con carácter permanente es necesario superar las pruebas que se determinen reglamentariamente y haber prestado servicio con carácter temporal durante, al menos, tres años.
 - c. El régimen de asignación de puestos y la consiguiente movilidad es el del personal de las Fuerzas Armadas, con las debidas adaptaciones.
 - d. Las situaciones administrativas se regulan de forma similar a las de los funcionarios de la Administración General del Estado en lo que les sea aplicable.
 - e. El régimen retributivo y de apoyo a la movilidad se establecen de forma similar al del personal de las Fuerzas Armadas con las adaptaciones obligadas por la naturaleza de la relación de servicios.

A pesar del adecuado desarrollo normativo acerca de la libertad ideológica, religiosa y de culto en el ámbito militar, sigue habiendo casos que infringen y limitan en cierto modo estas libertades, como el mencionado caso de los cadetes de la Academia de Infantería que son obligados a participar en procesión del Corpus en Toledo, o el de un soldado al que se le exigió su participación en un desfile militar en el que se efectuaba un homenaje a la Virgen. Este último caso fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, a raíz del cual, adujo el máximo intérprete constitucional lo siguiente: ‘el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa’.⁸⁴

Sobre este tipo de intervenciones de las FAS en actos religioso, resulta interesante citar el contenido de la ‘Instrucción Permanente Organización 04/2010, de 15 de julio, del Almirante Jefe de Estado Mayor de la Armada, *de la participación de autoridades de la Armada, unidades, escoltas, piquetes, músicas y bandas en actos institucionales con contenido religioso*. Se justifica la participación institucional de las FAS de la siguiente forma: la presencia militar en el ámbito religioso tiene su origen en los usos y costumbres tradicionales de las Fuerzas Armadas, siendo frecuente la participación de

f. El régimen disciplinario es el aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado con las modificaciones necesarias para atender a las características del ámbito en que ejercen su función y a la naturaleza de ésta.

g. El personal perteneciente al Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas podrá optar por recibir la prestación de asistencia sanitaria a través del régimen especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, de la forma que se establezca reglamentariamente.

6. Los miembros de los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, declarados a extinguir, continuarán en los cuerpos de procedencia, con los mismos derechos y obligaciones, siéndoles de aplicación la situación de reserva regulada en el artículo 113.

⁸⁴ STC número 177/1996 de 11 noviembre. RTC 1996\177. FJ 4º.

miembros de la Armada en desfiles procesionales, fiestas religiosas corporativas o locales, y súplicas a santos protectores. La presencia de personal de uniforme en actos religiosos con tradicional participación castrense, y la necesidad de diferenciar entre éstos y los actos militares y no específicamente militares, que incluyen cierto carácter religioso, aconsejan la promulgación de unas directrices que aporten la necesaria unidad de criterio'.⁸⁵

Entre aquellos autores que defienden y justifican la participación de las FAS en actos de marcado carácter religioso, cabe destacar a Isidro Fernández García, Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar, quien proclama que 'el principio de aconfesionalidad del Estado no queda en entredicho ya que la Constitución, [...] no configura para España un modelo de laicidad absoluta sino lo que el Tribunal Constitucional llama laicidad positiva, máxime cuando el propio artículo 16 de la Norma suprema proclama que los poderes públicos deben tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, de forma que la mencionada participación de militares en dichos actos no se trata realmente de una participación que suponga ya para el Estado actual la comunión con el credo de una determinada religión sino que debe incardinarse más bien en la promoción del patrimonio cultural e histórico español a la que los poderes públicos no pueden ser ajenos, de la misma forma que se hace, sin entender vulnerado el principio de neutralidad del Estado, cuando se conceden subvenciones públicas a determinados grupos o asociaciones culturales, deportivas o de carácter social en general'.⁸⁶

En definitiva, según lo expuesto, consideramos que el actual modelo de asistencia religiosa se ajusta de forma correcta al artículo 16 CE, al garantizar el derecho de libertad religiosa para todos sus integrantes y mantener una adecuada relación con todas las confesiones religiosas presentes en nuestro país.

Sin embargo, opino que en el seno de las FAS sigue existiendo una clara predilección hacía el catolicismo, lo que en ocasiones, origina casos en los que se

⁸⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Isidro. *El ejercicio de derechos fundamentales por los militares*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2014.

⁸⁶ *El derecho y el revés*. (Fecha de consulta 07/06/2016). Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2014/10/21/el-ejercicio-de-derechos-fundamentales-por-los-militares/>

infringen las libertades del art. 16 de la Norma Fundamental. Para solventar estos eventuales obstáculos al ejercicio de la libertad ideológica, religiosa y de culto en las FAS, se debería impulsar la creación de un conjunto de medidas y procedimientos específicos, destinados a evitar que ningún militar pueda imponer, coaccionar o presionar a otros, de forma directa o indirecta, para que acudan o participen en actos de índole religiosa, y que permitan denunciar de forma segura y efectiva, garantizando que no serán víctimas de posteriores represalias a aquellas personas que cometan tales actos, independientemente del rango militar.

V. DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD

Aparece regulado en el artículo 17 de la CE '1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional'.

Inicialmente conviene destacar, de acuerdo con la sentencia 21/1981 del Tribunal Constitucional, que 'del artículo 25.3 CE se deriva «a sensu contrario» que la Administración Militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Y el artículo 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de

libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos'.⁸⁷ Así pues, la Administración Militar, al contrario que la civil, posee la competencia y la potestad de imponer sanciones disciplinarias y administrativas que impliquen la privación de libertad, de tal forma, que se incide de forma directa en el derecho fundamental protegido por el mencionado art. 17 CE.

En consecuencia, queda claro que 'el poder punitivo del Estado en ese ámbito aparece con una doble vertiente: la penal que solo se materializa a través de los órganos judiciales militares, tras el proceso debido; y la disciplinaria que, aunque debe respetar, con ciertos matices, las garantías exigidas para los procedimientos administrativos sancionadores, reviste un carácter no judicial y puede terminar con una resolución del mando militar imponiendo una sanción privativa o restrictiva de libertad, que, obviamente es susceptible de impugnación jurisdiccional ante los órganos judiciales castrenses mediante el recurso contencioso-disciplinario militar'.⁸⁸

Respecto a las garantías procedimentales del régimen disciplinario militar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en misma sentencia anteriormente citada, considerando que 'la Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. [...] En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar'.⁸⁹

Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, únicamente determina que 'los miembros de las Fuerzas Armadas sólo podrán ser privados de su libertad en los casos previstos por las leyes y en la forma en que éstas dispongan'.

⁸⁷ STC número 21/1981 de 15 de junio RTC 1981\21. FJ 2º.

⁸⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, Isidro. *El ejercicio de derechos fundamentales por los militares*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2014.

⁸⁹ STC número 21/1981 de 15 de junio RTC 1981\21. FJ 3º.

Recientemente, se ha llevado a cabo un nuevo desarrollo normativo, tanto del régimen disciplinario militar, como del régimen penal militar, que viene a renovar a una obsoleta y anticuada regulación anterior. Así pues, el régimen disciplinario se encuentra regulado actualmente en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*, que ha entrado en vigor el 5 de marzo de 2.016, y por otro lado, el régimen penal militar, se rige por Ley Orgánica 14/2015, *de 14 de octubre, del Código Penal Militar*, en vigor desde el 15 de enero del 2.016.

Entre las medidas que conllevan una privación de libertad de los militares, se encuentran las siguientes:

- Privación de salida de los alumnos de centros docentes militares: aparece regulada en el artículo 13 de la Ley Orgánica 8/2014, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*, donde se expone que ‘la privación de salida, aplicable a los alumnos de los centros docentes militares de formación, supone la permanencia del sancionado, fuera de las horas de actividad académica, en el centro o unidad donde esté completando su formación, con supresión de salidas hasta ocho días como máximo’.
- Arresto: se diferencian tres tipos de arrestos (leve, grave y muy grave), en función de la entidad de la falta cometida y comprenden, desde un mínimo de un día, hasta un máximo de sesenta. Están previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 8/2014, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*.⁹⁰

⁹⁰ Artículo 15 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas: arresto por falta leve: el arresto de uno a catorce días consiste en la permanencia del sancionado, por el tiempo que dure el arresto, en su domicilio o en el lugar de la unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale en la resolución sancionadora. Esta restricción de libertad implica que el lugar del cumplimiento no puede ser una celda o similar. El sancionado participará en las actividades de la unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo.

Artículo 16 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Arresto por falta grave y muy grave:

1. El arresto de quince a sesenta días consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga dicha sanción. El militar sancionado no participará en las actividades de la unidad durante el tiempo de este arresto.
2. Cuando concurren circunstancias justificadas y no se causare perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento militar en las mismas condiciones de privación de libertad, salvo lo dispuesto en el artículo 60.
3. No producirá cambio en la situación administrativa del sancionado.

- Pena de prisión: se menciona de forma genérica en el artículo 12 del Código Penal Militar, donde se enuncia lo siguiente: ‘1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de dos meses y un día y máxima de veinticinco años, salvo lo que excepcionalmente resulte por aplicación del Código Penal. 2. Las penas de privación de libertad impuestas a militares se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar designado por el Ministerio de Defensa, salvo que se trate de pena privativa de libertad impuesta por delito común que lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados. 3. La pena de localización permanente se cumplirá, conforme a lo previsto en el Código Penal, en el domicilio del reo o, en su caso, en el establecimiento penitenciario designado por el Ministerio de Defensa. 4. En situación de conflicto armado, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en la unidad de su destino y en cometidos que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina, previa comunicación y aprobación del órgano judicial actuante’. A continuación, a lo largo de la redacción del Código Penal Militar, se tipifican los tipos delictuales concretos que implican una pena de privación de libertad.

A mi juicio, estas peculiaridades del régimen militar en el ámbito de la privación de libertad, a pesar de parecer en un primer momento incompatibles con la previsión del artículo 17 de la CE, considero que son ajustadas a derecho e imprescindibles para un correcto y eficaz funcionamiento de la institución militar, y en tal sentido se ha manifestado el propio Tribunal Constitucional.

VI. LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN

El artículo 19 de nuestra Carta Magna garantiza que ‘los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos’.

El derecho fundamental de la libertad de residencia, encuentra una clara limitación en el ámbito militar, a través del artículo 20 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, relativo a la disponibilidad para el servicio. Se manifiesta que el militar ‘estará en disponibilidad permanente para el servicio, que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupe y a las circunstancias de la situación, y realizará cualquier tarea o servicio con la máxima diligencia y puntualidad, tanto en operaciones como para garantizar el funcionamiento de las unidades’.

De igual modo, el artículo 23 Ley Orgánica 9/2011 *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, restringe la libertad de residencia y domicilio de militar, al impone que ‘1. El lugar de residencia del militar será el del municipio de su destino. También podrá ser uno distinto siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que se establezcan por orden del Ministro de Defensa. 2. El militar tiene la obligación de comunicar en su unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal, así como cualquier otro dato de carácter personal que haga posible su localización si las necesidades del servicio lo exigen’.

El incumplimiento de estas previsiones por parte de los miembros de las FAS, supondrá la incursión del infractor en responsabilidad disciplinaria, con arreglo a lo dispuesto la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Consecuentemente, el militar no cumpla con las normas del deber de residencia, o que no comunicó a sus superiores con una antelación mínima de veinticuatro horas, su ausencia justificada en su destino o centro docente militar, incurrirá en falta leve⁹¹, que

⁹¹ Artículo 6 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas leves:

19. No comunicar a sus superiores, dentro del plazo de veinticuatro horas y sin causa justificada, la existencia de causa que pudiera justificar la ausencia del destino o puesto desempeñado. El plazo se computará desde el momento en que el interesado debía estar presente en el destino, puesto o centro docente militar de formación.
20. No incorporarse o ausentarse, injustificadamente, del destino o puesto desempeñado, o del centro docente militar de formación en el que curse sus estudios, por un plazo inferior a veinticuatro horas, que se computará de momento a momento, siendo el inicial aquél en que el interesado debía estar presente en el destino, puesto o centro docente militar de formación.
21. La inobservancia de las normas relativas al deber de residencia de los miembros de las Fuerzas Armadas.

devendrá en falta grave en caso de que esta ausencia supere el plazo de las veinticuatro horas.⁹²

Si la ausencia llegase a superar el plazo de tres días, esta situación sería constitutiva de un delito militar, tipificado en el artículo 53 del Código Penal Militar⁹³, con una pena de prisión de tres meses a dos años.

Sin embargo, ‘en la práctica diaria de las unidades, no es habitual que se procese a alguien por tal conducta, reconduciéndose hacia una falta grave, en aras de simplificar los trámites administrativos’.⁹⁴

Por su parte, el derecho constitucional de la libertad de circulación, no queda a salvo de restricciones en el ámbito castrense. Consiguientemente, el artículo 11 de la ya invocada Ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, prevé que ‘1. El militar podrá desplazarse libremente por el territorio nacional sin perjuicio de las limitaciones derivadas de las exigencias del deber de disponibilidad permanente a que se refiere el artículo 22. 2. En los desplazamientos al extranjero se aplicarán los mismos criterios que a los que se realicen en territorio nacional. En función de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior, será preceptiva una autorización previa de conformidad con lo que se establezca por orden del Ministro de Defensa’.

⁹² Artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas graves:

21. No incorporarse o ausentarse, injustificadamente, de su destino, del puesto desempeñado o del centro docente militar de formación en el que curse sus estudios, por un plazo superior a veinticuatro horas, que se computará de momento a momento, siendo el inicial aquél en que el interesado debía estar presente en el destino, puesto o centro docente militar de formación.

⁹³ Artículo 53 del Código Penal Militar:

1. El militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.
2. En situación de conflicto armado o estado de sitio, la ausencia del militar o su falta de incorporación por tiempo superior a veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a seis años.
3. Para el cómputo de los referidos plazos se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación.

⁹⁴ LÓPEZ DE GEA, Joaquín. *Derechos fundamentales y estatuto jurídico de las fuerzas armadas*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2013.

Sobre el deber de disponibilidad permanente de los miembros de las FAS, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en la sentencia 2001/9103, considerando que ‘la obligación de todo militar de carrera y en situación de actividad de estar en disponibilidad permanente para el servicio [...] lleva consigo otra, sin la cual quedaría en una mera e ineficaz declaración formal. Esta otra obligación, de carácter instrumental, consiste en estar localizable. Sin ella la disponibilidad sería inoperante, pues no se podría transmitir al ausente la necesidad de reincorporarse. De ahí que esta obligación deba cumplirse siempre, tanto si no es precisa autorización para ausentarse de la residencia, como si lo es, ya que una autorización sin posibilidad de localizar al ausente en nada contribuiría a la efectividad de la plena disponibilidad para el servicio’.⁹⁵

En definitiva, se puede concluir, que la justificación al establecimiento de estos estrictos límites en la libertad de residencia y circulación de los miembros de las FAS, radica en garantizar un adecuado y eficaz cumplimiento de las funciones encomendadas a las FAS en el artículo 8 de la Constitución Española. Desde mi punto de vista, a pesar de justificadas, estas restricciones me parecen excesivas, especialmente la obligación de disponibilidad de un militar, que no se debería extender a su tiempo de vacaciones, ya que toda persona debería tener derecho a poder disfrutar de un periodo de tiempo descanso, sin ningún tipo de injerencia laboral. Esto, además puede repercutir negativamente en la salud física y mental de los militares, generando una situación de estrés y tensión constante. Para solventarlo, bastaría con establecer un simple mecanismo de delegación de potestades durante el periodo de vacaciones, que no supondría en ningún caso una merma de la eficacia o del cumplimiento de las funciones correspondientes a las FAS.

VII. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión aparece garantizado en el artículo 20 de la Constitución Española ‘1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística,

⁹⁵ STS RJ 2001\9103 de 19 de febrero de 2001. FJ 1º.

científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial’.

Es uno de los derechos fundamentales que mayores restricciones presenta en el ámbito militar, con el fin de garantizar un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones y en amparo de los intereses de defensa nacional. Como ya se ha mencionado anteriormente, la estructura operativa FAS se vertebra entorno a los principios de unidad, disciplina y jerarquía, de tal modo, que el cumplimiento de estos principios, implica una necesaria limitación determinados derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión. Reitera el Tribunal Constitucional en su sentencia 371/1993 que ‘[...] la libertad de expresión de quien pertenece a las Fuerzas Armadas sí es distinta de la de los demás ciudadanos. [...] El derecho a la libertad de expresión de los militares no es absoluto e incondicionado, sino que se encuentra sometido a límites específicos y genéricos, explícitos o implícitos’.⁹⁶

Estas limitaciones se plasman de forma expresa en el art. 12 de la Ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas: ‘1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos. 2. En cumplimiento del deber de

⁹⁶ STC número 371/1993 de 13 diciembre. RTC 1993\371. FJ 1º.

neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas. 3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina'. En este sentido, hay que hacer mención al apartado 1º del artículo 7, referido al deber de neutralidad política, donde se manifiesta que 'el militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos'.

En consecuencia, se deben evitar todas aquellas actuaciones, que ejercidas a través de la libertad de expresión, puedan menoscabar la disciplina militar, las que puedan poner en riesgo la estructura jerárquica de las FAS, y en definitiva, todas aquellas conductas que impidan el adecuado cumplimiento de sus funciones constitucionalmente encomendadas. Así lo corrobora el Tribunal Constitucional en la sentencia 97/1985, afirmando que 'para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8, número 1 de la C. E., les asigna, una especial e idónea configuración'.⁹⁷

Para garantizar un correcto ejercicio de la libertad de expresión por parte de los militares, acorde a su normativa específica, se establece un sistema disciplinario, en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que afecta principalmente al deber de disciplina, subordinación y al deber de neutralidad política.

Respecto al deber de disciplina y subordinación ante los superiores, se distingue entre faltas leves⁹⁸, graves⁹⁹ y muy graves¹⁰⁰, en función de la entidad de la infracción

⁹⁷ STC número 97/1985 de 29 julio. RTC 1985\97. FJ 2º.

⁹⁸ Artículo 6 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas leves:

2. La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores en la estructura orgánica u operativa, así como de los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.

⁹⁹ Artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas graves:

cometida. Sin embargo, para fundamentar la imposición de una sanción disciplinaria, no basta con una mera discrepancia o crítica, sino que ‘solo cuando las expresiones adquieren un cariz desmesurado, irrespetuoso, peyorativo, desconsiderado o resulta innecesario la utilización de determinadas expresiones se entraría dentro de una conducta que no puede hallar cobijo en el derecho a la libertad de expresión por ser constitutiva de una falta de respeto a un superior en un ámbito fuertemente jerarquizado y cohesionado como son las Fuerzas Armadas’.¹⁰¹

En su modalidad más grave, la infracción del deber de disciplina y subordinación ante los superiores, puede llegar a suponer la comisión de un hecho punible en virtud del Código Penal Militar.¹⁰²

2. La falta de respeto o subordinación a los superiores en la estructura orgánica u operativa y la inobservancia de sus órdenes o instrucciones, así como de los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.

¹⁰⁰ Artículo 8 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas muy graves:

2. Realizar reiteradamente actos contrarios a la disciplina y subordinación debida a los superiores, tanto nacionales como extranjeros, así como incumplir de forma reiterada los deberes del servicio o llevar a cabo reiteradamente actos que atenten contra la dignidad militar.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Isidro. *El ejercicio de derechos fundamentales por los militares*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2014.

¹⁰² Artículo 42 del Código Penal Militar:

1. El militar que maltrata de obra a un superior o atentare contra su libertad o indemnidad sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal. [...]

Artículo 43 del Código Penal Militar:

El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en el artículo anterior, coaccionare, amenazare, calumniare o injuriare gravemente a un superior, en su presencia o ante una concurrencia de personas, por escrito o con publicidad, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando no concurrieren estas circunstancias se impondrá la pena en su mitad inferior.

Artículo 44 del Código Penal Militar:

1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratase de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la

Por otro lado, la infracción del deber de neutralidad política, aparece regulada en los artículos 7 y 8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y puede suponer incurrir en falta grave¹⁰³ o muy grave¹⁰⁴, según el caso. Conviene resaltar, la interpretación del término neutralidad llevada a cabo por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, según el cual: ‘el concepto de neutralidad equivale, en lo que ahora interesa, a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto. De otro lado, las opciones políticas se identifican con la libertad o facultad que se tiene, para elegir entre diversas alternativas en lo concerniente a la organización y funcionamiento de la sociedad plural conformada como Estado. El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas si fuera necesario’.¹⁰⁵

Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria.

¹⁰³ Artículo 7 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas graves:

32. Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical. Fundar un partido político o sindicato, así como constituir una asociación que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier otra circunstancia conculque los deberes de neutralidad política o sindical. Afiliarse a este tipo de organizaciones o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan. Ejercer cargos de carácter político o sindical, o aceptar candidaturas para ellos, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en las normas específicamente aplicables a los reservistas.

¹⁰⁴ Artículo 8 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas muy graves:

13. Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 17 julio 2006. RJ 2006\4494. FJ 2º.

Para poder determinar en qué supuestos el pronunciamiento público de la opinión de un militar transgrede su deber de neutralidad política, habrá que atender a ‘el lugar donde se haya ejercido la libertad pública (recintos militares, lugares públicos o privados); el momento (horario de efectivo servicio); el empleo de signos distintivos de la condición de militar (uniforme) o la manifestación de tal condición. El ejercicio de la libertad puede haberse llevado a cabo individualmente o bien de forma ligada al ejercicio por otros miembros de la Institución militar; este dato será también del todo relevante. Asimismo, el rango y cargo que ocupe quien ejerza la libertad pública resultará del todo central (no adquiere la misma significación las manifestaciones de un soldado que las de un teniente general)’.¹⁰⁶

Consecuentemente, en función de estas circunstancias, puede suceder que una manifestación de la opinión política por parte de un militar, no suponga una infracción del deber de neutralidad. Para ello, se deduce como requisito ‘sine qua non’, que dicha manifestación se circunscriba exclusivamente al ámbito de la vida civil del militar, es decir, que se efectúe en su condición de ciudadano, de forma que la manifestación política no se pueda vincular de modo alguno a la institución militar. Si bien en la práctica, reviste gran dificultad que se cumplan estas circunstancias, sobre todo cuando el militar ostente un alto cargo, puesto que resulta prácticamente imposible que las declaraciones públicas de un oficial, a pesar de realizarlas fuera del ámbito militar, no se lleguen a relacionar con la institución de las FAS.

En definitiva, se puede concluir, que parece lógica la justificación de las restricciones en el derecho fundamental de libertad de expresión, que han de soportar los integrantes de las FAS, en vista de preservar la necesaria neutralidad política que debe tener la institución militar, así como para garantizar un eficaz cumplimiento de sus funciones.

¹⁰⁶ COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. Logroño, 2007.

VIII.DERECHO DE REUNIÓN

El artículo 21 de la Constitución Española consagra el derecho de reunión: ‘1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes’.

Nada se establece en el tenor literal de la Norma Fundamental en relación al derecho de reunión del personal militar. Habrá que acudir en primer término, a Ley Orgánica 1/1983, de 15 de julio, *reguladora del derecho de reunión*, la cual se limita a remitir a la legislación militar en su artículo 4.4 ‘la asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica’.

Esta remisión nos traslada a la Ley Orgánica 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, más en concreto a su artículo 13, donde se regula el derecho de reunión y manifestación: ‘1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo. 2. Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio’.

Para garantizar un eficaz cumplimiento de estas previsiones, su incumplimiento supondrá incurrir en responsabilidades disciplinarias¹⁰⁷ e incluso penales¹⁰⁸, por parte del militar infractor.

¹⁰⁷ Artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas graves:

Conviene mencionar la existencia de un vacío legal en ámbito de la Guardia Civil, conforme a la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, *reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil*, al no prohibir de forma expresa la organización o participación en manifestaciones para la defensa y reivindicación de sus intereses profesionales. Para solventar esta situación, el legislador elaboró la Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*.

Precisamente, fue en el seno de la Guardia Civil en el año 2014, donde tuvo lugar un resonado escándalo que incidía de forma directa en las restricciones que afectan al derecho de reunión del personal militar. En estos hechos, se vio implicado el teniente coronel de la Guardia Civil Antonio Tejero Díez, hijo de Antonio Tejero Molina, golpista que encabezó el fallido intento de golpe de Estado del 23-F.

El 18 de febrero de 2014, Antonio Tejero Díez, jefe del Grupo de Reserva y Seguridad (GRS) nº 1 de Madrid, organizó una comida no autorizada en su acuartelamiento de Valdemoro con diversas personas implicadas en el intento de golpe de Estado del año 1981. Entre los asistentes al convite, en el que se sirvió una paella, estaba el ex capitán de la Guardia Civil Jesús Muñecas Aguilar, condenado a cinco años

-
7. Organizar, participar o asistir a reuniones clandestinas o no autorizadas que se celebren en unidades militares.
 1. Organizar o participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, así como organizar, participar o asistir, vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar, a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo que se celebren en lugares públicos.

Artículo 8de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas muy graves:

13. Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional.

¹⁰⁸ Artículo 39 del Código Penal Militar: los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto o portando armas, serán castigados con la pena de uno a seis años de prisión, cuando se trate de quienes hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, de los suboficiales o militares de categoría superior que intervinieren, y con la pena de seis meses a cuatro años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio, si pusieran en grave riesgo el mantenimiento de la disciplina, serán castigadas con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión; pudiendo, en otro caso, sancionarse en vía disciplinaria militar.

de cárcel por su participación en el golpe de Estado y actualmente reclamado por Argentina por delitos de torturas durante el franquismo. Estos hechos, supusieron la destitución fulminante del hijo del golpista el 17 de marzo de 2014, por parte del Ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz.¹⁰⁹

Sin embargo, causalmente, se produjeron un gran número de irregularidades en todo este procedimiento, lo que supuso que la Audiencia Nacional revocará su destitución al frente del GRS nº1 por un defecto de forma, ya que la firmó el ministro del Interior y no el director de la Guardia Civil, que era el único competente. De igual modo, tampoco fue sancionado disciplinariamente, lo que hubiera perjudicado sus posibilidades de ascenso. Como colofón a todo este asunto, el 23 de julio del mismo año, el destituido teniente coronel, fuera ascendido a coronel. Hay que matizar que el ascenso a coronel no es automático, sino que lo concede el ministro de Defensa a propuesta del director general de la Guardia Civil'.¹¹⁰

La perspectiva de cada uno puede llevar a sus propias conclusiones. Desde nuestro parecer, ha existido una flagrante actitud protectora por parte del Gobierno, así como por la propia institución de la Guardia Civil, que ha supuesto no sólo que estos hechos hayan quedado impunes, sino que además, se haya premiado al implicado con un ascenso.

Para concluir este apartado, hay que señalar que el resto de reuniones no previstas en el artículo 13 de Ley Orgánica 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, pueden ser ejercidas por los militares libremente, de igual modo que el resto de los ciudadanos, con sujeción a Ley Orgánica 1/1983, de 15 de julio, *reguladora del derecho de reunión*.

¹⁰⁹ Diario 'El Mundo', *Interior destituye al hijo de Tejero por celebrar el 23-F con su padre y otros golpistas en un cuartel*. (Fecha de consulta: 14/07/2016). Disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2014/03/17/53271c8cca474198188b4575.html>

¹¹⁰ Periódico 'El País', *El Gobierno asciende a coronel al hijo de Tejero, destituido por la paella del 23-F*. (Fecha de consulta: 14/07/2016). Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/09/25/actualidad/1411644181_124152.html

IX. DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación se encuentra regulado en el artículo 22 de la nuestra Carta Magna: ‘1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales.3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar’.

Al igual que sucede con el derecho de reunión, la Constitución no se pronuncia acerca del régimen que debe regir las FAS, debiendo acudir a la Ley 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del derecho de asociación*, que vuelve a remitir a la normativa militar en su artículo 3.c) ‘los miembros de las Fuerzas Armadas o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación’.

Habrá que acudir nuevamente a Ley Orgánica 9/2011, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, en este caso, a su artículo 14, donde se prevé que ‘1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. 2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I. 3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos’. Además, se prevé en el capítulo I del título III de la citada ley orgánica, un conjunto de disposiciones relativas al ejercicio del derecho de asociación profesional de miembros de las Fuerzas Armadas (ver artículos 33 a 45).

La infracción del régimen de reunión del personal militar, conlleva aparejadas una serie de sanciones disciplinarias¹¹¹ establecidas en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

En definitiva, se permite el derecho de asociación en el ámbito militar, siempre y cuando sus fines sean lícitos, incluso para la defensa de sus intereses profesionales, con la condición de que no lleven a cabo actividades políticas ni sindicales, ni se vinculen con partidos políticos ni sindicatos.

Desde mi punto de vista, encuentro justificada la restricción en el derecho de asociación en lo relativo a partidos políticos, ya que se debe preservar la neutralidad política de la institución militar, para un correcto y eficaz desempeño de sus funciones, pero no opino igual respecto a las limitaciones relativas al ámbito sindical, como en el apartado siguiente expondré.

¹¹¹ Artículo 6 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas leves:

1. La inexactitud en el cumplimiento de la normativa sobre el ejercicio del derecho de asociación profesional establecida en la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o dificultar su legítimo ejercicio.

Artículo 7 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas graves:

2. Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical. Fundar un partido político o sindicato, así como constituir una asociación que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier otra circunstancia conculque los deberes de neutralidad política o sindical. Afiliarse a este tipo de organizaciones o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan. Ejercer cargos de carácter político o sindical, o aceptar candidaturas para ellos, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en las normas específicamente aplicables a los reservistas.
35. El incumplimiento de la normativa sobre el ejercicio del derecho de asociación profesional establecida en la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas así como impedir o limitar su legítimo ejercicio.

Artículo 8 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas muy graves:

13. Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional.

X. DERECHO DE SINDICACIÓN

El derecho de sindicación, es uno de los pocos derechos fundamentales que encuentra una restricción expresa en el tenor literal del artículo 28.1 de la Constitución Española, referida al ámbito de las FAS, que se extiende al resto de cuerpos sometidos a disciplina militar (Guardia Civil): ‘todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato’.

En consonancia a la previsión constitucional, según el apartado 3º del artículo 1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, *de Libertad Sindical* ‘quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar’.

De igual modo, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, prohíbe ejercer el derecho de sindicación en el apartado 2º del artículo 7: ‘el militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas’.

En el ámbito disciplinario, el incumplimiento de estas disposiciones, puede suponer incurrir en faltas graves o muy graves, de los anteriormente citados artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Como ya adelantaba en el apartado anterior, no encuentro justificación lógica alguna a la prohibición de ejercer el derecho fundamental de sindicación a los miembros de las FAS y de la Guardia Civil, puesto que esta restricción absoluta, en nada beneficia al buen funcionamiento o la eficacia en el cumplimiento de las funciones encomendadas a las FAS, sino más bien todo lo contrario, al negarse la posibilidad de que los militares puedan defender y promocionar sus intereses profesionales. Esta situación puede desembocar en una infinidad de casos de militares que están viendo mermados o perjudicados sus intereses profesionales y no puedan hacer nada al respecto, quedando totalmente desamparados, lo que conlleva un descontento y frustración en los miembros de las FAS, que sólo puede repercutir negativamente en su funcionamiento y lo mismo sucede en la Guardia Civil.

Considero que lo más adecuado sería levantar esta prohibición, garantizando por igual el ejercicio de este derecho fundamental a todo ciudadano español, sin ningún tipo de restricción, independientemente de la condición laboral. En definitiva, se debería permitir la creación de al menos de un sindicato único, en el seno de las FAS y la Guardia Civil. Si bien, este eventual sindicato debería tener una estructura y funcionamiento que se adaptará a las especialidades del ámbito castrense, lo cual no es óbice para que pueda desempeñar las funciones primordiales de un sindicato, como son la defensa de los intereses profesionales y las condiciones laborales.

XI. DERECHO DE HUELGA

Por su parte, en el apartado segundo de ya mencionado artículo 28 de la Constitución Española, sobre el derecho de huelga, no contiene una restricción expresa para los integrantes de las FAS: ‘se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad’.

En lo referente a la normativa específica de las FAS, sólo se contiene una pequeña mención en el párrafo segundo del ya citado artículo 7.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*: ‘Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas’.

En caso de que algún miembro de las FAS participe o promueva una huelga, incurrirá en una falta grave, tipificada en el artículo 7 de de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.¹¹²

Al contrario que en el apartado anterior, relativo al derecho de sindicación, encuentro totalmente justificada esta restricción en los derechos de los militares, puesto que no parece coherente que un ejército puede encontrarse en situación de huelga, ya que se desvirtuaría por completo el principio de disciplina e impediría un adecuado desarrollo de sus funciones que son consustanciales a las políticas de un Estado.

XII. DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición consiste en la ‘facultad de dirigir solicitudes a las autoridades o a los órganos de representación popular’¹¹³.

Al igual que sucedía con el derecho de sindicación, el derecho de petición también encuentra una limitación expresa relativa al ámbito castrense, contenida en el artículo 29 de la Constitución Española: 1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición

¹¹² Artículo 7 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas graves:

33. Promover o participar en acciones de negociación colectiva o en huelgas, así como en otras acciones concertadas que tengan por finalidad alterar el normal funcionamiento de las Fuerzas Armadas o sus unidades, publicitarlas, o inducir o invitar a otros militares a que las lleven a cabo.

¹¹³ JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ. Derechos y deberes del Militar Profesional en la Constitución Española. *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Madrid, Ministerio de Defensa. 2001, pág. 470.

individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

Así pues, la Norma fundamental prohíbe el ejercicio de derecho de petición colectiva para los militares y remite a su normativa específica.

Habría que acudir al artículo 16 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, donde se recoge que ‘el militar podrá ejercer el derecho de petición sólo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al determinado en la citada ley orgánica. En el artículo 28 se establecen y regulan las vías para la presentación de iniciativas y quejas en el ámbito de las Fuerzas Armadas’.

La justificación en la prohibición del ejercicio de derecho de petición de forma colectiva para los integrantes de las FAS, radica de nuevo en el principio de disciplina y subordinación, imprescindibles para cumplimiento de las misiones encomendadas a las FAS. Además, cabe poner de manifiesto que una eventual petición colectiva ejecutada únicamente por miembros de las FAS, podría suponer un posible efecto intimidatorio sobre una autoridad civil, que en cierto modo le coaccione a adoptar una determinada postura.

Según observa el Tribunal Constitucional en su auto 375/1983 ‘A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual, [...]. Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos, como lo demuestra que la Constitución expresamente permita que se limite o excluya del ámbito

del derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas en el art. 28.1, y, lo que es más decisivo para este caso, les vede el ejercicio colectivo del derecho de petición en el art. 29.2, [...]. Sentado lo precedente, ha de entenderse conforme a la Constitución [...] sometiendo las peticiones de los militares a sus superiores a un régimen restrictivo: exigiendo se lleven a cabo individualmente y por conducto regular, y sólo permitiendo que, previa autorización, se recabe el parecer de otros compañeros, así como prohibiendo en todo caso la presentación de reclamaciones o peticiones colectivas.

Conviene matizar, que esta restricción en el derecho de petición, sólo afecta al ámbito militar, es decir, que la prohibición de ejercer el derecho de petición colectivo por parte de militares, sólo entrará en juego cuando las peticiones afecten a materias relativas al ámbito castrense o de la Defensa, debiendo efectuarse en estos casos de forma individual obligatoriamente. De este modo, nada obsta para que los militares ejerzan el derecho de petición del artículo 29 de la Constitución Española, en el resto de materias no vinculadas con las FAS, de igual modo que la generalidad de los ciudadanos.

Por último, en cuanto al régimen procedimental de su ejercicio, se establecen una serie de peculiaridades en el artículo 28 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*. De este modo, todas las iniciativas, quejas, reclamaciones, recursos o peticiones que desee efectuar un militar, se deberán llevar a cabo siguiendo el conducto reglamentario establecido, dirigiéndose en todo caso ante sus superiores.

Aquellas actuaciones que no sean acordes a las prescripciones legales acerca del ejercicio del derecho de petición, podrán ser susceptibles de incurrir en responsabilidades disciplinarias¹¹⁴ e incluso penales¹¹⁵ en su modalidad más agravada.

¹¹⁴ Artículo 6 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas leves:

7. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados.
10. Dificultar a otro militar el ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos y la inexactitud o descuido en la tramitación reglamentaria de las iniciativas, peticiones, reclamaciones o quejas formuladas por subordinados.

Artículo 7 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Faltas graves:

XIII.SINGULARIDADES PROCESALES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

1. Cuestiones generales

En primer término, hay que destacar que el principio fundamental que rige la actividad jurisdiccional, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución Española, es de la unidad, de tal modo que la potestad jurisdiccional es ejercida de forma exclusiva por los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial. No obstante, el apartado 5º del mencionado artículo 117, reconoce el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito castrense a la Jurisdicción Militar, así como en los estados de sitio.¹¹⁶

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, vuelve a establecer en el apartado 1º de su artículo 3, la unidad de jurisdicción, mientras que en el apartado 2º aparece una mención expresa a la Jurisdicción Militar, prescribiendo que esta se incardina dentro del Poder Judicial y que su ámbito de actuación quedará limitado exclusivamente al ámbito castrense.¹¹⁷

-
5. Hacer peticiones, reclamaciones, quejas o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas, así como formularlas con carácter colectivo o a través de los medios de comunicación social.
 11. Impedir o limitar a otro militar el ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, no tramitar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las iniciativas, peticiones, reclamaciones o quejas formuladas por subordinados o no resolver en los plazos legales los recursos interpuestos ante sanciones impuestas por la comisión de faltas disciplinarias.

¹¹⁵ Artículo 39 del Código Penal Militar: los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto o portando armas, serán castigados con la pena de uno a seis años de prisión, cuando se trate de quienes hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición, del cabecilla que se ponga al frente o, en todo caso, de los suboficiales o militares de categoría superior que intervinieren, y con la pena de seis meses a cuatro años de prisión cuando se trate de los meros ejecutores. Se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo. Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio, si pusieran en grave riesgo el mantenimiento de la disciplina, serán castigadas con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión; pudiendo, en otro caso, sancionarse en vía disciplinaria militar.

¹¹⁶ Artículo 117.5 de la Constitución Española: el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

¹¹⁷ Artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Según la interpretación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional¹¹⁸ al respecto, ‘lo estrictamente castrense no puede extenderse más allá de aquello que tenga que ver con los objetivos, medios y fines de las FAS. Respecto de la Guardia Civil, al tratarse de un instituto armado de naturaleza militar y estructura jerarquizada, pertenecen al ámbito estrictamente castrense lo relativo a las relaciones de subordinación y supraordenación y, en general, cuanto no se refiera al estricto desempeño por sus miembros de las funciones policiales propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. La atribución a la jurisdicción militar del ejercicio de competencias más allá de lo estrictamente castrense podría comportar la vulneración del derecho al juez legal que garantiza el artículo 24.2 de la CE’.¹¹⁹

En lo referente a las peculiaridades procedimentales de la Jurisdicción Militar, hay que hacer mención a la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar* y a la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, *de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar*, por las que se rigen todas las actuaciones procesales del ámbito castrense.

Se diferencia la competencia material de la jurisdicción militar en tiempo de paz¹²⁰, en estado de sitio¹²¹ y en tiempo de guerra¹²².

-
1. La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos.
 2. Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran Justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares.

¹¹⁸ STC número 60/1991 de 14 marzo. RTC 1991\60. FJ 1º.

¹¹⁹ MATAMOROS MARTINEZ, Rafael. *La jurisdicción militar, Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, 2014. Págs. 27-28. ISBN: 978-84-9781-961-9.

¹²⁰ Artículo 12 de la Ley de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar: en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas:

1. Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste.
1. bis. Los previstos en los Capítulos I al VIII del Título XX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares.
2. [...]

2. Composición y estructura de los órganos jurisdiccionales militares

Según se establece en el preámbulo de la Ley Orgánica de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, se mantiene ‘la tradicional composición mixta de los Tribunales castrenses de técnicos en derecho y profesionales de las Armas y que tiene también su respaldo constitucional en la Institución del Jurado’, aunque esta ley supuso una tecnificación jurídica de los órganos jurisdiccionales militares.

Otro aspecto a destacar de la Jurisdicción Militar, es la especial distribución de los órganos jurisdiccionales militares, que difiere de la organización general del Poder Judicial. Aparece reflejada en el título II de la Ley Orgánica de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar (arts. 22 a 71). Así, la jurisdicción militar se encuentra integrada por los siguientes órganos, ordenados de mayor a menor relevancia:

- Colegiados: en la cúspide de la pirámide se halla la Sala V del lo Militar del Tribunal Supremo, a continuación el tribunal Militar Central y por último los tribunales militares territoriales.

-
3. Aquellos que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier ejército.
 4. En los casos del número anterior y cuando no existan tratados, acuerdos o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. En este supuesto, si el inculpado regresare a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos contemplados en los números 1 y 2 de este artículo.

¹²¹ Artículo 12.2 de la Ley de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar: los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.

¹²² Artículo 13 de la Ley de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar: en situación de conflicto armado y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas:

1. Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliadas.
2. Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviere autorizado para ello.
3. Todos los tipificados en la legislación española, si se cometan fuera del suelo nacional, y el inculpado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas.
4. Todos los cometidos por prisioneros de guerra.

- Unipersonales: los juzgados togados militares centrales y los juzgados togados militares territoriales (encargados de la instrucción).

Hay que poner de relieve, que la Fiscalía Jurídico Militar, está integrada en el Ministerio Fiscal, dependiendo consecuentemente del Fiscal General del Estado.

3. Iniciación del procedimiento militar e *iter* procesal.

Por último, hay que hacer mención a las distintas vías posibles para iniciar un procedimiento militar. Son aquellas que aparecen reflejas en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Procesal Militar:

- De oficio, cuando el Juez Togado tenga conocimiento directo de la comisión de hechos punibles de su competencia.
- Por denuncia de quien tuviere conocimiento de su perpetración o parte militar remitido directamente al Juez Togado más cercano por el Jefe de la Unidad a que pertenezca el presunto culpable o por la Autoridad Militar del territorio donde se hubieran cometido los hechos.
- A excitación del Fiscal Jurídico-Militar del territorio, cuando éste hubiera tenido conocimiento de la infracción penal o ante él fuera presentada denuncia sobre hechos que pudieran constituirlos.
- Por incitación del Tribunal Territorial a cuya jurisdicción pertenezca el Juzgado Togado al que corresponda conocer o del Tribunal Central.
- Por querrela, en el supuesto previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, salvo que el perjudicado e inculcado sean ambos militares, y con exclusión, en caso de guerra, de acuerdo con el artículo 168 de la misma Ley Orgánica.

- Por denuncia del agraviado, que, en los delitos comunes perseguibles a instancia de parte de que pueda conocer la Jurisdicción Militar, será necesaria para la iniciación de alguno de los procedimientos regulados en este Capítulo.

CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

A modo de conclusión, se procede a extraer los principales argumentos sostenidos en este trabajo:

1. *Todos los integrantes de las FAS son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, pudiendo ejercerlos en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos, con las concretas restricciones en su ejercicio, que se deducen de forma expresa o implícita en virtud del tenor literal de la Carta Magna.* La justificación de estos límites radica en garantizar un adecuado desempeño de las funciones atribuidas a la institución militar y en la salvaguarda de los principios rectores de las FAS (disciplina, jerarquía, unidad y neutralidad política).
2. *A día de hoy, el género o la condición sexual, no suponen ningún tipo de impedimento u obstáculo para acceder a las FAS, ni tampoco implican un trato diferenciado o discriminatorio.* Este gran logro en el seno de la institución militar, se ha forjado esencialmente a lo largo del siglo XXI, a través de una adecuación de la normativa militar, para garantizar y lograr una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, sobre todo en los últimos años, con la creación de una serie de procesos especiales para velar por la garantía de no discriminación, como ejemplo, el establecimiento del protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas. De igual modo, también hay que destacar la adaptación del régimen para laboral, para permitir una mejor conciliación de la vida familiar, equiparándose, en la medida de lo posible, el régimen laboral de los militares al resto de los empleados públicos.

3. *La pena de muerte está prohibida en España de conformidad con la normativa orgánica pertinente, pero no se trata una prohibición total y absoluta, atendiendo al tenor literal de nuestra Constitución, puesto que nada impide al legislador llevar a cabo la redacción de una nueva ley orgánica que habilite la pena capital en tiempo de guerra.*
4. *Se garantiza una adecuada cobertura para el libre ejercicio y la asistencia religiosa en las FAS, para todas las confesiones religiosas presentes en nuestro país, sin perjuicio de una estrecha relación de colaboración con la Iglesia Católica. Así mismo, ningún militar podrá ser obligado a participar en actos castrenses de carácter religioso, respetando en todo caso el principio de voluntariedad en la asistencia, expresión legítima del derecho de libertad religiosa.*
5. *Formar parte de las FAS, supone un deber indefectible de disponibilidad permanente, de tal modo todo militar podrá ser requerido en su puesto de trabajo cuando las circunstancias así lo precisen.*
6. *Como consecuencia directa del deber de neutralidad política de los miembros de las FAS, los cuerpos militares tienen vedada la afiliación política.*
7. Los militares pueden ejercer el *derecho de reunión y manifestación* en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos, incluso en aquellos actos de carácter político o sindical, siempre que no efectúen una actuación activa, limitándose a una mera asistencia, no hagan uso de condición de militar, ni acudan de uniforme.
8. Se deriva del tenor constitucional, que todos aquellos integrantes de Cuerpos sometidos a disciplina militar, tienen *prohibida la afiliación y el ejercicio de cualquier tipo de acción sindical*. Esta restricción se fundamenta en base a garantizar el principio de disciplina que rige en una institución fuertemente jerarquizada, y consecuentemente, en asegurar un eficaz cumplimiento de sus misiones. Sin perjuicio de ello, se permiten las asociaciones lícitas para la defensa de sus intereses profesionales.

9. *El derecho de petición en el ámbito militar sólo puede ser ejercido de forma individual, pero en lo referente a materias ajenas al ámbito castrense se podrá ejercer en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos.*

10. *La potestad jurisdiccional en el ámbito castrense será ejercida en exclusiva por la Jurisdicción Militar, caracterizada por su especialización para garantizar una eficaz tutela de los derechos de los militares, conforme a los principios fundamentales que rigen las FAS. Esto se traduce en la singular composición y estructura de sus órganos jurisdiccionales, así como en la existencia de unos procesos propios.*

En definitiva, desde que comenzó el siglo XXI y especialmente durante estos últimos cinco años, las FAS españolas han experimentado una gran una modernización todas sus facetas, pero sobre todo, en lo referente a los derechos de los militares. El mayor hito ha sido la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*, que a pesar de no introducir grandes novedades efectivas, supuso la adecuación normativa de aquellas disposiciones que inciden en las restricciones que han de soportar los militares en sus Derechos Fundamentales, desterrando toda regulación que no era acorde a la reserva de Ley Orgánica. De este modo, se logró crear por primera vez un auténtico estatuto integral de los Derechos Fundamentales de los integrantes de las FAS, adaptado a la doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional y la Sala 5º del Tribunal Supremo.

Para concluir el presente estudio, conviene destacar que el actual régimen normativo de los derechos de los miembros de las FAS, es correcto y adecuado, de conformidad a las previsiones constitucionales y a los principios que rigen las FAS, pero ello no obsta para que a nuestro juicio haya ciertos aspectos que son susceptibles de mejora y ciertas modificaciones, entre los que cabe destacar:

- a) La supresión del requisito de no haber alcanzado una determinada edad para el acceso a la carrera militar, como un motivo excluyente. Sería más adecuada una valoración de la edad como mérito adicional, pero en ningún caso su establecimiento como requisito 'sine qua non'.

- b) Lograr una laicidad absoluta en el seno de las FAS, con igualdad de trato para todas las confesiones religiosas presentes en nuestro país.
- c) Impulsar la creación de un conjunto de medidas y procedimientos específicos que permitan denunciar, de forma segura y efectiva, cualquier tipo de actuación que menoscabe la libertad ideológica y de culto.
- d) Establecer un régimen más laxo en el deber de disponibilidad permanente de los militares, de tal modo que se permitan ciertos periodos de ‘desconexión’ durante las vacaciones.
- e) Permitir la creación de un sindicato militar que se adapte a las peculiaridades de la institución castrense.

Como colofón a este trabajo, citaremos las famosas palabras del Mariscal francés Grammont, que de un excelente modo, ponen de relieve los valores que inspiran a las FAS españolas: *‘el valor les es bastante natural, así como la paciencia en los trabajos y la confianza en la adversidad. Los señores soldados rara vez se asombran de los malos sucesos, y se consuelan con la esperanza del pronto retorno de la buena fortuna’*.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

LIBROS

ALONSO, José Ramón. *Historia política del ejército español*. Editorial nacional. Madrid, 1974. ISBN: 9788427611429.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. ISBN: 9788430966516.

BALLESTEROS GAIBROIS, Manuel. *Historia, volumen IV*.

BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. Madrid, 1991. ISBN: 9788486497156.

COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de las Fuerzas Armadas*. Tesis doctoral. Universidad de la Rioja. Logroño, 2007.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Isidoro. *'El ejercicio de los Derechos Fundamentales por los militares'*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2014.

GARCÍA CUADRADO, Antonio María. *Principios de Derecho Constitucional*. Editorial Eolas, León. 2011. ISBN: 978-84-938666-8-6.

GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas SL, 3ª Edición. Madrid, 1988. ISBN: 9788473982030.

GARCÍA HERNAN, David y CATALÁ MARTÍNEZ, Ignacio. *Historia de la guerra*. Madrid, Editorial Síntesis, 2012. ISBN: 9788497563543.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel. *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003. ISBN: 9788484324201.

LÓPEZ DE GEA, Joaquín. *Derechos fundamentales y estatuto jurídico de las fuerzas armadas*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2013.

MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Madrid, Alianza Editorial, 2010. ISBN: 9788420664231.

MATAMOROS MARTINEZ, Rafael. *La jurisdicción militar, Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, 2014. ISBN: 978-84-9781-961-9.

NÚÑEZ RIVERO, Cayetano. *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*. Universidad de Estudios a Distancia. Madrid. 1993. ISBN: 9788436229486.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, 9ª edición. Madrid, 2007. ISBN: 9788430945573.

PÉREZ TREMPES, Pablo et al. *Derecho Constitucional. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol. I*, Editorial Tirant Lo Blanch 9ª edición. Valencia, 2013. ISBN: 9788490534755.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. *La democracia constitucional española*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 1997. ISBN: 9788480042451.

SATRÚSTEGUI, Miguel 'et al'. *Derecho Constitucional, Volumen II, Los poderes del Estado y la organización territorial del Estado*. Editorial Tirant lo Blanch, 9ª edición. Valencia, 2013. ISBN: 9788490534779.

SORIA SESÉ, Lourdes. *La ordenación jurídica del ejército español decimonónico, en Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España (SXII-XX)*.1996. ISBN: 84-86547-33-4.

SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, *Regulación jurídico constitucional de las Fuerzas Armadas, en Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Volumen IV*. Madrid, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español, Tomo I*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004. ISBN: 978-84-8481-113-8.

REVISTAS

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y se desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo. *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 70, 2004 [Ejemplar dedicado a XXV Aniversario de la Constitución (II)]. ISSN: 0211-5743.

GÓMEZ MONTORO, Ángel José. Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas. *Revista Jurídica de Navarra*, N° 36, 2003. ISSN: 0213-5795.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑON, Miguel. El Rey y las Fuerzas Armadas. *Revista del Departamento de Derecho Político*, n° 7, 1980. ISSN: 0211-979X.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José. *Derechos y deberes del Militar Profesional en la Constitución Española*. *Revista Española de Derecho Militar*, n° 77, Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Madrid, Ministerio de Defensa. 2001. ISSN: 0034-9399.

(DE) OTTO PARDO, Ignacio. El mando supremo de las Fuerzas Armadas. *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 23, 1.988. ISSN: 0211-5743.

SAN JOSÉ MARTÍN, Enrique. Las Fuerzas Armadas ante los retos del siglo XXI. *Boletín de Información*, N°. 255, 1998. ISSN: 0213-6864.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther, Historia del Constitucionalismo español y la Constitución de 1978, en CASTELLÁ ANDREU, Josep María, *Derecho Constitucional básico*, Barcelona, Huygens, 2016. ISBN: 978 84 15663 50 8.

SERRANO VILLAFANE, Emilio. El ejército, institución social, jurídica y política. *Revista de estudios políticos*, Nº 185, 1972. ISSN: 0048-7694.

SERRANO VILLAFANE, Emilio. La función política del Ejército en España de 1.700 a 1.931. *Revista de Estudios Políticos*, número 200-201, Marzo/Junio 1975.

TRILLO-FIGUEROA Y MARTINEZ-CONDE, Federico. Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española (Esbozo de una construcción institucional). *Boletín de Información*, Nº. 170, 1983. ISSN: 0213-6864.

SITIOS WEB

Diario 'El Mundo', *Interior destituye al hijo de Tejero por celebrar el 23-F con su padre y otros golpistas en un cuartel*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2014/03/17/53271c8cca474198188b4575.html>

El derecho y el revés. Disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2014/10/21/el-ejercicio-de-derechos-fundamentales-por-los-militares/>

La Constitución - La Constitución Española de 1978, *La Constitución Española 1978 estructura y contenido*. Disponible en: <http://www.laconstitucion.org/es/left/la-constitucion-espanola-1978-estructura-y-contenido/>

Observatorio militar para la igualdad. Datos sobre el personal en el Ministerio de Defensa. Disponible en: <http://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramado/cs/omi/datos-mujeres-hombres-FAS-2015.pdf>

Periódico ‘El País’, *El Gobierno asciende a coronel al hijo de Tejero, destituido por la paella del 23-F*. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/09/25/actualidad/1411644181_124152.html

Periódico ‘El País’, *La capitán que denunció por acoso sexual a un coronel deja el Ejército*. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/07/27/actualidad/1406487948_740205.html

Periódico ‘El País’, *La tradición católica del ejército español limita la libertad religiosa de los soldados*. Disponible en: http://elpais.com/diario/1995/07/16/sociedad/805845606_850215.html

Periódico ‘La Opinión de Tenerife’, *Entra en vigor el protocolo contra el acoso sexual en el Ejército*. Disponible en: <http://www.laopinion.es/nacional/2015/12/30/entra-vigor-protocolo-acoso-sexual/647701.html>

Secretaria del JEMAD, Ministerio de Defensa. *Organización Básica de las Fuerzas Armadas*. Disponible en: <http://www.emad.mde.es/Galerias/EMAD/novemad/multimedia/Documentos/150514-organizacion-basica-fuerzas-armadas.pdf>

JURISPRUDENCIA

STC número 21/1981 de 15 de junio RTC 1981\21.

STC número 22/1981, Pleno, de 2 de julio de 1981.

STS número 25/1981, Pleno, de 14 de Julio de 1981.

STC número 21/1981, Sala 1ª, 15 de Junio de 1981.

STC número 34/1981, de 10 de noviembre de 1981.

STC número 2/1982, de 29 de enero de 1982.

STC número 56/1982, de 28 de julio de 1982.

STC número 80/82 de 20 de diciembre de 1982. RJ 160/1982.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 22 abril 1983. RJ 1983\2300.

ATC número 375/1983, de 30 de julio de 1983.

STC número 75/1983, de 3 de agosto de 1983.

STC número 18/1984, Sala 1ª, 7 de febrero de 1984.

STC número 83/1984, Pleno, 24 de julio de 1984.

STC número 97/1985 de 29 julio. RTC 1985\97.

STC número 56/1988, de 24 de marzo de 1988. RTC 1988\56.

STC número 40/1989, de 16 de febrero de 1989. RTC 1989\40

STC número 120/1990, de 27 de junio de 1990.

STC número 60/1991, de 14 marzo. RTC 1991\60.

STC número 293/1993, de 18 octubre de 1993.

STC número 371/1993, de 13 diciembre. RTC 1993\371.

STC número 177/1996, de 11 noviembre. RTC 1996\177.

STC número 199/1996, de 3 de diciembre de 1996.

STC número 116/99, de 17 de junio de 1999.

STS de 19 de febrero de 2001. RJ 2001\9103.

STS (Sala de lo Militar) de 17 julio 2006. RJ 2006\4494.