

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA (Esbozo de una construcción institucional)

Por FEDERICO TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE

«No hay libertad sin Ejército, ni Ejército sin libertad.»

(PÉREZ GALDÓS: *Episodios Nacionales*.)

SUMARIO

I. *Las FAS y el proceso constituyente*: A) Las FAS ante el proceso constituyente. B) Las FAS en el proceso constituyente.—II. *Caracterización institucional de las FAS*: A) Terminología y composición. B) Naturaleza institucional.—III. *La misión constitucional*: A) Idea directriz, fines y funciones. B) Aspectos políticos de la misión de las FAS. C) Especialidad de la función de defensa del ordenamiento constitucional.—IV. *El status del militar*: A) Fundamento y contenido. B) La calificación de *status* militar.—V. *Aspectos orgánicos*: A) Altos órganos de la Defensa Nacional. B) El servicio militar y la objeción de conciencia.

I. LAS FAS Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

Cuando en España se inició el difícil camino de la transición hacia un Estado democrático, a ningún observador escapaba que la actitud que pudieran mantener las Fuerzas Armadas, iba a ser factor decisivo del éxito o el fracaso de la empresa. La última etapa estuvo determinada por la elaboración de la nueva Constitución española, y en ella quedaron integradas —como una importante institución del Estado—, aquellas Fuerzas Armadas que ha-

bían garantizado con su actitud la transición pacífica. Parécenos por ello obligado, hacer una referencia, aunque sea sumaria, a los dos aspectos que ofrece tal actitud de las FAS, *ante* y *en* el proceso constituyente.

A) *Las FAS ante el proceso constituyente*

1. Al examinar el origen y desarrollo históricos, de la España contemporánea, destaca, con rasgos singulares, el protagonismo político de nuestro Ejército. No parece que haya que profundizar ahora en este aserto, que ha sido suficientemente estudiado y clarificado por los historiadores (1). Quizá la explicación más exacta del fenómeno, sea la conocida formulación de Balmes: «No creemos que el poder civil sea flaco porque el militar sea fuerte, sino al contrario, el poder militar es fuerte porque el civil es flaco» (2). Lo cierto es que, lo que debiera haber sido excepcional, a fuer de reiterarse, llegó a hacerse algo normal en la conciencia social: tan normal era para el militar considerarse último árbitro de la política, como para la nación tolerar —cuando no reclamar— este arbitraje. Sólo cuando fuerza y conciencia social se desgajaron de la integración nacional, se produjo la guerra civil.

2. El régimen político español surgido de la contienda 1936-1939, no fue un régimen militarista (3). Precisamente lo sorprendente —quizá lo que explica como ninguna otra causa el actual apoliticismo (apartadísimo) de nuestros Ejércitos— es que no se produjera en la práctica un desplazamiento del poder civil hacia lo militar (4). Otros eran entonces los principios

(1) El tema ha sido profusamente estudiado por la historiografía contemporánea. Destacaremos los ya clásicos estudios de S. G. PAYNE: *Politics and the Military in Modern Spain*, Oxford University Press, 1967, y E. CHRISTIANSEN: *The origins of Military Power in Spain, 1800-1854*, Oxford University Press, 1967. Más recientemente J. R. ALONSO: *Historia política del Ejército español*, Editora Nacional, Madrid, 1974.

(2) J. BALMES: «Escritos políticos», en *Obras Completas*, tomo VI, Biblioteca de Autores Cristianos.

(3) Sobre militarismo puede verse la obra de J. VIGÓN: *Teoría del militarismo*, Ediciones Rialp, S. A. Madrid, 1955.

(4) Normalmente suele afirmarse precisamente lo contrario. Así, por ejemplo, A. DE MIGUEL: *Sociología del franquismo*, Ed. Euros, Barcelona, 1975, págs. 157 y siguientes. Pero sólo un análisis cuantitativo como el que realiza DE MIGUEL, puede sostener que el régimen anterior fuera militarista. Un análisis cualitativo demostraría: 1.º, que los datos numéricos empleados por DE MIGUEL (n.º de carteras ocupadas por militares), no son válidos si se tiene en cuenta que la Defensa se estructuraba en tres Departamentos ministeriales distintos, lo cual hace que se sumen como tres factores, lo que realmente era uno solo; 2.º, que los militares que ocuparon estos tres Departamentos se limitaron a la gestión técnica de los mismos (salvo cuando por su

ideológicos y estructurales en boga para los regímenes autoritarios, y a ellos se adaptó, con matices, la situación española. Desde que la Junta de Defensa Nacional fue sustituida en Burgos por la Junta Técnica, que designó ya el propio Jefe del Estado, el Ejército dejó de ser, como tal, el detentador del poder. Su interpenetración, a través de contingentes personales, en la estructura del pasado régimen, fue variando según las distintas etapas de éste, siendo muy escasa en los últimos momentos.

3. Así, pues, la guerra civil y el régimen anterior, variaron por completo —por paradójico que ello resulte— la actitud política del Ejército español. Su progresivo apartamiento del poder y el recuerdo aún vivo de la guerra civil, han influido decisivamente en su actitud ante la transición en orden a garantizar la paz y el orden, dejando al pueblo español elegir libremente su destino; la figura del Rey, Jefe supremo de las FAS, era la última garantía (5).

B) *Las FAS en el proceso constituyente*

1. Puede asegurarse que uno de los temas polémicos que más pronto solucionaron nuestros constituyentes, fue el de la regulación de las FAS. Polémicos eran, en efecto, los criterios que se apuntaban en los distintos grupos parlamentarios en relación con la regulación constitucional de los temas militares: Composición, misiones, órganos fundamentales, objeción de conciencia, jurisdicción militar, etc.... Fruto de los primeros trabajos fue *el borrador* del Texto Constitucional, publicado en la prensa diaria el 23 de noviembre de 1977. En su articulado se alcanzaban puntos de acuerdo en

extracción estaban vinculados a algún grupo político, en cuyo caso no deben tampoco computarse como militares, sino como falangistas, tradicionalistas, etc., incurriendo si no, en un doble cómputo que invalidaría los resultados; 3.º, que las grandes fases históricas en que se puede subdividir el Régimen (como hacen, por ejemplo, DE LA CIERVA o TAMAMES) obedecen a tendencias ideológicas diversas, pero en ninguna puede decirse que el estamento militar haya sido el principal factor ideológico-político.

(5) En estas coordenadas se explican los distintos jalones del proceso constituyente en relación con las FAS. Desde esta perspectiva era necesaria aquella «reunión de la Castellana» en la que el Presidente del Gobierno, tras explicar a los altos mandos militares el rumbo reformista de su política, les garantizó —y para ello pidió su colaboración— que la paz y el orden serían salvaguardados. Así se explican también determinadas actitudes de ciertas personalidades militares, que salvaron con su dimisión el asumir la responsabilidad política de determinados actos del Gobierno, con los que a título individual y como miembros de tal Gobierno, no estaban conformes. Pero en definitiva, las FAS no tomaron una postura específica, colectiva o institucional, ante la transición política, y han seguido fieles a su más importante objetivo: batallar por la paz.

casi todos los temas militares (6). Es de destacar que la regulación se contenía en un título específico —conforme a nuestra tradición constitucional— (7), si bien se incluían también en él a las Fuerzas de Orden Público y las situaciones de anomalía.

2. El siguiente paso se dio el 5 de enero de 1978, con la publicación (en el B. O. de las Cortes) del *Anteproyecto* del texto constitucional, que puede considerarse decisivo para el tema que nos ocupa. En efecto, en él se desgaja de aquel Título específico del borrador, el concepto y las misiones de las FAS que pasan a situarse en uno de los artículos del Título Preliminar. Del análisis de los votos particulares que a este Anteproyecto presentaron los distintos grupos, podemos deducir que existía consenso sobre esta variación sistemática fundamental. Sin embargo, comienza a resquebrajarse el acuerdo en otros puntos: composición de las FAS (en la que se solicitaba por Alianza Popular la inclusión de las FOP); y lo que más adelante analizamos como «estatuto del militar» (voto particular de comunistas, catalanes y socialistas sobre el derecho de sindicación, objeción de conciencia, etc.).

3. No vamos a detenernos en *las fases ulteriores del procedimiento* y ello porque, de una parte el célebre consenso —como ha señalado Fraga (8)— hizo pobre el debate constitucional y, de otra, porque aun cuando las grandes líneas del tema que nos ocupa no variaron sustancialmente, cuando la discusión parlamentaria puede servirnos como elemento interpretativo, será a la hora de iluminar un precepto concreto. Réstanos tan sólo señalar la presencia en los debates de la Cámara Alta de tres altos mandos militares designados senadores por el Rey, que aportaron el punto de vista técnico militar a las cuestiones que aquí nos ocupan (9).

(6) El 9 de noviembre de 1977 el diputado de UCD y miembro de la Ponencia constitucional, HERRERO DE MIÑÓN, declaró a la prensa que se había alcanzado plena unanimidad en torno a las FAS, cuya regulación efectuaban los artículos 24, 29, 53, 54 y 103 del borrador.

(7) El Título VIII de la Constitución de Cádiz; la de 1837 le dedicaba el Título XIII, que se mantiene en 1848, suprimiendo lo relativo a la Milicia Nacional, que vuelve a incluirse en la reforma de 1856; el XI, en la de 1869, y el XII en la de 1876. La Constitución republicana de 1931, fue la única excepción.

((8) M. FRAGA IRIBARNE: «La Constitución de 1978, a vista de ponentes», en *Documentación Administrativa*, núm. 180, extraordinario sobre la Constitución, octubre-diciembre 1978, pág. 17.

(9) Los tenientes generales Díez-ALEGRÍA GUTIÉRREZ (Ejército de Tierra), SALAS LARRAZÁBAL (Ejército del Aire) y el almirante de la Armada GAMBOA SÁNCHEZ-BARCÁZTEGUI.

II. CARACTERIZACION INSTITUCIONAL DE LAS FAS

La nueva Constitución ha querido recoger paladinamente el concepto y misiones de las FAS en su Título Preliminar, determinado en su *Artículo 8*:

1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

La ubicación de este artículo es, sin duda, el rasgo más sobresaliente del mismo. ¿Por qué ha querido nuestro constituyente dar esta trascendencia a las FAS, situándolas junto a las autonomías, los partidos políticos y los sindicatos, como pilares del Estado democrático? ¿A qué obedece y qué se pretende de las FAS? Estos interrogantes y otros semejantes, se plantearon ya en los debates parlamentarios, pues los distintos grupos plantearon aquí —con la brevedad propia de la rapidez con que ya hemos dicho, se desarrolló el debate—, sus respectivas convicciones sobre las FAS, la oportunidad o inoportunidad de su constitucionalización, la determinación de sus componentes, misiones, etc... Prosperó, finalmente, la redacción apuntada, que había introducido el anteproyecto.

La complejidad del concepto exige, por tanto, un análisis de los problemas que de él se derivan.

A) Terminología y composición

Lo primero que se desprende de la propia literalidad del artículo, es que el término Fuerzas Armadas se ha consagrado como *nomen genus* adecuado a una visión conjunta de los Ejércitos. Interesa constatar que el empleo de este término es reciente en nuestro ordenamiento; examinando cuál ha sido la evolución de esa incorporación terminológica, nos encontramos con algo más que una cuestión semántica, porque lo que en el fondo late, es el problema de la composición de las FAS, y la incorporación o no a ellas de las Fuerzas de Orden Público.

1. *Nuestras Constituciones* decimonónicas, al tratar de los Ejércitos, los denominan, bien con este nombre, o bien con el de Fuerza Militar Nacional. De la misma forma, la legislación ordinaria básica, organizadora de la materia militar, prefiere el término «Ejército», utilizado genéricamente.

Y ello ocurre, a nuestro juicio, porque no existe una concepción que una institucionalmente al Ejército con las fuerzas de Policía. Estas últimas tienen sus propias y específicas misiones, globalizadas en la famosa «guarda del orden público».

La Constitución republicana fue la única de nuestra historia que no dedicó preceptos específicos a los Ejércitos. Tampoco aparece el término Fuerzas Armadas en la primera Legislación Fundamental del régimen anterior.

Es en la década de los sesenta, a través primero de normas reguladoras del Derecho de Petición, y definitivamente en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado, cuando se consagró en nuestro ordenamiento el término Fuerzas Armadas (10). Y es aquí, donde, a mi juicio, hay que buscar el paso de lo semántico a lo institucional. Lo que pretendió la Ley Orgánica del Estado fue aunar en una misma institución, dos elementos heterogéneos: los Ejércitos y las Fuerzas de Orden Público. El vínculo de unión —*genus*— entre ambas estructuras tenía un doble aspecto medial y teleológico: ambas utilizan la fuerza armada; a ambas se encomienda por la propia LOE la misma misión. Y para tal aparato institucional se acogió el *nomen* entonces en boga en el Derecho Comparado: Fuerzas Armadas.

2. *La nueva Constitución*, al acoger el término, lo adaptó a los enunciados del Estado democrático. Para ello, no incluye ya a las *Fuerzas de Orden Público* —ahora «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»—, que, aún pudiendo estar sometidos a disciplina militar, *no forman parte*, sin embargo, de las *Fuerzas Armadas*. Se resalta así la naturaleza constitucional distinta de ambas, pues se atribuyen a las Fuerzas de Seguridad *misiones específicas* (art. 104) y se acentúa su naturaleza gubernativa al incluirse su regulación en el Título IV «Del Gobierno y la Administración».

Quedan, pues, integradas las FAS por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire (11). La Guardia Civil, cuya misión es claramente gubernativa y policía, tiene una consideración tradicionalmente militar, que

(10) El artículo 37 de la LOE decía: «Las Fuerzas Armadas de la nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, y las *Fuerzas de Orden Público*, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional.»

(11) El Grupo Parlamentario de Alianza Popular presentó una enmienda en la que se pedía la supresión de la enumeración taxativa que el artículo 8 hace de los Ejércitos. El ponente, FRAGA IRIBARNE, justificaba la enmienda alegando, de una parte, las ventajas de una no constitucionalización de algo meramente orgánico, los Ejércitos, cuya composición y estructura pueden variar en el futuro; de otra parte, se soslayaba así el problema que plantea la consideración ambivalente de la Guardia Civil como Fuerza de Seguridad y al tiempo parte del Ejército de Tierra.

hace que se la considere corporativamente por la Ley (12), como parte del Ejército de Tierra. No obstante, en circunstancias de normalidad, creo que su consideración clara es de Fuerza de Seguridad.

3. Considerar que, como consecuencia de lo analizado hasta ahora, composición de las FAS y concepto de las mismas coinciden, sería, a mi juicio, una simplificación. No puede tomarse aisladamente la literalidad del artículo 8; si importante es la letra de la Ley, no lo es tanto como para convertirla en soberana (De Castro), y habrá que interpretarla en relación con el contexto y el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3, Título Preliminar del CC) (13). Y es claro que, si los tres Ejércitos son los miembros permanentes de las FAS, éstas son algo más que los tres Ejércitos. El artículo 62 h, de la Constitución atribuye al Rey la jefatura de las FAS. Existen además una serie de organismos conjuntos, cuya naturaleza no permite vincularles a una visión individualizada de los Ejércitos (Consejo Superior de Justicia Militar, Ministerio de Defensa). Y es que, a nuestro juicio, las FAS son algo más que un simple denominador común terminológico. *Son una unidad institucional. Una comunidad de propósitos y medios, que arraiga en la realidad social —pueblo— y de ella parte: «... identificadas con los ideales del pueblo español, de que forman parte, al que sirven y del que reciben estímulo y apoyo...»* (art. 4 de las Reales Ordenanzas de las FAS aprobadas por Ley de 28 de diciembre de 1978, núm. 85/78). Adoptan una estructura jerárquico-piramidal: «... forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida...» (art. 10 R. Ordenanzas). Y están encuadrados en el Estado para la propia conservación de éste: «La razón de los Ejércitos es la defensa militar de España...» (art. 3 R. Ordenanzas). Son, en definitiva, una institución del Estado *para la Defensa Nacional y en la que engarzan el pueblo y los Ejércitos bajo la jefatura de la Corona* (14).

(12) El artículo 107 del Reglamento Militar y 34 del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil (de 23 de julio de 1942 y 14 de mayo de 1943, respectivamente) y del artículo 312 del Código de Justicia Militar (en adelante CJM).

(13) El empleo de las reglas interpretativas de la Teoría General del Derecho al Derecho Constitucional, es admitido generalmente por la doctrina. Respecto a la aplicabilidad del artículo 3 del Título Preliminar del Código Civil a la hermenéutica de la nueva Constitución, puede verse el trabajo de G. TRUJILLO: «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional», en *Revista de Estudios Políticos (N. E.)*, núm. 7, Madrid, 1979, págs. 156, 157.

(14) El término «institución» aplicado a la milicia, tiene arraigo en nuestro Derecho. Como *institución especial* calificaba al Ejército el artículo 1 de su Ley constitutiva (de 29 de noviembre 1878); como *institución nacional* la Ley adicional a la

B) *Naturaleza institucional*

No podemos aquí limitarnos a afirmar la naturaleza institucional de las FAS sin detenernos en los fundamentos de tal afirmación. Lo contrario sería utilizar la figura de la Institución a modo de «cajón de sastre» de la ambigüedad o la inconcreción jurídicas. Ya hemos señalado en otra ocasión, que éstas han sido las pautas de la doctrina jurídica española contemporánea que, en general, ha dedicado poca atención a temas militares (15). De ello se resintieron también los debates constituyentes sobre la naturaleza de las FAS, en donde la vacilación fue quizá la nota más característica.

1. Se sostuvo en algunas intervenciones (Satrústegui, Bandrés, Villar Arregui, Letamendía) que las FAS no son más que una *parte de la Administración del Estado*, la Administración militar; que son un elemento del Poder Ejecutivo y que, por lógica consecuencia, no debieran figurar en el Título Preliminar, sino en el dedicado al Gobierno y la Administración.

Desde luego la tesis no obedecía a una improvisación parlamentaria; muy por el contrario, es la de más arraigo en los autores españoles que han tratado el tema militar. Lo que ocurre, es que todos esos autores pertenecen al campo del Derecho Administrativo y, naturalmente, su perspectiva se ha visto mediatizada por la unidad científica de su disciplina. Ya Colmeiro consideraba «que la milicia forma parte del poder administrativo (que es el Poder Ejecutivo sin las competencias constitucionales), siendo objeto de la Administración Militar organizar, distribuir y proveer a las Fuerzas del Ejército y de la Armada» (16).

En la misma línea, pero matizando su posición al reconocer un importante aspecto internacional, Royo Villanova (17). Y entre los más recientes ex-

anterior (de 19 de julio de 1889). Y más recientemente, las Reales Ordenanzas (de 27 de diciembre de 1978) nominan su Título I como «De la Institución Militar». No obstante, el empleo terminológico, no puede pensarse en una concepción institucional de los Ejércitos, al menos en el sentido técnico que propugnamos. Pero ello nos permite, al menos, encontrar las bases jurídicas positivas de tal construcción en nuestro ordenamiento.

(15) En mi trabajo «Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 20, págs. 19 y sigs.

(16) COLMEIRO: *Elementos de Derecho Político y Administrativo de España*, 6.ª edición, 1881, pág. 124.

(17) S. ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, 2.ª edición, Valladolid, 1943, tomo II, págs. 735 y sigs.

positores, Martínez Useros (18), Alvarez Gendin (19) y Guaita lo consideran ya, dentro de lo administrativo, como un caso típico de servicio público (*uti universi*) (20).

No cabe dudar que el aspecto administrativo es uno de los más destacados del fenómeno militar, pero no es exclusivo. Existe una Administración Militar, pero también existe con propia sustantividad una Jurisdicción militar cuya autonomía está también garantizada constitucionalmente dentro del principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5). Y en la sociedad internacional contemporánea, la integración defensiva de los Estados en organizaciones internacionales es una importante realidad (OTAN, Pacto de Varsovia). Esto es bastante para demostrar la insuficiencia de la tesis administrativista. Lo que ocurre es que éste ha sido el expediente técnico, una vez más, para disciplinar jurídicamente esta parcela del Estado. Pero hacer descansar el fenómeno militar sobre uno solo de sus aspectos, es intentar acomodarlo en el «lecho de Procusto».

2. *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 M. Hauriou y G. Renard, como con la elaborada por S. Romano.

Si para el maestro de Toulouse (21), la institución es aquella realidad social que, reuniendo determinados elementos, pasa a la categoría de afirmación legal, llegando de esta suerte lo sociológico a convertirse en jurídico, podemos ver en las FAS una institución. Porque en ellos se dan los tres elementos necesarios:

1.º *«Idea de la obra a realizar»*, que para nosotros se sintetiza en la *Defensa Nacional*, como misión institucional de las FAS, que aúna sus distintas funciones, en el sentido que precisaremos más adelante.

2.º *«Poder organizado, órganos que se integran en las distin-*

(18) GARCÍA-OVIEDO Y MARTÍNEZ-USEROS: *Derecho Administrativo*, 8.º edición, Madrid, 1962, tomo III, pág. 481.

(19) S. ALVAREZ-GENDÍN: *Tratado general del Derecho Administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963.

(20) A. GUAITA: «Administración Pública y Defensa Nacional», en *Estudios Administrativos*, Madrid, 1961, pág. 12.

(21) M. HAURIOU: «La teoría de la institución y de la fundación», en *Obra Escogida*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, págs. 266 y sigs.

tas esferas del Estado, tanto en lo ejecutivo como en lo judicial, pero manteniendo su unidad sustancial, por

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

Desde el punto de vista subjetivo, la institución exige —como precisó Renard— «la subordinación del propósito individual a las aspiraciones colectivas de la institución, y por ello los miembros de la institución pierden su libertad en cierto grado» de forma que aparece un nuevo elemento:

4.º «El dinamismo y adaptabilidad de la institución a las nuevas condiciones sociales, requiere que la situación de sus miembros se fije por *un status* objetivo que aquéllos no pueden cambiar por un acto de su voluntad» (22). También, como veremos, tienen los militares un específico *status*, derivado de su pertenencia a la institución.

Lo mismo puede decirse respecto de la concepción de la institución en S. Romano (23), pues para éste «una institución es una entidad o cuerpo social con una unidad firme y permanente, que tiene una existencia objetiva, exterior y visible, una organización y estructura que absorbe los elementos que forman parte de ella...». Pero es más, lo importante de su aportación, por ello llamada *ordinamentalista*, es que «toda institución constituye por sí un ordenamiento jurídico, en cuanto tiene unas funciones y unas líneas de conducta determinadas», de manera que «toda institución es un ordenamiento jurídico, y todo ordenamiento jurídico es una institución». Pues bien, también aquí puede afirmarse que:

5.º La institución Fuerzas Armadas tiene su propio *ordenamiento jurídico: el Derecho Militar* (cuya autonomía científica es, no obstante, a mi juicio, solamente «informativa», en el sentido precisado por La Lumia (24).

Todos estos elementos delimitan claramente la concepción institucional de las Fuerzas Armadas. En los sucesivos apartados estudiaremos más dete-

(22) G. RENARD: *La theorie de l'Institution*, París, 1930, págs. 329 y 365.

(23) S. ROMANO: *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milán, 1946, pág. 55.

(24) A esta conclusión llego en mi trabajo: «El Derecho militar como disciplina jurídica informativa» de próxima publicación en la *Revista Española de Derecho Militar*.

nidamente aquellos aspectos institucionales que han alcanzado una regulación constitucional.

3. Si esa realidad institucional ejerce materialmente la fuerza legítima o poder coactivo que va implícito en la noción de soberanía, velando —como señalara G. Jellinek— por la propia *existencia* del Estado, no puede concebirse que la Constitución la olvide. Antes bien, debe recogerla muy principalmente, pues la Constitución, como señalara Schindler (25), está directamente vinculada al problema de la organización y ejercicio de la soberanía, entendiéndose por tal, la afirmación de supremo poder de lo estatal en la vida social.

Creemos, por ello, que la Constitución española, no sólo acierta al recoger a las Fuerzas Armadas, sino también —y es ello uno de sus mejores logros—, al incorporarlas al Título Preliminar. No nos vale el argumento esgrimido (Villar Arregui), de que no tienen las FAS un carácter asociativo o corporativo como los partidos políticos o los sindicatos. No creo que el Título Preliminar haya tenido en cuenta estos criterios de clasificación jurídica al contemplar estas instituciones. Lo que pretende, a mi juicio —y ello es mucho más trascendente—, es *integrar* constitucionalmente las grandes realidades institucionales contemporáneas. En este sentido se produce una integración *de* las Fuerzas Armadas *y a través de* ellas en los principios del Estado democrático (26). Esta integración —por lo demás tan necesaria como justa—, no implica en absoluto que las FAS sean entendidas como una esfera autónoma del poder real junto al Estado, sino «en» y «del» Estado. Esto es obvio y básico, pero necesita ser afirmado frente a las frecuentes atribuciones de poder real a las FAS. Un Ejército tiene la fuerza, pero no el poder. El poder debe ostentarlo aquél al que el pueblo se lo otorgue legítimamente, y la fuerza que materializa el Ejército se constituye para que el poder otorgado pueda ejercerse sin que, desde el exterior o el interior, se atente a su normal desenvolvimiento.

(25) D. SCHINDLER: *Verfassungsrecht und soziale struktur*, Zurich, 1944, pág. 114.

(26) Esta integración puede entenderse en el sentido propugnado por LUCAS VERDÚ, que entiende que la propia Constitución es integradora (*Curso de Derecho Político*, tomo II, pág. 634); pero también en el sentido original de SMEND, pues a «través de» las FAS se produce una integración funcional.

III. LA MISION CONSTITUCIONAL DE LAS FAS

A) *Idea directriz, fines y funciones*

Cuando hemos analizado los elementos de la institución militar, hemos mencionado *la Defensa Nacional como idea directriz* de la misma. Creemos que es el concepto expresivo de lo que Hauriou llama «idea de la obra a realizar, que expresa a la vez el fin y los medios a emplear para alcanzarlos». Así parece también deducirse de nuestro ordenamiento jurídico, al precisar, en el ya reseñado artículo 3 de las Reales Ordenanzas, que «*la razón de ser* de los Ejércitos es la defensa militar de España». Así concebida la Defensa Nacional, «tiene por *finalidad* garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su seguridad e integridad territorial y el ordenamiento constitucional, asegurando la vida de la población y los intereses vitales de la Patria, *mediante* la acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación ante cualquier forma de agresión» (27). Por eso, cuando el artículo 8 de la Constitución atribuye a las FAS la «misión de garantizar la soberanía e independencia de España, la integridad de sus territorios y la defensa del orden constitucional», nos está dando *los fines* de las Fuerzas Armadas en orden a la Defensa Nacional. Fines que alcancen una consideración conjunta en la idea de Defensa Nacional que los engloba. De ahí, que para los constituyentes fuera complejo establecer una disección de estos fines, porque los unos se interfieren en los otros al participar todos en la idea común. Puede recordarse al respecto, y a título ilustrativo, que al proponerse por un grupo parlamentario la inclusión entre los fines de la «defensa de la unidad de España», pudo contestarse que «todo lo que está en la Constitución es ya misión de las FAS», pues a ellas se encomienda su defensa y así pues, «la unidad, que es el último fundamento de la Constitución, según el artículo 2, va ya incluida... No marquemos repeticiones inútiles» (28).

Por último, hay que distinguir entre los fines y *las funciones*. Así como la misión es expresiva de una finalidad, la función es expresiva de un acto, un medio necesario para alcanzar el fin propuesto. González Ruiz (29) distingue

(27) Tomo este concepto, que me parece muy completo, del art. 2.º del Proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Defensa Nacional.

(28) SOLANA MADARIAGA: *Diario de Sesiones del Congreso*. Pleno de 5 de julio de 1978, pág. 3884.

(29) E. GONZÁLEZ RUIZ: *La misión del Ejército en la sociedad contemporánea*, Ed. Magisterio Español y Prensa Española, Madrid, 1977, págs. 131 y sigs.

cuatro funciones de las FAS necesarias para llevar a cabo su misión. Adap-tándolas a la nueva Constitución, encontramos las siguientes:

— Función de Defensa Exterior: Frente a una amenaza o agresión que atente a la soberanía, independencia o integridad territorial del Estado español.

— Función de Defensa Interior: Frente a la subversión violenta que ataque a la soberanía (rebelión) o a la unidad territorial (secesión).

— Función de Defensa de la Constitución: Frente a cualquier amenaza (desorden o revuelta) o agresión (revolución) que ataque a los principios consagrados por la soberanía popular en el texto constitucional.

— Funciones complementarias: Actividades docentes y culturales (formación profesional, cívica, deportiva, etc.); colaboración con autoridades civiles (sanitarias, forestales, etc.).

B) Aspectos políticos de la misión de las FAS

Los fines y las funciones analizados presentan claramente dos aspectos: uno estrictamente técnico militar, que aquí no trataremos, pues su análisis corresponde a las distintas especialidades de la milicia; y otro decisional, de elección de alternativas nacionales, de claro contenido político. Este último, unido a la específica naturaleza política de uno de los fines constitucionales —la defensa del ordenamiento constitucional—, han llevado a hablar de la función política del Ejército. Nuestro análisis de las FAS no puede soslayar este tema, que está demandando además una clarificación, ante la multitud de interpretaciones que aparecen constantemente en los medios de difusión.

1. *La doctrina tradicional* al respecto, estaba elaborada por M. Hauriou, a partir de una necesidad política concreta: la de someter el Ejército al poder civil en el Estado contemporáneo. Para justificar este aserto, Hauriou exponía (30) la línea histórica de este sometimiento, que comenzaría por un «acantonamiento territorial de los Ejércitos» y pasaría luego a un «acantonamiento jurídico-orgánico», situación en la que el sometimiento al poder civil vendría, además, garantizado por un apoliticismo absoluto de los militares.

Modernamente, la constatación empírica de la inexactitud de la tesis de Hauriou, ha llevado a nuevas formulaciones. Hermann Oehling (31) analiza

(30) M. HAURIOU: *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.^a edición, Ed. Sirey, Paris, 1929, págs. 110 y sigs.

(31) H. OEHLING: *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

el proceso histórico (a partir sobre todo de la segunda guerra, con la guerra fría, las guerras subversivas, etc.), que ha llevado a la politización de las FAS en los Estados contemporáneos. Se observa así, que las intervenciones militares en la vida política, tan frecuentes en los últimos lustros, se producen, bien directamente —en los países de escaso desarrollo e inestabilidad política—, bien indirectamente en los demás. García Arias, acogiendo esta tesis, la vio como el fundamento de la regulación constitucional de las FAS, y en nuestro país de la ya señalada recepción por el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado (31 bis).

Por nuestra parte, consideramos que *las tesis anteriores no son aplicables al caso español*. No lo es la tesis de Hauriou, pues basta recordar lo ya apuntado más atrás, sobre la intensa politización de nuestro Ejército en el siglo XIX y principios del XX. Tampoco es de recibo la tesis más moderna, porque también ha quedado claro que, en España, la despolitización (apartidismo) del Ejército, se produce en las últimas décadas. Creemos que el proceso español ha sido precisamente el inverso, desde una politización absoluta, a una politización encauzada sólo por y en el Estado. Una vez más, es inadecuada una visión del tema excesivamente abstracta y generalizadora. Porque, como ha señalado Díez-Alegría (32), «existen marcadas diferencias en la correspondencia entre los Ejércitos y las entidades históricas del Estado y de la Nación. En algunos países, el Estado y el Ejército mantienen relaciones armoniosas de existencia. En otros, éstas se ven más turbadas. Y así, un coronel francés podía sentar la afirmación que el Ejército está a disposición del Estado para el beneficio de la Nación. A veces el establecimiento militar llega a ser un Estado dentro del Estado. En los países subdesarrollados la relación entre Ejército y Estado es muy débil, o no funciona normalmente».

2. Pero si no parece posible sentar una teoría general de la actitud política de las FAS desde una perspectiva histórica comparativa, sí que podemos deducir, al menos, de la experiencia histórica *las formas típicas que adopta la intervención*.

En primer lugar, nos encontramos con la *intervención normal* del Ejército en la política del Estado. Y son los propios Gobiernos —como señalara García Arias— «los que politizan en este sentido a las FAS al confiarles misiones políticas, comenzando por la función política de la Defensa Nacio-

(31 bis) L. GARCÍA ARIAS: «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, Madrid, 1967, págs. 157 y sigs. Las citas que de este autor hacemos a la largo de este trabajo van referidas todas a este estudio.

(32) M. Díez-ALEGRÍA: *Ejército y sociedad*, Alianza Editorial, 2.ª edición, Madrid, 1973, pág. 42.

nal e incluyendo, el empleo y control de las técnicas de información». Naturalmente, no cabe establecer un criterio general sobre la intensidad de esta intervención, que varía, desde la exageración militarista, hasta el necesario asesoramiento técnico por los militares a la política de defensa de los Gobiernos (33).

Este tipo de actuación puede, y debe en la medida de lo posible, justificarse a través de normas que organicen las formas de colaboración de los técnicos militares y los políticos en la elaboración de la política de defensa. En esta dirección apunta la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y la Ley de 28 de diciembre de 1978 (83/78), sobre funciones de los Organos Superiores del Estado en materia de Defensa.

En segundo lugar, cabe encontrar una *actuación* del Ejército como *grupo de presión*. Su influencia no se limita a los países escasamente desarrollados, como sostiene —a nuestro juicio erróneamente— Díez-Alegría, sino que es también importantísima en los más avanzados. En los primeros funciona más como estamento cerrado, desde el que se tratan de mantener privilegios e influencias corporativas. En los segundos, como ha estudiado L. Smith (34), funcionan con todas las características de los grupos de presión, en los que se confunden lo público y lo privado, al vincularse altos personajes militares a las grandes empresas de material bélico, y en los que existe una reciprocidad de influencia entre lo político (por ejemplo, en USA: Comités del Senado; presidente comandante en jefe de las FAS) y lo militar. Este tipo de intervención, captado esencialmente por la sociología política, ofrece una resistencia congénita a su juridificación, que se enmarca en toda la problemática de la regulación de los grupos de presión.

Una tercera forma de intervención está constituida por *el pronunciamiento o el golpe de Estado*. Ambas coinciden en manifestar una actitud de enfrentamiento con el poder constituido, pero diferenciándose en que, mientras el pronunciamiento se dirige tan sólo a derrocar un Gobierno sustituyéndolo por otro, bien militar o civil (se «pronuncian» por una tendencia), el golpe de Estado tiende a derrocar no sólo al Gobierno, sino todo un régimen político. Ambos constituyen fenómenos revolucionarios y, por su misma naturaleza, son hechos imprevisibles y extraordinarios, fuera, por tanto, de la previsión ordenada que el Derecho supone (35).

(33) Un planteamiento muy actualizado de estas relaciones lo hace M. MERLE: *Sociología de las relaciones internacionales*, págs. 288 y sigs. (También allí, en la página 311, se selecciona una completa bibliografía.)

(34) L. SMITH: *La democracia y el poder militar*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

(35) Así, podía decir G. JELLINEK, que «el Derecho no tiene nunca fuerza bas-

Las formas de intervención hasta aquí estudiadas no permiten hablar de una función política del Ejército. Si tomamos el concepto de función en el sentido técnico, que anteriormente hemos procurado delimitar, no podemos encajar en ninguna de ellas estrictamente este tipo de actividad política. Pero sí parece claro que tal actividad política gravita sobre el desarrollo de las funciones típicas de defensa interior y exterior. Se trata, por tanto, de un aspecto de estas funciones, no de una función en sí.

C) *Especialidad de la función de defensa del ordenamiento constitucional*

1. La única función, de entre las atribuidas a las FAS por la Constitución, que tiene propia naturaleza política, es la defensa del ordenamiento constitucional.

Conviene recordar brevemente que la defensa de la Constitución, es decir, las garantías que ella misma prevé para su eficacia y estabilidad, se consigue, en el Derecho constitucional contemporáneo, fundamentalmente por una doble vía: una, estrictamente jurídica, la denominada Justicia Constitucional, que se actúa por órganos de carácter judicial (Tribunal Constitucional) o cuasi-judicial (Consejo Constitucional, etc.); otra de carácter político o material, la denominada *defensa política de la Constitución*, cuya actuación se ha atribuido históricamente primero al pueblo, y luego al Jefe del Estado como «defensor de la Constitución», según la terminología de Schmitt (36).

No cabe duda de que la función de defensa de la Constitución que se atribuye a las FAS, sólo puede encuadrarse en la defensa política, entendida como defensa material, pues conlleva un llamamiento a la fuerza institucionalizada, para su utilización como último recurso en una situación crítica para la propia vida de la Constitución.

El problema interpretativo surge al intentar articular esta defensa, dentro del conjunto orgánico estatal. Naturalmente, no cabe entender que se ha funcionalizado un nuevo poder autónomo de defensa de la Constitución, es decir, que las FAS pudieran «por sí solas» salir en defensa del ordenamiento constitucional. Ello iría en contra de las ideas tanto de FAS como de Constitución. Porque esta última lo que pretende materialmente, es regular el

tante para determinar, en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de un camino... El hecho de las revoluciones no puede medirse con el criterio de un orden jurídico. La posibilidad de estos hechos, que están completamente fuera del orden del Derecho, jamás podrá evitarse por medio de leyes...». *Teoría general del Estado*, Ed. Albatros, 1978, pág. 268.

(36) C. SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, Barcelona, 1931, págs. 163 y sigs.

juego político dentro de un orden jurídico, y sería un contrasentido abrir ella misma una puerta al eventual golpismo, cuyo carácter extrajurídico ya hemos señalado (37). Tampoco cabe dentro de la concepción institucional que la Constitución tiene de las FAS, pues quedó claro su carácter estructural de tipo jerárquico-piramidal que articula en la cúspide con el Rey (art. 62.4), o con el Gobierno (art. 97). Por ello, la interpretación habrá de dilucidar con cuál de estos órganos se articula la función analizada.

2. *La articulación de las FAS con el Jefe del Estado para la defensa de la Constitución* tiene un doble fundamento: De una parte la tradicional atribución al Jefe del Estado de la Jefatura Suprema de las FAS. De otra, la consideración del Jefe del Estado como defensor de la Constitución posibilita que se le atribuyan, para el ejercicio de tal función, una serie de competencias, entre las que destaca la concentración de poderes en una especie de «dictadura constitucional» (Schmitt) cuando el Estado esté amenazado de una manera grave e inmediata. Se comprende que, en este último supuesto, el recurso al Ejército sea en muchas ocasiones medida obligada para defender o restaurar el orden atacado. Se conjugan así las funciones de defensa de la Constitución atribuidas a las FAS y al Jefe del Estado, en situaciones de extrema gravedad.

La posibilidad de adoptar medidas excepcionales en la defensa material de la Constitución, se ha contemplado de manera distinta en el Derecho constitucional continental y en el anglosajón. Al igual que en el problema de la constitucionalidad de las leyes, fueron los Estados Unidos pioneros en esta materia, por vía de constatar *a posteriori* los poderes excepcionales utilizados por el presidente Lincoln durante la guerra civil. Las posibilidades que brinda la Ley marcial, los poderes de emergencia, amén de la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, pueden hacer del presidente de los Estados Unidos «casi un dictador» (38). Pero lo que en USA se consiguió por la propia vitalidad de su Constitución, en *el constitucionalismo continental*, mucho más formalista, *necesitó formularlo con toda precisión*. Así, el art. 48 de la Constitución de Weimar, recogió por vez primera el famoso «parágrafo de la

(37) Véase núm. 35. En este sentido, precisaba BARTHELEMY que «no es posible organizar de antemano la insurrección, ni de admitir en Derecho la apelación extrajurídica a la violencia, pues con ello no se haría sino introducir un fermento anárquico, y la regulación resultaría por lo demás vana y estéril» (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2.^a edición, Dalloz, París, 1933).

(38) C. J. FRIEDRICH: *Gobierno constitucional y democracia*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 592 y sigs.

dictadura»; después de la segunda guerra, su recepción por el artículo 16 de la Constitución de la V República francesa contribuyó a su difusión. Para Herrero de Miñón la peculiaridad de la fórmula continental radica en la habilitación de unos *poderes distintos de los de mera emergencia dejados a la discreción del Jefe del Estado* (39).

Veamos ahora cuáles fueron las soluciones adoptadas en nuestro Derecho.

Dado el señalado carácter militarista de nuestra política decimonónica, no puede extrañar que el legislador español *intuyera*, ya entonces, esta conexión Rey-Ejército para la defensa de la Constitución. Sevilla Andrés apunta (40) cómo en 1820 la Comisión nombrada para dictaminar la Ley Ordenadora del Ejército, señalaba «el gran problema, todavía por resolver, de dar a los Ejércitos permanentes una forma protectora de los derechos del pueblo...; el orden interior, que debe proteger el Rey (conforme al artículo 170 de la Constitución de 1812), es necesariamente el orden constitucional; de otro modo, el objeto de la Fuerza Armada no sería proteger, sino oprimir...». Este sentido perdura con el liberalismo. El «proyecto Cassola» lo recoge en su artículo 1.º al enunciar el fin del Ejército: «Mantener la independencia e integridad de la Patria y el imperio de la Constitución y de las leyes.» Y de seguido, el artículo 2.º atribuía al Rey el mando supremo del Ejército y de la Armada. En la misma forma, la Ley Adicional a la Constitución del Ejército, de 19 de julio de 1889, recogía esta redacción.

Sin embargo, las disposiciones anteriores no pueden conectarse con la teoría de las «medidas excepcionales», aún informada. Por ello, la intervención se producía *de facto*, al margen de la Constitución (ejemplo, el golpe primorriverista). La teoría descrita tiene su recepción formal en nuestro ordenamiento con la Ley Orgánica del Estado, artículo 10, d, que facultaba al Jefe del Estado para «adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato». Basta releer el artículo 37 de la LOE, para comprobar que los valores cuya custodia se encomendaba a las FAS coinciden con los que deben ser protegidos con las medidas excepcionales. Con la atribución al Jefe del Estado de la defensa de las Leyes Fundamentales y del mando supremo de las Fuerzas Armadas (artículo 6 de la LOE), se completaba el sistema.

(39) M. HERRERO DE MIÑÓN: *Nacionalismo y constitucionalismo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 161.

(40) D. SEVILLA ANDRÉS: «La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica Española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, Madrid, 1967, pág. 281.

3. Con estos antecedentes, y considerando que la Constitución 1978 también atribuye al Rey la Jefatura de las FAS, y a éstas la defensa del ordenamiento constitucional, podría pensarse en una *articulación directa Rey-Fuerzas Armadas en la defensa material de la nueva Constitución española*. Sin embargo, creemos que esto *no es admisible* dentro de los principios inspiradores de la Constitución.

Un análisis sistemático del texto constitucional, pone de manifiesto que no se han acogido por la Constitución ni las denominadas «medidas excepcionales», ni ninguna otra cláusula que habilite medidas de excepción a tomar por el Rey. Las situaciones de anomalía que se recogen en el artículo 116 tienen un claro carácter gubernamental, sin perjuicio del mayor o menor control parlamentario. Tampoco puede hacerse en esta materia una interpretación extensiva de los poderes del Rey, como el principio monárquico autorizaba a hacer en las Leyes Fundamentales (41). Y es que, en definitiva, toda esta problemática se ha resuelto por la Constitución en armonía con el principio que proclama que la forma política del Estado español es la *Monarquía parlamentaria* (artículo 1, 3). Conforme al mismo, el centro de gravedad de la decisión política se traslada al Gobierno, controlado por las Cámaras. El Rey se sitúa en la cúspide del Estado como «símbolo de su unidad y permanencia» (Artículo 56.1 de la Constitución), y frente al principio monárquico de la expansión de competencias, el Monarca parlamentario sólo «ejerce las funciones que le atribuyen *expresamente* la Constitución y las leyes» (artículo 56 citado). Y si bien se le encomienda la Jefatura de las FAS, ni la Constitución ni las leyes arbitran una fórmula en la que ambas conecten en la función de defensa del ordenamiento constitucional. Tan sólo cabe, a mi juicio, entender que el Rey, que debe «arbitrar y moderar el funcionamiento *regular* de las instituciones» (artículo citado), 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. Se trataría así de una garantía última, de carácter no material o ejecutivo, sino tan sólo «*disuasiva*», operando una recepción del término internacionalista, como propugnara García Arias, para esta misión de las FAS: «Función existente para no tener que cumplirla, sino para disuadir eficazmente a quien pretenda acudir a la subversión institucional con sólo saber que tal función tendría que ser ejercitada en tal caso.»

Pero reducir a una sola función disuasiva la defensa material de la Constitución que se atribuye a las FAS, sería reducir el alcance de la prescripción del artículo 8. La efectividad de la defensa de la Constitución por las

(41) M. HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico*, Edicusa, Madrid, 1972.

FAS, hay que buscarla fuera del binomio Rey-FAS. En este punto nuestra Constitución deja ver una vez más el fuerte influjo que sobre ella han tenido las recientes experiencias constitucionales italiana y alemana (42), y atribuye «la defensa del Estado» al Gobierno (artículo 97). Y por ello hay que entender que *sólo el Gobierno puede disponer una intervención de las FAS en defensa del ordenamiento constitucional*. Naturalmente, esto sólo podrá hacerse dentro de una de las situaciones de anomalía constitucionalmente previstas (en el artículo 116). En este sentido, Alzaga (43) señala que las FAS entrarán en defensa de la Constitución a través del estado de sitio (del artículo 116.4) o en el supuesto de que España hubiera de entrar en guerra (artículo 63.3). La referencia nos parece exacta en lo relativo al estado de sitio; y no tanto en cuanto al de guerra, en el que las FAS ejercitan propiamente otra función específica, cual es la de «defensa exterior».

En conclusión, es *a través del «estado de sitio»*, con sometimiento al Gobierno, y en los términos que fije el Parlamento, como se instrumentaliza la función de defensa del ordenamiento constitucional por las FAS (44).

IV. EL STATUS DEL MILITAR

A) *Fundamento y contenido*

Ya hemos señalado cómo la construcción clásica del sometimiento del poder militar al poder civil, llevaba como colorario ineludible *el apoliticismo de los militares*. Esta conclusión, expresamente formulada por Hauriou, es

(42) Como se sabe, los textos iniciales de las Constituciones italiana y alemana de la posguerra no preveían la posibilidad de una defensa excepcional del Estado, que tuvo que ser, sin embargo, acogida con posterioridad, para resolver las necesidades que en este sentido se habían planteado. Ver nota 44.

(43) O. ALZAGA: *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*. Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 130.

(44) La doctrina alemana habla en este caso de «defensa ejecutiva» de la Constitución, refiriéndola al nuevo párrafo 4, del artículo 87-b, de la Ley Fundamental de Bonn, redactado por Ley de 1968, cuyo contenido es ilustrativo de las posibilidades contenidas en la interpretación que defendemos de nuestra Constitución; el tenor literal del párrafo es el siguiente: «Para prevenir un peligro inmediato para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, pondrá el Gobierno Federal... cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía... emplear a las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía, proteger la propiedad civil y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. Cesará la actuación de las Fuerzas Armadas cuando así lo exigieran el Parlamento Federal o el Consejo Federal.»

el resultado dogmático de un proceso empírico, que comienza a mediados de la pasada centuria, y en el que algunos Gobiernos europeos tratan de ahuyentar el temido pretorianismo a través de una neutralización del estamento militar. Tal neutralización pretende conseguirse por medio de limitaciones impuestas a los derechos y libertades políticas de los miembros de los Ejércitos. También en España tuvo acogida esta tendencia, que, sin embargo, no consiguió —como ya hemos visto— los resultados prácticos perseguidos. Manifestaciones concretas son, en nuestra legislación decimonónica, las siguientes:

— *Prohibición* a los militares para tomar parte en *reuniones, manifestaciones* y demás actos de carácter político (introducido por la R. Orden de 4 de febrero de 1875 y consagrado legislativamente en el artículo 28 de la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878).

— *Restricción al derecho de asociación*, o mejor, de fundación de asociaciones, que necesita la especial autorización de la autoridad militar superior (R. D. 8 de 19 de abril de 1900 y R. D. de 6 de octubre del mismo año).

— Especialidades para la tramitación del *Derecho de Petición* y prohibición de ejercicio colectivo del mismo (artículo 20 de la Constitución de 1869, 13 de la de 1876, y 35 de la de 1931).

— *Limitaciones*, en cuanto a la *libre emisión del pensamiento* en publicaciones periódicas (R. O. Circular de 28 de diciembre de 1888).

Posteriormente, hay ya que remontarse al momento de la transición hacia el Estado democrático, para encontrar una reiteración —y ampliación— de estas restricciones en el Real Decreto-Ley 10/77 de 8 de febrero, sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales por los componentes de las FAS.

Y así llegamos a la actual regulación, contenida, en parte, en el texto constitucional. Antes de entrar en su análisis detallado, creemos necesario precisar el fundamento material y formal que tienen estas restricciones.

2. Tradicionalmente se afirmaba que el *fundamento material* de estas restricciones era un necesario y absoluto apoliticismo de los Ejércitos y, por ello, de sus miembros. Esta afirmación, conllevaba el situar a los militares dentro de una especie de «campana de cristal» —conseguida a través de las restricciones en sus derechos políticos— en las que permanecerían «incontaminados» de las realidades políticas de la nación. Este pretendido apoliticismo, es hoy considerado como utópico e indeseable. Utópico, porque no puede pretenderse que el militar renuncie a su condición de ciudadano inmerso en la realidad socio-política de su país. Tendría que renunciar para ello no sólo a su condición de ciudadano, sino también a la propia esencia de su espíritu militar que le demanda «el exacto cumplimiento del

deber inspirado en el amor a la patria» (art. 1 de las Reales Ordenanzas). Indeseable, porque como demostrara el general Vigón, el apoliticismo del Ejército puede acarrearle tremendas responsabilidades históricas si no sabe estar a la altura de las circunstancias en el momento crítico (45).

Hoy se trata, por el contrario, de *distinguir claramente entre apoliticismo y apartidismo*. Así lo hace entre nosotros Prudencio García, en un importante trabajo (46): «El hecho de que el militar conserve celosamente su no vinculación a ningún grupo político determinado... no debe servir de motivo, ni mucho menos de justificación, para hacerle caer en el extremo opuesto de un apoliticismo entendido como inhibición absoluta que le condujese a la más garrafal ignorancia de toda problemática política y social.» Y continúa más adelante: «La responsabilidad moral —individual y colectiva— del militar profesional frente a la comunidad nacional le imposibilita para practicar un sistemático abstencionismo intelectual y social en materia de política interior; ... y esta misma responsabilidad le imposibilita para inhibirse radicalmente de toda responsabilidad en determinados aspectos de la política exterior: concretamente aquellos susceptibles de desembocar en un estallido bélico o en su posible evitación.»

Por todo ello, no puede hoy hablarse de apoliticismo de los militares como justificación de su especial *status* jurídico público. Debe hablarse mejor de *neutralidad o apartidismo de las Fuerzas Armadas*. Las FAS no son, como hemos visto, ajenas a la «política en su más fundamental acepción... conscientes de su capacidad política potencial, *las FAS y sus miembros tienen el deber de mantenerse unidos para el mejor desempeño de su elevada misión...* Este deber impone a todos los componentes de las FAS el debido respeto a cualquier opción política de los que tienen cabida en el orden institucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, *participar ni mostrar públicamente su preferencia por cualquiera de ellas*». (Exposición preliminar del Real Decreto-Ley 11/77 citado.) (Este sentido suprapartidista, nacional, encaja perfectamente con el carácter de institución que aquí sostenemos, y con la atribución de su Jefatura al Rey.)

Distinto y específico fundamento presenta el supuesto de la limitación del Derecho de Petición a las peticiones individuales, sometiéndolas además a la legislación específica. Podría decirse que, así como el fundamento general de las limitaciones responde a una recepción por las estructuras del Ejército de los postulados del Estado del Derecho, a la inversa, en el caso del

(45) *Teoría del militarismo, op. cit.*, pág. 45.

(46) P. GARCÍA: *Ejército: presente y futuro*, Alianza Editorial, Madrid, 1975. página 37.

Derecho de Petición, la regulación constitucional del mismo, adopta las especialidades de la estructura militar. Porque las limitaciones al Derecho de Petición para los miembros de las FAS, no responden al señalado neutralismo que se pretende conseguir de éstos, sino a la eficacia del principio disciplinario. La disciplina es lo que impide otro cauce de petición que no sea el preceptivo conducto reglamentario; y es también este principio a través de su concreción organizadora (jerárquico-piramidal), lo que impide una posible petición *ad intra* de carácter colectivo, pues ello podría constituir una sedición (art. 299 del CJM).

3. Al hablar de un *fundamento formal* para las restricciones que comporta el *status* militar, queremos referirnos al grado que deber tener la norma jurídica que las establece. Y así, hay que señalar que, siendo los derechos que se quieren limitar, parte de los derechos fundamentales de la persona (más concretamente, dentro de ellos, de los derechos y libertades políticos), la tendencia moderna se orienta hacia su constitucionalización e internalización (47). Y por ello, encontramos en las más recientes Constituciones y en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos que, junto al reconocimiento y garantía de los derechos afectados, se suele prever la posibilidad de su limitación o restricción para los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados en el propio texto constitucional o de la declaración. Así, por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn, tras regular los Derechos Fundamentales, determina en su artículo 17.1: «Las leyes relativas al servicio militar... podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas se restrinja, durante el período de servicio, el derecho fundamental de expresar y *difundir libremente su opinión* por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, el derecho fundamental de *reunirse libremente* y el *derecho de petición* en cuanto a su ejercicio en forma colectiva». De la misma forma la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (art. 11, párr. 2), y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 8 del de Derechos económicos, sociales y culturales, y arts. 21 y 22 del de Derechos Civiles y Políticos).

La constitucionalización e internalización han posibilitado, y esto es lo más trascendente, la articulación de un adecuado sistema de garantías de efectividad de los Derechos Humanos. La internalización ha supuesto en este sentido, de una parte, la aparición de una serie de fórmulas varias de tutela

(47) Por todos A. TRUYOL Y SERRA: *Los Derechos humanos*, Ed. Tecnos, 2.ª edición, Madrid, 1977.

de los derechos de carácter internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comisión Europea, etc.) y de otra la toma de conciencia universal de que estos derechos son algo más que meras declaraciones constitucionales, y, por tanto, internas; el artículo 10.2 de nuestra Constitución es, a estos efectos, modélico, al declarar que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Pero es, claro está, a través de las garantías previstas en las propias Constituciones como los derechos alcanzan mayor efectividad. No es este lugar para analizar exhaustivamente las técnicas jurídicas creadas para conseguir esas garantías. Basta recordar, a los efectos que nos interesan, que los Derechos Fundamentales se protegen en las Constituciones frente a una abusiva limitación posterior por otros poderes, determinando la propia Constitución qué derechos tasados se pueden limitar y estableciéndose una reserva de ley formal para el desarrollo de los derechos (reserva que a su vez suele ser ordinaria y en ocasiones cualificada: exigiendo una mayoría determinada para su aprobación, Leyes Orgánicas) y normalmente con la exigencia de respetar en tal regulación el contenido esencial del derecho afectado.

4. Con estos planteamientos podemos ya adentrarnos en la regulación que la *nueva Constitución y el resto del ordenamiento jurídico español* hacen del tema que nos ocupa.

Con rango constitucional se han consagrado, de una parte, las tradicionales limitaciones al ejercicio del derecho de petición (art. 29.2), y de otra, la posibilidad de limitar o exceptuar el derecho de sindicarse libremente «a las Fuerzas e Institutos Armados y a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar» (art. 28.1) (48). Asimismo, el artículo 70.1 e) declara inelégibles a

(48) La redacción del precepto constitucional no es un modelo de precisión, pues dice que «la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho —el derecho a sindicarse— a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...»; evidentemente el artículo debería hablar de *los miembros* o componentes de las Fuerzas Armadas, pero no de éstas en sí mismas, porque no puede pensarse en que estas Fuerzas como tales se sindiquen o no (!). Por otra parte se pone de manifiesto la imprecisión terminológica de la Constitución, al referirse a Fuerzas o Institutos (?) Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, cuando lo congruente con la propia sistemática de la Constitución habría sido referir la restricción, de una parte, a las Fuerzas Armadas, y de otra a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 8 y 104). En último lugar hay que señalar que la redacción final es, sin duda, la más estricta y restrictiva de cuantas se apuntaron

los militares profesionales en activo para los cargos de diputado o senador. Es loable que las previsiones específicas de limitación de estos derechos, se hayan efectuado a nivel constitucional. Lo que resulta, a mi juicio, anómalo, es que no se hayan fijado, también con rango constitucional, las restantes posibilidades de limitación derivadas de la condición militar, a la hora de regular los correspondientes derechos (de asociación, reunión y libre emisión del pensamiento), como podía haberse hecho siguiendo la pauta señalada en la Ley Fundamental Alemana y en las Declaraciones Internacionales a las que la propia Constitución se remite. El hecho es tanto más sorprendente, si se tiene en cuenta que no estaba ajeno a la *mens legislatoris* la necesidad de establecer para los militares el resto de las limitaciones, pues fueron las propias Cortes Constituyentes las que aprobaron simultáneamente, la *Ley ordinaria* en que tales limitaciones se contienen: las Reales Ordenanzas (que se aprobaron por las Cortes en el mismo mes, Diciembre de 1978, que la Constitución). El hecho no tiene un significado meramente circunstancial, pues supone *dejar en manos del legislador ordinario*, no sólo los criterios que han de orientar las eventuales limitaciones, sino incluso *la determinación de los derechos que puedan quedar afectados* por las mismas. Los efectos no han tardado en producirse, pues las propias Ordenanzas se resienten —en la ordenación del *status* militar— de esta imprecisión constitucional.

Son, en efecto, *las Reales Ordenanzas* de las Fuerzas Armadas, las que vienen a completar —en su Tratado III: De los deberes y derechos, artículos 168 y 99— lo que denominamos el *status* militar. Y es de nuevo una crítica de carácter formal, la primera que queremos formular. Pues entendemos que si conforme *al artículo 81* de la Constitución, *el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, debe efectuarse mediante ley orgánica*, se debía haber recurrido a esta garantía formal para regular las restricciones que de estos derechos y libertades se hace para los militares. Máxime, cuando la propia Constitución determina la necesidad de que una ley orgánica «regule las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución» (art. 8.2). La interpretación restringida a la literalidad, que de la previsión constitucional se ha hecho —regulando tan sólo en la Ley Orgánica los «órganos» fundamentales de la Institución Mi-

en los debates. El tenor del artículo parece *restringir en absoluto* cualquier posibilidad de sindicación o asociación profesional para los miembros de las Fuerzas Armadas; en contra, se pronunciaron los grupos parlamentarios comunista, catalán y socialista. Sólo una interpretación integrativa de la Constitución a partir de sus postulados esenciales posibilitaría en un futuro que, con la redacción apuntada, no se atente claramente al *contenido esencial* del derecho en cuestión.

litar—, ha dejado escapar la segunda oportunidad de garantizar, por medio de un adecuado y suficiente rango normativo, el *status* militar (49).

Pasemos, por último, al análisis del contenido sustancial del *status* que las Ordenanzas configuran. Se ha aumentado el catálogo de derechos cuya limitación se impone a los militares: a las tradicionales restricciones al ejercicio de los derechos de reunión, sindicación, asociación, actuación política y libertad de expresión (arts. 180, 181, 182 y 187), se han añadido los relativos a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 177) y al derecho a la posesión y utilización de los medios de comunicación social dentro de los recintos militares (art. 179). Estas últimas adiciones provienen, a mi juicio, de la *recepción* que las Ordenanzas han hecho en este Título del *Estatuto General de los Militares en Francia* (Ley francesa número 72/662 de 13 de julio de 1972), al que siguen incluso en la ordenación de los derechos afectados. Se verifica aquí el peligro, más atrás apuntado, que supone la inconcreción constitucional de los derechos que pueden restringirse para los militares. De otra parte, las nuevas restricciones no se han configurado, a mi juicio, con una adecuada congruencia con los postulados constitucionales. Fijémonos en el tenor del artículo 177 de las Ordenanzas: «Todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad.» La redacción no es afortunada, pero una adecuada interpretación podrá soslayar, en la práctica, sus imperfecciones. La *ratio* del precepto contiene dos bienes jurídicos en conflicto: uno de carácter individual (el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), y otro de carácter comunitario (la seguridad y la disciplina). Sólo cabe pensar en una prevalencia *excepcional* del segundo sobre el primero; y siempre respetándose el contenido esencial del derecho afectado. En circunstancias normales, ni la disciplina ni la seguridad parece que puedan exigir limitaciones a unos derechos tan fundamentales. Sólo cuando por gra-

(49) Nos referimos al contenido del Proyecto de Ley Orgánica de Bases de la Defensa Nacional y la Organización Militar, que publicó el *B. O. de las Cortes* el 21 de septiembre de 1979, y que, cuando esto se escribe, se dictamina en el Congreso. Se regulan únicamente en el mismo aspectos de la orgánica militar y de la Defensa, sin incluir ninguna norma sobre el Estatuto del militar. Habría sido una buena ocasión para convalidar el Estatuto por medio del adecuado rango normativo, sin forzar el mandato que la Constitución hace en el artículo 8.º, pues: 1.º, al decir «orgánica», la Constitución se refiere a este nuevo tipo de Leyes previstas en el artículo 81 y que precisamente comprenden como uno de sus contenidos necesarios el desarrollo de los derechos fundamentales; 2.º, tampoco se desvirtuaría el concepto de «Bases de la Defensa» si se regulara aquí el núcleo jurídico básico del *status* militar.

ves y tasadas razones puedan considerarse en peligro la disciplina o la seguridad, podrá la Ley posibilitar la limitación. Y como quiera que habrá de respetarse el contenido esencial, no parece que puedan quedar afectadas las manifestaciones individuales de la libertad de pensamiento en privado, ni la expresión individual de la libertad de conciencia. Probablemente lo que el artículo ha pretendido, es posibilitar las limitaciones de la libertad de pensamiento en sus manifestaciones dentro del servicio, o el culto religioso público u oficial en determinadas circunstancias. Otra interpretación podría ser contraria a la Constitución, pues «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10 de la Constitución). Pero además sería recluir al militar en esa «campana de cristal» de la que definitivamente debe salir.

B) *La calificación de status militar*

1. *Las restricciones de los derechos y libertades que al militar se imponen, implican unas claras limitaciones a su capacidad de obrar en Derecho Público. Cuando se trata de militares profesionales, estas limitaciones alcanzan carácter estable, de modo que puede decirse que el militar, por el hecho de serlo —es decir, por quedar adscrito permanentemente a la institución FAS— tiene un status especial de Derecho Público. El status será así el condensador de la posición jurídica especial que corresponde permanentemente en el Derecho Público al militar.*

El empleo que proponemos del concepto de *status*, no está desde luego ajeno a los importantes problemas que el propio concepto de *status* presenta. Por ello, y aunque aquí tomamos el concepto *status* en una acepción amplia y en un sentido instrumental, parece conveniente detenernos en la fundamentación histórica y doctrinal del empleo que proponemos del concepto.

2. *Históricamente, el concepto de status se desarrolla claramente por vez primera por obra del genio jurídico romano: tria enum sunt quae habemus, libertatem civitatem, familiam (Paulo, Digt. IV, V.). Ya entonces, aparece ligado el estado a la capacidad, de forma que, incluso la personalidad, era una consecuencia del estado: persone est homo statu civile proeditus. Esta acepción estricta del status es la que, andando el tiempo, va a plasmar en la doctrina restrictiva del status, como posición jurídica derivada de la pertenencia a una comunidad necesaria: familia, Estado (Cicu, Jellinek). Pero, junto a esta utilización esencial del concepto de status, el Derecho romano utiliza también el término para referirse a la «condición de los hombres»,*

incluyéndose en aquél a los «militari» (50). No parece, pues, ajena al Derecho romano, la consideración de que los militares tenían, por el hecho de serlo, una condición jurídica peculiar, a la que se calificaba de *status*.

De la evolución posterior, nos interesa entresacar el hilo conductor que desvela cómo el *status* se entiende como situación estable y permanente. Así, en la concepción medieval, nos encontramos con la caracterización que efectúa del *status* Santo Tomás, para el cual el significado viene a estar en relación con la etimología del término (*stare*), significando un «estar de pie», pero matizado con algo más, pues se requiere la inmovilidad, la quietud o la estabilidad; por tanto, el estado viene a ser cierta posición estable y diferenciada. Así lo van a recoger también nuestras *Partidas*, cuyo amplio concepto de estado nos interesa dejar anotado: «condición o manera en que los omes viven o están» (*Partida IV*, T. 23, L. 1.^a).

La concepción amplia del *status* es también la que ha primado en la doctrina científica. En España, la polémica sobre el *status* se ha centrado, casi exclusivamente (51), sobre la caracterización del estado civil; por ello, han sido los civilistas los que más intensamente han trabajado el tema. Así Federico de Castro, haciendo del «estado civil» piedra angular de su Derecho de las Personas, lo conceptúa como «la cualidad jurídica de la persona por su especial situación en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar» (52). Aunque, como se aprecia fácilmente, la tesis que mantenemos cabe plenamente en la definición transcrita, sería distorsionar la doctrina del maestro de la Universidad de Madrid, el no aclarar que la definición está formulada inicialmente tan sólo para el Derecho Civil. Si la traemos aquí, es como argumento de autoridad que se enmarca en la tradición doctrinal española que, en relación con el concepto de *status*, nos interesa destacar: La consideración del estado como cualidad de la persona determinante de su capacidad de obrar.

El concepto amplio de *status* aparece también en la doctrina extranjera. Una formulación próxima a la que mantenemos es la efectuada por Degni, que considera que el *status* puede derivar de la pertenencia a una profesión. Y, finalmente, una formulación expresa del *status militiae* aparece en la obra

(50) Citado por DE CASTRO (véase nota núm. 52), tomo II, pág. 58.

(51) La aportación de los publicistas españoles se ha canalizado en las últimas décadas a través del estudio del *status* en el Derecho Administrativo; desde este punto de partida, pero con una proyección general, ha analizado el problema, con el rigor que le caracteriza, GARCÍA DE ENTERRÍA, en el tomo II de su *Curso de Derecho Administrativo*.

(52) F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, tomo II.

de Seraceni *Il concetto di status* (53), considerándolo como *derivado de la asunción del sujeto en un organismo superior que determina las funciones sociales del adherente*, y que no será sino *la expresión subjetivo-pública de un ordenamiento jurídico dentro del ordenamiento general*; para ello es necesario admitir la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos en el sentido de Romano, conectándose de esta forma en una unidad institucional *status militiae*, Derecho Militar y Fuerzas Armadas. Se confirma así la presencia de las FAS de la nota institucional señalada por Renard: el bien común que determina la finalidad de la institución tiene que prevalecer sobre los intereses individuales y subjetivos de sus miembros, configurándose de esta forma, un *status* institucional específico.

V. ASPECTOS ORGANICOS

A) Altos órganos de la Defensa Nacional

1. Ya hemos visto anteriormente que el *Mando supremo de las Fuerzas Armadas corresponde al Rey* (art. 62, h). Se trata de una atribución que desde la Constitución de 1812 (art. 172) han repetido todas nuestras Constituciones (54). Los constitucionalistas suelen justificar esta atribución viendo aquí una conexión entre la misión de defensa correspondiente a los Ejércitos y la suprema representación internacional que al Jefe del Estado corresponde y, como consecuencia de la cual, le corresponderá declarar la guerra y acordar la paz cuando proceda (art. 63.3). Pero, además, en las Constituciones monárquicas se ha mantenido siempre una especie de vinculación innata entre la dinastía reinante y los Ejércitos, como derivada —según señalara Esmein (55)— de la antigua tradición de ser los Reyes educados para las armas. Esta vinculación es notoria en la historia contemporánea de España, y el monarca reinante ha procurado también mantener esos lazos de vinculación institucional por medio de unas muy cuidadas relaciones.

El aspecto más importante de este tema, que ya anteriormente quedó planteado, es el de la *efectividad* de esta Jefatura. Desde luego, en las Constitu-

(53) SERACENI: «Il concetto di Status», en *Archivio Giuridico*, 1945, págs. 107 y 132. La tesis de Degni está contenida en su obra *Personae fisiche*, pág. 166, citado por el anterior.

(54) El artículo 6 de la Constitución de 1837, que se mantiene con el mismo número en las de 1848 y proyecto de 1856; el artículo 28 de la Constitución de 1869; el 3 de la de 1876, y el 37 de la de 1931.

(55) ESMEIN: *Eléments de Droit Constitutionnell*, Paris, 1906.

ciones republicanas, el problema se resolvió *ab initio* con una denegación del mando efectivo al Jefe del Estado (Constituciones francesas del año III, de 1848 y de 1875). El problema es más delicado en las Monarquías, sobre todo en aquellas que, como la española tradicional, admitían la efectividad de la jefatura regia. Ya en el siglo pasado afirmaba Gladstone que el carácter parlamentario de la Monarquía, imponía la dirección del Ejército por un mando distinto del Monarca, un jefe responsable y por ello revocable (56). Y así, la técnica de la traslación de la responsabilidad al Gobierno por medio del refrendo, vino a convertir en simbólica esta dirección suprema. En nuestro derecho ello se consiguió a través de las Leyes Constitutiva del Ejército y Adicional a la misma, al disponer que «la organización del Ejército corresponde al Rey, *mediante su Gobierno responsable* y dentro de la presente ley y de la de presupuestos, y de los que fijen cada año la fuerza militar permanente» (art. 2). En definitiva, como señalara Palma, «si la presencia del Rey a la cabeza del Ejército, tomando parte en sus fatigas y peligros, puede producir felices resultados en el espíritu militar, sin embargo, sólo a título representativo debe corresponderle aquel mando supremo, porque en realidad aquel mando efectivo y la responsabilidad deben corresponder al Estado Mayor del Ejército de que se trate» (57).

Hay que mencionar, por último, la alusión que el artículo 65 párr. 2 de la Constitución hace a la Casa del Rey. Se faculta al Monarca, como era tradicional, para nombrar y revocar libremente a los militares que puedan integrarla. Por Decreto de 25 de noviembre de 1975, se restableció la Casa de S. M. el Rey, en la que se integra el llamado Cuarto Militar. Se sitúa así junto al Monarca un órgano auxiliar para el desempeño de las funciones relativas a la Jefatura de las Fuerzas Armadas. El referido Cuarto Militar fue creado por Real Decreto de 1902, y a él se adscriben los generales, jefes y oficiales que el Rey designe para las referidas funciones auxiliares; la composición orgánica, distintivos, etc., del Cuarto Militar están determinadas en normas de carácter reglamentario.

2. Es, por tanto, *al Gobierno* a quien *corresponde la efectiva dirección de la Defensa Nacional*. El artículo 97 de la Constitución, es en este caso incontrovertible. «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado». Naturalmente, esta atribución global implica una posterior diversificación orgánica y competencial en

(56) GLADSTONE: «Questions Constitutionnelles», citado por CASTILLO ALONSO en voz Ejército de la *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XIII.

(57) PALMA: *Corso di Diritto Costituzionale*.

cascada, de naturaleza administrativa. Y hubiera sido, a mi juicio, deseable, la constitucionalización de alguno de los altos órganos militares, para asegurar la necesaria presencia técnica militar en las grandes decisiones de la política de Defensa. Así lo hacía la Ley Orgánica del Estado con la Junta de Defensa Nacional y el hoy extinguido Alto Estado Mayor, así lo hacen también las Constituciones más modernas (58). Y así lo pretendió también el primer borrador del texto constitucional, que recogía en su artículo 133.2, «la Junta Superior de la Defensa» como órgano asesor del Gobierno en los asuntos relativos a la Defensa, así como de una Junta de Jefes de Estado Mayor como órgano colegiado superior del mando militar de las FAS. El siguiente paso fue la inclusión de las FAS en el Título Preliminar, donde ya no aparecía el párrafo transcrito, sino simplemente la ambigua remisión a la ley orgánica de bases de la Defensa Nacional.

Hay, por tanto, que suplir con la integración legal ordinaria, el vacío constitucional. Y fueron también en este punto las Cortes Constituyentes las que elaboraron la normativa básica, a través de la Ley 83/78, de 28 de diciembre, de regulación de las funciones de los órganos superiores del Estado en materia de Defensa Nacional. No vamos a hacer aquí un análisis de la misma, pues de un lado la materia no es ya constitucional y de otro, la normativa creemos que tiene carácter transitorio, pues habrá de constituir sin duda la base fundamental de la anunciada Ley Orgánica. Pero sí es necesario destacar, a los efectos institucionales que pretendemos esbozar, que la dirección de la guerra se atribuye al presidente del Gobierno, asesorado por la Junta de Defensa Nacional (art. 6.4); se disipan así los problemas estructurales que se planteaba la doctrina clásica en cuanto a la necesidad de un asesoramiento técnico, preciso e imprescindible, para la dirección de la guerra, salvaguardándose además la unidad de poder del Estado aún en su más crítica situación. Podría pensarse que todas estas consideraciones que sitúan al Gobierno en la cúspide efectiva de la organización militar, reafirman la tesis administrativista que hemos impugnado. Nada más contrario a la realidad, que confirma una vez más el carácter institucional. Porque, en efecto, el Gobierno es hoy considerado como un «exponente de la voluntad del pueblo, expresada en la última elección y debe imponerla frente al aparato administrativo...», realiza la soberanía del pueblo que no puede actuar por sí misma. Con esta finalidad organiza, dirige y vigila el aparato administra-

(58) Así, por ejemplo, la Constitución italiana recoge en el artículo 87, apartado 9, el Consejo Supremo de Defensa, que preside el Jefe del Estado. También la nueva Constitución portuguesa, si bien en este caso con las peculiaridades específicas de su proceso constituyente.

tivo» (59). En definitiva, tiene una doble naturaleza política y administrativa. En función de la primera «dirige la política interior y exterior... y la defensa del Estado» (art. 97) y, por tanto, toma las grandes decisiones *políticas* de la Defensa Nacional. En virtud de la segunda, dirige la Administración civil y militar: en este sentido, medial, instrumental, subordinado el aspecto decisional, político, hay que encuadrar a la Administración Militar. Lo institucional, por tanto, enmarca y unifica esos aspectos parciales.

B) *El servicio militar y la objeción de conciencia*

1. Si hemos caracterizado a las FAS como una institución arraigada en la realidad social, integradora del pueblo en orden a la Defensa Nacional, *el deber de defender a España* —que el artículo 30.1 de la Constitución, impone a todos los españoles— se presenta como un elemento de la construcción institucional.

Suele señalarse que el deber general del servicio de armas, es uno de los primeros —y de los pocos— deberes constitucionalizados: aparece ya en el artículo 9 de la Constitución de Cádiz, y desde entonces en todas las posteriores. Y ello se explica porque este deber tiene un origen pre-constitucional que se «nacionaliza» a partir de los principios de la Revolución francesa. En España suele presentarse a los Reyes Católicos como los primeros que impusieron un deber de servicio de armas con *carácter obligatorio* y permanente, para cubrir filas en la Santa Hermandad (1476). Lo cierto es que, si la obligatoriedad del servicio aparece claramente en el antiguo régimen, la *generalidad* del mismo sólo se consigue desde el marco de la legalidad que parte de la Revolución francesa. No obstante, aun durante el pasado siglo y el primer tercio del presente, hubo de lucharse en nuestro país contra las prácticas de las «redenciones o sustituciones», que dejaban reducidas a mera fórmula las declaraciones constitucionales de igual y general deber de servicio a la Patria con las armas.

Actualmente, este deber se caracteriza como de tipo personal, cuyo contenido consiste en *una prestación de servicios, forzosa, general y temporalmente limitada*. Los administrativistas suelen hablar por ello de «prestaciones personales».

El *contenido* de este deber, no se limita a la clásica prestación del servicio militar. Esta es la forma normal de la prestación, por medio de la cual se organiza de modo permanente la integración del pueblo en las FAS. Pero existen otras posibilidades fuera del servicio en filas, en que el ciudadano

(59) E. STEIN: *Derecho Político*, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, pág. 82.

puede ser requerido para defender a España: los supuestos de movilización excepcional o de caso de guerra. (Incluso cabría pensar que las «requisas» fueron una variante —prestación real— del mismo deber de defensa). Este contenido plural del deber de defensa es el que ha tenido en cuenta la Constitución, que remite al legislador ordinario la fijación de *las obligaciones militares* de los españoles (art. 30.2).

El término objetivo de la Defensa, después de fuertes debates, se fijó en «defender a España». Se ha excluido aquí conscientemente del enunciado constitucional el concepto de Patria, rompiendo nuestra tradición constitucional —unánime en hablar aquí de la «defensa de la Patria»—, así como los precedentes del Derecho comparado, pues tanto el liberal como el socialista, utilizan sin excepción el término patria. Como señaló el senador Gamboa, el concepto de Patria «tiene una acuñada tradición histórica y castrense, y el reconocimiento de su defensa debe hacerse no sólo como un derecho, sino también como un honor..., pues así es al menos en cualquier otra comunidad nacional para sus ciudadanos, en cualquier momento histórico y bajo cualesquiera regímenes políticos». Pero nuestros constituyentes prefirieron optar también aquí por el «malabarismo terminológico», que hizo prevalecer la redacción apuntada, ciertamente tautológica.

Desde el punto de vista de *los sujetos* del deber, hasta el último momento se consignaba a «los ciudadanos». El término era más restringido que el de *los españoles*, que introdujo definitivamente el proyecto del Senado, pues el término ciudadano —como señala Alzaga— implica, no sólo el carácter de español, sino además, el pleno disfrute de los derechos políticos, y esta circunstancia no siempre se dará; piénsese, por ejemplo, en el supuesto de guerra en el que pueden ser llamados a tomar las armas promociones que no hayan alcanzado la mayoría de edad (60).

Es necesario hacer por último una precisión derivada del carácter institucional de las FAS, que como hemos visto impone a sus miembros determinados *status*. *En el caso del militar no profesional el status es solamente reflejo*, en cuanto pueda incidir en el servicio. Al no existir una adscripción personal permanente a la institución, sino tan sólo una integración ocasional y temporalmente limitada, no puede hablarse de un *status* definitivo, y las limitaciones o restricciones se imponen tan sólo para esa ocasión y tiempo: «los militares no profesionales, durante el tiempo de prestación de sus servicios en las Fuerzas Armadas, podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieran, pero se abstendrán de realizar actividades políticas o sindicales» (art. 182.2 R. Ordenanzas).

(60) ALZAGA: *La Constitución...*, *op. cit.*

2. El párrafo 2 del artículo 30 de la Constitución reconoce el derecho a «la objeción de conciencia como causa de exención del servicio militar obligatorio, pudiéndose imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria». El estudio detallado de la objeción de conciencia desbordaría los límites de la perspectiva institucional con la que se ha enfocado este trabajo (61). Mas para no dejar en el vacío este importante aspecto de la regulación constitucional de las FAS, anotaremos sus rasgos principales.

La negativa individual a tomar las armas por razones religiosas o morales encuentra sus *orígenes* cuando entran en conflicto la obligatoriedad del servicio militar, con las creencias pacifistas de determinadas sectas religiosas. Los anabaptistas plantearon el problema por vez primera en Francia (en 1793) y en Estados Unidos se exime a los cuáqueros del servicio militar en 1802. El problema, por tanto, no es nuevo, sino que va unido desde sus orígenes al servicio militar tal y como se configura modernamente. Lo que le ha dado especial actualidad ha sido, de una parte su consideración contemporánea como uno de los Derechos Humanos que hay que garantizar (62), y de otra, la especial difusión de ideologías pacifistas en nuestro tiempo. En España, el problema ha surgido principalmente al extenderse la secta religiosa de los Testigos de Jehová, cuyos miembros se han negado sistemáticamente (desde los años 60) a vestir el uniforme militar y aceptar las demás obligaciones del servicio.

El tratamiento del problema en el Derecho comparado es muy vario:

— Algunas Constituciones modernas lo garantizan, efectivamente, como un Derecho fundamental: caso de Holanda, Alemania, Portugal y actualmente España.

— Desconocido por la mayor parte de los textos constitucionales, se regula, como excepción, por ley ordinaria, que impone normalmente un servicio sustitutorio (bien militar, pero no de armas, bien social no militar), de igual o mayor duración que el período de servicio en filas: casos de Francia e Italia.

— Desconocido por el ordenamiento jurídico, y eventualmente sancionable la negativa: Irlanda, Turquía y Suiza.

Este último sistema era el adoptado en *nuestro Derecho con anterioridad a la Constitución*. En una primera fase el problema de los objetores se va a

(61) La doctrina española se ha detenido además especialmente en este tema: RODRÍGUEZ DEVESA y GARCÍA ARIAS publicaron estudios en los números 3 y 22 de la *Revista Española de Derecho Militar*. También J. JIMÉNEZ: *La objeción de conciencia en España*, Ed. Edicusa, 1973.

(62) Recogido como Derecho Fundamental en las declaraciones internacionales de derechos citadas más atrás.

resolver con la calificación de la conducta como delito militar de desobediencia del artículo 328.2 del CJM; pero el problema se recrudece cuando terminados los períodos de cumplimiento de las penas impuestas (normalmente, de tres años y un día), los objetores vuelven a negarse a prestar el servicio, incurriendo de nuevo en desobediencia y atrayendo otra vez sobre sí las sucesivas penas. Una segunda fase del problema intentó atajarlo, bien por medio de su reconocimiento legislativo, con dos proyectos de ley en 1970, que no llegaron a madurar, bien con la solución adoptada en 1971 de configurar la negativa como un delito autónomo contemplado en el artículo 383 bis, del CJM, que salía al paso de las condenas sucesivas (63), dando por cumplido el servicio con el cumplimiento de la condena. Un último momento, ya en la transición, vino a reconocer tácitamente la objeción de conciencia antes de su consagración constitucional, pues de un lado se indultó a los que se hallaban cumpliendo condena o se sobreesayeron las causas abiertas por tal motivo, como consecuencia de las distintas medidas de gracia, y de otra parte se ordenó conceder prórrogas de incorporación a filas a los objetores que se presentaran en lo sucesivo (Decreto 23-XII-76), en espera de que se regularice por Ley su situación.

Hoy, aún a la espera de la Ley que regule la objeción de conciencia, sólo contamos con la *previsión constitucional* transcrita. Sobre ella hay que decir, en primer término, que plantea la objeción como una *repulsa total o global al servicio militar y sólo a éste*. Es decir, que deja fuera de una eventual objeción a las prestaciones de defensa excepcionales y a los actos aislados que puedan presentarse en el desarrollo del servicio militar (64). Esta interpretación es, desde luego, la que se deduce de la propia letra de la Ley. Pero además es, a mi juicio, la única adecuada a la *ratio* de la norma, porque lo general, y por tanto lo expansivo, es la imposición del deber de defensa, mientras que lo excepcional, y por ello lo restrictivo, es la objeción. Sólo con una interpretación excepcional de la objeción —ya defendida en los debates constituyentes por el senador Gamboa— podrá evitarse, además,

(63) Suele mantenerse erróneamente que estas condenas sucesivas se han seguido produciendo hasta la entrada en vigor de la Constitución (p. ej. ALZAGA, *op. cit.*). Hay que recordar que esa posibilidad había sido ya desechada desde 1970, pues de una parte la Jurisdicción militar, en algunas circunscripciones, salió al paso de esta dura aplicación, por medio de una original interpretación de la Ley, y de otra parte, el problema quedó legalmente zanjado con la inclusión del artículo 383 bis en el CJM.

(64) En ocasiones el objetor sólo se opone a la realización de actos concretos que no caben en su concepción religiosa. Así, se ha presentado el caso de un marinero que se negó a presentar reglamentariamente las armas al paso de la procesión del Corpus Christi. Naturalmente, este tipo de problemas pueden ser resueltos —como de hecho así ha sido— por el buen criterio de las autoridades militares.

que la picaresca convierta en letra muerta la declaración de obligatoriedad general del deber de defensa. El caso de Alemania, que se ha visto obligada a rectificar sus amplios conceptos sobre la objeción porque «se quedaban sin soldados», puede y debe ser motivo de seria reflexión.

Por último, desde el punto de vista práctico, hay que dejar constancia de que el problema de la objeción no se resolverá fácilmente con la previsión de un *servicio sustitutorio*. Sencillamente porque nuestros más numerosos objetores, los Testigos de Jehová, no han admitido en otros países ninguna prestación que venga impuesta de modo sustitutorio al servicio militar. De forma que, en Alemania, Bélgica y Dinamarca, se ha tenido que volver a sancionar a estos objetores. En la redacción del párrafo 2 del artículo 30, la prestación social sustitutoria, aparece *como una opción*, no como la única solución. El legislador podría por ello eximir absolutamente de cualquier servicio a los objetores, como se ha hecho finalmente en Suecia con los Testigos de Jehová (tras infinitud de debates y como excepción probadísima). No obstante, creemos que la interpretación argüida más atrás respecto a la *ratio* de la norma, es también aplicable aquí, y que por ello, en puridad, la prestación social sustitutoria debe ser siempre alternativa obligatoria para los objetores. Lo cierto es que la historia de la objeción de conciencia no ha terminado; el Tribunal Constitucional, al cual se encomienda (art. 53.2) la tutela de este derecho por medio del recurso de amparo, dirá la última palabra.

Las anteriores consideraciones han tratado de esbozar una construcción jurídica unitaria de las Fuerzas Armadas, tomando como base los preceptos que la Constitución dedica a las mismas, y desde una perspectiva institucional. La extensión del trabajo hace que no podamos completar, por ahora, ese cuadro institucional con dos temas capitales: las garantías positivas del *status militiae* (remedios pasivos y recursos) y la jurisdicción militar. El desarrollo legislativo que la Constitución requiere, y la aplicación que de la misma se haga, aconsejan también la espera para poder desarrollar la construcción que ahora ha quedado esbozada.