

# EL MANDO SUPREMO DE LAS FUERZAS ARMADAS (\*)

IGNACIO DE OTTO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MANDO SUPREMO EN LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL: 1. *El poder militar del Rey en la monarquía constitucional y el doble concepto de mando supremo.* 2. *Los poderes militares del Rey en el constitucionalismo español; mandar y disponer; amplitud y heterogeneidad de los poderes del Rey; el refrendo.* 3. *Las escasas competencias parlamentarias.*—III. EL MANDO SUPREMO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: 1. *Problemas del mando supremo en la monarquía parlamentaria.* 2. *Delimitación negativa: política de defensa y política militar.* 3. *El mando político: concepto; su titularidad en el régimen parlamentario; la fórmula de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.* 4. *El mando militar o efectivo.* 5. *La potestad militar del Rey:* A) El mando como competencia y como potestad. B) La relación entre competencia y potestad. C) Contenido y régimen de la potestad militar del Rey. 6. *El mando supremo y la actuación del Rey el día 23 de febrero de 1981.*

## I. INTRODUCCION

Al afrontar el examen del mando supremo de las fuerzas armadas, que la Constitución atribuye al Rey (art. 62.h), se tiene inevitablemente la impresión

---

\* Este artículo forma parte de un proyecto más amplio, ya, por desgracia, definitivamente truncado: la redacción del segundo volumen del *Derecho Constitucional* de su autor, que pensaba haber dedicado al estudio de los órganos constitucionales. En lo que se me alcanza, es, además, el último trabajo concluido por Ignacio de Otto antes de su, por tantos conceptos, prematura muerte. Y, al igual que en otras ocasiones, tuve, también aquí, el honor y el placer de asistir a su elaboración, como oyente y a veces interlocutor deslumbrado de quien, con pasión y rigor personalísimos, planteaba y resolvía de modo magistral y definitivo un problema hasta entonces doctrinalmente mal comprendido y solventado. Quien lea las páginas que siguen no atribuirá a parcialidad de discípulo y amigo la afirmación de que son una espléndida muestra del saber y capacidad de uno de nuestros más grandes constitucionalistas.—RAMÓN PUNSET.

de que el vaciamiento de las competencias regias a que conduce el principio parlamentario encuentra aquí un dique que frena su flujo hacia las manos del Gobierno. La sola mención del mando supremo de las fuerzas armadas invita a pensar que ahora nos hallamos ante algo distinto, ante un campo en el que fallan los razonamientos que una y otra vez nos han llevado a concluir que el Rey sólo formalmente tiene los poderes que la Constitución le atribuye y que en realidad corresponden a otros órganos del Estado, fundamentalmente el Gobierno. Lo que es verdad para los demás asuntos —tendríamos que decir, de ser cierta esa impresión primera— no lo es aquí: el mando de las fuerzas armadas sí es una competencia regia.

No hay, que yo sepa, un estudio de opinión sobre el punto, pero no parece aventurado suponer que tal es la creencia general entre las gentes no versadas en Derecho. Sin duda, entre los juristas que se han ocupado del asunto predomina la opinión —las excepciones son poquísimas— de que el mando supremo no se diferencia sustancialmente de las restantes competencias regias: también aquí nos hallamos ante un poder sin contenido decisivo y sin más significación que la puramente simbólica; hay incluso quien mantiene que atribuir al Rey el mando supremo tiene el mismo valor que decir que la justicia se administra en su nombre (art. 117.1), porque ni una declaración ni otra significan poder regio alguno. Pero es muy probable que el resto de la opinión, que acepta sin réplica esa interpretación parlamentaria de las demás competencias regias, disienta aquí radicalmente del parecer de los juristas y piense, en términos más o menos concretos, que el mando supremo de las fuerzas armadas no puede medirse por el mismo rasero y que se trata de una competencia efectivamente regia en cuyo ejercicio el Rey efectivamente «manda».

Algunas de las razones de este probabilísimo fenómeno —son muchas— se encuentran en el pasado y son comunes a otros países de Europa con tradición monárquica. Ya se verán. Pero hay otras más inmediatas y específicamente españolas, entre ellas el propio origen del actual régimen democrático, porque todo el mundo sabe que el Rey no solamente fue «motor del cambio», como se dijo tan expresivamente, sino que fue, asimismo, su principal garantía, concretamente porque aseguró el respeto del Ejército al proceso democrático y al régimen resultante. Quizá sería científicamente atrevido decir que sólo gracias al Rey las fuerzas armadas no obstaculizaron el camino hacia la democracia, porque para eso habría que demostrar que estaban dispuestas a hacerlo, y a hacerlo como un solo hombre, que no había discusiones y aun tensiones interiores suficientes para mantenerlas en su sitio. Pero es evidente que la resistencia que hubiera a la transición democrática —y la hubo, claro— encontró en el Rey un freno y una mordaza eficacísimos.

Pero el fundamento más firme de lo que cabe suponer es opinión mayoritaria se encuentra, claro está, en lo ocurrido en la noche del 23 de febrero de 1981, cuando el Rey cursó auténticas órdenes dirigidas a los mandos militares, y lo hizo, obviamente, sin refrendo alguno, pues quienes debían darlo, según el artículo 64 de la Constitución, se encontraban secuestrados en el Congreso de los Diputados. Las órdenes regias encontraron efectiva obediencia, y quienes no se la prestaron fueron procesados y condenados en sentencias que, sin entrar a examinar la actuación regia, porque no era el caso, parten del presupuesto de su corrección y reprochan a los condenados su desobediencia. La abrumadora mayoría de los ciudadanos considera que sin duda el Rey había obrado correctamente, que su actuación cabía de lleno dentro del mando supremo que la Constitución le encomienda, y que es incomprensible, cuando no cínica, la tesis de que el Rey había infringido la Constitución por haber actuado sin refrendo ministerial. En pocas palabras: parece claro que para la opinión pública el mando supremo permite que, al menos en una ocasión como aquélla, el Rey actúe solo, en ejercicio de un poder propio.

Ambos fenómenos han venido a fortalecer la impresión de que el Rey tiene sobre el Ejército algún específico poder de mando, que es específicamente suyo, sea cual sea su régimen jurídico. El Rey pudo garantizar el cambio porque es Jefe Supremo del Ejército y por la misma razón pudo actuar como lo hizo la noche del 23 de febrero, sin que en la conciencia de los españoles su actuación de esa noche viera restado en lo más mínimo su valor por la circunstancia de no ir acompañada de refrendo, porque el mando supremo no se percibe como una más de las competencias regias, como competencia del Gobierno sólo formalmente regia, como lo es, por ejemplo, la competencia para la disolución de las Cámaras, sino más bien al contrario, como competencia regia sólo formalmente compartida por el Gobierno refrendante.

En las páginas que siguen se va a tratar de explicar el contenido y régimen del mando supremo regio sobre las fuerzas armadas sin perder de vista la experiencia histórica que se acaba de mencionar, es decir, tratando de no dejarla al margen del Derecho. La relación del Ejército con el Rey se sitúa ciertamente al margen del ordenamiento en buena medida, en el concreto sentido de que reposa sobre el reconocimiento de una autoridad que no le viene al Rey de la Constitución solamente, sino de la historia, y que se haría sentir también al margen de los cauces constitucionales. Pero lo que aquí se trata de examinar es si no hay algo más que eso, si no será el mando supremo un poder jurídico del Rey que sirve de cauce a esa autoridad o lo suple cuando la rebelión lo desconoce.

La tesis mayoritaria sobre el mando supremo no puede explicar la con-

ducta regia del 23 de febrero de 1981 más que en términos de excepción, como un acto extraconstitucional que se justifica jurídicamente por la negación radical que del orden constitucional hicieron los rebeldes. El análisis que aquí se hace no da por buena anticipadamente esa conclusión, sino que conscientemente pretende interpretar el mando supremo regio en términos tales que la actuación del Rey quede inserta en la normalidad y continuidad constitucionales. Es un deber del oficio. La Constitución democrática tiene que ser interpretada en términos incluyentes y no excluyentes de la actuación de los poderes que constituye, porque su sentido es ante todo crear un mecanismo de gobierno democrático, no reducir el poder a la impotencia. Y esto, que vale en términos generales, es especialmente necesario cuando esa actuación está, como la del Rey ese día, directa y exclusivamente encaminada al mantenimiento mismo de la democracia.

Ante algo así es claudicación inadmisibles del constitucionalista limitarse a considerar las órdenes regias como anormalidad justificada por la anormalidad. Lo obligado es tratar de entender la Constitución en términos tales que se asegure su propia continuidad, hacer una interpretación extensiva en ampliación de la capacidad de respuesta normal a la anormalidad.

## II. EL MANDO SUPREMO EN LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL

### 1. *El poder militar del Rey en la monarquía constitucional y el doble concepto de mando supremo*

Uno de los rasgos típicos de la monarquía constitucional es que el poder del Rey en materia militar resulta más extenso e intenso que el que tiene sobre otros sectores del aparato administrativo. El poder militar del Monarca ha sido, por decirlo en pocas palabras, especialmente resistente a la parlamentarización y ha venido a constituirse así en el último bastión de la división de poderes estilo MONTESQUIEU. En la monarquía constitucional el Rey es, en su calidad de Jefe del Ejecutivo, cabeza de la Administración en todos sus sectores, sin más restricciones que las que derivan de la atribución de ciertas potestades al órgano legislativo y de la supremacía de la ley, pero tanto la distribución de competencias entre el Rey y Parlamento como el proceso de parlamentarización de aquéllas ha tenido en el ámbito militar unos rasgos bien distintos de los que han caracterizado otros sectores del poder público.

No importa ahora señalar las razones de ese fenómeno, que en todo caso no tiene una significación unívoca: un Ejército en manos del Monarca es

sin duda una enorme reducción de los poderes de la Asamblea parlamentaria y, llegado el caso, un poderoso instrumento antidemocrático, pero la sujeción del Ejército al Rey puede conducir también a su neutralización como factor político y asegurar así la estabilidad y normalidad del régimen liberal y democrático.

Lo que sí interesa destacar es que en esa especial presencia del principio monárquico en el ámbito militar el concepto de mando supremo ha desempeñado históricamente un importante papel, que, por desplegarse en dos campos distintos, como se va a ver de inmediato, ha dificultado una comprensión exacta de su contenido.

En efecto, la limitación del poder militar del Rey, originariamente omnicompreensivo, se hace principalmente mediante la atribución de ciertas competencias al órgano parlamentario, con la consiguiente merma de la competencia regia. Todas nuestras Constituciones desde Cádiz establecen, por ejemplo, que corresponde a las Cortes fijar anualmente la fuerza militar, esto es, determinar su magnitud o cuantía, atribuyendo así al órgano parlamentario un poder que de otro modo correspondería al Rey. Los poderes regios, en cambio, no son propiamente objeto de enumeración, salvo en alguna faceta muy concreta —por ejemplo, nombrar generales—, y la potestad regia queda definida mediante la atribución del mando supremo (Constituciones de 1812 y 1876), o diciendo que «disponen de la fuerza armada», fórmula típicamente española, como veremos, que aparece en todas nuestras Constituciones del siglo XIX.

Dos ejemplos servirán para ilustrar este fenómeno. La Constitución prusiana de 1850 dispone acerca de los poderes militares del Rey con sólo dos preceptos, uno en el que le atribuye el mando supremo sobre el Ejército (artículo 46) y otro en el que le confiere la potestad de nombrar todos los cargos —los militares y los demás— mientras una ley no disponga otra cosa (artículo 47). La Constitución imperial de 1871, en cambio, dedicaba extensos artículos a describir las potestades militares del Kaiser, pero si lo hacía era precisamente por ser constitutiva del Imperio: el problema no estaba en señalar el contenido del poder del Rey de Prusia frente al Parlamento, sino en constituirlo en Jefe del Ejército imperial determinando el contenido de su mando supremo frente al de los príncipes, que lo tenían sobre los contingentes que habían de integrar el nuevo Ejército.

El mismo carácter «evidente» de los poderes del Rey aparece con nitidez en el sistema de la Restauración española. Sin ningún precepto constitucional expreso, la Ley constitutiva del Ejército de 1878 establecía que «la organización del Ejército, en cuanto no afecte al presupuesto ni al reemplazo, pertenece al Rey y a su gobierno responsable». Se establece así un terreno

«libre de ley», sin que sea precisa para ello una expresa habilitación constitucional, porque se entiende que en materia militar el Rey tiene todos los poderes que no se han atribuido a las Cortes, o lo que es lo mismo, que éstas no tiene otros poderes que los que la Constitución les atribuye.

La razón del fenómeno es bien clara. Dado que el Ejército es una parte del Ejecutivo y su mando supremo se atribuye al Rey, una vez hecha esa atribución ya no es preciso enumerar los poderes regios, sino indicar los de las Cortes en una materia que en principio les es ajena. No se trata, en definitiva, más que de la aplicación rigurosamente simplista del principio de división de poderes, llamado aquí a una notable eficacia, pues de lo que se trata es precisamente de evitar la parlamentarización del Ejército.

En ese modo de dibujar el poder del Rey sobre el Ejército el mando supremo no es una competencia entre otras, sino, por decirlo así, un título que permite delimitar qué corresponde al Rey y qué al Parlamento en los casos dudosos. Un ejemplo: la noción de mando supremo permitió a la doctrina alemana del siglo XIX desarrollar un poder reglamentario del Rey en materia militar más fuerte que el que tenía en los restantes campos de la Administración. Utilizado en este sentido amplio, el mando supremo es un poder unitario del que derivan una serie de potestades concretas y heterogéneas, algunas mencionadas expresamente y otras implícitamente atribuidas en cuanto elementos integrantes del mando.

La segunda y más importante función de la noción de mando supremo es la de trazar en el conjunto de las competencias regias un círculo interior que se somete a un régimen especial, distinto del de los demás poderes regios en materia militar.

La distribución de la materia militar entre el Rey y el Parlamento no asegura que lo atribuido a aquél quede enteramente sustraído a éste, porque, aparte de la fuerza expansiva de la legislación —la ley puede en principio ocuparse de cualquier materia—, el Parlamento dispone de un poder de control que ejerce por diversos medios y, ante todo, a través de la exigencia de responsabilidad por el vehículo del refrendo. Pues bien, el concepto de mando supremo sirve para identificar dentro de las competencias regias algunas que están sustraídas a la exigencia de refrendo porque forman parte de la prerrogativa regia. El mando supremo es aquí una de las potestades regias sobre el Ejército, no su conjunto, y no comprende aquello que tiene carácter administrativo, sino tan sólo un específico haz de potestades de naturaleza específicamente militar.

El régimen de la Restauración ofrece un buen ejemplo de esta función del mando supremo. Tras señalar las potestades organizativas del Rey *con su gobierno responsable*, el artículo 5 de la Ley de 1878 establecía que cuando

el Rey tomase personalmente el mando del Ejército no sería necesario el refrendo, con lo cual circunscribía dentro de las potestades regias en materia militar una que quedaba sustraída a control. Una nítida distinción de este tipo la ofrece también la doctrina alemana del siglo XIX: dentro del peculiar poder reglamentario militar se distinguía entre reglamentos del Ejército, subordinados a la ley y necesitados de refrendo, y las «órdenes del Ejército» (*Armeebefehle*), que se dictaban en virtud del poder de mando en sentido estricto y que no necesitaban refrendo.

El concepto de mando supremo, por tanto, opera como concepto global que abarca todas las facultades regias en materia militar y como concepto más estricto que abarca únicamente el mando propiamente dicho, sin las competencias administrativas y de gestión.

2. *Los poderes militares del Rey en el constitucionalismo español; mandar y disponer; amplitud y heterogeneidad de los poderes del Rey; el refrendo*

A) La configuración de las competencias regias en materia militar responde en nuestra historia constitucional a los criterios que se acaban de apuntar. En el caso de las Constituciones españolas del pasado siglo, la asignación de las competencias regias se hace, en síntesis, como sigue:

a) El Rey ostenta el *mando supremo* con arreglo a la Constitución de Cádiz (art. 171.8: «Al Rey... corresponde... mandar los Ejércitos y Armadas») y con arreglo a la Constitución de 1876 (art. 52: «Tiene el mando supremo del Ejército y la Armada»). La mención del mando supremo falta, en cambio, en las Constituciones de 1837, 1845 y 1869, por las razones y con las consecuencias que se indicarán.

b) Todas las Constituciones establecen, sin embargo, que el Rey «*dispone* de los Ejércitos» (Constitución de 1812, art. 171.9, Constitución de 1837, art. 47.5; Constitución de 1845, art. 45.5; Constitución de 1869, art. 70; Constitución de 1876, art. 52). Las Constituciones de 1812, 1837 y 1845 dicen que dispone «libremente» y «distribuyéndola como más convenga», expresiones que desaparecen en las Constituciones de 1869 y 1876.

Este poder de disposición se extiende a la Milicia Nacional en las dos Constituciones en las que ésta existe, es decir, en la de 1812 (art. 365) y en la de 1837 (art. 77), estableciéndose en ambas que la disposición es libre cuando se haga dentro de la respectiva provincia, pero que se requiere la autorización de las Cortes cuando se haga fuera de ella.

c) Todas las Constituciones establecen, además, los poderes del Rey para los *nombramientos* militares. Según la Constitución de Cádiz, el Rey

«nombra los generales» (art. 171.8) y «provee todos los empleos militares» (art. 171.5). En las Constituciones de 1837 (art. 47.9) y 1845 (art. 45.9) tal potestad no se menciona expresamente, sino que queda englobada en la de «nombrar todos los empleados públicos». En la de 1869 se hace alusión expresa a la facultad de «conferir los empleos civiles y militares» (art. 73.2), que también aparece en la Constitución de Cádiz (art. 171.5), la cual, sin embargo, menciona también expresamente la facultad de «nombrar los generales» (art. 171.8). La Constitución de 1876 dispone que el Rey «concede los grados, ascensos y recompensas militares con arreglo a las leyes» (art. 53).

B) Lo más interesante de esta forma de atribución de competencias al Rey es la dualidad que se establece entre «mando supremo» y «disponer de la fuerza armada». La Constitución gaditana dice separadamente que corresponde al Rey mandar los Ejércitos y Armadas y que dispone de los Ejércitos, dualidad que reaparece en la Constitución de 1876, aunque esta vez fundida en un solo precepto.

En esta dualidad de atribuciones, mandar y disponer, parece quedar apuntada una diferencia que luego examinaremos y que tiene suma relevancia: la que hay entre el mando militar en un sentido político, esto es, disponer de la fuerza armada, decidir acerca de su uso y de sus objetivos, y el mando en un sentido técnico, el llamado mando efectivo, de contenido militar y que presupone la facultad de dar órdenes directamente a las unidades y adoptar concretas decisiones operativas.

Es muy revelador al respecto que el mando supremo, presente en la Constitución de 1812 y en la de 1876, no se recoja en las Constituciones isabelinas. La explicación más probable del fenómeno es que el trono estaba ocupado por una mujer: se mantiene la facultad de disponer de la fuerza armada, capital en la monarquía constitucional en cuanto sustrae el Ejército a la disponibilidad parlamentaria; pero no se establece el mando supremo regio porque ésta es una potestad militar que, en la mentalidad de la época, no se concibe en una mujer.

El propio texto de la Constitución de 1812 parece confirmar que la diferencia entre disponer y mandar se establece intencionadamente y con el contenido que se acaba de apuntar: mientras que el Rey «dispone» de la fuerza armada (art. 171.9) y de las milicias nacionales (art. 365), sólo «manda», al menos en términos constitucionales, sobre los Ejércitos y Armadas, y no sobre las Milicias, de las cuales dispone con la limitación de necesitar la autorización de las Cortes para utilizarlas fuera de la provincia (art. 365). La diferencia responde a que la Milicia se concibe como una fuerza armada parlamentaria, o al menos civil, no vinculada directa e inmediatamente al Monarca, al que por esa razón no se atribuye su mando y sólo condicionada-



mente el poder de disposición. Disponer y mandar no son, por tanto, la misma cosa para los constituyentes de Cádiz.

En la Constitución de 1876 la expresión mando supremo se emplea inequívocamente en el sentido que aquí se apunta, como mando militar. Con el reconocimiento del mando supremo se trata, sin duda, de que el propio Rey sea en persona el Jefe Supremo del Ejército, para evitar que éste dependa sólo del ministro correspondiente que ha de refrendar los actos regios dictados en ejercicio de la facultad de disponer. Se trata claramente de asegurar una vinculación directa y de naturaleza específicamente militar entre el Ejército y el Rey. Es más, se llega a formular la pretensión de que el Rey ejerza personalmente ése cuando, como por cierto ya lo había hecho en la Guerra del Norte. A este respecto son sumamente ilustrativas estas palabras del MARQUÉS DE LA HABANA. Tras señalar las consecuencias de que el Ejército hubiera quedado a merced del ministro de la Guerra y de generales políticos en la época isabelina, dice literalmente: «Deseo sea el Rey el verdadero Jefe del Ejército español, como lo es en Italia, por ejemplo, en que el Rey y los Príncipes mandan las fuerzas de Mar y Tierra, teniendo la monarquía un carácter militar que no es incompatible con el sistema representativo» (*Diario de Sesiones del Senado* de 2 de junio de 1876, pp. 193 a 196).

C) El laconismo constitucional no significa de ningún modo que las competencias regias sean reducidas. El poder militar del Rey en la monarquía constitucional queda integrado, como se acaba de indicar, por todas aquellas potestades que tienen por objeto al Ejército y que no han sido atribuidas al órgano parlamentario en el proceso de limitación de las competencias regias. De ahí resulta, en primer lugar, una extraordinaria heterogeneidad de los poderes del Rey en la materia. Junto al mando militar en el sentido estricto de este término, del que nos ocuparemos luego, el Rey ostenta sobre el Ejército un conjunto de potestades que pertenecen netamente al campo de la Administración o, si se quiere utilizar un término de contenido menos jurídico, al campo de la gestión, y que no guardan una relación directa con el mando, esto es, facultades que podrían tenerse también sin ostentar el mando militar y que en los Ejércitos modernos tienden a organizarse autónomamente. Se trata, por ejemplo, de las potestades de administración en armamento, materiales y personal y, en un nivel más específicamente militar —por su conexión con opciones de defensa y estratégicas—, de la potestad de organización del Ejército, estructuración de sus unidades, del adiestramiento y equipamiento de la tropa, de la inspección, el poder disciplinario, etc. Se trata, en fin, de un conjunto de poderes que no se definen por su naturaleza, sino por su objeto, y que abarcan todo lo que recaiga sobre el Ejército.

La Ley adicional a la constitutiva del Ejército, de 19 de julio de 1918, es

extraordinariamente reveladora al respecto. Primero, porque la propia delimitación del contenido del mando militar ya es en sí misma suficientemente comprensiva: «El mando militar de las fuerzas del Ejército se extiende a todo el personal y material de éstas; a la dirección, gobierno, policía y administración de los servicios en todos los ramos que afecten a las mismas y, con arreglo a las disposiciones legales, a la jurisdicción de guerra correspondiente, y a las funciones que marquen las leyes a la autoridad militar en el territorio donde se ejerzan» (art. 4). En segundo lugar, porque de ella resulta inequívocamente que junto al mando militar el Rey tiene también el de gestión: «La organización del Ejército corresponde al Rey mediante su gobierno responsable y dentro de la presente ley, de la de presupuestos y de las que fije cada año la fuerza militar permanente» (art. 3, párf. 2.º).

La amplitud y heterogeneidad de las potestades regias, y sobre todo la dualidad de funciones administrativas y militares, se plasma también en el plano organizativo. La función administrativa se encomienda al Ministerio de la Guerra y la propiamente militar a las autoridades militares. En el artículo 4 de la Ley Adicional se disponía que «al ministro de la Guerra corresponde la organización y gobierno del Ejército y de los servicios militares, estando a su cargo la administración y dirección superior del mismo». Y tal precepto se introduce después de definir, en los términos indicados, lo que es el mando militar, lo que inequívocamente significa que éste no pertenece al ministro. La incardinación del Estado Mayor General —de la autoridad de mando militar— en el Ministerio de la Guerra impide que, al menos en tiempo de paz, la dualidad de organismos militares y administrativos quede tan netaamente dibujada como cuando el Rey asume el mando de un Ejército en campaña y empieza a operar con un «refrendo» puramente militar, como se indicará más adelante.

Esta escisión orgánica resulta especialmente clara y complicada en la Alemania imperial, que ejemplifica a la perfección cómo el concepto de mando supremo protege un núcleo de poder regio frente a todo intento de parlamentarización. Mientras que el Ministerio de la Guerra construido por SCHANHORST era órgano único de mando militar, el ulterior desarrollo del peso del Parlamento y el impulso hacia la responsabilidad ministerial lleva a un fraccionamiento de las instancias militares: *Ministerio de la Guerra*, reducido a lo puramente administrativo e incardinado en el aparato político, en el que representa los intereses del Ejército; *Gabinete militar*, órgano consultivo del Rey sin competencias bien definidas, y el *Generalstab*, luego *Oberste Heeresleitung* (OHL), que era el organismo de mando militar propiamente dicho, situado al margen de toda la maquinaria administrativa y política.

D) Pero a la hora de determinar el poder regio en materia militar lo relevante no es sólo lo puramente cuantitativo que se acaba de indicar. Como se verá luego, las potestades militares de las Cortes no son en la Constitución española de 1978 mucho más extensas que, pongamos por caso, en la Restauración. No, lo decisivo, y donde se libra la batalla más importante, es la sujeción de esa potestad a un control parlamentario mediante el refrendo y la correlativa exigencia de responsabilidad ministerial.

Pues bien, la propia heterogeneidad de las potestades regias permitía una diferenciación de regímenes jurídicos según se tratara de actos de mando militar en el sentido estricto del término o de actos de naturaleza administrativa o de gestión. En el Derecho público alemán del pasado siglo la división resultaba clara: los actos de mando militar en sentido estricto no están sujetos a refrendo y, por consiguiente, están exentos de responsabilidad parlamentaria, que sólo se da, como el propio refrendo, para las cuestiones administrativas. El poder propiamente militar se presenta así como un poder claramente sustraído al Parlamento, a los partidos, a la política y atribuido exclusivamente al Rey como parte de su prerrogativa.

El sistema de la Restauración responde inequívocamente a este esquema, aun cuando la zona exenta de refrendo resulta más restringida. Efectivamente, si bien el artículo 49 de la Constitución exigía el refrendo para todos los actos del Rey, sin excluir los de mando militar, el artículo 4 de la Ley Constitutiva del Ejército, de 29 de noviembre de 1878, disponía que cuando el Rey «tome personalmente el mando de un Ejército o de cualquier fuerza armada, las órdenes que en el ejercicio de dicho mando militar dictase *no necesitarán ir refrendadas* por ningún ministro responsable»; y el artículo 26 se ocupaba de marcar la diferencia y subrayar la parlamentarización de las restantes competencias al decir que la organización del Ejército «pertenece al Rey y a su gobierno *responsable*». Y la Ley Adicional mantenía esa ausencia de refrendo ministerial sustituyéndolo por una especie de «refrendo militar»: «Si el Ejército en que se presenta el Rey está en operaciones de campaña, su general en jefe tomará la denominación y ejercerá las funciones de Jefe de Estado Mayor General; en tal concepto firmará todas las órdenes del soberano y por consiguiente asumirá la responsabilidad de la ejecución» (artículo 2, párf. 4.º).

### 3. *Las escasas competencias parlamentarias*

A) Aun cuando en la teoría de la monarquía constitucional y en su derecho positivo el Ejército aparezca como cosa del Rey, esto no significa una total desposesión del órgano parlamentario. Ni el Ejército está al margen del

Estado, sustraído por entero a los principios que informan su estructura, ni la monarquía constitucional es una forma nítida y constante en el tiempo y en el espacio de distribución de poderes entre el Rey y el Parlamento, sino que está sujeta a matices y variaciones, que también se hacen sentir en el campo militar.

A la base misma del sistema de la monarquía constitucional pertenece la potestad presupuestaria del Parlamento, con la correlativa limitación del poder regio, y el Ejército no queda sustraído a este principio estructural del sistema: los poderes regios en materia militar quedan limitados por la necesidad de que el presupuesto —también en materia militar— sea aprobado por el Parlamento. Puede parecer algo obvio, pero no lo es en absoluto, y no es casualidad que el origen del debate alemán del siglo XIX acerca de la naturaleza jurídica del presupuesto, de importancia capitalísima para la evolución del Derecho público moderno, se encuentre precisamente en la reforma del Ejército prusiano, porque la potestad presupuestaria del Parlamento le atribuía la última palabra y limitaba así de manera radical —en la raíz— el poder del Rey en su calidad de señor de la guerra. La primera limitación de la potestad militar regia en nuestra historia constitucional se encuentra, por tanto, en los preceptos de la Constitución gaditana que atribuían a las Cortes la potestad presupuestaria (arts. 131.12.º y 13.º y 341 y sigs.).

Digamos de pasada que el poder regio tendría que quedar sometido también a otra limitación general, no específicamente referida a la militar: la que deriva de la independencia de la jurisdicción, que exige que la potestad jurisdiccional se desligue del mando supremo y se atribuya a un órgano distinto del que lo ostenta e independiente de él. Esto significa que, incluso con una jurisdicción militar como jurisdicción especial incardinada en el seno del Ejército, los tribunales militares no podrían quedar sujetos al mando militar que culmina en el Monarca y que el mando supremo, por tanto, no comprendería en ningún caso competencias jurisdiccionales. Pero probablemente está de más decir que tal faceta de la limitación constitucional del mando supremo no puede mencionarse más que en honor del principio de que deriva, porque hasta fecha bien reciente la jurisdicción militar ha sido entre nosotros del todo ajena a cualquiera de las exigencias que informan la jurisdicción del Estado de Derecho.

B) Otras limitaciones del poder regio en favor del Parlamento se refieren ya específicamente al Ejército, esto es, no son simple reflejo de un principio básico, sino prescripciones que tienen por específico objeto el Ejército precisamente. La más importante es la facultad de las Cortes para fijar la cuantía o magnitud del Ejército, de lo que nos ocuparemos luego, pero junto a ella hay otras que hay que mencionar brevemente. En primer lugar, la compe-

tencia para determinar las bases del servicio militar: la Constitución de Cádiz decía que todo español está obligado a «defender la Patria con las armas cuando sea llamado *por la ley*» (art. 9), fórmula que reaparece en las Constituciones ulteriores sin excepción (1837, art. 6; 1845, art. 6; 1869, art. 28, y 1876, art. 3.1). En otras Constituciones se añade alguna competencia más: la de 1812 dice que corresponde a las Cortes «dar ordenanzas al Ejército, Armada y Milicia Nacional en todos los ramos que lo constituyen» (artículo 131.11) y en las Constituciones de 1869 (art. 73.2) y 1876 (art. 53) se dice que les corresponde regular la concesión de empleos militares.

C) Pero la más importante competencia parlamentaria en materia militar se encuentra sin duda en la potestad de determinar la magnitud del Ejército —el número de las tropas, quiere decir esto—, así como en la fijación del contingente a incorporar a filas. Se trata de dos cuestiones de enorme importancia desde la perspectiva liberal no sólo por el obvio poder político que supone decidir acerca de la magnitud del Ejército, incidiendo así directamente sobre el objeto del mando supremo regio, sino también porque el asunto afecta de modo directo a los ciudadanos en cuanto que la fijación del contingente anual afecta al deber de prestar el servicio militar. La asunción de esta facultad por el órgano legislativo responde también a la obvia repercusión que tiene sobre el presupuesto. El poder para decidir acerca de la magnitud del Ejército adquiere así un relieve especial en la configuración de las relaciones entre el Ejecutivo monárquico y la representación parlamentaria.

Esta facultad de las Cortes es una constante de nuestra historia parlamentaria, aunque también lo es su minimización. Desde Cádiz queda claro que corresponde a las Cortes determinar *anualmente* la fuerza militar permanente de mar y tierra. Así lo dispone la Constitución de 1812 en su artículo 131.10, según el cual corresponde a las Cortes «fijar todos los años a propuesta del Rey las fuerzas de tierra y mar, determinando las que se hayan de tener en pie en tiempo de paz y su aumento en tiempo de guerra». Por su parte el artículo 357 dispone que «las Cortes fijarán anualmente el número de tropas que fuesen necesarias según las circunstancias y el modo de levantar las que fuese más conveniente». Sobre esta base, la Ley constitutiva del Ejército, de 9 de junio de 1821, disponía que las Cortes habían de fijar cada año el número de tropas del Ejército permanente y, además, habían de ordenar el reclutamiento anual, decidiendo, por tanto, acerca del contingente. La facultad de fijar anualmente la magnitud del Ejército se mantiene en la Constitución de 1837 (art. 76), en la de 1845 (art. 79), en la de 1869 (artículo 106) y en la de 1876 (art. 88). Por cierto, la Constitución de 1869 reconoce expresamente la faceta presupuestaria del asunto al disponer que las leyes que determinen la fuerza militar se votarán antes que la de presupuestos. La

mención, siquiera sea indirecta, de la potestad de fijar el contingente anual desaparece, en cambio, en las Constituciones que siguen a la gaditana, pero se sigue ejercitando hasta la Restauración, de modo que las Cortes aprueban anualmente dos leyes distintas, una fijando la magnitud del Ejército y otra aprobando el reemplazo. A partir de la Restauración, sin embargo, se aprueba únicamente la ley anual que determina la fuerza militar y el reemplazo se dispone por el gobierno por vía reglamentaria.

La determinación de la fuerza militar tiene, sin embargo, tan sólo un significado cuantitativo, esto es, las Cortes determinan el número de tropas de que debe constar el Ejército permanente y nada más. En aplicación de la Constitución de Cádiz, la Ley constitutiva del Ejército de 1821 disponía que las Cortes, además de fijar el número de tropas, las distribuirían entre las diversas armas, pero tras el período absolutista de 1823-1833 la ley se limitaba a un único artículo que fijaba el monto total de los individuos del Ejército sin hacer distribución alguna.

La historia constitucional alemana ofrece una buena ejemplificación de la importancia política de esta facultad parlamentaria, así como de la relación que guarda con el mando supremo militar. El sistema que se quiso introducir por el Gobierno en la Constitución imperial consistía en determinar la cuantía del Ejército por un porcentaje de la población, con la consiguiente elevación periódica, y en la determinación de una cantidad de dinero fija por cada hombre. Tal sistema suponía dar una notable rigidez al Ejército, ciertamente, pero dejaba comprometido presupuestariamente al Parlamento. Frente a la pretensión liberal de que el Parlamento procediese a la fijación año por año, que conduciría a mantener permanentemente abierta la vieja querrela Parlamento-Gobierno en materia militar, la fórmula de compromiso que se plasmó constitucionalmente fue que, tras un primer período provisional regido por el criterio del porcentaje de la población, la magnitud del Ejército habría de fijarse por ley, que si ésta no se aprobaba continuaría el criterio anterior y que, en igual caso, el Kaiser podría determinar por sí mismo y libremente la magnitud del Ejército. Resultaba así que, si había ley, el Kaiser disponía de un poder subordinado en la materia, pero a falta de ley disponía de un poder de decisión libre que formaba parte de su poder de mando o *Befehlsgewalt* (arts. 60, 62 y 63.4 de la Constitución imperial de 16 de abril de 1871). En la práctica, la fijación de la magnitud del Ejército se hizo por ley, ciertamente, pero no año por año, sino por períodos más amplios de tiempo, septenios en la primera fase de la vida del Reich, y cuando se llegó a la fijación anual (1912-1913) no fue por triunfo del punto de vista liberal, sino porque las circunstancias políticas llevaron al Ejército a pedir y obtener del Reichstag un constante incremento de sus efectivos.

## III. EL MANDO SUPREMO EN LA CONSTITUCION DE 1978

1. *Problemas del mando supremo en la monarquía parlamentaria*

En el ámbito de la monarquía parlamentaria que diseña la Constitución de 1978 los problemas que plantea el mando supremo tienen poco que ver con lo que se acaba de describir y el proemio histórico tiene aquí más bien la función de señalar un contraste nítido, aparte de la de explicar el sentido político de la atribución del mando supremo al Rey, un asunto sobre el que se ha de volver luego.

En efecto, en lo que se refiere al contenido, es obvio que el mando supremo no puede designar un poder militar regio de contenido heterogéneo, un poder general en materia militar integrado por múltiples facultades y sólo exteriormente limitado por el Parlamento. Las Cortes tienen también en esta materia una potestad en principio ilimitada tanto para legislar cuanto para ejercer control. Si acaso podría suscitarse la cuestión de si al quedar atribuida al Gobierno la dirección de la administración militar y de la defensa del Estado se excluye la posibilidad de aprobar una ley cuyo contenido fuese precisamente un acto de dirección de esa naturaleza. Pero de aceptarse que existe tal limitación de los contenidos posibles de la actividad legislativa —por ejemplo, que no cabría aprobar por ley un plan estratégico— no se trataría de una limitación derivada del mando supremo regio, sino de una expresa atribución constitucional de potestad al Gobierno, y por ello mismo no sería específicamente militar, sino que se produciría en relación con todas las competencias gubernamentales.

El mando supremo es, por tanto, una específica competencia, no un poder militar genérico, que se inscribe claramente en el campo de lo ejecutivo, y la cuestión radica en saber cuál es su contenido concreto, qué específico poder sobre el Ejército engloba.

En lo que se refiere al régimen jurídico del mando supremo, el problema es también distinto del que se ha planteado tradicionalmente en la monarquía constitucional, en la que la potestad regia de mando supremo en el sentido propio del término se invocaba para defender la existencia de un espacio libre de refrendo y sustraído a toda posibilidad de control parlamentario y de exigencia de responsabilidad. Nada de eso ocurre ahora, porque los actos en que se despliega la competencia regia de mando supremo están inequívocamente sujetos a refrendo, y de una manera casi unánime la doctrina extrae de ello la consecuencia de que el mando supremo es en rea-

lidad competencia del refrendante, de aquel a quien el refrendo endosa la responsabilidad, de modo que la atribución al Rey tiene sólo un carácter simbólico o representativo.

De esta tesis difieren tan sólo L. SÁNCHEZ-AGESTA y M. RODRÍGUEZ HERRERO DE MIÑÓN, quien sostiene, tanto con su teoría general del refrendo como con argumentos específicamente referidos al mando supremo, que en el ejercicio de éste hay un poder regio de codecisión. «El monarca parlamentario no puede ejercer el mando militar sin la asistencia ministerial que endosa la responsabilidad del mismo», pero «el ejercicio del mando militar en estas condiciones no equivale a una actividad puramente formal carente de contenido y compatible con la exclusiva de los ministros en la materia, puesto que si el rey necesita el concurso de éstos, la actividad refrendada sigue siendo una actividad regia».

Adelantemos ya que la tesis que aquí se mantiene no coincide plenamente con ninguna de estas dos. Los actos de mando supremo, en cuanto ejercicio de una *competencia*, están sujetos obviamente a refrendo y, por exigencia del principio parlamentario, el refrendante asume la responsabilidad, sin que nada justifique la tesis de un poder propio del Rey en la materia. Sin embargo, el mando supremo no es sólo una competencia, sino también una *potestad*, que se atribuye al Rey sin competencia —singularidad de la organización militar, como se indicará— y que por su propia naturaleza no pueden ir refrendadas por el Gobierno. Desde esta construcción, la actuación del Rey el 23 de febrero de 1981 resulta fácilmente explicable desde un punto de vista constitucional.

## 2. *Delimitación negativa: política de defensa y política militar*

Lo primero que hay que destacar es que el mando supremo de las fuerzas armadas aparece claramente configurado como uno más entre los que integran un conjunto más amplio, que en España está dotado de reconocimiento constitucional: la defensa. El mando supremo es tan sólo un elemento en las potestades relativas a la defensa porque su objeto, las fuerzas armadas, no es a su vez más que uno de los instrumentos de la defensa, aunque sea el más significativo sin duda. De la defensa —esto es, de lo bélico, si se quiere utilizar un término más técnico, que no oculta pudorosamente la posibilidad de la guerra ofensiva— participa no sólo el Ejército, sino la totalidad de las fuerzas de toda índole de una nación, y muy destacadamente la economía, y esta neta distinción entre lo relativo a defensa y lo relativo al



Ejército, uno de sus elementos integrantes, quizá constituya una de las características políticas más nítidas de la actualidad. Nuestra Constitución la recoge varias veces de manera implícita o explícita: según el artículo 8.º, corresponde a las Fuerzas Armadas «garantizar la soberanía e independencia de España, *defender* su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», pero esa defensa no les corresponde en exclusiva, sino que es un derecho y deber de todos los españoles (art. 30.2), deber distinto de sus obligaciones militares, que se fijarán por ley (art. 30.2), y que, por tanto, se impone también a quienes no las tengan. La misma diferencia aparece cuando se dice que el Estado tiene competencia exclusiva en «Defensa y Fuerzas Armadas» (art. 149.1.4). Como dice la Ley Orgánica de la Defensa Nacional (Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, modificada por Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, en adelante LODN), que diferencia claramente entre defensa y organización militar, «la defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de *todas* las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin», y la Constitución se refiere separadamente al mando supremo de las Fuerzas Armadas, que estamos examinando, a la dirección de la administración militar y a la de la política de defensa, al señalar las competencias del Gobierno (art. 97), estableciendo así una distinción entre potestades que tienen por objeto sólo el Ejército —aquel mando y la dirección de la administración militar— y la política de defensa como concepto más amplio.

Todo esto ha de considerarse hoy algo obvio, y repetirlo aquí no tiene otra finalidad que la de subrayar que el mando supremo, aun cuando abarcara hipotéticamente todas las facultades imaginables sobre el ejército, no sería sino una de las partes integrantes de los poderes relativos a la defensa. Tal es la idea que subyace al artículo 5.º de la LODN cuando dice que «corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales ordenanzas y las demás leyes y, *en especial*, el mando supremo de las Fuerzas Armadas», precepto que indica claramente que este mando es *una* de las potestades posibles en materia de defensa.

De aquí se desprende que ya no cabe una interpretación expansiva del concepto de mando supremo que condujera, como en la Monarquía constitucional, a utilizarlo para hacer del Rey el *Kriegsherr*, el señor de la guerra. Al contrario, la Constitución dispone expresamente que corresponde al Gobierno dirigir la defensa del Estado (art. 97), de modo que no cabe ninguna interpretación del mando supremo que incluya en éste potestades pertenecientes a tal dirección. Esto quiere decir también que las competencias

que el Rey pudiera tener en materia de defensa no le corresponderían en ningún caso como titular del mando supremo de las Fuerzas Armadas, sino a otro título. Así, la posibilidad de que el Rey presida la Junta de Defensa Nacional (art. 9.1 de la LODN) no le corresponde en virtud del mando supremo, sino como Jefe del Estado y, por tanto, con el contenido que esa función determina y que es muy similar al que tiene su eventual presidencia de las sesiones del Consejo de Ministros (art. 62.g). La importancia de esta precisión se pone de relieve si se compara la potestad regia en la materia con la del Presidente de la República italiana, al que la Constitución atribuye, junto al mando de las Fuerzas Armadas y como una cosa distinta, la Presidencia del Consejo Supremo de la Defensa (art. 87, ap. 9).

Otra cosa queda fuera de duda a partir de los datos del derecho positivo español: el mando supremo no comprende un poder de *gestión* sobre las Fuerzas Armadas. En la Monarquía constitucional, el mando supremo implicaba poderes acerca de materiales, armamento y personal; permitía decidir sobre cosas tales como fortificaciones, adiestramiento de la tropa, enseñanza, personal, etc., todo ello mediante las oportunas órdenes y reglamentos y con potestad inspectora y sancionadora. El mando supremo no era sólo el mando del Ejército actuante, del Ejército en acción, el mando sobre su movimiento, sino también la responsabilidad máxima sobre la maquinaria bélica en cuanto tal, el poder supremo sobre su preparación global para acometer sus objetivos.

Nada de eso ocurre en la Constitución española porque tal gestión es una labor típicamente administrativa, que corresponde al Gobierno, que «dirige la administración militar», integrada por la administración ministerial correspondiente y por las Fuerzas Armadas en cuanto tales. A ese concepto añade la LODN el de «política militar», que define como la que determina la organización, preparación y actualización del potencial militar» (art. 4.2). Todo ello no es más que una parte de la función de dirigir la administración, que en un régimen parlamentario corresponde inequívocamente al Gobierno. El mando supremo, en consecuencia, no comprende ni la definición de los grandes planteamientos de la política militar, función del presidente del Gobierno (art. 8.2 de la LODN), ni la elaboración, determinación y ejecución de la política militar, que corresponde al ministro de Defensa (art. 10.1). Menos aún comprende funciones puramente ejecutoras de esa política, como la de inspección y sanción y la reglamentaria, las de dirigir y coordinar la adquisición y administración de recursos y decidir el régimen de producción y suministros de armas y material, ni la política de personal ni la de enseñanza militar, todo ello de la competencia del ministro de Defensa (art. 10).

3. *El mando político: concepto; su titularidad en el régimen parlamentario; la fórmula de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional*

A) Según la concepción tradicional y mayoritaria, el mando supremo de las Fuerzas Armadas comprende en primer lugar el llamado mando político, esto es, la determinación en tiempo de paz de la orientación estratégica, de lo que derivan importantísimas consecuencias de política militar y aun de política general, y la dirección de la guerra, que es la fijación de sus fines esenciales y de sus grandes líneas de desarrollo. Aun cuando todo ello pueda estar organizativamente fundido con el mando militar, hay conceptualmente una diferencia entre esa actividad de determinar fines y líneas de actuación y la puramente ejecutiva que se desarrolla mediante el mando ejecutivo de las operaciones militares. Del mando político forman parte, por poner ejemplos bien conocidos de la historia bélica europea, la decisión alemana de construir una marina de guerra eficaz a principios de siglo, el famoso plan SCHLIEFFEN —penetrar en Francia invadiendo Bélgica—, la opción por una guerra submarina a ultranza, etc. Hoy el ejemplo más llamativo sería la decisión acerca del uso del armamento atómico.

Que el mando político así entendido forme parte del mando supremo no es cosa tan evidente como suele decirse. Ya hemos visto que en nuestra historia constitucional se distingue entre mandar y disponer —esto segundo sería el mando político—, y que en las constituciones isabelinas se atribuye al Rey la disposición, pero no el mando, que tampoco tiene en la Constitución de 1869. Pero es que también el Derecho comparado desmiente la identificación. Así, en la República Federal de Alemania el mando supremo de las Fuerzas Armadas corresponde al Ministro de Defensa, cuya existencia y competencia quedan garantizadas por la Constitución misma, pero el Ministro de Defensa forma parte del Gobierno y, en consecuencia, debe operar bajo las «líneas directrices» que el Canciller determine, y que caen de lleno dentro de lo que se llama mando político. El Canciller no puede adoptar por sí mismo decisiones que afecten directamente a las tropas, al Ejército, pero sí dictar las directrices fundamentales que el Ministro de Defensa tendrá que ejecutar como comandante supremo. Las decisiones básicas de índole política y estratégica corresponden al Ministro de Defensa, en virtud de su mando supremo, pero debe adoptarlas en el marco de las directrices que sobre esa misma materia adopte el Canciller, lo que significa que el mando político queda posiblemente fuera del mando supremo y en manos del Canciller, que no tiene como tal dicho mando. Y es lógico que sea así, porque de otro

modo el mando supremo se habría convertido en un poder político *sui generis*, desgajado del que corresponde al Gobierno y al Canciller. El mando supremo no es sino una competencia ministerial sometida a la dirección política del Canciller, y que se diferencia de las demás porque corresponde constitucionalmente sólo al Ministro de Defensa. La unidad de la dirección política en manos del Canciller se mantiene incólume.

Ese mando político del Ejército ha recibido en las monarquías constitucionales tratamientos distintos según las épocas y según se tratara de tiempo de paz o de guerra, pero en todas las fórmulas se pone de manifiesto que por escasa que fuera la presencia del principio parlamentario el mando no podía resultar algo totalmente ajeno al Gobierno, ni siquiera cuando se proclamaba que formaba parte de los poderes propios del Rey. El mando político es, obviamente, una actividad de contenido indiscutiblemente político, y cualquiera de los ejemplos citados lo pone bien de manifiesto; es una actividad de dirección política, y por más que se pretenda hacer de su objeto, el Ejército, un terreno autónomo sustraído a los civiles, a la dirección de los órganos políticos, la plena realización de esa autonomía supondría un corte vertical prácticamente inviable. La singular fuerza del principio monárquico en materia militar podrá conducir ciertamente a que la dirección de la guerra quede sometida a un régimen específico y a que en ella la voluntad regia se despliegue con una especialísima eficacia. Pero si el principio parlamentario tiene alguna eficacia en la dirección política del Estado, forzosamente habrá de alcanzar también ahí alguna presencia, por mínima que sea. Ahí está la explicación de que el mando político del Ejército se sujete en las monarquías constitucionales a fórmulas vacilantes, a fórmulas cambiantes, a regímenes puramente de hecho, desviados de los esfuerzos jurídicos formalmente válidos o a fórmulas contradictorias en las que quedan mal definidas la titularidad y la responsabilidad. Alemania fue un buen ejemplo de la realización por vía de hecho de exigencias poco acordes con los principios formalmente proclamados. El mando supremo correspondía al Kaiser, sin refrendo, y no había tampoco nada similar a un Consejo de dirección de la guerra integrado por políticos y militares: la guerra era cosa del Kaiser y de la *Oberste Heeresleitung*. Pero, en la práctica, no valía como axioma indiscutible de las decisiones básicas de la planificación militar, tanto en paz como en guerra. Así, el famoso plan SCHLIEFFEN, de la más alta relevancia política, porque suponía nada menos que la violación de la neutralidad de Bélgica, contaba con el consentimiento del canciller imperial, y lo mismo cabe decir de otras opciones, como la ya citada de la marina de guerra, fuente por sí misma de importantes problemas con la Gran Bretaña. Tal presencia de los políticos en la dirección política de la guerra se man-

tuvo, aunque no sin conflictos, hasta el momento en que la OHL fue ocupada por HINDENBURG y LUDDENDORF. Desde entonces empezó a imponerse el criterio militar hasta llegar a la total inversión de las reglas tradicionales, que supuso la decisión por la guerra submarina ilimitada, impuesta contra la voluntad del canciller BETHMANN-HOLLWEG.

La fórmula italiana fue un claro ejemplo de solución contradictoria como resultado de la presencia de dos principios distintos. Si el Rey no ejercía personalmente el mando supremo y lo delegaba en un comandante en jefe, el jefe del Estado Mayor General, éste se nombraba a propuesta del Gobierno, con su refrendo, y el Gobierno respondía del nombramiento ante el Parlamento. La relación del jefe del Estado Mayor con el Rey resultaba mal definida, pues, según una tesis, el Rey no tenía posibilidad de interferir en la dirección de la guerra, cuya responsabilidad correspondía entera y exclusivamente al comandante supremo. Era claro, en cambio, que el comandante en jefe operaba con absoluta libertad respecto del Gobierno, en ejercicio de una prerrogativa regia sustraída a todo control parlamentario, sin que el ministro de la Guerra tuviese más función que la de la colaboración administrativa y la aprobación o desaprobación *a posteriori* del conjunto de las operaciones, a la vista de sus resultados.

B) La plena realización del régimen parlamentario exige, al menos en vía de principio, que el mando supremo entendido como mando político corresponda al Gobierno y no al Jefe del Estado, y mucho menos aún en el caso de una Monarquía. Una función netamente gubernamental, política, como es la preparación y dirección de la guerra no puede quedar sustraída en un régimen parlamentario a la potestad del órgano responsable ante el Parlamento. Aquí no importa si el Gobierno la ejerce por sí mismo o, como ocurrió en Francia durante la Primera Guerra Mundial, la entrega a un «generalísimo» (Decreto de 2 diciembre 1915), al que confiere plena libertad de acción. Lo que ahora hay que subrayar decididamente es que resulta contrario a los principios del sistema de gobierno parlamentario que el mando político corresponda al Jefe del Estado.

Esta tesis, aunque evidente y mayoritaria —y, como veremos, acogida en la Constitución española—, encuentra, sin embargo, alguna resistencia, que no es sino la expresión de cierto recelo frente a la eficacia del propio parlamentarismo, al menos en lo que se refiere a la dirección política en los asuntos militares. Es revelador al respecto que de las Constituciones de la posguerra sólo la Ley Fundamental de Bonn prescindiese de la fórmula tradicional de atribuir el mando supremo de las Fuerzas Armadas al Jefe del Estado y que esa atribución aparezca, con unas palabras u otras, tanto en la Constitución francesa de 1946 (art. 33) como en la italiana de 1948 (ar-

título 87). Tales preceptos constitucionales no son en sí mismos una negación del mando político del Gobierno sobre el Ejército —las fórmulas equivalentes en las antiguas Constituciones monárquicas no han impedido la parlamentarización— ni han obstaculizado la realización del principio parlamentario en la materia. Pero las fórmulas expresan y además sirven de vehículo a la pretensión de evitar que las cuestiones militares se sujeten a la mecánica propia del parlamentarismo en los mismos términos que el resto de los asuntos políticos. El mando militar se deja, parece que voluntariamente, en una zona de indefinición en la que la sujeción plena a responsabilidad parlamentaria no queda nítida y formalmente reconocida como en la Ley Fundamental de Bonn.

La concepción que subyace a esa reticencia está nítidamente formulada entre nosotros por M. HERRERO DE MIÑÓN, quien afirma que, aunque los actos del Rey en ejercicio del mando supremo están obviamente sujetos a refrendo, en ellos el Rey conserva una potestad de decidir y su mando supremo no queda en modo alguno vacío de contenido, reducido a lo simbólico. La tesis no se basa sólo en la concepción general de los poderes del Rey que tiene HERRERO ni en su teoría del refrendo, sino en argumentos específicamente referidos a la materia. Argumentos bien clásicos, por cierto: un Gobierno nacido de la elección parlamentaria y sujeto a responsabilidad, un Gobierno que no es más que hijo de una mayoría parlamentaria no está en condiciones de afrontar la tarea del mando político del Ejército porque aquí está en juego la existencia misma de la nación y la decisión debe corresponder a una instancia situada por encima de parcialidades. El mando político del Ejército debe corresponder a quien representa a la Nación por haber sido elegido por ella —y aquí HERRERO reconoce que tal elección se da también para el primer ministro británico— o al Rey, suprapartidista por esencia. El Ejército, viene a decirse, no puede quedar sometido a un Gobierno que no representa más que una mayoría, y a veces tan sólo una coalición, porque tal Gobierno es, por esencia, parcial, y en materia militar está en juego el interés de la nación en su conjunto, a veces su propia existencia dramáticamente comprometida.

En esta postura hay un punto de verdad, pero no en cuanto por su lado constitucional, sino como afirmación de naturaleza política. Es cierto, sin duda alguna, que el diseño de una estrategia en tiempo de paz y la dirección de la guerra cuando se produce afectan a la colectividad de un modo tan radical que difícilmente puede superarse, y lo es también que, precisamente por eso, las decisiones que se adopten en ese campo requieren una legitimación mayor que la necesaria en otros terrenos. Y podría añadirse que, cuando menos en sus líneas básicas, el mando político no puede quedar sujeto

a los cambios que trae consigo el régimen parlamentario, porque una política de defensa seria es siempre algo que requiere continuidad y largos plazos de ejecución. Y es también verdad, por último, que ni esa política ni la conducción de la guerra pueden aparecer como fruto de opciones netamente partidistas. En todo ello hay verdades políticas elementales.

Pero ni eso es exclusivo del mando militar ni el reto planteado puede encontrar una respuesta jurídica, sino sólo política. También en la política exterior se pone en juego la existencia de la Nación, se compromete su futuro —recientemente España ha experimentado su importancia con la incorporación a la OTAN y a las Comunidades Europeas— y se requiere una continuidad más allá de los cambios de Gobierno. Pero nadie afirma que por esas razones los gobiernos partidistas estén insuficientemente habilitados para la gestión de las relaciones internacionales y que ahí haya que reconocer especiales poderes al Rey.

Lo que hace que esas materias presenten especiales exigencias políticas es la necesidad de que los partidos lleguen a un acuerdo básico que permita la continuidad y preste a las decisiones la legitimidad que requieren. Esa continuidad y legitimación no se garantizan porque la política militar o la exterior se confíe a un presidente de elección democrática, ni se ponen en peligro porque se confíen a un Gobierno responsable ante el Parlamento. Es frecuente que, sea cual sea el sistema de gobierno, el desencadenamiento de una guerra provoque una concentración de fuerzas políticas por encima de las diferencias que, en tiempo de paz, separan a los partidos y también que éstos mantengan en política exterior una notable continuidad, al menos en los países con una larga experiencia de Gobierno democrático o al menos con una apreciable continuidad constitucional, y eso con total independencia del sistema de gobierno, de su carácter parlamentario o no. Y si eso no ocurre, de poco vale que el mando supremo quede confiado al Rey y sustraído al sistema de partidos y a los principios del parlamentarismo. Alemania y Francia cerraron filas tras sus respectivos Gobiernos al estallar la Primera Guerra Mundial, sin que contara para nada la abismal diferencia de sus regímenes políticos, y en las dos la prolongación de la contienda condujo al renacimiento de las discusiones interiores, sin que en Alemania lo pudiera evitar el poder del Kaiser. La dirección de la guerra por CLEMENCEAU, un jefe político nítidamente partidista, por cierto, no fue menos firme que la que se llevó a cabo por parte alemana. Y la eficacia de un sistema parlamentario para la dirección de la guerra la puso cristalinamente de manifiesto en la Segunda Guerra Mundial. W. CHURCHILL, que no accedió al puesto por elección popular, sino puramente parlamentaria, en sustitución de CHAMBERLAIN.

No; la cuestión no está en el sistema de gobierno ni en el órgano llama-

do a dirigir la guerra, sino en un plano más netamente político. Si fuera cierto que un Gobierno parlamentario no es apto para el mando político del Ejército y para la dirección de la guerra, la historia inglesa del siglo XIX sería incomprensible, lo sería también el éxito francés en la Primera Guerra Mundial y Alemania estaría hoy condenada a la ineficacia militar, lo que no parece coincidir con la realidad de las cosas.

Pero aunque la argumentación en el terreno práctico fuera cierta, aunque fuera mejor y más eficaz poner el mando político en manos del Rey o del presidente de la República, lo único que importa son los datos del sistema mismo, y lo cierto es que en los sistemas parlamentarios el mando político es, como se acaba de indicar, cosa del Gobierno y exclusivamente suya, pues al Gobierno y sólo a él compete la dirección política, de la que el mando político del Ejército forma parte inseparable.

C) La Constitución española de 1978 ha optado inequívocamente por la fórmula parlamentaria al decir que el Gobierno dirige la defensa del Estado, concepto del que forma parte sin ninguna duda la preparación estratégica y la dirección de la guerra en su caso. No cabe duda que, sea cual sea el contenido del mando supremo que corresponde al Rey, en él no está englobado el mando político, que la Constitución ha confiado expresamente al Gobierno.

Esta exclusión se plasma, por otra parte, en los propios términos con que la Constitución define las potestades regias. Ya hemos visto que todas las Constituciones españolas, sin excepción, establecían que el Rey «dispone» de la fuerza armada, facultad a la que las de 1812 y 1876 añaden como cosa distinta el mando supremo, que no aparecía en las Constituciones isabelinas, por las razones ya indicadas. Pero la Constitución de 1978, que, sin ninguna duda, recoge la tradición de la Restauración de vincular formalmente al Ejército con el Rey, no menciona un poder de disponer sobre la fuerza armada —expresión que, al menos *prima facie*, engloba el mando político—, sino tan sólo el mando supremo. No parece correcto pensar que la omisión carece de toda relevancia.

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional así lo ha entendido, tanto en su versión de 1980 como en la de 1984, y lo ha hecho concentrando ese mando político en el presidente del Gobierno.

En efecto, tras repetir en el artículo 5.º que corresponde al Rey «el mando supremo de las Fuerzas Armadas», establece como regulación detallada del mando una neta distinción entre mando político y mando militar y, dentro del primero, entre la formulación de la estrategia y la dirección de la guerra, funciones ambas que encomienda al presidente del Gobierno. Y el Gobierno, como tal, aprueba el Plan Estratégico Conjunto y, dentro de él,



el Objetivo de Fuerza Conjunto (art. 10.2), pero es al Presidente a quien corresponde definir los «grandes planteamientos estratégicos» (art. 8.2) y quien asimismo «define los grandes objetivos estratégicos, aprueba los planes que se derivan de esta definición, la distribución general de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos» (art. 8.3), asistido para ello por la Junta de Defensa Nacional (art. 9.4). La estrategia, por tanto, queda definida en sus líneas básicas por el Presidente del Gobierno; el ministro de Defensa formula, a partir de ahí, el Plan Estratégico Conjunto, con el asesoramiento de la Junta de Jefes de Estado Mayor [art. 11.3.a) y b)], y el Gobierno lo aprueba (art. 9.2).

Taxativamente dice la Ley, en su artículo 8.2, que «corresponde al Gobierno la dirección de la guerra», también en esto con la asistencia de la Junta de Defensa Nacional (art. 9.4). Se trata de una auténtica «conducción estratégica de las operaciones militares», como dice expresamente el artículo 11.1, previendo para ella un asesoramiento de la Junta de Jefes de Estado Mayor. Se trata, además, de una potestad bien definida en lo que se refiere a su contenido dispositivo sobre los Ejércitos, pues, según el artículo 8.1, el Presidente del Gobierno, de quien se dice que dirige la política de defensa, «ejerce su autoridad para ordenar, dirigir y coordinar la actuación de las Fuerzas Armadas».

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional ha desarrollado, por tanto, un sistema de dirección de la guerra típico del parlamentarismo, y dentro de él ha puesto la dirección inmediata y obligadamente en manos del órgano político, *con exclusión del militar*. Quien dirige la guerra es un político, un civil en principio, el Presidente del Gobierno. Para mitigar los problemas técnicos que esto pudiera originar se establecen los oportunos mecanismos de asesoramiento militar a través de la Junta de Defensa Nacional y la Junta de Jefes de Estado Mayor, pero la dirección de la guerra es inequívocamente responsabilidad del Presidente del Gobierno.

Ni siquiera se prevé la posibilidad de que la dirección de la guerra se delegue en un comandante en jefe al modo francés. La Ley prevé que, en caso de guerra, el Gobierno pueda nombrar *Jefe del Mando Operativo del Estado Mayor* al Jefe del Estado Mayor de la Defensa; pero en tal caso no «dirigirá la guerra», sino que quedará convertido en cúspide de la cadena de mando militar y, como tal, ejercerá la «conducción de las operaciones militares» bajo la autoridad del presidente del Gobierno (art. 9.3).

#### 4. *El mando militar o efectivo*

Junto al mando político, el mando del Ejército comprende el llamado mando efectivo o mando militar, que recae sobre la ejecución de lo ordenado por el mando político a través de las operaciones militares correspondientes. Las características técnicas de esa actividad hacen que normalmente quede encomendada a militares profesionales, sin intervención de los políticos, pero no hay aquí ninguna exigencia constitucional, sino meramente práctica, y no faltan ejemplos de mando militar efectivo en manos de un civil. Como veremos más adelante, la Ley Fundamental de Bonn atribuye el mando supremo de las Fuerzas Armadas al ministro de Defensa en unos términos tales que se quiere dejar bien claro que no hay un mando que le quede sustraído y reservado a los militares profesionales. En las democracias parlamentarias, por otra parte, no han faltado ejemplos de intervención directa del Gobierno en detalles de la realización de operaciones militares.

Pues bien, admitido que el mando político no corresponde al Rey, aunque *pro forma*, en la medida en que debe suscribir los actos del Presidente del Gobierno o del Gobierno mismo, es claro que el mando militar efectivo tampoco puede corresponderle, porque eso supondría convertir al Rey en titular de un poder meramente ejecutivo de las decisiones del Gobierno y, por tanto, subordinado a éste como servidor. Si el Rey ostenta el mando político puede también asumir el mando militar efectivo y así proceder a ejecutar lo que él mismo ha decidido. Pero si el mando político corresponde al Gobierno, es de todo punto evidente que la función meramente ejecutora en que consiste el mando militar no puede corresponder al Rey, que quedaría en tal caso convertido en funcionario a las órdenes del Gobierno.

En la Ley Orgánica de la Defensa Nacional el mando militar queda sujeto a dos fórmulas alternativas. En tiempo de paz la cadena de mando militar culmina necesariamente en el Jefe del Estado Mayor de cada uno de los Ejércitos bajo la autoridad y directa dependencia del Ministro de Defensa (art. 12.1), pues es éste quien, por delegación del Presidente del Gobierno, ejerce la potestad de «ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas» (arts. 8.1 y 10). Falta, por tanto, un mando único, como el que en la redacción de 1980 se atribuía a la Junta de Jefes de Estado Mayor. En tiempo de guerra, el sistema puede ser el mismo, pero cabe también, como se acaba de indicar, que el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, que tiene funciones básicamente consultivas, sea nombrado *General Jefe del Mando Operativo de las Fuerzas Armadas* (art. 11 bis, 3) con las atribuciones ya indicadas.

## 5. La potestad militar del Rey

### A) El mando como competencia y como potestad

Si el mando supremo regio no comprende ni el mando político ni el efectivo, hay que preguntarse si tiene algún otro contenido militar, si le confiere alguna potestad calificable como mando o si, por el contrario, el artículo 62.4 no hace otra cosa que atribuir al Rey una jefatura honorífica sobre las Fuerzas Armadas, pero carente de toda potestad militar.

La tesis que aquí se mantiene es que el mando supremo tiene algún contenido, en concreto la potestad de dar órdenes propias de los superiores respecto de los inferiores en el seno de la organización militar. Se trata de una potestad distinta del mando en el sentido más estricto del término, tal como lo emplea la legislación militar, y es una manifestación de la estructura jerárquica del Ejército y de la necesidad de que en él las relaciones de subordinación no presenten lagunas de ninguna clase.

En su acepción más estricta, el mando es una específica habilitación para conducir en guerra o en paz un concreto contingente militar, una determinada unidad en el sentido más amplio de este término. «El ejercicio del mando —dice el art. 12 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (Real Decreto 2.945/1983, de 9 de noviembre)— comprende los actos de quien *dirige* Unidades, Centros y Organismos militares». El mando no nace de la simple superioridad jerárquica, sino del hecho de ocupar un concreto destino, que lleva aparejada la responsabilidad sobre una unidad determinada, esto es, la función de comandante. El mando es, dicho en términos jurídicos, una *competencia* de la que nacen unos específicos poderes y deberes, que enumeran las Ordenanzas en sus artículos 77 y siguientes, y cuya infracción puede constituir alguno de los delitos o infracciones disciplinarias, que consisten precisamente en el quebrantamiento de los deberes del mando.

Pero el Ejército es una organización fuertemente jerarquizada cuyos elementos integrantes se ordenan todos en categorías superiores e inferiores, con independencia de que existan o no específicas relaciones de mando. «El orden jerárquico castrense —dice el art. 12 de las Reales Ordenanzas— define en todo momento la situación relativa entre militares en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad.» De esa organización jerarquizada resulta un poder de dar órdenes, una *autoridad*, que se atribuye a *todos* los que integran una categoría superior respecto de *todos* los que integran las inferiores, aun cuando no medie entre ellos una relación específica de servicio, porque lo característico de este tipo de organización es que la *potestad* de mandar se atribuye al margen de las competencias.

En el Ejército *cualquier* soldado, suboficial u oficial está obligado a obedecer las órdenes de *cualquier* superior en autoridad, aunque no tenga mando, de estar «a sus órdenes», como dice significativamente el saludo militar, y ello por el simple hecho de la subordinación, aunque no haya mando. «Desde su incorporación a filas —dice el art. 50 de las Reales Ordenanzas, al referir las obligaciones del soldado o marinero— obedecerá y respetará a *todo* oficial y suboficial de cualquiera de los Ejércitos; a los cabos de su propia unidad, buque o dependencia y a todo aquel que le estuviera mandando, sea en guardia, destacamento u otra función del servicio.» Y ello es así porque, como dice el artículo 11 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, «el Ejército constituye una institución jerarquizada. Los militares que ocupan los diversos niveles de la jerarquía están investidos de su *autoridad* en razón de su empleo, destino o servicio. La ejercen principalmente mediante el mando, asumiendo plenamente la consiguiente responsabilidad». La autoridad se tiene por el empleo, y no sólo por el destino o servicio, y se ejerce a través del mando, principalmente, pero no exclusivamente. Por ello el soldado no sólo tiene que obedecer a aquel «que le estuviera mandando», esto es, a aquel a cuyo mando está sujeto, sino a cualquier otro suboficial u oficial, aunque no esté sometido a su mando, incluso aunque pertenezca a un ejército o a un arma diferente de la suya, porque el deber de obediencia no nace sólo de estar sujeto al mando —esto ocurre únicamente respecto del cabo, por lo que el soldado sólo tiene obligación de obedecer al de su propia unidad—, sino que nace de la subordinación jerárquica.

Hay, por tanto, una competencia, el mando, atribuida específicamente sobre una unidad, y que responsabiliza como comandante del «servicio, gobierno y disciplina» de ella (art. 81 de las Reales Ordenanzas), y una potestad de dar órdenes —autoridad, mando en sentido impropio— que se tiene de principio, al margen de la competencia y exclusivamente en virtud de la jerarquía. La desconexión entre mando y potestad de dar órdenes es muy clara en el régimen disciplinario: la potestad para imponer sanciones disciplinarias corresponde al ministro de Defensa y a quienes tienen el mando (art. 19 de la LO 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), pero «todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los inferiores, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el Ejército, Arma o Cuerpo a que pertenezcan. Si, además, las juzga merecedoras de sanción, lo hará por sí mismo si tiene potestad sancionadora, y si no, dará parte inmediatamente a quien la tenga» (art. 18, párr. 1.º). Tal poder, anejo a la superioridad y no al mando, llega al punto de que, «si se trata de una falta que, por su naturaleza y circunstancias, exige una acción inmediata para mantener la disciplina y sub-

ordinación, podrá ordenar la reclusión del infractor» en espera de la posterior decisión de quien sea competente (art. 18, párr. 2.º).

### B) *La relación entre competencia y potestad*

El poder de mando, propio del comandante, y el poder de dar órdenes, propio del superior, de quien tiene sólo autoridad, guardan entre sí la específica relación de que quien tiene *mando* tiene necesariamente poder para dar órdenes, pues en órdenes militares se despliega el mando, específicamente en *órdenes de mando*. Pero lo contrario no es siempre cierto: quien tiene poder para dar órdenes en virtud de su grado en la jerarquía militar no siempre tiene mando, y estar sometido a las órdenes de alguien no quiere decir estar sometido a su mando. Más aún, el poder de dar órdenes, que, en principio, se tiene en virtud del grado, no puede ejercitarse frente a una específica relación de mando e incluso puede quedar sustituido por una relación de obediencia. El artículo 39 de las Reales Ordenanzas dice que «todo militar, cualquiera que sea su graduación, atenderá las indicaciones o instrucciones de otro que, *aun siendo de empleo inferior al suyo*, se encuentre de servicio y actúe en virtud de órdenes o consignas que esté encargado de hacer cumplir».

Y más radicalmente aún, el artículo 83 dispone que «el mando y la responsabilidad de un buque, aeronave o unidad que realice un transporte corresponde *siempre* a su comandante; por ello el personal embarcado no perteneciente a la dotación fija se someterá a las disposiciones y normas vigentes en cada caso, *independientemente* del grado que ostente y Ejército a que pertenezca».

La potestad de dar órdenes es, por tanto, general, en cuanto que no deriva del mando y se tiene aun sin él. Es, claro está, el instrumento del mando, el medio jurídico con que se ejercita la competencia de mandar, pero al mismo tiempo es el instrumento de la general articulación jerárquica del Ejército, porque gracias a esa potestad todos los individuos que lo integran están sujetos a órdenes también cuando se encuentran al margen de las relaciones de mando. El poder de dar órdenes tiene su fundamento en la jerarquía misma como base sobre la que se orienta el Ejército.

Esto significa que la potestad de dar órdenes sin tener mando no puede ejercerse lícitamente más que de manera complementaria, en el espacio que dejen libres las relaciones de mando. Es obvio que la superioridad jerárquica no puede utilizarse para invadir competencias ajenas, esto es, en contra del mando de quien lo tenga, y así la Ley disciplinaria militar tipifica como falta grave «prevalerse del empleo para coartar o impedir a cualquier militar que

se encuentre de servicio el cumplimiento de las órdenes relativas al mismo» (art. 9.12); y las Reales Ordenanzas prevén expresamente un supuesto en el que no se obedecerá más que al que tiene el mando, y no a cualquier militar, cuando dice que el soldado «no disparará su arma sin que lo disponga quien le mande» (art. 54). El campo propio de ese poder genérico no es otro que el general del mantenimiento de la disciplina cuando no estén operando las relaciones de mando, por ejemplo, por ausencia de los mandos. Un buen ejemplo lo constituye la facultad de reprender y aun ordenar la detención del indisciplinado, que hemos visto antes. Se trata de una potestad cuyo uso al margen del mando se explica por la necesidad de asegurar que en todo momento los militares cumplan la totalidad de sus obligaciones, como dicen las Reales Ordenanzas, «tanto las particulares del empleo o de la función que ejerza como las de carácter general comunes a todas las Fuerzas Armadas» (art. 26). Es, en consecuencia, una potestad con la que se responde a *supuestos de hecho*, supliendo ante ellos las lagunas que resulten de la estructura de mando, del sistema de competencias claramente delimitadas.

### C) *Contenido y régimen de la potestad militar del Rey*

Pues bien, hecha esta distinción entre mando en sentido propio y poder de dar órdenes, parece claro que el mando supremo que la Constitución atribuye al Rey no tiene más contenido militar que este último, además, claro está, del mando político, que ya se ha examinado. Al Rey, ya lo hemos visto, no cabe considerarlo jefe de la cadena de mando militar —ahora empleo la palabra mando en su sentido propio—, porque ello sería tanto como hacerlo ejecutor de la dirección estratégica y de la guerra fijada por el Gobierno y su Presidente. Pero el mando presupone la potestad de dar órdenes, y, en un sentido impropio, mando coincide con esa potestad y, excluida la atribución de mando en sentido técnico, o bien entendemos que el Rey tiene sólo mando político compartido con el presidente del Gobierno o bien entendemos que tiene el supremo poder de dar órdenes que lo convierten *en un oficial sin mando situado en la cúspide de la jerarquía militar*.

Según esta interpretación, la voluntad constitucional es que la jerarquía militar —no la cadena de mando, cierto, pero sí la jerarquía que constituye una «cadena de autoridad», que se expresa en la potestad de dar órdenes— culmina fuera de los militares profesionales, precisamente en el Rey, que no tiene que ser necesariamente oficial del Ejército, o en la Reina, a la que sería difícil imaginar recibiendo un despacho en una academia militar. El Rey se convierte en primer oficial del Ejército por el simple hecho de serlo, aunque pueda además ostentar la cualidad de militar profesional.

No hay en ello nada insólito. Sin necesidad de recurrir al ejemplo de otras monarquías, el artículo 65.a) de la Ley Fundamental de Bonn dice que el ministro de Defensa tiene sobre las Fuerzas Armadas poder de dar órdenes (*Befehlsgewalt*) y poder de mando (*Kommandogewalt*), y aunque las expresiones tienen aquí un sentido contrario al que tienen en nuestra terminología, la aparente redundancia no pretende otra cosa que señalar que no hay lugar a la distinción entre un poder propio de un civil y otro propio de un militar, que no hay ninguna clase de poder militar sustraído al ministro de Defensa y encomendado en exclusiva a oficiales del Ejército; esto es, que el ministro de Defensa tiene, además de sus cometidos administrativos y políticos, el poder militar supremo de dar órdenes como superior que es de todos los soldados. Se trata de una fórmula introducida precisamente contra la doctrina difundida en Weimar en los círculos militares de que el mando supremo de las Fuerzas Armadas propio del presidente de la República no conllevaba la facultad de impartir órdenes del modo que lo hacen los militares.

Al atribuir al Rey la potestad de dar órdenes, el mando en este sentido, la Constitución de 1978 ciertamente reduce su competencia en relación con la que tenía en la Constitución de 1876, pero mantiene lo esencial de ella. Se quita al Rey el mando como competencia, algo que no debe tener, pues le subordina al Gobierno, y que difícilmente podría ejercer. Pero se mantiene al Rey como *primer oficial del Ejército* investido del grado máximo de autoridad en la organización castrense, cuya jerarquía tiene en el monarca su culminación. Ese es el instrumento esencial para alcanzar el objetivo político que puede tener hoy la sujeción del Ejército al mando supremo del Jefe del Estado.

El resultado es que el Rey tiene la máxima autoridad militar, pero desprovista por completo de mando, esto es, tiene la potestad, pero carece de la competencia en que pueda ejercerla lícitamente. Ciertamente que, aun sin mando, cabe ejercer la potestad de dar órdenes, por ejemplo, a los efectos disciplinarios ya mencionados, pero tal cosa es impensable en el caso del Rey. Su potestad de dar órdenes difícilmente puede desplegarse más allá de un terreno meramente simbólico.

La potestad de dar órdenes queda exceptuada implícitamente de la exigencia de refrendo de todos los actos del Rey no sólo porque los actos en que esa potestad puede ejercitarse son prácticamente inexistentes, sino ante todo por la propia índole de los mismos.

En efecto, el ejercicio de la potestad de dar órdenes —órdenes de servicio y órdenes de ejecución— puede quedar, y con frecuencia queda, sujeto a un procedimiento estricto, que en ocasiones exige una formalización de la

orden y una constancia escrita. Las órdenes emitidas verbalmente ocupan un lugar cualitativamente secundario en el funcionamiento del Ejército, aun cuando sean mayoritarias en la vida cotidiana de las unidades militares. Pero esa formalización de las órdenes sólo tiene lugar en la medida en que se dicten en el ejercicio del *mando*, esto es, en la conducción de una determinada unidad, de un elemento integrante de la organización militar. Entonces la orden se emite con arreglo a los procedimientos a los que se acomoda el funcionamiento del órgano. Nada de eso ocurre cuando las órdenes se dictan al margen de la estructura orgánica de las unidades, al margen de la cadena de mando, en el reducido espacio en que eso es posible. Así, la potestad para reprimir la indisciplina que tiene cualquier oficial del Ejército se ejercerá sin duda mediante órdenes verbales dictadas de manera directa e inmediata, sin sujeción a procedimiento alguno, y lo mismo ocurre con las restantes órdenes a dictar sin mando, siempre de valor sólo complementario.

Esta es la razón de que las órdenes que pudiera dictar el Rey en ejercicio de la potestad que estamos examinando queden exentas de refrendo: por su propia naturaleza, serían órdenes no sujetas a procedimiento alguno, no formalizables, puramente verbales y, en consecuencia, no susceptibles de refrendo en el sentido propio de este término, que presupone siempre la formalización en la escritura.

#### 6. *El mando supremo y la actuación del Rey el día 23 de febrero de 1981*

Si la interpretación del mando supremo que se ha hecho hasta aquí es correcta, la actuación del Rey el 23 de febrero de 1981 no plantea problema alguno: se trata de un uso correcto del mando supremo dentro del poder de reserva.

En efecto, la situación creada el 23 de febrero con el secuestro del Gobierno y del Congreso de los Diputados por los rebeldes es un caso extremo —tan extremo que no puede calificarse de típico— de llamada al poder de reserva. Aquí no se trataría de coadyuvar al funcionamiento de las instituciones del Estado en el proceso de formación de su voluntad, sino de suplirlas por entero por imposibilidad física de su funcionamiento, con la exclusiva finalidad de hacer posible éste y, por tanto, poner fin al ejercicio del propio poder de reserva. Difícilmente cabe imaginar un supuesto más claro para que entre en juego esa función típica del Jefe del Estado.

Ya se ha dicho, no obstante, que el poder de reserva no es en sí mismo fuente de potestad alguna, no es un poder, sino una función a cumplir con



las potestades que se tienen y, en consecuencia, un criterio para interpretar su alcance en aquello que resulte dudoso. Quiere decir esto que si el Rey no ostentase el mando supremo de las fuerzas armadas, habría carecido de la potestad necesaria para ejercer la función de reserva en los términos en que lo hizo. Si nuestra Constitución fuese como la alemana y el mando supremo de las fuerzas armadas correspondiese al ministro de Defensa, la actuación del Rey sería difícil de explicar a partir del Derecho constitucional positivo, y sólo tendría justificación argumentando a partir del concepto de necesidad, invocado por la doctrina en este caso. Una justificación correcta, pero peligrosa por la dificultad evidente de circunscribir las consecuencias que la necesidad tiene sobre las potestades regias.

El Rey, sin embargo, no hizo otra cosa que utilizar esa potestad sin competencia que es la de impartir órdenes militares, una potestad que no puede utilizar porque carece de competencia, de mando, que haga lícito su uso en situaciones normales. Lo que ocurre el 23 de febrero es precisamente que se crea el supuesto de hecho que legitima el uso de la potestad: la indisciplina, y una indisciplina de tal naturaleza que sólo el Rey puede eficazmente reprender. Si se permite la comparación, el Rey hace lo mismo que cualquier autoridad militar que ejerza su poder de dar órdenes con la finalidad que prescribe la Ley disciplinaria militar: «corregir las infracciones que observe en los inferiores», aunque carezca de mando sobre ellos y de potestad sancionadora. No haber actuado como actuó habría significado una infracción de su deber como primer oficial del Ejército, pues las Reales Ordenanzas prescriben que «ningún jefe tolerará ni disimulará la falta de subordinación» (art. 38).

La ausencia de refrendo de las órdenes que dictó el Rey para hacer frente a la rebelión es un pseudoproblema. Como acabamos de ver, las órdenes militares dictadas al margen del mando, y muy en concreto las dirigidas al inmediato restablecimiento de la disciplina vulnerada, no pueden, por su propia naturaleza, sujetarse a procedimiento alguno, y, en consecuencia, las de esa naturaleza que dictó el Rey no pueden sujetarse a refrendo.

Todo esto significa, resumidamente, que no nos hallamos ante una actuación regia «irregular», pero justificada por la excepcionalidad de la situación, sino que nos encontramos ante una conducta regular, perfectamente regular, por haberse dado cumplidamente el supuesto de hecho para que adquiriera vida una potestad típicamente militar que calla, que está silente por falta de competencia y por ausencia del supuesto de hecho que justifica su uso, pero que *debe* ejercitarse cuando el supuesto de hecho se produce.

