

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS EN LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS

José María BAUTISTA SAMANIEGO

Teniente Auditor

INTRODUCCIÓN GENERAL Y PLANTEAMIENTO

En sectores o ámbitos determinados en que el Estado crea unas estructuras de autoridad, al estimar las necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos, alguno o algunos de los derechos fundamentales de sus miembros se ven sometidos a ciertas restricciones.

Este nexo que une a los miembros de las FAS con el Estado se califica en la doctrina como "relación de sujeción especial" porque el hombre de uniforme ha renunciado, al menos, a ejercitar alguno de sus derechos en la medida exigida por la organización a que pertenece.

La limitación del ejercicio de los derechos en razón de la actividad que se desempeña, no significa, en ningún caso, la privación de los mismos, por cuanto supondría la conculcación del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución; tanto ésta como las leyes orgánicas de desarrollo, cuando se han pronunciado acerca de esta materia, lo han hecho limitando o exceptuando el ejercicio de un derecho (vgr., artículo 28 de la Constitución), y en ningún caso han privado de su titularidad.

Este trabajo tiene como objeto el estudio de los derechos fundamentales y las libertades públicas en relación con las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en 1978. A lo largo del mismo abordaremos, sucesivamente, el fundamento de las limitaciones a su ejercicio, los problemas de inconstitucionalidad que se plantean en relación con el Tratado V de las Reales Ordenanzas de modo genérico al establecer limitaciones a derechos fundamentales y libertades públicas, así como un examen específico de cada una de estas limitaciones, para terminar con unas conclusiones finales.

Con relación al fundamento de las limitaciones de derechos a los militares, para Ricardo Pellón (1) cabe sustentar varias posturas:

— La primera y tradicional consiste en considerar al Ejército como algo separado y distinto del resto de los ciudadanos. Se pretende hacer del militar un ciudadano diferente, con sus privilegios, cargas y servidumbres, y entre éstas la de sufrir una “capitis diminutio” en el terreno de sus derechos y libertades fundamentales, que se conceden a los demás, privándose de cualquier intervención en cuestiones políticas e, incluso, del derecho de votar y el de ser elegido para cargos representativos.

Esto constituye lo que Trillo-Figueroa (2) denomina “campana de cristal”, conseguida a través de las restricciones en sus derechos políticos, en la que permanecerían “incontaminados” por las realidades políticas de la Nación.

— Una segunda concepción es la que afirma que el militar tiene los mismos deberes frente al Estado que el resto de los ciudadanos, aunque también ciertas limitaciones específicas por el hecho de ser miembros de una Fuerza Armada cuya misión consiste en asegurar la protección de la comunidad nacional.

El cumplimiento de esta misión hace que se impongan algunas limitaciones a sus derechos, limitaciones que deben restringirse a aquello que es estrictamente indispensable para el interés público y, además, han de estar establecidas por la Ley.

Casado Burbano (3) señala que las limitaciones no son arbitrarias, y en todo caso han de reunir los requisitos siguientes: a) Necesidad, en cuanto que únicamente son admisibles las estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función de aquella situación especial; b) Proporcionalidad, debiendo existir una adecuada correlación entre el fin perseguido y el medio restrictivo utilizado; c) Legalidad, ya que tales restricciones han de estar previstas en las normas de igual rango que la que regula el derecho afectado.

Para Trillo-Figueroa (4), al ostentar estos derechos el carácter de fundamentales para la persona, la tendencia moderna se orienta hacia su constitucionalización e internalización, como garantías de la efectividad de los derechos humanos, reiterando este autor, por tanto, la idea de legalidad antes vista.

(1) Ricardo Pellón. “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”. Núm. 37. *Revista Española de Derecho Militar* (enero-junio 1979). Pág. 87

(2) Trillo-Figueroa M. Conde. “Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española”. Núm. 38. *Revista Española de Derecho Militar* (Julio-Diciembre 1979). Pág. 87.

(3) Casado Burbano. “Las FAS en la nueva Constitución Española”. Núm. 36 *Revista Española de Derecho Militar* (julio-diciembre 1978). Pág. 21.

(4) Trillo-Figueroa M. Conde. Op. cit. Págs. 89 y 91.

Considera es loable la limitación en el texto constitucional de determinados derechos, pero anómalo que no tenga el mismo rango otro tipo de limitaciones (asociación, reunión, libre emisión del pensamiento).

Hemos de recordar que la idea de limitación de los derechos fundamentales estaba presente en los redactores del Texto constitucional, por cuanto alguna de ellas fue expresamente incluida en su articulado, mientras que su gran mayoría quedó extramuros constitucionales, relegadas a otras normas como las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (5)

En la redacción del Texto constitucional se propuso por el Senador, profesor Sánchez-Agesta, la ampliación de la redacción dada al artículo 8, párrafo segundo, en el sentido de que la Ley Orgánica reguladora de las bases de la organización militar incluyese también "los derechos y deberes específicos de sus miembros". Se justificaba esta enmienda en el propósito de ser un respaldo constitucional a las previsibles limitaciones que la legislación ordinaria iba a imponer a los militares en el ejercicio de diversos derechos fundamentales. Como señala Hans-Peter Schneider (6), con los derechos fundamentales se trata de ordenar esferas de la vida social que se han manifestado especialmente propensas a ser intervenidas por el Estado y por ello están necesitadas de protección.

Para el efectivo cumplimiento de los derechos humanos —según menciona Ricardo Pellón— (7) no basta con una declaración puramente formal, se precisa la voluntaria y sincera colaboración de los gobiernos y, en algunos casos, de sus parlamentos, porque los poderes establecidos tienden a reglamentar en el plano jurídico y a clasificar en la práctica según sus propios principios las peculiaridades del ámbito en que se desenvuelven.

Para Trillo-Figueroa (8) el hecho no tiene un significado puramente 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 pueden quedar afectados por los mismos. Los efectos no han tardado en producirse, pues las propias Ordenanzas se resienten —en la ordenación del status del militar— de esta imprecisión constitucional.

Esta imprecisión se transforma en inconstitucionalidad, por cuanto las restricciones de los derechos fundamentales y libertades públicas (que

(5) Mediante Ley 85/1978, de 28 de diciembre, BOE núm. 11/79. La Constitución de 27 de diciembre de 1978 entra en vigor el mismo día de la publicación oficial en el BOE, que fue el 29 de diciembre.

(6) *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 7. Pág. 16.

(7) Ricardo Pellón. Op. cit. Pág. 21.

(8) Vid. nota número 4.

aparecen recogidos en la Sección Primera, Capítulo Segundo del Título I de la Constitución), sólo pueden ser realizadas, bien por el propio Texto constitucional —como efectivamente ocurre en relación al militar en los artículos 28, respecto a la libertad de sindicación (9) y en el 29 respecto del derecho de petición (10) bien por las Leyes de desarrollo de los mismos. Estas Leyes, en las que tanto se establece el desarrollo como la limitación de estos derechos, sólo pueden ser orgánicas en virtud del principio de reserva material que establece el artículo 81 del propio Texto constitucional.

Se ha sostenido que el artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos para la Defensa Nacional y la Organización Militar, al señalar que “los deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas... se determinan en las Reales Ordenanzas...”, realiza una remisión a Ley Ordinaria en el desarrollo y limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, con lo cual se salva la inconstitucionalidad, remitiendo una Ley orgánica la totalidad de la regulación en esta materia a una Ley ordinaria. Sin embargo, el artículo 81 de la Constitución no autoriza la remisión antes mencionada, sino que establece que la regulación de estos derechos fundamentales y libertades públicas ha de realizarse precisamente mediante Ley Orgánica.

Como quiera que en las Reales Ordenanzas se establecen efectivamente limitaciones de derechos fundamentales que no aparecen en la Constitución o en las Leyes Orgánicas de desarrollo, sostenemos la inconstitucionalidad de determinados artículos de aquéllas, que a continuación examinaremos (11). Para ello, vamos a comenzar por el artículo 169 de las RROO, en cuanto limitación genérica de los derechos fundamentales y libertades públicas, en relación con el artículo 81.1 de la Constitución, para entrar a continuación en los siguientes artículos, que suponen limitaciones específicas.

I. LIMITACIONES DE DERECHOS A LOS MILITARES EN LAS REALES ORDENANZAS Y EL ARTÍCULO 81.1 DE LA CONSTITUCIÓN

Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, en su Tratado Tercero, “de los deberes y derechos”, contiene el Título V, subdividido en “deberes y derechos del militar de

(9) Vid. artículo 28 de la Constitución.

(10) Art. 29, párrafo segundo de la CE. “Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de Cuerpos sometidos a la disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente con arreglo en su legislación específica”.

(11) Cuestión distinta es el desarrollo de su ejercicio, amparado por el artículo 53. 1 de la Constitución, y que se recoge en la disposición final segunda, apartado segundo de las Reales Ordenanzas.

carrera”, “de la acción social”, “de las recompensas y sanciones” y “de los recursos y peticiones”.

En el primero de estos apartados, las RROO contemplan al militar como ciudadano y sus derechos civiles y políticos, dedicándose el segundo a los deberes y derechos de carácter militar. Este último no plantea cuestión alguna en relación al tema de que tratamos, no así el primero, sobre el que se cierne, total o parcialmente, la sombra de la inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de un estudio más exhaustivo de cada uno de los artículos que se refieren a los derechos fundamentales y libertades públicas en particular, nos detenemos ahora en el análisis del artículo 169 de las RROO (en cuanto a limitación de carácter genérico), que afirma:

“El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollan y por las Reales Ordenanzas.”

La primera parte no hace sino reiterar lo ya dispuesto en la Constitución en cuanto confirma la titularidad de los derechos civiles y políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas en cuanto ciudadanos, así como la prevista limitación (que no privación) de derechos en determinados casos, como veremos más adelante.

Las limitaciones a los derechos fundamentales y las libertades públicas pueden venir impuestas por la Constitución, lo que resulta del artículo 28 en cuanto a la libertad de sindicación (12) y el artículo 29, en cuanto al derecho de petición (13). Son éstos los únicos casos en que la Constitución limita derechos fundamentales o libertades públicas a los militares.

El artículo 169 de las Reales Ordenanzas menciona otra fuente de limitaciones: las disposiciones que la desarrollen (la Constitución). Obviamente, y a tenor del artículo 81.1 de la Constitución:

“Son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas...”

Cualquier limitación de tales derechos o libertades, sensu contrario, habrá necesariamente de estar recogida en alguna de las Leyes Orgánicas desarrolladora de su ejercicio.

El problema se plantea cuando se dice en el artículo 169 de las RROO que éstas pueden limitar los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución (recordemos que estas Ordenanzas fueron aprobadas mediante Ley Ordinaria).

Para A. Pedrieri y G. Enterría (14): “la Constitución habla del desarrollo

(12) Vid. nota número 9.

(13) Vid. nota número 10.

de estos derechos (15) que se reserva a Ley Orgánica. Esta fórmula no puede entenderse en el sentido de que su desarrollo está reservado a las Leyes Orgánicas y su limitación a Leyes Ordinarias. Tal desarrollo es el fin que impone el legislador constitucional en el artículo 9.2, aparte de otras fórmulas de los artículos de la citada Sección Primera. Una legislación que tendiese a ese desarrollo sería contraria a las normas constitucionales”.

Debe añadirse también —se continúa en el señalado trabajo— que toda esta materia está reservada a la Ley Orgánica, con independencia a las expresas reservas de la Ley que contienen algunos artículos (Vgr. 17.1 y 4; 18.4; 20.3, etc). La declaración expresa de la Constitución del desarrollo “mediante Ley” de un derecho fundamental ha de entenderse realizado mediante Ley Orgánica, conforme al artículo 81.1. En cualquier caso, incluso cuando no existe una previsión específica de reserva, toda la materia no podrá ser regulada en el futuro sino por Ley Orgánica, dada la reserva de Ley material del artículo 81.1 de la Constitución.

De todo ello deriva que una serie de materias de especial importancia, tradicionalmente reguladas por Ley, algunas en los Códigos y otras en las Leyes especiales (sobre todo penales y procesales), se sustraen a la competencia de las leyes ordinarias y delegadas y se transfieren a Ley Orgánica, concluyen los citados autores.

La Ley ordinaria del Parlamento ocupa posición al mismo tiempo residual y ejemplar, aunque su área se halla reducida por la existencia de normas de grado preferente y de competencia diferenciada. Por lo tanto, son susceptibles de regularse mediante Ley Ordinaria todas aquellas materias que no se hayan reservado a Ley orgánica, lo que no hace sino abundar en el sentido de la imposibilidad de limitación de los deberes y derechos civiles y políticos por las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (aprobadas por Ley ordinaria).

Por otra parte, el artículo 53.1 de la Constitución señala:

“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.)”

Por lo tanto, y en palabras del profesor García de Enterría, al hablar del principio de reserva de Ley material (16), del artículo 53.1 resulta, a los

(14) “La Constitución Española de 1978”. Estudio sistemático. Editorial Civiles. Págs. 213 y siguientes.

(15) Derechos fundamentales y libertades públicas.

efectos que nos ocupan, lo siguiente:

— Como precisa el artículo 81.1 de la Constitución, el “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, esto es, el estatuto general de cada uno de ellos, habrá de hacerse necesariamente Ley Orgánica.

— Distinto de ese “desarrollo”, que supone asegurar sus condiciones de expresión y funcionamiento (que han de dirigirse a que la libertad sea “real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”. art. 9.2), es la regulación del “ejercicio de tales derechos y libertades”, que es lo que, además, el artículo 53 reserva a la Ley: “sólo por Ley” puede realizarse tal regulación, lo que debe entenderse en el sentido de cualquier regulación que entraña, de cualquier manera, el ejercicio de los derechos fundamentales y, en concreto, en términos más amplios, al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1), que dichos derechos garantizan.

La materia relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas no es la misma que se reserva a la Ley (sin precisar al rango), en el antes citado artículo 53.1.

El capítulo segundo del Título I (éste dedicado a los derechos y deberes fundamentales) lleva por rúbrica general la de “Derechos y libertades” (que es la expresión recogida en el artículo 53.1), pero se divide en dos secciones con diferentes epígrafes: “Sección primera: De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” y “Sección segunda: De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Por consiguiente, al hablarse literalmente en el artículo 81.1 de los “derechos fundamentales y de las libertades públicas”, se está refiriendo única y exclusivamente a la Sección primera cuyo contenido es el que ha de desarrollarse por Ley Orgánica. Para los derechos y deberes de los ciudadanos de la Sección segunda basta la Ley ordinaria, según se desprende del artículo 53.1 de la Constitución. (17).

En conclusión, es clara la inconstitucionalidad de esta última parte del artículo 169 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en la medida que pueda tratarse de imponer, a través de las mismas, una limitación al militar de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la Sección primera del capítulo segundo (Título I) de la Constitución, por la necesidad de regulación mediante Ley Orgánica de los mismos, y desde el punto de vista formal de reserva de Ley material a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.1 en relación con el 53.1 del Texto constitucional.

(16) *Curso de Derecho administrativo*. Editorial Civitas, 1982. Págs. 223 y 224.

(17) *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas, 1985. Pág. 1220.

II. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN EL TÍTULO V DE LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS DE 1978

En este capítulo se pretende analizar determinados artículos del Título V de las Reales Ordenanzas que tienen sus correlativos en la Sección primera, capítulo segundo, Título I de la Constitución, que lleva como título "De los derechos fundamentales y las libertades públicas", todo ello en relación, como hemos visto en el apartado anterior, con el artículo 81, párrafo primero, de la Constitución.

En el análisis se han tenido en cuenta también las Leyes orgánicas de desarrollo de cada uno de estos derechos, así como la legislación complementaria actual, en su caso, cuando tengan referencia con el trabajo que desarrollamos. Al término de cada uno de los apartados se llega a unas conclusiones parciales a la vista de la situación actual de cada uno de los derechos.

— Los artículos 172 y 173 de las Reales Ordenanzas señalan:

"El militar sólo podrá ser privado de su libertad o bienes en los casos previstos por la Ley en la forma que ésta disponga."

Por su parte, el artículo 17.1 de la Constitución señala:

"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observación de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley."

La libertad en el sentido que aquí examinamos será, por tanto, la libertad individual, la libertad personal. Para Serrano Alberca (18), es una libertad pública, derecho fundamental y básico para la efectividad de otras libertades públicas, previo al Estado, que éste debe en todo. El derecho a la libertad personal tiene un contenido positivo: no ser privado arbitrariamente de la libertad, y unas excepciones que han de establecerse por Ley Orgánica y no pueden afectar al contenido esencial del derecho.

Por tanto, cuando el artículo 172 se está refiriendo a la Ley, hemos de entender que será en todo caso orgánica, al limitar el derecho fundamental de la libertad, en relación a lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución, según el hilo argumental de este trabajo.

El hecho de que el artículo 172 de las RROO mencione esta limitación no quiere decir que lo limite efectivamente, por lo que entendemos es constitucional, al no hacer una regulación de carácter sustantivo, sino remitirse a los

(18) Serrano Alberca, "Comentarios a la Constitución" Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 312.

dispuesto en una Ley (orgánica) y no a las propias Reales Ordenanzas. Por su parte, el artículo 173 de las RROO establece:

“La citación, detención, juicio y prisión del militar en activo se ajustará a lo establecido en el Código de Justicia Militar y demás Leyes que sean de aplicación.”

La referencia que al Código de Justicia Militar (Tratado tercero, Títulos IV y X) se hace en el artículo 173 de las RROO ha de ser sustituida por la Ley Procesal Militar (aprobada por la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, en sus artículos 199 y siguientes). Es, por tanto, perfectamente constitucional al respetar también el juego del artículo 81.1 de la Constitución.

Otro de los aspectos es el artículo 17.4 de la Constitución:

“La Ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” Para producirse la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.”

El «habeas corpus» es definido como un procedimiento para obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de toda persona detenida ilegalmente. En realidad es una garantía jurisdiccional para proteger la libertad personal, y esta última es el derecho individual protegido. No obstante, tiene tanta importancia en un derecho de garantía, que su regulación puede decirse que forma parte del contenido esencial del derecho (19).

La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «habeas corpus», en cumplimiento de lo establecido en el artículo 17. 4 de la Constitución ha venido a completar los artículos 172 y 173 de las Reales Ordenanzas al establecer en el artículo 2, último párrafo:

“En el ámbito de Jurisdicción Militar será competente para conocer de la solicitud de “habeas corpus” el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.”

— El artículo 174 de las Reales Ordenanzas y el artículo 18 de la Constitución.

El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada. Estos derechos son irrenunciables, imprescriptibles e inembargables. No obstante, no son absolutos, su ámbito dependerá de lo establecido en la Ley, de los usos y de la propia voluntad en la persona cuyo consentimiento no se presume. En otro caso el Juez deberá intervenir para limitar estos derechos cuando está en juego el interés general, pero no son, por su naturaleza, derechos suspendibles (20).

(19) Serrano Alberca. Op. cit. Página 340.

(20) Serrano Alberca. Op. cit. Página 353

El artículo 18 de la Constitución regula el reconocimiento al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, domicilio y correspondencia, así como, por otra parte, el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

Este artículo fue desarrollado por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, en cuya redacción no aparece diferenciado el militar del común de los ciudadanos, y por lo tanto entendemos que ha de serles aplicada en su integridad, sin ningún tipo de exclusiones (“ubi lex non distinguit, non distinguere habemus”).

Igualmente, el artículo 174 de las Reales Ordenanzas no es sino un extracto del artículo 18 de la Constitución, antes mencionado. Hemos de recordar que la redacción de estas Reales Ordenanzas y la Constitución corrieron paralelas, y por lo tanto las primeras están fuertemente influidas por ésta, hasta el punto de recoger preceptos en algunas ocasiones literalmente. Por tanto este artículo de las Reales Ordenanzas, a los efectos del presente trabajo, puede ser calificado como de reiterativo, al ser aplicable tanto la Constitución en su artículo 18 como la Ley Orgánica 1/1982, que establece, como su título indica, la protección civil de este derecho (al mismo tiempo, la intromisión entra en tipo penal, y habrá de ser el Código Penal la norma aplicable).

La Constitución no se refiere a los supuestos de limitación de estos derechos, al menos de forma expresa, y sólo establece la necesidad de resolución judicial. No obstante, esta garantía de intervención judicial parece suficiente, sin bien, por Ley orgánica, se podrá regular los requisitos y el procedimiento de limitación de este derecho como lo hacen la Ley Procesal Militar y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la Jurisdicción Militar, operarán como limitaciones las establecidas en el capítulo VI (“De la entrada y registro en lugar cerrado y de la intervención de libros, papeles, y comunicaciones”) del Título II (“Del sumario”) del Libro II (“De los procedimientos ordinarios militares”) de la Ley Orgánica Procesal Militar 2/1989, de 13 de abril. En la jurisdicción ordinaria, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro del Libro II, el Título VIII (“De la entrada y registro en lugar cerrado, de libros y papeles y de la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica”), arts. 545 y ss.

— Libertad de residencia y circulación. Artículos 175 de las Reales Ordenanzas y 19 de la Constitución.

El artículo 19 de la Constitución garantiza el derecho de los españoles de elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca.

A su vez, el artículo 175 de las RROO señala que el domicilio habitual de residencia del militar será el de su destino. Sin embargo, a lo largo de este artículo, en el párrafo tercero, se manifiesta la obligación de disponer de autorización de sus superiores para salir al extranjero.

Con relación al párrafo primero, no se plantea mayor problema, habida cuenta de la propia determinación de domicilio legal del artículo 68 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“El domicilio legal de los militares en servicio activo será el del pueblo en que se hallare el Cuerpo a que pertenezcan cuando se hiciere el emplazamiento.”

Mayores problemas plantea el párrafo tercero (autorización para salida al extranjero). La cuestión, abordada desde un punto de vista material, puede ser entendida como una limitación administrativa en orden al fin superior de la Defensa Nacional. Pero esta finalidad responde a estados extraordinarios y no a situaciones de normalidad, de tal manera que sería absolutamente defendible en caso de los estados de alarmas, excepción y sitio previstos en el artículo 116 de la Constitución y desarrollados mediante Ley Orgánica 4/1981, del 1 de junio, y la declaración de guerra.

Fuera de las antes citadas situaciones, y en caso de normalidad, aparece hoy desfasada la necesidad de autorización de salida al extranjero, prevista en este párrafo tercero del artículo 175 de las Reales Ordenanzas, de manera genérica para todo militar (21). La razón de este desfase radica, en primer lugar, en la agilidad de las comunicaciones, que permiten alcanzar en poco tiempo las fronteras del territorio nacional, y la disminución de los requisitos formales para efectuar la salida al extranjero (recordemos que basta la mera presentación del Documento Nacional de Identidad para el resto de los países comunitarios).

De otra parte, el propio ordenamiento jurídico da instrumentos para la persecución, si lo que se quiere evitar es la ausencia del militar en su unidad o destino, entre otros preceptos, los artículos 119 (delito de abandono de destino o residencia) y 120 (delito de deserción) del Código Penal Militar (aprobado mediante la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre).

Un punto de vista formal nos sitúa en primer lugar en el Real Decreto 31129/1977, de 23 de septiembre, que reglamenta la expedición de pasaportes (documento que con relación a la Europa comunitaria va perdiendo importancia, como vimos anteriormente), cuyo artículo séptimo dispone, en

(21) De modo concreto, para quienes prestan el servicio militar, se halla recogido en el artículo 225 del Reglamento del Servicio Militar, aprobado por el Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, artículo también claramente inconstitucional, y cronológicamente desfasado.

casos excepcionales, la retirada, retención o suspensión del pasaporte, así como la prohibición de salida del territorio nacional a los súbditos españoles por causas derivadas de la seguridad del Estado (interior o exterior), protección del orden, salud o moral públicas y libertades de terceros. No está claro, según señala Santamaría) (22) que las circunstancias de tal limitación pueden hacerse valer como supuestos legitimadores de limitaciones o privaciones singulares de derecho.

Con relación a su constitucionalidad, y en lo que alcance a la prohibición de salida del territorio nacional de este artículo séptimo del R.D. 3129/1977, y el párrafo tercero del artículo 175 de las Reales Ordenanzas, por su rango normativo, en relación con el artículo 81.1 y 53.1 de la Constitución, hemos de predicar igualmente su inconstitucionalidad, en los términos expuestos a lo largo del presente trabajo (vid. *supra*).

— Libertad de expresión. Artículos 178 y 179 de las Reales Ordenanzas y 20 de la Constitución. Libre emisión y recepción del pensamiento.

Para Ricardo Pellón (23) cabe diferenciar dos tipos fundamentales de cuestiones referentes a la libertad de opinión de los militares. En la primera hipótesis, la limitación se dirige contra el miembro de las Fuerzas Armadas, en cuanto sustenta determinadas opiniones y el hecho de que las manifieste más o menos abiertamente, tiene una importancia secundaria. En la segunda hipótesis, las medidas coercitivas tienen por objeto principal impedir la exteriorización del pensamiento como tal, siendo irrelevante (desde el punto de vista teórico) la naturaleza ideológica o el sentido de lo que se dice. Partiendo de que actualmente la opinión mayoritaria es la de considerar al militar como un ciudadano más, debe reconocérsele, en principio, la libertad de opinión y restringírsele sólo en aquellos casos que sea indispensable para el cumplimiento de los fines de la institución militar.

Con relación a la libertad de expresión el artículo 178 de las Reales Ordenanzas plantea la autorización previa par su ejercicio "cuando se trate de cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo puedan conocer por su cargo o destino en las Fuerzas Armadas".

Ante este artículo cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) La Constitución, en su artículo 20, vino a suprimir el sistema de autorización previa en las publicaciones periódicas. Por tanto, este derecho no

(22) "Comentarios a la Constitución". Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 394.

(23) Ob. cit. pág. 32.

está restringido a personas alguna, incluso cuando ésta se identifique como militar.

Cuestión distinta es que, a posteriori, el militar pudiera incurrir en sanción disciplinaria de los artículos 8.30 (falta grave) de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas. Por otro lado, el Código Penal Militar (aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), recoge el delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional.

Por tanto, la sanción que al militar pudiera corresponderle sería exclusivamente a posteriori, una vez depuradas sus responsabilidades.

b) Toda norma jurídica limitativa del ejercicio de un derecho debe ser interpretada restrictivamente (24).

c) No se vulnera el deber de discreción por tratar hechos o datos que ya han sido previamente difundidos o cuando se utilizan los mismos con carácter hipotético.

d) No se violan las neutralidad o imparcialidad políticas por abordarse temas que formen parte de los programas o proyectos de las distintas opciones, en tanto ello no suponga una clase de adhesión o repulsa, en bloque, de un determinado partido o grupo (25).

e) Salvo prueba en contrario, las manifestaciones públicas de un militar, aun haciendo uso de su condición de tal —al igual que en su caso, lo hacen otros profesionales— no deben ser consideradas como hechas en representación de todo o parte de las Fuerzas Armadas.

f) Que la razón de ser de este artículo se ha de interpretar que es la protección de la seguridad nacional.

Por su parte, el artículo 20.1 de la Constitución reconoce de derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción de las ideas”.

En realidad, como indica Javier Gálvez (26), el único límite de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución está constituido por la exigencia de efectividad de los demás derechos reconocidos en el Título I del Texto constitucional. El número 4 del citado artículo 20 previene que “estas libertades tienen su límite en el respecto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

(24) Casado Burbano. “Iniciación al Derecho constitucional”. Editorial Edersa. 1986.

(25) Vid. nota número 21.

(26) “Comentarios a la Constitución”. Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 395.

En Estados Unidos los militares deben, antes de su publicación, presentarse para comprobar que escriben a título particular y no en su condición castrense. En Italia se permite publicar libremente sus escritos, dar conferencias públicas y manifestar públicamente sus pensamientos, salvo en asuntos de carácter reservado, de interés militar o del servicio, para los que precisa previa autorización.

También encontramos dos órdenes del Ministerio de Defensa: la primera, de 19 de noviembre de 1977, en su artículo primero, reconoce la libertad para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, y el artículo segundo, la necesidad de que la libertad de expresión se someta a la "previa autorización en razón a la necesaria protección de la seguridad nacional cuando se refiera o afecte a la Defensa Nacional, asuntos del servicio u organización y actuación de los Ejércitos".

La segunda es la Orden del Ministerio de Defensa de 24 de enero de 1978, en la que la autorización sólo se exige cuando la libertad de expresión se refiere a aspectos concretos que puedan perjudicar a la seguridad nacional o se utilicen datos sólo conocidos por razón de destino o cargo en las Fuerzas Armadas, sin precisarse permiso para los demás supuestos.

Las consideraciones recogidas anteriormente, en cuanto la infracción del artículo 20 de la Constitución (no existencia de censura previa) e igualmente la insuficiencia normativa tanto de las Reales Ordenanzas en su artículo 178 como en ambas Ordenes Ministeriales antes citadas para limitar un derecho, nos llevan a proclamar su inconstitucionalidad, en los términos reiteradamente manifestados a lo largo de este trabajo.

La Constitución española, en el apartado d) del número 1 del artículo 20, reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz y por cualquier medio de difusión. El sujeto de la libertad de información es incontrovertido e incontrovertible, dada la redacción del texto, ya que se reconoce a todos los ciudadanos sin distinción alguna.

El artículo 179 de las Reales Ordenanzas reconoce al derecho del artículo 20 de la Constitución, para limitarlo a continuación por "exigencias de la disciplina o defensa de la unidad de las Fuerzas Armadas", con lo que infringe claramente lo dispuesto en el artículo 81.1, de reserva a Ley Orgánica el desarrollo de determinados derechos de los ciudadanos, por lo que hemos igualmente de tachar de inconstitucional este artículo 179. Incluso llega éste a someter la limitación por el Ministerio de Defensa o la autoridad militar competente en caso de urgencia, lo que también supone la directa e inmediata limitación gubernativa de un derecho fundamental sin que haya sido declarado ninguno de los tres supuestos recogidos en el artículo 116, en

relación con el 55.1 de la Constitución, y desarrollados posteriormente por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, donde se aparece recogida esta limitación (arts. 21.1 y 32.3 in fine) (27).

— El derecho de reunión. Artículos 180 de las Reales Ordenanzas y 21 de la Constitución.

El artículo 21 de la Constitución reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora de este derecho, señala en su artículo 4.4:

“La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición de militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica.”

Por otra parte, el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, de actividades políticas y sindicales de los miembros de las Fuerzas Armadas, prohíbe a los militares “asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter”, así como “asistir de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a cualesquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical” (art. 2.3), con lo que quedaba vedado a los militares la mera asistencia, de incógnito, a cualquier reunión (28).

La Constitución, como hemos visto antes, no señala ninguna limitación al derecho de reunión en cuanto a su titular, y por lo tanto, tampoco para los militares, por lo que cualquier militar puede participar en cualquier tipo de reunión, siempre que no asista de uniforme ni haga uso de su condición, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Ley Orgánica 9/1983, antes citada.

Hemos de considerar inconstitucional el R.D. 10/1977, en cuanto impone por una norma que no es Ley Orgánica no solamente una limitación, sino una privación del ejercicio de un derecho fundamental que no aparece recogida tanto en el Texto constitucional como en el de la Ley Orgánica de desarrollo, lo que desvirtúa, ciertamente, el contenido esencial de este derecho. A mayor abundamiento, señalar que el Real Decreto-Ley 10/1977 será derogado a la entrada en vigor de la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar, en el apartado tercero de su disposición derogatoria, junto con su legislación

(27) También puede oponerse la oscuridad de su redacción y falta de conceptos claros de su términos (“razones de seguridad, disciplina”); posibilidad de establecer una limitación de derechos fundamentales sin la enumeración mediante texto legal previo de los motivos para ello.

(28) Casado Burbano. *Iniciación al Derecho Constitucional*. Página 145.

complementaria (Decreto 706/1977, de 1 de abril y 1113/1977, de 20 de mayo).

La legislación específica a la que alude la Ley orgánica del derecho de reunión la constituye el artículo 9, párrafos 27 y 28 (falta grave) de la Ley Orgánica 12/1985, de régimen disciplinario para las Fuerzas Armadas.

El artículo 180 de las Reales Ordenanzas se remite, sin más, a las "disposiciones vigentes", con lo cual resulta perfectamente inocuo y redundante con respecto a la problemática que estamos examinando, por lo que no puede ser tachado de inconstitucional.

— La libertad de asociación y de sindicación. El artículo 181 de las Reales Ordenanzas.

El artículo 181 de las Reales Ordenanzas, en su párrafo primero, establece que "los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos ni asociaciones con finalidad reivindicativa".

Con relación a la libertad de asociación, señala el artículo 22 de la Constitución que "se reconoce el derecho de asociación". En primer lugar, este derecho "se reconoce", por lo que es considerado por el legislador constituyente como un derecho anterior e inmanente del ciudadano y, en segundo término, la Constitución no señala limitación alguna en cuanto a los titulares efectivos de tal libertad, por lo que no hemos de entenderlo excluído respecto de ningún ciudadano y, obviamente, respecto del militar. Respecto del asociacionismo político, parte del derecho de asociación, lo examinaremos en el apartado siguiente.

La denominación de "asociaciones con finalidad reivindicativa" a que hacen mención las Reales Ordenanzas hemos de entenderlas como asociaciones que efectivamente ejercen funciones sindicales o, en virtud de la exclusión expresa de este tipo de actividades que a continuación veremos, cuasi sindicales, bajo la denominación de "asociaciones" se constituye un evidente fraude de Ley y habrán de seguir la doctrina del fraude de Ley del artículo 6.4 del Código Civil:

"Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutadas en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

El artículo 22 de la Constitución, como señala Santamaría (29), constitu-

(29) Juan A. Santamaría. "Comentarios a la Constitución". Trabajo dirigido por Garrido Falla. Editorial Civitas. Página 428.

ye lo que podríamos llamar el derecho común, en la Constitución, de todas las asociaciones, cuya mención separada no supone en caso alguno la consagración, para tipos concretos, de principios o reglas contradictorias o meramente distintas de las establecidas en el artículo 22: las reglas de este artículo, pues, serán de general aplicación, a menos que por Ley se dispusiese lo contrario en atención a la peculiar naturaleza de algunas asociaciones.

Respecto a la libertad de sindicación, hemos de comenzar por la mención del artículo 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:

- a) Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
- b) El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tales derechos cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía”.

El artículo 28 de la Constitución recoge el derecho de libre sindicación en su apartado primero. Sin embargo, continúa que “la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados y demás Cuerpos sometidos a la disciplina militar”.

En la Ley aludida (Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical) se determina de una manera expresa en el apartado 1.3:

“Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de carácter militar”.

A mayor abundamiento, la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Organos de representación, Determinación de las condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, en su artículo 2, señala:

“1 Quedan excluidos de la presente Ley: a) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de carácter militar.”

Con lo cual queda cerrada cualquier vía a través del art. 103.3 de la Constitución, al regular las peculiaridades de este ejercicio a los funcionarios públicos (sólo civiles), en cumplimiento a lo establecido en el artículo 28 del propio Texto constitucional.

Pueden, no obstante, existir circunstancias de orden profesional que legítimamente preocupen a los miembros de las FAS, ante lo cual, el artículo

29 de la Constitución, al regular el derecho de petición, dispone:

“2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.”

Esta legislación es el Decreto 93/1862, de 18 de enero, de Presidencia del Gobierno, en la que se dan normas para el ejercicio del derecho de petición por los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados, así como el Decreto 1408/1966, de 2 de junio, que adapta preceptos de la Ley de 17 de Julio de 1958 a los Ministerios militares, y por los artículos 199 a 205 de las Reales Ordenanzas (“De los recursos y peticiones”).

La presentación de reclamaciones o peticiones colectivas puede dar lugar al delito de sedición militar, tipificado en el artículo 92 del Código Penal Militar, tipificado en el artículo 92 del Código Penal Militar, o la falta grave militar del art. núm. 15 de la L.O. de Régimen disciplinario de las FAS.

Un último problema es el de la determinación del límite entre “simples asociaciones” y las “asociaciones con finalidad reivindicativa”, por cuanto la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 no lo realiza: ante el vacío legal en la materia, habrá de ser la jurisprudencia quien precise los márgenes entre los que se desenvuelven unas y otras.

En conclusión, y de una manera clara, la Ley Orgánica viene a prohibir al militar, en cumplimiento del mandato constitucional, la afiliación y el ejercicio de actividades sindicales que, ciertamente, se oponen a su condición.

El artículo 181 de las Reales Ordenanzas no limita a militar la libertad de asociación, pues las “asociaciones con finalidad reivindicativa” habrían de ser tratadas en los términos antes vistos, y recoge tanto el mandato constitucional como de la Ley Orgánica respecto de los sindicatos en el seno de las Fuerzas Armadas, por lo que resulta claramente constitucional.

— Artículo 182. El deber de neutralidad política y el Real Decreto-Ley 10/1977.

Como vimos en el apartado anterior, la prohibición es clara en relación a los sindicación en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Pero, en contraposición, nada regula excepto el recientemente derogado Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de enero, de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, la participación del militar en actividades políticas, si no es el artículo 182 de las RROO o la referencia del artículo 9, párrafo 28 de la Ley Orgánica 12/1985 de Régimen Disciplinario.

Cuestión aparte merece el citado Real Decreto-Ley 10/1977. Señalaba su exposición de motivos que “la naturaleza de la misión de las Fuerzas Ar-

madras está más allá de opciones políticas concretas, que sus miembros deben mantenerse “unidos para el mejor cumplimiento de su elevada misión cuando sus obligaciones constitucionales así lo exijan”, y que “este deber impone a todos los componentes de las FAS el debido respeto a cualquier opción política de las que tienen cabida en el orden institucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, participar ni menoscabar públicamente cualesquiera de ellas”.

En palabras del General M. Díaz Alegría, “el que un militar profesional sea apolítico no quiere decir que, como individuo, no sienta preocupaciones por la dirección de su país y hasta deje de experimentar mayor o menor simpatía por una u otra de las ideologías que se debaten en el campo político de su Patria. Lo que no se puede hacer es sustentar estas teorías apoyándolas en su condición de Oficial y mucho menos hacerlas prevalecer, reunido con sus compañeros, como expresión del pensamiento político del Ejército”.

Lo que nos permite hacer un inciso para reflejar las consideraciones que sobre el apoliticismo y apartidismo expone Ricardo Pellón (30), señalando que si bien desde el punto de vista formal puede vetarse al Ejército de toda actividad política, en la práctica, las Fuerzas Armadas no pueden mostrarse indiferentes a ella (Fuerzas Armadas como Institución, como conjunto organizado, no a sus componentes individualmente considerados).

Para conseguir un total acatamiento del poder civil, se introdujo durante el siglo pasado el principio del absoluto apoliticismo de las Fuerzas Armadas, fundándose en su carácter instrumental y técnico—brazo armado— que se limita a ejecutar estrictamente las órdenes recibidas. Contribuyó a fortalecer la teoría del aislamiento en que se colocó al militar, privándole del derecho de sufragio activo y pasivo y restringiendo o impidiendo el ejercicio de otros derechos políticos. Así se constituyó lo que se ha denominado “acantonamiento territorial y jurídico”.

Sin embargo, lo que más ha contribuido a que las Fuerzas Armadas sientan que el cumplimiento de su misión no es algo ajeno a la política ha sido su empleo por parte de los gobiernos para mantener el orden interno, luchar contra la subversión o defender las conquistas de un proceso revolucionario.

En España, el artículo octavo de la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas no sólo la misión de defender la integridad territorial, sino, también, el ordenamiento constitucional, lo que tiene una clara significación política. Quien pretenda vulnerar o romper dicho ordenamiento, tendrá frente a sí, como último garante, a los Ejércitos. Esta invocación pone a su

(30) Ricardo Pellón. Op. Cit. págs. 64 y siguientes.

cargo una función disuasoria del evidente carácter político. (En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, considera una de las finalidades de la defensa nacional garantizar el ordenamiento constitucional: el párrafo primero del artículo cuarto señala que “la política militar, componente esencial de la política de defensa, evalúa la situación interna y externa”).

El propio Ordenamiento reconoce a las Fuerzas Armadas una función política activa en determinados casos, como son los supuestos de situaciones de anormalidad recogidas en el artículo 116 de la Constitución y desarrolladas por la Ley orgánica 4/1981, de 1 de Julio, de los estados de alarma, excepción y sitio, así como den los supuestos de guerra. Por tanto, las Fuerzas Armadas son un instrumento de poder del Estado y difícilmente puede sostenerse la tesis de las apoliticidad (entendida en el sentido de “polis”, ciudad, comunidad) del Ejército, y no sólo por lo que establezcan las Leyes sino, más bien, porque la Institución militar es una dimensión efectiva de la comunidad política.

Como es lógico, “política” es diferente a “partidismo político”; a nuestros efectos citaremos, en cuanto al significado de aquella, a J.W. Garner, para quien “política” es un término que significa ciencia y arte, y se emplea para expresar al propio tiempo el estudio sistemático de los fenómenos del Estado y la totalidad de las actividades relacionadas con la administración de los asuntos del mismo.

Lo que ocurre es que la palabra “política” ha venido a tomar un sentido peyorativo, al fírsela apropiando los partidos y grupos de tal manera que, en muchas ocasiones, se la utiliza más que en interés de la comunidad social, en beneficio de los intereses de los partidos.

Con relación al Real Decreto-Ley 10/1977, ha de considerarse, ante todo, su finalidad y la época de promulgación para hallar su verdadero sentido. Pero este criterio de oportunidad, ante una situación política muy concreta, no podía ser indefinidamente alargado en el tiempo, por cuanto la propia evolución social la había superado ampliamente.

Hecha esta consideración, la Exposición de Motivos confundía a las Fuerzas Armadas como Institución, que ha de permanecer al margen del juego de los partidos políticos, y la esfera de las libertades de las personas físicas que las constituyen. La misión de las Fuerzas Armadas y su asepsia partidista como Institución no significa, en ningún caso, que sus miembros tengan mayor o menor respeto a las opciones políticas al mostrar públicamente su preferencia por alguna.

Dudosamente constitucional era también el artículo 2.1 en cuanto afiliación, colaboración o apoyo a organización política (no a la sindical, vid, *supra*) por el reiterado principio de la reserva material a una Ley Orgánica, y precisamente este rango, en virtud del artículo 81.1 de la Constitución.

Había de entenderse derogado antes de la forma expresa con que se hace de todo el texto por la Ley 17/1989, de 19 de julio, el artículo 2.3 de este Decreto (prohibición de asistencia a reuniones de carácter político) por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, que permite, *sensu contrario*, la asistencia del personal militar a cualquier tipo de reunión, incluso política (art. 4.4).

Cuestión distinta es que el militar interviniera en ellas manifestando públicamente su condición, bien mediante colaboración o apoyo públicos o afiliación a grupos o partidos políticos. Efectivamente, aunque el militar goza de la condición de funcionario público al servicio de la administración del Estado, las Fuerzas Armadas son algo más que la Administración, en palabras de Herrero de Miñón, y ese “algo más” impone, ciertamente, a sus componentes un deber de exquisita neutralidad partidista pública.

Pero este deber de neutralidad no significa la pérdida de la condición de ciudadano del militar. La neutralidad ha de ser interpretada, en tal caso, como una limitación, y no privación, por lo que habrían de contemplarse por la legislación fórmulas menos radicales que las del artículo 5.1 (situación de retirado para Jefes, Oficiales y Suboficiales) y 5.2 (pase a la situación especial para Oficiales Generales) del Real Decreto-Ley 10/1977.

La Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional contempla en su artículo 100, apartado 1, párrafo b) la situación de excedencia —considerablemente menos radical— cuando el militar de carrera sea designado como candidato a elecciones para órganos representativos públicos en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Queda, sin embargo indefinido si la excedencia voluntaria de estos casos ha de ser solicitada por el militar en el momento de la formalización de la candidatura o habrá de concederse de forma automática, por cuanto el artículo 100 no hace una distinción en este caso y, por ejemplo, cuando la excedencia sea por interés particular, lo que seguramente vendrá determinado en ulterior desarrollo reglamentario (31)

El párrafo 4 de este artículo 100 establece un período de dos años para la incorporación al servicio activo bien desde el final del mandato si resulta

(31) Esta cuestión habrá de ser suficientemente matizada, habida cuenta de su represión a efectos disciplinarios del artículo 9.28 de la Ley Orgánica 12/1983, de Régimen Disciplinario.

elegido o, si no lo fuera, dos años a partir del momento de la concesión del pase de situación.

Es, por último, interesante el apartado 9 de este artículo, que recoge que “dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las Leyes penales y disciplinarias militares”, lo cual aparece en la intención del legislador como un refuerzo a la posición de independencia y libertad de pensamiento con que se han de desarrollar bien las elecciones o la ulterior actividad política durante el mandato.

En cualquier caso, y aun cuando el Proyecto citado prevé su derogación, ha de predicarse a este respecto la inconstitucionalidad sobrevenida de este Real Decreto en los términos vistos más arriba, así como del artículo 182 de las Reales Ordenanzas, al ser necesaria una Ley Orgánica para el desarrollo del ejercicio de este derecho fundamental, en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria tercera de la Constitución, en relación con el artículo 81.1 de este Texto.

III. CONCLUSIONES FINALES

Por último, y resumiendo las condiciones parciales que hemos apuntado a lo largo de este trabajo, sostenemos la inconstitucionalidad del artículo 169 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en cuanto proclama su potestad para limitar derechos fundamentales, así como los artículos 175, último párrafo, 178, 179 y 182 por las razones esgrimidas con ocasión de su estudio individualizado, en paralelo a los correspondientes artículos de la Constitución.

Tras este análisis de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en las Reales Ordenanzas (en paralelo a la Sección primera del capítulo segundo, Título I de la Constitución), concluimos que es necesaria una solución al problema, que pasaría bien por una Ley Orgánica que defina las limitaciones que han de establecerse a los militares de carrera, de empleo o en servicio militar, pero que recoga en profundidad todos y cada uno de los derechos y libertades que sean afectados y marque estrictamente los límites de su ejercicio, o bien en las propias Leyes Orgánicas desarrolladoras de estos derechos, actualmente en vigor, se introdujeran reformas al efecto, antes que los avatares de la vida cotidiana vengán, en estas cuestiones, a sorprender y perturbar la normal actividad de las Fuerzas Armadas.

Está fuera de discusión la necesidad de su limitación, por el fin de la propia Institución, pero en materia de derechos fundamentales y libertades

públicas conviene no dejar lagunas y capítulos en blanco, por cuanto que el mal que esto acarrea es indudablemente superior a las incomodidades que su regulación y puesta en práctica pudieran conllevar.