

PARTICULARIDADES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DE LOS MILITARES DESDE LA LEY ORGÁNICA 9/2011

Daniel Rey Moral
Capitán auditor

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes normativos. III. La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio: ámbito de aplicación. IV. Principios vinculados a la Ley Orgánica 9/2011. A) El deber de acatar la Constitución. B) Las reglas de comportamiento del militar. C) La efectividad de la igualdad de género. V. Del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Ley Orgánica 9/2011. A) Libertad personal. B) Libertad religiosa. C) Derecho a la intimidad y dignidad personal. D) Libertad de desplazamiento y circulación. E) Libertad de expresión e información. F) Derecho de reunión y manifestación. G) Derecho de asociación. H) Derecho de sufragio. I) Derecho de petición. J) El Defensor del Pueblo. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Durante siglos los Estados han sido objeto de cambios de diversa índole, y España no ha sido ajena a esas variaciones, lo que la ha llevado a ser el Estado constitucional que hoy conocemos. Las nuevas realidades sociales, económicas y culturales y las constantes transformaciones multidisciplinarias han tenido como consecuencia la obtención de un mayor nivel de preparación, capacidad y disponibilidad del principal recurso de sus Fuerzas Armadas, su personal militar.

El alcance de una mayor profesionalización en la formación y de profesionalidad en el ejercicio de las funciones del militar, ha llevado aparejada correlativamente la forzosa y necesaria adaptación de un régimen de personal en el que una parte de los derechos constitucionales han pasado a ser reconocidos y desarrollados por la Ley Orgánica 9/2011. Su entrada en vigor ha engrosado cualitativa y satisfactoriamente el estatuto del militar, cumpliéndose así el mandato constitucional previsto en el artículo 81.1 para el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas.

Mediante una metodología predominantemente descriptiva, el presente artículo tiene como finalidad exponer, con un carácter más divulgativo que doctrinal, el particular contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas que, a juicio personal, mayor relevancia y controversia práctica poseen de los previstos en la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, dando un trato prioritario al respeto por unos sólidos principios que determinan las reglas de juego.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas previstas en la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, establecieron en sus artículos 168 y siguientes los primeros deberes y derechos civiles y políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas en el actual marco constitucional.

Posteriormente, la ya derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, dispuso en su artículo 26 que «las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas [...] se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la Institución militar». Desde entonces, el personal de las Fuerzas Armadas, cuyo comportamiento está íntimamente ligado a la disciplina y la jerarquía, se ha convertido en acreedor de derechos y en titular de deberes y obligaciones inherentes todos ellos a su condición de excelente servidor público depositario de fuerza, con capacidad y preparación para usarla adecuadamente.

La mayor parte del bloque normativo de la Ley 85/78 fue derogado por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Sin embargo, los derechos fundamentales, como la igualdad, la libertad de religión, de expresión, de reunión y de asociación no reivindicativa; la inviolabilidad de la intimidad personal, familiar y del domicilio y de la correspondencia, se mantuvieron vigentes hasta la aplicación de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes

de los miembros de las Fuerzas Armadas, la cual responde no solo a la urgencia de actualizar y articular el ejercicio de los derechos y libertades públicas, como los derechos y deberes de carácter profesional y de protección social, integrados en el régimen del personal militar, sino también dar cumplimiento al artículo 81.1 de la Constitución, a través del cual se requiere una ley orgánica para desarrollar los derechos fundamentales y las libertades públicas, dado que hasta el momento, como se ha visto, venían previstas en una ley ordinaria reguladora de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

La disposición final 3.^a de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, dispuso que «El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar». Esta necesidad normativa igualmente quedaba patente en el apartado IX del preámbulo de la Ley de la Carrera Militar: «La actualización del régimen del personal militar se completará por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se regulará el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la Constitución y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar».

No es descabellado afirmar que si bien han existido referencias normativas aisladas de derechos de los militares, no ha habido hasta ahora un concreto y consistente marco legislativo sobre los deberes y derechos fundamentales y profesionales del militar. El presente trabajo se referirá, a partir del texto contenido en el título I de la Ley Orgánica 9/2011, para los derechos fundamentales y libertades públicas, a aquellos derechos y libertades que mayor repercusión constitucional tienen a partir de los conflictos jurídicos producidos.

III. LA LEY ORGÁNICA 9/2011, DE 27 DE JULIO: ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Ley Orgánica 9/2011, estructurada en seis títulos con 56 artículos, dos disposiciones adicionales, una única disposición transitoria, una disposición derogatoria y quince disposiciones finales, regula en los artículos 8 -17 del título I el ejercicio por los militares de los derechos fundamentales y libertades públicas, sin perjuicio de las particularidades derivadas de la condición de militar y las limitaciones legalmente establecidas en la

propia Constitución, en esta ley orgánica, en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares y, por supuesto, de las exigencias de la seguridad y defensa nacional.

La Ley Orgánica 9/2011 tiene como destinatarios quienes adquieran la condición de militar profesional conforme a la Ley 39/2007; estos son: los militares de carrera, que adquieren tal condición al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar (artículo 76.1), los militares de complemento (artículo 77.1) y los militares de tropa y marinería (artículo 78). Igualmente son destinatarios los reservistas y aspirantes a reservistas activados e incorporados a las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de la aplicación del régimen general previsto en el título VI de la Ley de la Carrera Militar para el resto de derechos y deberes de naturaleza profesional y social¹.

Por el contrario, quedan excluidos los militares sujetos a situaciones administrativas que lleven consigo la suspensión de su condición (servicios especiales y excedencia) y los alumnos de la enseñanza militar de formación². Respecto de los cuales el artículo 19 del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingresos y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, dispone que a partir del nombramiento como alumno «tendrán condición de militar, estando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas».

Desde una visión de jerarquía normativa, sería de aplicación única y estricta el contenido de la Ley Orgánica 9/2011, esto es, que los alumnos se vean excluidos del ámbito de aplicación de la ley orgánica. Sin embargo, atendiendo a una perspectiva amplia, extensiva y conjunta a la normativa referida, podría afirmarse que los alumnos solo quedan exentos de la aplicación del título I de dicha ley, pudiéndoles ser de aplicación otros preceptos como los relativos a las reglas de comportamiento del militar, los

¹ Artículo 2.2 «A los reservistas y a los aspirantes a tal condición les será de aplicación cuando se encuentren incorporados a las Fuerzas Armadas en los términos que se especifican en el título IV».

Artículo 52.1 «A los reservistas y a los aspirantes a reservistas cuando se encuentren activados e incorporados a las Fuerzas Armadas, dada su condición militar, les será de aplicación lo previsto en los artículos 3 al 17 con las particularidades que se establecen en los apartados siguientes».

² Artículo 2.1 «Los destinatarios de esta ley son todos los miembros de las Fuerzas Armadas que adquieren la condición militar según lo establecido en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. En consecuencia, se aplica a los miembros profesionales de las Fuerzas Armadas, salvo que estén en situaciones administrativas en las que tengan suspendida su condición de militar, y a los alumnos de la enseñanza militar de formación».

derechos y deberes de carácter profesional o incluso los relativos al apoyo al personal comprendidos en el título II.

IV. PRINCIPIOS VINCULADOS A LA LEY ORGÁNICA 9/2011

El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes y obligaciones previstos en la Ley Orgánica 9/2011 están sometidos a unos determinados parámetros esenciales sustentadores de la propia ley, capaces de delimitar el marco en el que se van a conjugar los derechos fundamentales que posteriormente se analizarán, por lo que se hace necesario entrar a enunciarlos mostrando su esencia.

A) EL DEBER DE ACATAR LA CONSTITUCIÓN

El artículo 5 de la Ley Orgánica 9/2011 dispone que «el militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones militares derivadas de las misiones establecidas en la Constitución³ y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, con sujeción a las reglas de comportamiento que se definen en esta Ley». La disciplina del militar tiene su expresión colectiva en el acatamiento de la Constitución⁴.

B) LAS REGLAS DE COMPORTAMIENTO DEL MILITAR

El teniente general Gutiérrez Mellado, durante la toma de posesión de la Capitanía General de la Séptima Región Militar, en mayo de 1976, expresó que «el Ejército, por muy sagradas que sean sus misiones, está no para mandar, sino para servir»⁵. El servicio a prestar por el militar se debe

³ Artículo 8.1. «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

⁴ Artículo 4.1 de la Ley de la Carrera Militar en relación con el artículo 6.1.8 de la Ley Orgánica de Derechos y Deberes «La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas».

⁵ Gutiérrez Mellado, M., «El Ejército en la transición». Transcripción parcial de la conferencia pronunciada durante los cursos de la Universidad Complutense en El Escorial, 1993, p. 7.

regir a nuestro juicio por unas pautas de juego que, en todo caso y a través de los medios proporcionados por el Estado, gobiernen la actitud diaria del militar para lograr la máxima eficacia en su acción. Dichas reglas de comportamiento, como si de un código deontológico se tratara, están taxativamente previstas en 16 apartados contenidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011.

Si bien las derogadas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, ya definían a las Fuerzas Armadas como una «institución jerarquizada, disciplinada y unida», el artículo 7 de las actuales Reales Ordenanzas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, dispone que el militar «ajustará su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía, y unidad, indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción», por lo que las reglas de comportamiento del militar bien podrían estar englobadas de forma genérica en tres grupos: la disciplina, la jerarquía y la unidad.

La disciplina, según el artículo 8 de las vigentes Reales Ordenanzas y el artículo 6.1.8 de la Ley Orgánica 9/2011, es «el factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado». practicándose y exigiéndose en las Fuerzas Armadas como norma de actuación.

Teniendo como expresión colectiva el ya citado acatamiento a la Constitución, y como manifestación individual el cumplimiento de las órdenes recibidas, es tanta la importancia que radia la disciplina en las Fuerzas Armadas que si el preámbulo II de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la prevé como «código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas», su artículo 1 dispone como objeto de la ley «garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad, que, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, constituyen el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas».

Por su parte, el Real Decreto 96/2009 las define como «el conjunto de reglas que sirven para mantener el orden y la subordinación entre los miembros de las FAS, virtud fundamental del militar, que obliga a todos por igual», y sin perjuicio de su mención en otros preceptos⁶, le dedica por completo el título II (artículos 44-52).

⁶ Artículo 1. «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que constituyen el código de conducta de los militares, definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España y en el honor, disciplina y valor».

La jerarquía está reflejada en el artículo 6.1.9 de la Ley Orgánica 9/2011 y en el artículo 9 de las Reales Ordenanzas como aquel principio que debe ser escrupulosamente respetado en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, definiéndose como jerárquica la situación entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad en el desempeño de los cometidos.

Como principio esencial, y en su beneficio, ya se acudió a la jerarquía en las *Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación, y Servicio de sus Ejércitos*, de 1768; en su tomo I, «Don Carlos por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias [...] por quanto ha manifestado la experiencia, que en la observancia de las Ordenanzas Militares, expedidas desde el año de mil setecientos veinte y ocho, se han ofrecido algunas dudas, que, ó consultadas atrasaban mi servicio, ó mal interpretadas podrían (tal vez) perjudicarle; y que en la falta de regla fixa, que no daban para muchos asuntos del interior gobierno de los Cuerpos, quedaba expuesto á disformidad, y voluntaria variación el método de buen reimen en ello: por tanto he resuelto que anuladas en todas sus partes las referidas Ordenanzas Militares, se observen inviolablemente, para la Disciplina, Subordinación, y Servicio de mis Ejércitos las que explican los Tratados y los Títulos siguientes».

La unidad es novedosamente incorporada a las reglas de comportamiento militar; sin embargo, posee una triple acepción.

En primer lugar, como unidad estructural e institucional, según establecen la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional, por la que «la organización de las Fuerzas Armadas, integradas en el Ministerio de Defensa, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia»; el artículo 10.1 del mismo texto, por el que «las Fuerzas Armadas son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire»; o el artículo 14, por el que «la organización y funcionamiento de los órganos de la jurisdicción militar se rigen por el principio de unidad jurisdiccional».

En segundo lugar, como unidad de mando, como se desprende del artículo 11.3 de la Ley Orgánica 5/2005, según la cual la «estructura operativa para el desarrollo de la acción conjunta y combinada se organizará con

Artículo 17. «Tendrá presente que la disciplina, valor, prontitud en la obediencia y exactitud en el servicio son virtudes a las que nunca ha de faltar».

arreglo al principio de unidad de mando y los criterios necesarios para la consecución de la máxima capacidad operativa».

Por último, y como acepción más vinculada a la regla de comportamiento del militar, los artículos 6.1.7, y 6.1.14 de la Ley Orgánica 9/2011 y el artículo 10 de las Reales Ordenanzas conciben la unidad como la manifestación de la lealtad y el compañerismo para el cumplimiento de las misiones, logrando así la máxima eficacia en la acción de las Fuerzas Armadas, o lo que es lo mismo, la cohesión en el seno de las Fuerzas Armadas.

C) LA EFECTIVIDAD DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Con carácter previo a analizar la igualdad de género en las Fuerzas Armadas, se hace necesaria, como nota introductoria, una breve exposición sobre la igualdad en sus diferentes vertientes.

La igualdad ante la ley que aglutina a todos los ciudadanos, tiene su complemento en la vinculación de la igualdad al legislador, o lo que es lo mismo, la igualdad en la ley. Así lo entiende el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, cuando afirma que «la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no solo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislador, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma». Esa igualdad formal es traducida en material a través del artículo 9.2 de la Constitución, por el que encomienda a los poderes públicos «promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». En busca de la igualdad material entre hombres y mujeres en las Fuerzas Armadas, y diez años después de la proclamación del artículo 14 de la Constitución, se admitió la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas españolas mediante el Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero. A pesar de poder ser considerada una integración tardía en comparación con otros países occidentales, su progresión ha sido vertiginosa pero gradual.

El Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales en las Fuerzas Armadas, facultó a los soldados profesionales a optar a todos los destinos de su empleo militar, excepto los de tipo táctico u operativo (Legión, Paracaidistas, Operaciones Especiales) por sus características físicas y biológicas, o en submarinos o buques menores por cuestión de infraestructura y habitabilidad.

La Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, garantizó la plena igualdad profesional eliminando las limitaciones impuestas a las mujeres en materia de destinos.

Con ese objetivo, las autoridades competentes promovieron especiales mecanismos⁷, y en lo que especialmente atañe en materia de defensa, con el objeto de responder a las nuevas realidades de los Ejércitos, se aprobó la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar⁸, el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas⁹, y por supuesto la Ley Orgánica 9/2011, cuyo artículo 4 establece que «en las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». «Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva, impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar».

V. DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DE LA LEY ORGÁNICA 9/2011

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 los miembros de las Fuerzas Armadas, al igual que el resto de los ciudadanos, han podido disfrutar de los derechos fundamentales y las libertades públicas previstas en los artículos 15-29 de la sección 1.^a del capítulo II de la Carta Magna. Sin embargo, el ejercicio de algunos de estos derechos y libertades se ha vetado (derecho de sindicación) o limitado (libertad de expresión)¹⁰ por lo que se conoce como *relación de especial sujeción*, es decir, el sometimiento

⁷ Artículo 65 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres. «Las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas».

⁸ Artículo 6.1 «La igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar».

⁹ Artículo 13. «[El militar] Velará por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género».

¹⁰ Artículo 12 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. «En su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconoci-

miento a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, relacionada con bienes jurídicos como la disciplina, la jerarquía o la unidad, necesarios para cumplir con las funciones que la Constitución ha atribuido en su artículo 8.1¹¹.

A) LIBERTAD PERSONAL

El artículo 17.1 de la Constitución, el 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 —Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977—, disponen que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», coincidiendo con el artículo 8 de la Ley Orgánica 9/2011 en que la privación de la libertad solo tendrá lugar en los casos previstos por las leyes y en la forma en que estas dispongan. Aunque pueda parecer que la privación del derecho a la libertad solo puede tener lugar en la disciplina penal, lo cierto es que también tiene cabida en el seno de los procedimientos disciplinarios militares mediante el arresto en domicilio o en el lugar de la unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Desde una perspectiva disciplinaria, a colación con la figura del arresto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio, ha venido a interpretar *a sensu contrario* el contenido del artículo 25.3 de la Constitución, por el que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». De esta manera, se legitima a la Administración militar para imponer sanciones privativas de libertad. El origen de esta interpretación se halla en la reserva que España formuló al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹², relativo a la necesaria participación de un tribunal judicial para poder imponer este tipo de sanciones, en la medida en que eran incompatibles con las disposiciones contenidas en el título XV del tratado segundo y en el título XXIV del tratado tercero del derogado Código de Justicia Militar de 1890. La especial naturaleza y función de la Administración

dos en la Constitución, sin perjuicio de que en su ejercicio deba atenerse a las limitaciones legalmente establecidas en función de su condición militar».

¹¹ Bastida Freijedo, F., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 96.

¹² BOE 243, de 10 de octubre de 1979.

militar, de las Fuerzas Armadas y de su régimen disciplinario eran motivos suficientes para que a los arrestos previstos en dicho régimen no les fuera aplicable el artículo 5 del Convenio.

Sobre el arresto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1995, de 19 de marzo (Sentencias 31/1985, de 5 de marzo; 14/1999, de 22 de febrero; y 73/2010, de 18 de octubre), declaró que entre el derecho a la libertad y la detención como medida privativa de libertad no existen zonas intermedias, por lo que la sanción de arresto procedente de una infracción disciplinaria militar supone una verdadera privación de libertad. No obstante, para quien ha considerado que en realidad no se trata de una privación de libertad, sino de una restricción de la misma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 6 de octubre de 1980, matizó que «entre privación y restricción de libertad no hay más que una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia».

El mantenimiento del arresto, como sanción disciplinaria prevista en la nueva Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, ha sido objeto de numerosas críticas. Así, el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica alababa la incorporación de la sanción económica por considerarla «en principio más adecuada en la generalidad de los casos y condiciones de normalidad, que las tradicionales sanciones privativas de libertad».

Atendiendo ahora a una visión procesal, nuestro ordenamiento jurídico exige que un detenido sea puesto de inmediato a disposición judicial. No obstante, circunstancias como la participación de un militar español en una operación en el exterior no hacen tan inmediatamente factible su ejecución. En estos casos el militar detenido será puesto a disposición del jefe del contingente nacional en virtud del SOFA (Status of Forces Agreement) de la misión¹³, para su inmediata repatriación a territorio nacional con el fin de desarrollar las debidas diligencias y paralelamente asegurar los derechos y garantías del detenido.

A pesar de ello, no siempre existe la posibilidad de repatriación *ipso facto*, viéndose así comprometido el mandato constitucional por el que toda persona detenida debe ser puesta en libertad o a disposición judicial en el plazo de las 72 horas siguientes a su detención, o el derecho fundamental a informar las razones de su detención o a la asistencia letrada.

¹³ El Status of Forces Agreement (SOFA) a nivel Unión Europea o a nivel OTAN en el marco de la Alianza Atlántica determina, entre otras cosas, el estatuto jurídico del personal militar que forma parte de una misión en el exterior.

En cuanto al plazo de detención, nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 21/1997, de 10 de febrero) entiende que cuando la detención se produce en alta mar y/o a considerable distancia de las costas españolas más próximas en el que poder ejercer la jurisdicción nacional, es preceptivo interpretar el artículo 17.2 de la Constitución. «Si bien la libertad en cuanto derecho fundamental y valor superior de nuestro ordenamiento no puede sufrir excepciones por razones de eficacia en la lucha contra el delito [...] no es menos cierto que la vulneración del derecho que el artículo 17.2 CE garantiza solo se producirá cuando se hayan transgredido los límites del mismo. Y al respecto basta recordar que si la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es exclusivamente judicial [...] más allá de las setenta y dos horas, corresponde a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad (STC 115/1987). De esta exigencia constitucional no se requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el Juez, sino que la persona privada de libertad, pasadas las setenta y dos horas, no continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención y pueda bajo el control y decisión del órgano judicial competente garantizar la libertad que el artículo 17 reconoce».

De modo que, como continúa citando la STC 21/1997, «estando por transcurrir las setenta y dos horas primeras desde la detención, y tras tener en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo que impedían la presencia física de los detenidos ante el órgano judicial y valorar los indicios de criminalidad existentes, se decretó la prisión provisional comunicada y sin fianza», sin reproche ninguno sobre el control judicial sobre la libertad al término del plazo constitucionalmente previsto.

En lo que respecta al derecho a ser informado de forma inmediata de los derechos y razones de la detención, y a la asistencia letrada, resultan obvias las dificultades que puede entrañar hacer efectivos estos derechos en el desarrollo de una operación militar en el extranjero. Según la supracitada Sentencia 21/1997, la declaración del detenido en zona de operaciones o en buque en alta mar, como diligencia tendente a esclarecer los hechos como parte del sumario previsto en el artículo 146 de la Ley Procesal Militar, supone la necesaria aplicación de las garantías a ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, así como la asistencia letrada, «dada la innegable importancia para la defensa». La finalidad de estas garantías es la de «asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso».

De este modo, la simple vigilancia o custodia del militar autor de un presunto delito en el exterior hasta su llegada o repatriación a territorio nacional no es considerada como diligencia para el esclarecimiento de los

hechos, no cumpliéndose el presupuesto necesario para satisfacer las exigencias de defensa del artículo 17.3 de la Constitución y del artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asegurando así sus derechos constitucionales. Por contra, dicha vigilancia o custodia se halla bajo nuestro parecer, por la falta de un marco normativo concreto, en un ámbito de indeterminación en cuanto al tratamiento del detenido en vida real en zona de operaciones; esto es, sus relaciones con el resto de personal de la misión, su posible cercanía con otros implicados o con el propio cuerpo del delito, el mantenimiento de la disciplina, y la posible repercusión a la seguridad y defensa nacional.

B) LIBERTAD RELIGIOSA

Bajo los precedentes del artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 16 de la Constitución española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. Igualmente dispone que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, y que ninguna confesión tendrá carácter estatal, de modo que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. Esta libertad, contemplada en su tratamiento constitucional con la mención que el artículo 14 hace de la religión y de su prohibición como causa de discriminación, está desarrollada para su ejercicio, protección y respeto por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, aplicándose expresamente en los establecimientos públicos militares conforme al artículo 2.3¹⁴.

En clara sintonía con lo anterior, y dejando patente la necesidad de no omitir la libertad religiosa como uno de los derechos fundamentales de mayor calado social, el artículo 9 de la Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas reconoce al militar el derecho a la libertad religiosa, bajo la protección y el respeto de la citada ley orgánica.

¹⁴ Artículo 2.3. «Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

El fundamento jurídico 4.º de la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, sentó doctrina sobre la capacidad y legitimidad del Estado para facilitar asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas. «El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa a los individuos de las Fuerzas Armadas no solo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que tampoco se lesiona el derecho de igualdad, pues por el mero hecho de la prestación a favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que estos puedan reclamar fundadamente, de suerte que el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos incidiría en la eventual violación analizada».

De lo transcrito se concluye que el sostenimiento por el Estado de un servicio de asistencia religiosa para los miembros de las Fuerzas Armadas no solo no es inconstitucional, sino que la injerencia constitucional sería, precisamente, lo contrario¹⁵.

El Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y en el que se dictan normas sobre su funcionamiento, y la Ley de la Carrera Militar, a través de su disposición adicional octava, se han hecho eco de esta necesidad al prever un Servicio de Asistencia Religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas garantizado por el Gobierno, en la que:

1. La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense, prestándose por los Cuerpos Eclesiásticos de los tres ejércitos declarados a extinguir¹⁶, y por los sacerdotes que integran el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas.
2. Los militares evangélicos, judíos o musulmanes podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, si lo desean, de conformidad con lo determinado en los correspondientes acuerdos de cooperación establecidos entre el Estado español y la Federación de Entida-

¹⁵ Contreras Mazario, J. M., *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 574.

¹⁶ Como consecuencia del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos, de 3 de enero de 1979.

des Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España.

3. Los demás militares profesionales podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa de ministros de culto de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el ordenamiento y, en su caso, de conformidad con lo que se establezca en los correspondientes acuerdos de cooperación entre el Estado español y dichas entidades.

El derecho a la libertad religiosa adquiere una doble dimensión individual. Aquella interna vinculada a la propia personalidad que supone la existencia de un claustro íntimo de creencias religiosas. Y por otro lado su proyección externa, que supone un *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualquier grupo social (Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996, de 28 de octubre). Como consecuencia del abanico de tendencias religiosas que actualmente existe entre los miembros de nuestras Fuerzas Armadas, la normativa castrense ha garantizado una asistencia religiosa que satisface el cumplimiento de las libertades del artículo 16 de la Constitución. Sin embargo, y pese al afán por saciar las necesidades religiosas legítimamente constitucionales de todo militar, ha sido inevitable enfrentarse a conflictos de intereses con los tradicionales actos castrenses de naturaleza católica¹⁷ que el militar tiene el deber de conservar y transmitir acorde con el artículo 23 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas¹⁸.

En una postura jurisprudencial refrendada mediante Sentencia 34/2011, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional en sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, como consecuencia del arresto de un militar que formaba parte de la compañía de honores de su unidad por su negativa a estar presente en la parada militar en honor de la Virgen de los Desamparados, afirmó que el

¹⁷ La Congregación del Santísimo Cristo de la Buena Muerte y Ánimas y Nuestra Señora de la Soledad, en Málaga; la Pontificia, Real y Venerable Cofradía del Santísimo Cristo de la Esperanza y María Santísima de los Dolores y del Santo Celo por la Salvación de las Almas, en Murcia; la Cofradía Nuestro Padre Jesús Rescatado, en Elche; la Real Cofradía de Nuestro Padre Jesús Caído y María Santísima de la Esperanza, en Valdepeñas (Ciudad Real); la Cofradía del Santo Entierro de Nuestro Señor Jesucristo y María Santísima de la Soledad, en Ceuta; la Pontificia, Real e Ilustre Cofradía de Nuestra Señora de las Angustias, en Ferrol (A Coruña), y la Real Hermandad Carmelita y Antigua Cofradía de Nazarenos del Santo Entierro, en San Fernando (Cádiz).

¹⁸ Artículo 23. Historial y tradiciones. «Conservará y transmitirá el historial, tradiciones y símbolos de su unidad, para perpetuar su recuerdo, contribuir a fomentar el espíritu de unidad y reforzar las virtudes militares de sus componentes».

artículo 16.3 de la Constitución no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas, que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del artículo 16.3 de la Constitución. En consecuencia, aun cuando se hubiese considerado que la participación del militar en la parada obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud de ser relevado del servicio en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.

El Tribunal Constitucional y la Sala V del Tribunal Supremo han tratado de resolver los casos que se han ido presentando, con eficacia y sentido común, preponderando la libertad religiosa y de culto sobre los actos de servicio, en tanto no vulnerasen los derechos fundamentales de los demás miembros de las Fuerzas Armadas y no produjese alguna limitación impuesta por la propia Constitución y las Reales Ordenanzas, en clara alusión al contenido del artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa¹⁹.

Este contexto introdujo la entrada en vigor del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares. En su disposición adicional 4.^a, relativa a la participación de los militares en actos religiosos, se distinguió entre la participación en actos oficiales y voluntarios, de modo que en sepelios oficiales se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que procese el fallecido, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado o, en su caso, la que manifiesten sus familiares. La asistencia a los mismos del militar que forme parte del piquete tiene la consideración de acto de servicio y, por ende, obligatorio, no viéndose vulnerado su derecho de libertad religiosa y de culto. Por otro lado, las celebraciones de carácter religioso o de culto con tradicional participación castrense que responden a las tradicionales creencias religiosas de la sociedad española, generalmente vinculadas a la Iglesia católica, que supongan la necesidad de autorizar una comisión, escolta o piquete de asistencia, no podrán vulnerar el ejercicio del derecho a la libertad reli-

¹⁹ Sentencias de la Sala V del Tribunal Supremo 629/1998, de 3 de febrero, y 2437/2000, de 27 de marzo.

giosa, de modo que su asistencia y participación como miembro de dicha comisión, escolta o piquete tendrá carácter voluntario.

C) DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD PERSONAL

El artículo 10.1 de la Carta Magna considera que el orden político y la paz social están fundamentados, entre otros, en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes, como es el caso del derecho a la intimidad previsto en el artículo 18.1 de la misma. Por consiguiente, es obvio el estrecho e inquebrantable vínculo existente entre el derecho a la intimidad y la dignidad, y por ende su plasmación conjunta en el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/2011.

Desde un punto de vista material, el concepto *intimidad* no está definido en ningún ordenamiento jurídico, nacional o internacional, por lo que se considera una acepción intuitiva de lo que es la esfera personal en relación con el entorno público.

El Tribunal Constitucional, sin llegar a definirlo estrictamente, considera la intimidad como un derecho vacío y cuya configuración depende de la situación del momento (política, cultural...). Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de mayo de 2011, definió la intimidad como «el conjunto de cualidades inmanentes a la propia persona que están tan estrechamente unidas a su propia naturaleza corporal que no solo se incardinan desde un punto de vista somático, a todo lo que concierne a su propia fisiología, tanto en su génesis constitutiva como en su porte exterior, sino que abarca su acervo actuatorio tendente a indispensables actos de pervivencia o desarrollo con un sello personalísimo cuya indemnidad ha de estar tutelada frente a cualquier injerencia extraña».

Con independencia de la terminología empleada en esta resolución, podría llegar a concebirse la intimidad como un derecho fundamental cuyo objeto es el de velar por todos aquellos asuntos relativos a la vida personal y familiar de su titular, de posibles injerencias o intromisiones ajenas. No obstante, el militar afronta la intimidad y la dignidad desde una doble perspectiva. Por un lado, como los valores que ensalza el artículo 11 de las Reales Ordenanzas,²⁰ y por otro lado, de forma extensa, como los derechos constitucionales a la intimidad personal, el deber de respetar la dignidad

²⁰ Artículo 11 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. «La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que [el militar] tiene obligación de respetar y derecho a exigir».

personal y el derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos previstos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, en virtud del artículo 10.1 de la Ley 9/2011.

Como se ha señalado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional (10/2002, de 17 de enero, y 22/2003, de 10 de febrero), el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una manifestación del derecho a la intimidad, pese a que la Constitución española les reconoce una autonomía normativa. No obstante, al igual que sucede con muchos derechos fundamentales, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio no son derechos absolutos, ya que pueden ceder ante otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre que su recorte sea necesario y proporcionado con el fin legítimo previsto; y respetuoso con el contenido esencial del derecho. Sin duda, este aspecto es una de las cuestiones que mayor controversia plantea a nivel práctico respecto al personal miembro de las Fuerzas Armadas dentro de las unidades o en zona de operaciones.

El jefe de las bases, acuartelamientos y establecimientos (BAE) o de las unidades, centros u organismos (UCO) podrá autorizar revistas, inspecciones y registros en los alojamientos de su personal dentro de la unidad, basándolas en la necesidad de mantener el control de la disciplina, el buen gobierno, la seguridad de las instalaciones militares y de los integrantes de las mismas, restringiendo así el derecho a la intimidad.

Concibiendo los alojamientos logísticos, las residencias logísticas y las de acción social como especies de residencia militar a tenor de la Orden Ministerial 13/2009, de 26 de marzo, por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las residencias militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, se puede afirmar que les es de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia 189/04, de 2 de diciembre, por la que las habitaciones de las residencias militares se consideran domicilio de quienes las tienen asignadas, a los efectos de la protección que les dispensa el artículo 18.2 de la Constitución, en la medida en que sean lugares idóneos para el desarrollo de la vida privada, y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, durante el tiempo de asignación.

Sin embargo, en búsqueda de una mayor profundización en el razonamiento, hay que atender a la Directiva 4/2000, del EME (División de Logística), sobre Régimen de vida de los militares profesionales de tropa, por el que se fija la diferencia entre los alojamientos logísticos y los alojamientos para tropa. En estos últimos son tratados los denominados *módulos de alojamiento*, resaltando algunas de las normas de uso:

- Los módulos de alojamiento contarán con el mobiliario de dotación y podrán ser decorados por los usuarios siempre que cumplan los mínimos exigibles de armonía con el entorno, respeto a los compañeros alojados allí y no se dañe la infraestructura.
- Fuera del horario de actividades estará permitido acostarse. Dentro de dicho horario solo podrán hacerlo los expresamente autorizados por razón de enfermedad, servicio, disfrute de permiso reglamentario, etc.
- Para guardar la comida y bebida, siempre no alcohólica, que se pudiera tener, preparar bocadillos u otros elaborados sencillos se utilizará el local de oficio o el destinado a tal efecto.
- A los alojamientos no accederá ninguna clase de animales.
- De acuerdo con las características de la instalación eléctrica del edificio de alojamiento, y previa autorización del mando correspondiente del alojamiento, se podrá permitir el uso de los aparatos eléctricos que se determinen.
- Como norma general, las visitas de personal civil deberán atenderse en las salas de visitas, en las cafeterías o en las zonas autorizadas a tal efecto.
- En circunstancias excepcionales se podrán recibir visitas de personal civil en estas instalaciones, en cuyo caso se ha de contar con la autorización del jefe del edificio o del responsable de la guardia de orden.
- La entrada en los módulos de personal de sexo distinto a los usuarios tendrá carácter excepcional y siempre contará con la debida autorización.

Aunque podría concebirse una extensión de la protección del artículo 18.2 de la Constitución a los módulos de alojamiento condicionándolo a si están ocupados por un solo residente o por varios convivientes²¹, desde una perspectiva personal esta condición no puede omitir que las citadas normas de uso previstas en la citada directiva limitan el uso y desarrollo de actividades elementales de la vida privada, pudiendo llegar a concluir que los módulos de alojamiento de los alojamientos logísticos, sean o no compartidos, no gozan de la protección del artículo 18.2 de la Constitución.

²¹ Franco García, M. A., «Introducción, tenencia y consumo de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas. Cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional», en Estudios de Derecho Militar, Colección de Estudios Jurídicos y Fiscales de la Defensa, Madrid, 2008, p. 42.

En este contexto, y bajo esta última conclusión, surge la Instrucción Técnica 13/05, de Actuación en inspecciones, revistas y registros de alojamientos de tropa, la Instrucción 74/2011, de 5 de octubre, del subsecretario de Defensa, por la que se aprueban las Normas sobre inspecciones del régimen de personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas de régimen interior, compaginándolo con el derecho a la privacidad y la intimidad bajo fundamentos jurídicos expresos y precisos, pero omitiendo referencia alguna a la inviolabilidad del domicilio.

Las *inspecciones y revistas* de las habitaciones, una vez redactadas en el libro de normas de régimen interior de la BAE o UCO, irán orientadas a verificar el buen funcionamiento de los servicios, el cumplimiento de las normas de régimen interior, así como el estado de policía, higiene y conservación de las instalaciones y material, sin que sea necesaria la autorización o presencia del personal alojado, garantizando sin embargo la previa información de la medida que se va a llevar a cabo para permitir la presencia del afectado que voluntariamente lo desee.

Los *registros* tienen como objeto sorprender al personal durante la comisión de un delito, de una falta disciplinaria, cuando existan indicios de alguno de ellos, o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, y así, lograr el efectivo mantenimiento del buen gobierno y orden de la Institución Militar, y evitar el resquebrajamiento de la disciplina y la seguridad. En el caso de los registros de alojamientos (incluyendo cajones, armarios, taquillas y objetos personales) situados dentro de las BAE o UCO, prima el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos sobre los actos de autotutela de la Administración engarzados con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la Constitución, siendo necesaria la autorización de ingreso del sujeto pasivo y, en caso de negativa, una resolución judicial que autorice la entrada y el registro. El control que el juez haga como garante del derecho a la intimidad no significa que sea juez de la legalidad y ejecutividad del acto administrativo, sino de la legalidad de la entrada y registro.

El registro es un acto procesal distinto a la entrada²² en el alojamiento, y si, como hemos dicho, las habitaciones de los módulos de alojamiento no gozan de la protección de la inviolabilidad del domicilio, caso distinto es el de registro, que sí goza de la protección del derecho a la intimidad, motivo

²² Gimeno Sendra, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Madrid, Colex, 2008, p. 253.

por el cual se evidencia necesario el previo consentimiento de la persona cuyos bienes van a ser objeto de registro. Dicha circunstancia no exime la eventual solicitud de peticiones de consentimiento a aquellas otras personas alojadas en el mismo módulo cuando existan indicios de los hechos antes descritos en (o por) sus enseres²³. Las garantías implican la necesaria presencia del afectado en el momento del registro, salvo imposibilidad manifiesta, la presencia de un mínimo de dos testigos que presencien el acto, evitar inspecciones inútiles procurando no perjudicar más de lo necesario y el levantamiento de un acta preestablecida en la citada instrucción técnica.

La negativa de consentimiento o ausencia del afectado (realización de cursos, ejercicios, permisos, etc.) no es obstáculo para llevar a cabo el registro cuando exista una autorización judicial.

Uno de los aspectos más controvertidos que se puede llegar a producir es el empleo de una revista o inspección para realizar un encubierto registro, evitando así la autorización o presencia del titular del alojamiento. En este supuesto, cuya presunta finalidad es la determinación de un presunto delito o falta disciplinaria, lo que en realidad la torticera acción produciría no es sino la consideración de ilícita de toda prueba obtenida de ese modo, y con ello la más que probable nulidad en un eventual proceso penal.

Caso distinto sería, en el seno de una inspección o revista para garantizar el orden, mantenimiento y limpieza de la habitación, la obtención fortuita y casual de pruebas de hechos presuntamente delictivos o tipificados disciplinariamente. Siguiendo la doctrina de la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1995, tal prueba podría ser considerada suficiente para enervar la presunción de inocencia, sin vulnerar el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio.

D) LIBERTAD DE DESPLAZAMIENTO Y DE CIRCULACIÓN

El contenido del artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el que «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado», del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el que «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia», y del artículo 19 de la Constitución, en virtud del cual «los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional»,

²³ Sentencia 209/2007, de 24 de septiembre, del Tribunal Constitucional.

produce la necesidad de relacionar el análisis de las libertades de desplazamiento y circulación previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 9/2011, con las libertades de residencia y domicilio reguladas en el artículo 23 del título II de los derechos y deberes de carácter profesional de la misma ley, debido al indubitado vínculo que puede existir cuando el domicilio o residencia de un militar esté fijado en una plaza distinta a la del lugar de su destino.

El militar puede desplazarse y circular libremente por territorio nacional sin perjuicio de las limitaciones que implica el deber de disponibilidad permanente para el servicio, según las características propias del destino y las circunstancias de la situación, como pueden ser las necesidades operativas y las derivadas del funcionamiento de las unidades.²⁴

En cuanto a la relación con la libertad de residencia y domicilio, el artículo 175 de las antiguas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas establecía que «el lugar habitual de residencia del militar será el de su destino»; no obstante, «podrá autorizársele a fijarlo en otro destino, con la condición de que pueda cumplir adecuadamente todas sus obligaciones». Añade además que «dentro del territorio nacional podrá separarse de la localidad de su destino con la limitación que imponga la posibilidad de incorporarse a su unidad en los plazos fijados por el jefe de ella».

La disposición derogatoria única de la Ley de la Carrera Militar derogó, entre otros artículos, al citado 175, sin imponer previsión normativa alguna sobre la residencia del militar profesional, el posible cambio de domicilio distinto al del destino, la ausencia del domicilio o la salida al extranjero. Este vacío normativo supuso la necesidad de acudir al artículo 19 de la Constitución, por el que se ampara la libre facultad para desplazarse por todo el territorio nacional, y a determinar libremente el lugar de residencia, transitoria o permanente. Sin embargo, era notoria la insuficiencia de esta descripción genérica, ya que las facultades que implica la libertad de circulación no son ilimitadas ni absolutas en base al citado artículo 53.1 de la Constitución, que permite regulaciones limitativas por ley de los derechos y deberes fundamentales, sin otra restricción que el respeto a su contenido esencial.

²⁴ Artículo 20 de las Reales Ordenanzas de las Fuerza Armadas. «Estará en disponibilidad permanente para el servicio, que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupa y a las circunstancias de la situación, y realizará cualquier tarea o servicio con la máxima diligencia y puntualidad, tanto en operaciones como para garantizar el funcionamiento de las unidades».

Actualmente ese vacío ha sido cubierto por el artículo 23 de la Ley Orgánica 9/2011²⁵, retrocediendo a los orígenes del artículo 175 de las antiguas Reales Ordenanzas, y sometiendo las condiciones y términos de la libertad de residencia a orden del ministro de Defensa²⁶. Independientemente de donde se fije la residencia, el militar tiene la obligación de desempeñar sus funciones, y por ello, el deber de comunicar en su unidad su lugar de domicilio habitual o temporal para posibilitar su localización por necesidades del servicio, como dispone la Directiva 4/00 EME (DIVLOG), de Régimen de vida de los militares profesionales de tropa, y el artículo 23.2 de la Ley 9/2011²⁷.

Dicha comunicación no requiere autorización, porque exigirla supondría limitar el derecho a fijar libremente la residencia, y los límites solo podrán venir contenidos en ley orgánica, de modo que la autorización adquiriría un nivel normativo superior, lo que infringiría el principio de jerarquía normativa garantizado por la Constitución.

E) LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

En sintonía con la libertad de expresión y de información prevista en el artículo 20 de la Constitución, en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 9/2011 otorga al militar el derecho a «la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el de respeto a la dignidad de las personas y de las institucionales y poderes públicos».

La libertad de expresión y de información, conectada íntimamente a la dignidad de la persona, adquiere una dimensión constitucional esencial en

²⁵ Artículo 23.1. «El lugar de residencia del militar será el del municipio de su destino. También podrá ser uno distinto siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que se establezcan por orden del Ministro de Defensa».

²⁶ Orden DEF/2096/2015, de 29 de septiembre, por la que se fijan los términos y condiciones para que el militar pueda residir en un municipio distinto al de destino.

²⁷ Artículo 23.2. «El militar tiene la obligación de comunicar en su unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal, así como cualquier otro dato de carácter personal que haga posible su localización si las necesidades del servicio lo exigen».

el correcto funcionamiento de una sociedad democrática, principalmente, cuando contribuya a la formación de una opinión pública libre y plural y a la existencia de una sociedad abierta.

Pese a la concepción dual recogida en nuestra Constitución, se trata de nuestro entender de dos derechos distintos en cuanto a su objeto. La noticia respecto a la libertad de información, y la opinión respecto a la libertad de expresión no siempre es fácil de separar, por lo que el Tribunal Constitucional ha tenido que llegar a intervenir estableciendo criterios de distinción a partir del carácter objetivo del contenido de la información y el carácter subjetivo del contenido de la expresión²⁸.

A tenor de esta hipótesis, y a pesar de que la Ley Orgánica 9/2011 los integra en el mismo título de su artículo 12, al tratarse de dos libertades distintas serán objeto de análisis en el presente trabajo por separado.

Según Sánchez Morón «el principio general de libertad que rige para la generalidad de los ciudadanos sufre algunas restricciones específicas para algunos grupos de funcionarios, con mención específica de los militares»²⁹ (Tribunal Constitucional, en su Sentencia 371/1993, de 13 de diciembre). Por ello el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 9/2011 otorga al militar el derecho a «la libertad de expresión [...] en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el de respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dispuso en su Sentencia de 26 de septiembre de 1995, *Vogt contra Alemania*, que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno». No obstante, y pese a que como el propio Tribunal manifestó, «no se detiene en la puerta de los cuarteles», la libertad de expresión es, junto a los derechos políticos y sindicales, uno de los más fuertemente restringidos para los miembros de las Fuerzas Armadas y sus funciones militares, porque permitir los debates ideológicos sobre las órdenes dictadas por el mando, o simplemente cuestionar estas, tendría como consecuencia el resquebrajo de los principios de jerarquía, unidad y disciplina sobre los que se sustenta la Institución Militar.

La Sala V del Tribunal Supremo, en sentencias de 5 de noviembre de 1991 y de 24 de noviembre de 1992, manifestó que la extensión de la liber-

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 5 de noviembre.

²⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 220.

tad de expresión es distinta para los miembros de las Fuerzas Armadas que para los demás ciudadanos, y en Sentencia 23/2005, de 23 de marzo, ha mantenido que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, y que su ejercicio está sujeto a límites constitucionales, expresos y legales, generales y específicos, pero igualmente excepcionales de interpretación restrictiva. Los límites específicos³⁰ a los que se refiere la Sala V del Tribunal Supremo son, en esta misma interpretación, los derivados de la naturaleza del servicio que los militares desempeñan y del grado de jerarquización y disciplina interna a que están sometidos, o como el Tribunal Supremo pronunció, en resolución de 19 de abril de 1993, de «la necesidad de mantener la disciplina».

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades contra Grecia*, dispuso la posibilidad del Estado de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar esta disciplina³¹.

Una de las limitaciones impuestas al ejercicio de la libertad de expresión del militar tiene cabida en el deber incondicional de mantener una neutralidad política y sindical acorde con lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/2011. «El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos» (artículo 7.1). «El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable³². En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios

³⁰ Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2008, que dispone que las limitaciones son las específicas propias previstas para la función castrense contenidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora de su régimen disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios esenciales de la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna.

³¹ Artículo 12.3 de la Ley Orgánica 9/2011. «En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina».

³² Artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. «Quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar».

propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas» (artículo 7.2). «En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas» (artículo 12.2).

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en su Sentencia 4516/2006, de 17 de julio, manifestó que «el concepto de neutralidad equivale a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido, las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto. De otro lado, las opciones políticas se identifican con la libertad o facultad que se tiene para elegir entre diversas alternativas en lo concerniente a la organización y funcionamiento de la sociedad plural conformada como Estado. El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico, fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas si fuera necesario».

Igualmente, y siguiendo con la línea marcada por el Tribunal Constitucional, en Sentencia 1612/2011, de 25 de enero, la Sala V del Tribunal Supremo consideró que «la libertad de expresión no solo se encuentra afectada por las limitaciones generales aplicables a todos los ciudadanos, sino también por las limitaciones específicas propias previstas para la función castrense contenidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora de su régimen disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios esenciales de la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna. Diciéndose así para mantener la disciplina consustancial a las Fuerzas Armadas y a los Institutos armados de naturaleza militar, y asimismo para proteger el deber de neutralidad política de los militares».

Artículo 6.1 de la Ley Orgánica 8/2014: «Emitir expresiones [...] contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes del Estado [...]».

Artículo 6.7 de la Ley Orgánica 8/2014: «Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados».

Artículo 7.1 de la Ley Orgánica 8/2014: «Emitir manifiesta y públicamente expresiones contrarias [...] hacia la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes del Estado;...».

Artículo 7.4 de la Ley Orgánica 8/2014: «Las expresiones o actos ofensivos y la inobservancia de las órdenes e instrucciones de centinelas, fuerza armada [...]».

Artículo 7.32 de la Ley Orgánica 8/2014: «Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical [...]».

Artículo 8.13 de la Ley Orgánica 8/2014: «Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional».

A pesar de lo anterior, estas limitaciones quedan debilitadas cuando la libertad de expresión se relaciona con el derecho fundamental de defensa. El Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia 102/2001, de 23 de abril, que el derecho a la libertad de expresión «posee una singular cualificación al estar estrechamente ligado a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 de la Constitución», ya que «implica un derecho a una defensa libremente expresada», extendiendo esta a la autodefensa.

Casos distintos son las expresiones personales de naturaleza política o sindical realizada por un militar en su esfera privada, y sin que la Institución Militar se vea representada; y aquellos supuestos en los que el militar se halle en alguna de las situaciones administrativas de servicios especiales o de excedencia previstas en los artículos 109 y 110 de la Ley de la Carrera Militar, en cuyo caso pasarán a tener la condición de militar en suspenso y, consecuentemente, exentos del régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las leyes penales y disciplinarias militares.

En este mismo contexto no puede omitirse al personal civil que trabaja en el Ministerio de Defensa y dentro de las Fuerzas Armadas, quienes, como ciudadanos corrientes, están exentos de la prohibición de neutralidad política y sindical. Su ideología, sin embargo, no puede quebrantar este principio castrense, por lo que, a través de lo dispuesto en la disposición final 2.^a de la Ley Orgánica 9/2011, que modifica la disposición adicional 3.^a de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, «el personal civil que ejerza el derecho a la actividad sindical en unidades,

buques y demás establecimientos militares deberá tener en cuenta y respetar el principio de neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas y ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos».

Sin perjuicio de los aspectos comunes de la libertad de expresión que son de aplicación a la libertad de información, esta tiene una estricta vinculación con el deber de reserva dispuesto en el artículo 21 del mismo cuerpo legal, que establece el deber del militar de guardar «la debida discreción sobre los hechos o datos no clasificados relativos al servicio de los que haya tenido conocimiento por su cargo o función, sin que pueda difundirlos por ningún medio ni hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros o en perjuicio del interés público, especialmente de las Fuerzas Armadas», y del artículo 33 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que acuerda que «el militar observará las disposiciones y medidas vigentes sobre materias clasificadas y protección de datos de carácter personal, así como las relacionadas con el acceso a lugares restringidos», conforme a la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, a tenor de lo imperado en el apartado 1.º del artículo 21 de la Ley 9/2011.

Por consiguiente, la libertad de información no se encuentra limitada para los receptores de la información, sino para los emisores, quienes podrán quedar sujetos a responsabilidad penal o disciplinaria por el contenido de su información, aunque la misma sea veraz, cuando puedan con ella revelar secretos profesionales o información clasificada que pueda afectar a la defensa y seguridad nacional.

Artículo 7.18 de la Ley Orgánica 8/2014: «No guardar la debida discreción sobre materias objeto de reserva interna o sobre asuntos relacionados con la seguridad y defensa nacional [...]».

Artículo 8.4 de la Ley Orgánica 8/2014: «El incumplimiento del deber de reserva sobre secretos oficiales y materias clasificadas».

Artículo 53 del CPM: «El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional [...]» será castigado con pena de prisión.

Artículo 115 del CPM: «El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare [...]» será castigado con pena de prisión.

Artículo 116 del CPM: «El militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave[...]» será castigado con pena de prisión.

F) DERECHO DE REUNIÓN Y DE MANIFESTACIÓN

Para poder comprender la reunión y la manifestación como derechos constitucionales de participación política que permiten a los ciudadanos de una comunidad formar parte de las cuestiones, debates y decisiones políticas con la mayor precisión posible, deben ser atendidas sus características comunes y sus diferencias notables. Así, la reunión y la manifestación son intencionales, momentáneas y organizadas, al igual que sucede con otras figuras semejantes como la asociación, la aglomeración de personas y el espectáculo. No obstante, mientras la diferencia con estos tres últimos ejemplos se basa en ser ajenos al entretenimiento, el contraste entre reunión y manifestación, en virtud de su naturaleza, se halla en que la reunión es estática y suele producirse en zonas privadas o acotadas, y la manifestación, por su esencia reivindicativa y dinámica, en la vía pública³³.

La reunión es, a tenor de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada (artículo 1.2). La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica, conforme al artículo 4.4.

La Ley Orgánica 9/2011 engloba el derecho de reunión y de manifestación en su artículo 13 como facetas de un mismo fenómeno, sin perjuicio de la obligación del militar de compatibilizar su ejercicio con el deber de neutralidad política y sindical. Así pues, el militar no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical.

El segundo párrafo del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011 prohíbe, además, al militar vestido de uniforme o haciendo uso de su condición, organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo. La prohibición de usar así el uniforme debería ser bajo nuestro punto de vista absoluta y sin excepción alguna, aunque concurren en manifestaciones políticas cuyo objeto pudiera contar con amplísimo respaldo social, por

³³ Peñarubia Iza, J. M., «Presupuestos Constitucionales de la Función Militar», Cuaderno 96, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

cuanto lo contrario sería sentar precedentes que podrían invocarse en otros contextos.³⁴

Por su parte, el artículo 2.e de la Ley Orgánica 9/1983 y el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 9/2011 concluyen que las reuniones que se celebren en unidades, buques y demás establecimientos militares se regirán por su legislación específica, aunque en todo caso deberán mantener el principio de neutralidad política y sindical, y ser previa y expresamente autorizadas por el jefe de UCO, quien podrá denegarlas motivadamente, ponderando salvaguardar las necesidades del servicio y el mantenimiento de la disciplina. A tenor de lo previsto por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 22 de junio de 1982, de 21 de julio de 1987 y de 28 de septiembre de 1995, la expresión *necesidades del servicio* es un concepto jurídico indeterminado en cuya concreción la Administración actúa con una apreciación que, sin embargo, no le dispensa de aportar el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifican.

G) DERECHO DE ASOCIACIÓN

El artículo 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11.2 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, además de regular el derecho de asociación, prevén que el ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que se constituyan o sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. Continúan afirmando ambos preceptos que no impedirán las imposiciones de restricciones legales y legítimas al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas.

Se trata, por lo tanto, de un derecho de participación ciudadana previsto en el artículo 22 de la Constitución³⁵, que, como consecuencia de

³⁴ Pascua Mateo, F., «Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar», *Revista Española de Derechos Militar* 84, 2004, pp. 15-60.

³⁵ Artículo 22. «1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades

lo manifestado anteriormente, ha quedado sujeto a una serie de límites y exigencias previstas en el mismo precepto constitucional, y en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, que lo desarrolla, en concreto en su artículo 3.c, por el que «los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil habrán de atenerse a lo que disponga su legislación específica para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales».

Hasta la entrada en vigor de la Ley 39/2007 y de la Ley Orgánica 9/2011, la asociación solo se veía reconocida para el militar en el artículo 181 de las antiguas Reales Ordenanzas³⁶.

Para dar cumplimiento a lo anterior, el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/2011, en relación con todo el título III donde se desarrolla, dispone que los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002.

El derecho de asociación, como prolongación de las libertades de pensamiento, expresión y reunión, permite de forma novedosa a los militares en situación administrativa sujeta al régimen general de derechos y deberes, conforme a los artículos 107 a 113 de la Ley de la Carrera Militar, constituir agrupaciones con personalidad jurídica, con vocación de permanencia y con un mínimo de organización, dirigidas a obtener fines específicos no lucrativos, como dispone el artículo 33.5, ya que esta es característica diferenciadora de las sociedades mercantiles.

El artículo 33 de la Ley Orgánica 9/2011 dispone que se regirán por lo dispuesto en este título III «las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas que tengan como finalidad la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales». En todo caso, dicha finalidad se realizará de tal modo que quede garantizado el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas, las decisiones de política de seguridad y defensa en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza, el código de conducta de sus miembros y los preceptos de esta ley, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 33.2 y 41.

Las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas deberán asimismo respetar el principio de neutralidad política y sindical

en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

³⁶ Artículo 181. «Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa [...]. Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social».

de acuerdo con el artículo 33.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de modo que deberán estar desvinculadas de cualquier organización política o sindical, y ni tan siquiera podrán realizar conjuntamente con ellas pronunciamientos públicos ni participar en sus reuniones o manifestaciones. Dentro de este ámbito de neutralidad, quedará también totalmente prohibido el llamamiento o ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de la misma, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo conforme al artículo 42.

H) DERECHO DE SUFRAGIO

Íntimamente vinculado a la libertad de expresión, el artículo 15 de la Ley Orgánica 9/2011, de acuerdo con el artículo 23.1 de la Constitución y con el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los miembros de las Fuerzas Armadas su derecho de sufragio activo de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Para facilitar este ejercicio, las autoridades competentes y los mandos militares establecen procedimientos y medios necesarios para facilitar el voto de los militares que se hallen en cualquier destino y misión, en especial fuera del territorio nacional o cuando estén de servicio o guardia coincidiendo con jornadas electorales. Así ha sucedido recientemente en las elecciones al Parlamento Europeo de 25 de mayo de 2014, en el que se designó a personal y unidades para que adoptasen mecanismos de gestión y transporte de papeletas que garantizaran el voto por correo del personal que previamente lo hubiese solicitado y que estuviese desplegado en las diferentes zonas de operaciones, e igualmente se ordenó el relevo de las guardias de acuartelamiento para el ejercicio de dicho derecho constitucional.

A mayor abundamiento, se solicitó la elaboración de un informe final de la comisión al efecto, en el que se detallasen los aspectos a mejorar en el procedimiento para futuras elecciones.

En lo que atañe al sufragio pasivo, el artículo 15 de la Ley Orgánica 9/2011, en relación con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1985, califica como inelegibles a los militares profesionales en activo. No obstante, aclaran estos preceptos que para el ejercicio de este derecho los militares profesionales deben solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda a los efectos de los artículos 107 a 113 de la Ley

de la Carrera Militar, reguladores de los situaciones administrativas de los militares.

I) DERECHO DE PETICIÓN

Históricamente el derecho de petición era el mecanismo a través del cual se hacían llegar las peticiones al rey como encarnación absoluta del poder, sin sufrir por ello menoscabo alguno. Aunque el anteproyecto de la Constitución española prohibía el ejercicio de la petición a los miembros de las Fuerzas Armadas, continuando con la tradición prevista en las Constituciones de 1869³⁷, 1876³⁸ y 1931³⁹, finalmente el artículo 29.1 de la Constitución terminó por reconocer a todos los españoles el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley. Bajo esta consideración, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 161/1988, de 20 de septiembre, y 242/1993, de 14 de julio, concibió el derecho de petición como un derecho *uti cives*, del que disfrutaban por igual todos los españoles, es decir, un derecho que solo los nacionales pueden ejercer.

Sin embargo, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, adaptándose a la realidad del siglo XXI, permitió el ejercicio de titularidad a toda persona física o jurídica, con independencia de su nacionalidad, en defensa de sus intereses legítimos y como forma de participación ciudadana en las tareas públicas, evitando así cualquier tipo de confrontación con el principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 14 de la Constitución. En este sentido, la Sentencia 108/2011, de 20 de junio, del Tribunal Constitucional manifestó que «casi dos décadas después del primer pronunciamiento constitucional, puede contarse con una progresiva regulación del derecho y de una mayor precisión de sus caracteres definidores».

³⁷ Artículo 20. «El derecho de petición no podrá ejercerse colectivamente por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con este».

³⁸ Artículo 13. «El derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con este».

³⁹ Artículo 35. «Todo español podrá dirigir peticiones, individual y colectivamente, a los Poderes públicos y a las autoridades. Este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada».

De no haber actuado el derecho positivo contra aquella postura restrictiva, hubiese seguramente provocado la paradoja de que los extranjeros que accediesen a la condición de militar profesional de tropa y marinearía no podrían ejercer el derecho de petición regulado en la Ley Orgánica 9/2011.

El artículo 29.2 de la Constitución establece la facultad de los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar de ejercer el derecho de petición solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica. Una vez derogadas las Reales Ordenanzas de 1978, la Ley 17/1989 y la Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, es el artículo 16 de la Ley Orgánica 9/2011 el que reconoce al militar la facultad de ejercer este derecho en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2011, siendo especialmente llamativo el fundamento de la prohibición de petición colectiva, permitida en cambio para el resto de ciudadanos.

El motivo se encuentra en la necesidad de mantener la disciplina como consecuencia de peticiones que no sigan los cauces reglados, y en el peligro e intimidación que podría suponer para autoridades y personal civil la presentación colectiva de peticiones por quienes tienen la exclusiva de la fuerza material del Estado⁴⁰. Igual que en nuestros precedentes legales y en el derecho comparado, el *petitum* podrá versar sobre cualquier asunto comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, «sin que lo solicitado tuviera que ser necesariamente aceptado» (Autos del Tribunal Constitucional 46/1980, 51/1980, 222/1982 y 749/1985) o «entrañe el derecho a obtener una respuesta favorable a lo solicitado» (Auto del Tribunal Constitucional 1084/1986), por referirse a decisiones discrecionales.

La concepción del derecho de petición como un derecho fundamental no es óbice para que el militar en su ejercicio quede exento de posibles responsabilidades disciplinarias por el contenido de su *petitum*.

Artículo 6.7 de la Ley Orgánica 8/2014: «Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados».

Artículo 7.5 de la Ley Orgánica 8/2014: «Hacer peticiones, reclamaciones, quejas o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; así como formularlas con carácter colectivo o a través de los medios de comunicación social».

⁴⁰ Serrano Alberca, J. M., «La protección de las libertades públicas del militar», *Revista de Administración Pública* 103, 1984, pp. 47-88.

A pesar de haber juristas como Serrano Alberca que conciben el derecho de petición como una forma de exponer una súplica o formular una queja, e incluso el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 161/1988 y 242/1993 considera que el derecho de petición debe consistir en una sugerencia o queja que se refiera a decisiones discrecionales o graciabiles, lo cierto es que a nuestro entender no solo el artículo 16 de la Ley Orgánica 9/2011 y el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2001 lo distingue expresamente de las solicitudes, quejas o sugerencias a las que el ordenamiento jurídico prevé un procedimiento específico diverso al señalado en las citadas Leyes Orgánicas sin olvidar el contenido de las Reales Ordenanzas⁴¹, sin que con ello los interesados se vean privados de los mecanismos legalmente establecidos, como son los recursos, para lograr sus pretensiones.

Al amparo de dicho derecho fundamental de petición, el artículo 28 de la Ley Orgánica 9/2011 reconoce al militar la facultad de plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida en buques, bases y acuartelamientos, así como iniciativas y propuestas que afecten con carácter general a los miembros de su categoría, a través del conducto reglamentario, de buen modo, verbalmente o por escrito, de acuerdo con lo establecido en este mismo artículo y de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar.

J) EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Sin perjuicio de algún precedente durante el siglo XVI, la figura del Defensor del Pueblo tiene su origen más conocido en la *ombudsman* sueca, adquiriendo rango constitucional en 1809, como figura de intermediación entre los ciudadanos y los poderes públicos, encargada de supervisar la legalidad de los actos de la Administración Pública. Fue tal el cariz y la relevancia que obtuvo que su figura fue también trasladada al ámbito militar en 1915 al *militieombudsman* sueco, en 1952 en Noruega y en 1957 en Alemania⁴².

⁴¹ Artículo 38. «Si tuviera alguna queja o reclamación sobre asuntos del servicio que pudieran afectar o perjudicar sus intereses, lo pondrá en conocimiento de sus superiores, haciéndolo de buen modo y por el conducto reglamentario. Todo ello sin perjuicio de ejercitar los derechos o acciones que legalmente le correspondan».

⁴² Astarloa Villena, F., «Veinticinco años de Defensor del Pueblo. Una aproximación al origen, naturaleza y estatuto de la institución», Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 58-59, 2007.

La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y la Conferencia Parlamentaria Europea celebrada en Viena en 1971 elaboraron sendos escritos recomendando a sus Estados miembros la posibilidad de crear un órgano que recibiese las quejas relacionadas con el funcionamiento de la Administración Pública. De esta forma, España incorporó en el artículo 54 de la Constitución de 1978 que una Ley Orgánica (la 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo) regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración dando cuentas a las Cortes Generales.

Sin embargo, a diferencia de otros sistemas, el ordenamiento jurídico español ha optado por crear un único Defensor del Pueblo encargado de velar por la protección de los derechos de los ciudadanos y de los miembros de las Fuerzas Armadas por igual ante las actuaciones de las distintas Administraciones Civil y Militar.

Mientras el artículo 14 de la Ley Orgánica 3/1981 manifiesta que «*el Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución en el ámbito de la Administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de Defensa Nacional*», el artículo 17 de la Ley Orgánica 9/2011 faculta al militar para dirigirse individual y directamente al Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

VI. CONCLUSIONES

En los últimos 36 años los miembros de las Fuerzas Armadas han sido testigos de cómo el ejercicio de determinados derechos fundamentales previstos en la Constitución han pasado de estar regulados únicamente en la propia Carta Magna y «desarrollados» en la Ley 85/1978, por la que se aprobaban las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, a verse incorporados a un cuerpo normativo específico que no solo ha procurado armonizar su ejercicio en el ámbito militar, sino también dar cumplimiento al mandato del artículo 81.1 de la Constitución, por el que el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas debe realizarse mediante ley orgánica.

El particular estatuto jurídico al que los militares se someten de forma voluntaria desde su ingreso en las Fuerzas Armadas lleva aparejada una especial restricción y limitación en el ejercicio de algunos de esos derechos

fundamentales, cuya justificación se encuentra en que no existe ningún derecho absoluto, en el interés de preservar aquellos valores y principios que se consideran indispensables para que los Ejércitos cumplan las misiones que constitucional y legítimamente tienen asignadas, y en la capacidad que ostenta para usar la fuerza que le es depositada en su condición de herramienta del Estado de Derecho, dando lugar a un equilibrio que no puede ser alterado, por ejemplo, por manifestaciones políticas y sindicales individuales y/o colectivas emanadas del interior de las Fuerzas Armadas.

El tratamiento en el presente trabajo de esos derechos y sus posibles conflictos ha destapado múltiples cuestiones que han sido resueltas normativamente, como la que compagina la libertad religiosa con el respeto a la tradicional y arraigada participación de las Fuerzas Armadas en actos militares de naturaleza religiosa. También se ha encumbrado la capacidad de cubrir vacíos normativos, como el producido por la derogación del artículo 175 de las Reales Ordenanzas de 1978 en relación a la libertad de residencia y domicilio junto a la de circulación y desplazamiento. Y, por supuesto, se ha dejado entrever posibles futuros cambios legislativos, como el relativo al arresto, como medida privativa de libertad.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y COMPLEMENTARIA

- ASTARLOA VILLENA, F.: «Veinticinco años de Defensor del Pueblo. Una aproximación al origen, naturaleza y estatuto de la institución», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 58-59, 2007.
- BARRERO ORTEGA, A.: «La celebración institucional de festividades religiosas. Análisis exclusivamente constitucional», *Revista de Derecho Político* 66, 2006.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *et al.*: *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- CARRIÓN MOYANO, Eduardo: «El militar como funcionario», *Revista Española de Derecho Militar* 8, julio-diciembre 1964.
- CONTRERAS MAZARIO, José María: *El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- DÍEZ-PICADO, Luis María: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2.^a ed., Navarra, Thomson Civitas, 2005.

- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: «Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición», *Revista Española de Derecho Constitucional* 65, mayo-agosto 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional», *Revista de Estudios Políticos* 64, 1989.
- : «Los límites de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas», *Boletín de Información del CESEDEN* 215, 1989.
- FRANCO GARCÍA, Miguel Ángel: «Introducción, tenencia y consumo de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas. Cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional», *Estudios de Derecho Militar, Colección de Estudios Jurídicos y Fiscales de la Defensa*, 2008.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- GIMENO SENDRA, Vicente *et al.*: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007.
- GUTIÉRREZ MELLADO, Manuel: «El Ejército en la transición», transcripción parcial de la conferencia pronunciada durante los cursos de la Universidad Complutense en El Escorial, 1993, p. 7.
- LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.*: *Derecho Constitucional. El Ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*, vol.n I, 4.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MANZANO SOUSA, Manuel: «Peticiónes o manifestaciones contrarias a la disciplina, falsas o sediciosas», *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, tomo I, 2.^a ed., Madrid, SGT del Ministerio del Interior, 1996.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María: «Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar* 67, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio 1996.
- PASCUA MATEO, Fabio: «Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar», *Revista Española de Derecho Militar* 84, 2004.
- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María: «Presupuestos constitucionales de la función militar», Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Cuaderno* 96, 2000.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares», *Boletín de Información* 278, Ministerio de Defensa, 2003.

- SALVADOR MARTÍNEZ, María: *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «La protección de las libertades públicas del militar», *Revista de Administración Pública* 103, 1984.
- SORIN, Katia *et al.*: *Las mujeres militares en Occidente, enseñanzas para Francia, Alemania, Canadá, España, Países Bajos, Reino Unido*, Centro de Estudios Sociales de la Defensa del Ministerio de Defensa francés, primer trimestre de 2005.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo: «Veinticinco años de Constitución y Fuerzas Armadas», *Revista de Derecho Político* 58-59, 2003-2004.
- TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Federico: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», *Revista de Estudios Políticos* 12, 1979.
- Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos*, tomo I, Madrid, 1768.
- Jurisprudencia de los Tribunales, esencialmente de la Sala V del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.
- Informes del Consejo General del Poder Judicial. www.congreso.es