

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE OCTUBRE DE 1994.

José Manuel Blanque Avilés
Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo

La sentencia que antecede vino a ser un argumento más, acaso el principal, de la demanda formulada en el recurso contencioso-administrativo 7522/92 interpuesto contra el Real Decreto 395/1992, de nombramiento del Asesor Jurídico General de la Defensa, de ahí que en el escrito de contestación resultara obligado su análisis, siquiera breve, en los términos que seguidamente se exponen.

El Abogado del Estado que suscribe, para quien —decíamos— es un honor tener encomendada la representación y defensa del Estado ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, ha de dejar constancia de su respetuosa, pero, también, absoluta, discrepancia con la sentencia recaída en el recurso 1385/93.

Discrepancia en cuanto a los fundamentos por los que viene a otorgarse el amparo —esto es, se reconoce el derecho del actor a la libertad de expresión—, y discrepancia, mayor si cabe, en cuanto a sus consecuencias en el seno de las Fuerzas Armadas.

a) *En cuanto a sus Fundamentos*, son éstos, básicamente, los siguientes: ser las expresiones consideradas irrespetuosas “*manifestación del derecho a la defensa*” en cuanto contenidas en un recurso de reposición previo al contencioso-administrativo; no ser las mismas “*ajenas a un razonamiento estrictamente jurídico*”; ser el autor del recurso “*funcionario de carrera*” y hallarse el recurso relacionado con sus “*expectativas profesionales*”; no ser el Gobierno “*autoridad militar*” y dirigirse la crítica, no a éste, sino al acto impugnado.

Al respecto, nos limitaremos a señalar:

a)' Que, resulta harto discutible que pueda tenerse por "*manifestación del derecho a la defensa*" lo que, en puridad, no fue sino "*el vehículo de un ataque*": frente a nada reaccionaba, de nada se defendía el hoy recurrente en su escrito de 19 de mayo de 1992, *lo que hacía era impugnar (es decir, atacar) el Real Decreto 395/92.*

b)' Que, la tesis que antecede sólo puede justificarse a la luz de una concepción de la reposición arrumbada por la jurisprudencia y la doctrina: aquélla, sustentada ha más de veinte años, que le negaba sustantividad propia —de recurso administrativo— frente al recurso contencioso-administrativo.

c)' Que, aun si fueren manifestación del derecho a la defensa, nada impide calificar las expresiones utilizadas de irrespetuosas y considerarlas, por tanto, constitutivas de una falta leve del art. 8.28 de la Ley Disciplinaria Militar. Lo advera, de modo incuestionable, el art. 449 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permite corregir disciplinariamente a Abogados y Procuradores cuando en su actuación forense (es decir, en lo que constituye la quintaesencia del derecho a la defensa) faltaren al "*respeto debido*" a los Jueces, Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier otra persona que intervenga o se relacione con el proceso. Precepto que, obviamente, es de aplicación a los Abogados y Procuradores *de ambas partes*, no tan sólo a los del actor, sino también a los del que, en puridad, "*se defiende*", esto es, los del demandado o recurrido.

d)' Que, la cuestión no estriba en que las reiteradas expresiones sean o no ajenas a un razonamiento jurídico (aunque, como atinadamente pone de relieve el Fundamento de Derecho Tercero de la *sentencia de la Sala de lo Militar 12/1993*, de 29 de marzo, deba concluirse en que "*nada aportan, ni son argumentos útiles para defender una determinada tesis jurídica*"), sino en si evidencian o no falta de comedimiento y buenos modos, es decir, la falta leve de respeto objeto de sanción (extremo éste sobre el que hemos de remitirnos de nuevo a la más que atinada sentencia dictada por la Sala de lo Militar).

e)' Que el autor del recurso de reposición es un *militar* y el recurso, además, dista muy mucho de hallarse relacionado con sus expectativas profesionales.

Dicho sea siempre con el respeto debido, este segundo pronunciamiento es, acaso incongruente —por exceso en la concesión—, pero, en todo caso, absolutamente improcedente ya que la decisión acerca de si los recursos (tanto el previo de reposición como este contencioso-

administrativo) versan o no sobre materia de personal es de la sola y exclusiva competencia de la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos. Y lo es, desde luego, no porque así lo crea o sospeche el Abogado del Estado que suscribe, sino porque -recordamos- en su *Auto 195 de 28 de marzo de 1984, el propio Tribunal Constitucional* ya declaró que: “*si una cuestión es o no «de personal» a los efectos de excluir o permitir el recurso de apelación contra la sentencia que haya conocido de la misma (art. 94,1.a) de la Ley de la Jurisdicción) es una cuestión de legalidad ordinaria que compete decidir a los Tribunales ordinarios...*”.

Por lo que hace al primero de los extremos, únicamente resaltar que, frente a la determinación legal de la personalidad jurídica única de la Administración, sorprende que a una persona física le puedan ser y, de hecho, le sean reconocidas varias e, incluso, contrapuestas personalidades. Por lo demás, es obvio que ha de estarse a y partirse de un hecho incuestionable: el autor del recurso de reposición era *militar* y, en cuanto tal, se hallaba ineludiblemente sometido a las Reales Ordenanzas y a la Ley Orgánica 12/1985 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Sin que, por absurdo, pueda entenderse que se pierde o “*queda en suspenso*” la condición de militar y, en consecuencia, se excepciona la sujeción a un régimen jurídico específico con ocasión de la interposición de recursos administrativos o contencioso-administrativos.

f) Disociar el órgano del acto, a los efectos de circunscribir la crítica a este último constituye, dicho sea siempre y de nuevo con el respeto debido, un artificio particularmente endeble: aunque la crítica se dirija contra el acto, por su misma falta de comedimiento y malos modos es una crítica irrespetuosa al órgano que ha adoptado aquél, en el caso de autos, el Consejo de Ministros.

En cuanto a que el Gobierno no sea “*autoridad militar*”, junto al obligado recordatorio del *art. 97 de la Constitución*, es suficiente con recoger aquí la *sentencia del propio Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 371/1993, de 16 de diciembre*, en cuyo *Fundamento Jurídico 5* se declara que:

“A la luz de lo expuesto, no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares. Por tanto, y aun partiendo siempre del reconocimiento de la libertad de expresión por el art. 20.1 CE, debe aceptarse la legitimidad y corrección del apartado 28 del art. 8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuando califica co-

mo falta leve «emitir o tolerar expresiones contrarias o realizar actos levemente irrespetuosos» contra —entre otros— determinados órganos constitucionales —incluido el “Gobierno”— y autoridades civiles y militares. La protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de los no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones «levemente irrespetuosas», en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares.»

b) *En cuanto a sus consecuencias*, ha de lamentarse que, en la sentencia de 27 de octubre pasado, el Tribunal Constitucional se haya apartado de la recta y acabada doctrina sentada en su *sentencia 371/93*, atendido que el respeto de un militar al Gobierno de la Nación ni puede dejar de ser un respeto “*debido*”, ni tampoco dejar de constituir un límite “*legítimo*” a la libertad de expresión de los militares que se justifica por la específica configuración de las Fuerzas Armadas y que es garantía de la *disciplina, principio o valor supremo, esencial, en cuanto es lo que diferencia un Ejército de una partida.*

Y ha de lamentarse porque la generalización de la excusa de que se trata tan sólo de “*expresiones duras*”, al modo en que las califica el párrafo penúltimo de la sentencia que se comenta, y la subsiguiente demanda de aplicación de su doctrina, por imperio del principio de igualdad, conllevan el riesgo manifiesto de convertir en letra muerta un precepto legal vigente, de constitucionalidad incuestionada, el *art. 8.28 de la Ley Orgánica Disciplinaria Militar* y, con ello, el de transmutar un respeto que la Ley define como “*debido*”, esto es, que configura como un deber exigible a los militares, en voluntario o potestativo, lo que es tanto como decir ilusorio o, más correctamente, irreal.

De este modo concluía nuestro análisis de la sentencia recaída en el

recurso de amparo 1385/1993, no obstante, se hace hoy preciso constatar que acaso erramos al no señalar como posible causa de conflictos no deseables aquel reconocimiento de una multiplicidad de *personalidades*: en el caso resuelto por la sentencia de 27 de octubre de 1994, las de militar y funcionario-recurrente; en algún que otro escrito de reciente formulación, las de militar y socio de un casino militar y socio de un club deportivo y ocupante de una vivienda y huésped de una residencia... Enumeración, acumulativa o en cascada, susceptible de ampliarse hasta el absurdo, de suerte que “*militar*” venga a ser una especie de condición accesoria o accidental que se ostenta los días hábiles, por ende, tan sólo durante la jornada laboral y, aún, dentro de ésta, exclusivamente durante el tiempo de desempeño efectivo del puesto de destino.