

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO - Vol. I
LIBRO HOMENAJE A GONZALO PEREZ LUCIANI

Fernando Parra Aranguren
Editor

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 7
Caracas/Venezuela/2002

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por el contenido de los artículos firmados**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 7

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:

ISBN:

Depósito Legal lf:

ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
LIBRO HOMENAJE A
Gonzalo Pérez Luciani

Volumen I

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 7
Caracas/Venezuela/2002

Los Derechos Humanos en la Fuerza Armada

Estudio de Derecho Comparado

Alí DANIELS P.*

Datae leges, ne fortior omnia posset

SUMARIO:

Introducción

- 1 Necesidad de limitar los derechos humanos de los militares.**
- 2 La Fuerza Armada en la Constitución:** 2.1 *España.* 2.2 *Francia.* 2.3 *Italia.* 2.4 *Estados Unidos de América.*
- 3 Derecho a la libre expresión del pensamiento y derecho a la información:** 3.1 *España.* 3.2 *Francia.* 3.3 *Italia.* 3.4 *Estados Unidos de América.*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Profesor. **Universidad Complutense** (Madrid, España), Estudios de Doctorado. **Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos**, ex Investigador en el área de Derecho Humanitario Internacional. Colaborador en la redacción de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y en el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente. Autor de publicaciones en Revistas especializadas en el exterior y en medios electrónicos sobre Derecho Constitucional. Ejerce libremente la profesión. Dirección electrónica alidaniels@cantv.net

- 4 Derecho al sufragio y de asociación:** 4.1 *España*. 4.2 *Francia*. 4.3 *Italia*. 4.4 *Estados Unidos de América*.
- 5 Libertad Personal:** 5.1 *España*. 5.2 *Francia*. 5.3 *Italia*. 5.4 *Estados Unidos de América*.
- 6 Caso Venezolano:** 6.1 *Evolución de la normativa castrense en Venezuela:* 6.1.1 Período independentista. 6.1.2 IV República. 6.1.3 De los Monagas a Guzmán Blanco. 6.1.4 Cipriano Castro. 6.1.5 Los gobiernos andinos. 6.1.6 Un breve paréntesis (1947-1948). 6.1.7 Un asesinato singular y los años de la dictadura. 6.1.8 La democracia. 6.1.9 Constitución de 1999. 6.2 *Derecho a la libre expresión del pensamiento y derecho a la información*. 6.3 *Derecho al sufragio y de asociación*. 6.4 *Libertad personal*.

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La expresión Fuerza Armada-derechos humanos, por lo general se aprecia desde la perspectiva de una visión excluyente entre ambos conceptos, sea por un condicionamiento nacido de la conducta de los militares con relación al respeto de los derechos humanos del resto de la sociedad, sea por el largo testimonio histórico de actuaciones no conformes con la normativa constitucional. Ello, no obstante, no excluye que el estudio del respeto o no de los derechos humanos dentro de la institución castrense sea una necesidad tan importante como lo es en el resto del cuerpo social, visto que dicho respeto nace de la convicción y no de la mera enumeración mecánica de principios. De ahí que si queremos ciudadanos que por convencimiento sobre sus propios derechos los hagan valer, de igual modo se hace necesario que los llamados a defender por la fuerza las instituciones de un país, valoren de tal modo sus instituciones y principios fundamentales, que los estimen tanto dentro como fuera de las entidades en las que desarrollan su vida cotidiana.

Por lo expresado, estamos convencidos, que independientemente de las adecuaciones en relación con el resto de la normativa de la Administración Pública, exigidas por la particularidad de la fuerza armada, la aplicación y el respeto de los derechos humanos como elemento *ad intra* de la institución castrense es el primer paso para hacer de los militares

los primeros defensores de la democracia y de las libertades que ésta representa.

1. NECESIDAD DE LIMITAR LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MILITARES

El hecho de que la fuerza armada de un país, sea por antonomasia, la que detente el monopolio de la fuerza del mismo, y que en razón de ello, dicha institución se forme bajo un principio fundamental como lo es la disciplina, principio que le da la cohesión necesaria para cumplir sus objetivos y utilizar los medios que tiene a su disposición, es lo que siempre se ha argumentado para justificar las limitaciones a los derechos humanos de quienes forman parte de la institución castrense.

Tal restricción, en términos generales, ha sido justificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su célebre sentencia *Engel* del 8 de junio de 1976 en los siguientes términos:

Con ocasión de la elaboración y consiguiente aplicación del Convenio, los Estados contratantes poseían en su gran mayoría fuerzas de defensa y, en consecuencia, un sistema de disciplina militar, lo que implicaba la posibilidad sobre ciertos derechos y libertades de los miembros de tales fuerzas de limitaciones de imposible aplicación a los civiles...¹

Pese a lo expresado, el propio Tribunal termina el párrafo citado señalando que “La existencia de tal sistema (disciplinario), que tales Estados han conservado después, no les exime por sí mismo de sus obligaciones”,² con lo que se pone de manifiesto, en primer lugar, que ciertamente la existencia de una organización militar, por sí misma, exige limitaciones que sólo son susceptibles de esperar fuera del ámbito civil, pero que por otro lado ello no implica una negación *ex toto* de los derechos consagrados en las normas de derechos humanos, siendo en este caso el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el instrumento aplicable.

¹ _____: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia. 1959-1983*. Cortes Generales. Madrid. 1981. p. 316.

² *Ídem*.

Sin embargo, no todas las restricciones de los derechos de los militares nacen de las necesidades del servicio, sino, lamentablemente, de la historia, y de la historia no sólo de los países latinoamericanos, pues la utilización del monopolio de la violencia con fines que no obedecen a los que dieron origen a la institución, es de data antigua. En virtud de ello, el poder constituyente de los diferentes estados señaló diversas esferas de actuación vedadas por completo o limitadas *in extenso* a los miembros de las fuerzas armadas a fin de preservar el estado de derecho y permitir a las fuerzas armadas la posibilidad de desarrollarse en sana armonía con la sociedad civil.

Inicialmente, sin embargo, debe partirse del principio de que la titularidad implícita de los derechos humanos obliga a que “en la dignidad que a toda persona corresponde, no cabe desigualdad alguna”,³ lo que implica, evidentemente, que no está justificada limitación a derechos humanos que invadan dicha dignidad. Por ello el Tribunal Constitucional español en su sentencia del 2 de septiembre de 1981 expresó que la constitución española:

no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.⁴

En el caso francés, se ha hecho notar que desde la constitución de 1791 – epígono del resto de los textos constitucionales del mundo– se ha mantenido la cláusula relativa al carácter no deliberante de las fuerzas armadas.⁵

³ Jiménez Villarejo, José. *Principios constitucionales. Derechos fundamentales y libertades públicas del militar*, en *La Jurisdicción Militar*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992. p. 211.

⁴ *Ídem*. Este criterio ha sido ratificado en Venezuela por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia del 17 de octubre de 2000 en el caso sobre la nulidad del Art. 8 del la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

⁵ “La fuerza pública es esencialmente obediente, ningún cuerpo armado puede deliberar”, artículo 12, Título IV. Su precedente lo encontramos en el punto 5, título IV del decreto 6-12 de diciembre de 1790.

De lo expuesto debemos concluir que sólo es por vía de excepción y debido a razones del todo justificadas que los derechos humanos pueden ser limitados, nunca excluidos, del ámbito de ejercicio normal de una persona. Por eso no basta con decir que cuando un ciudadano ingresa a las Fuerzas Armadas está predispuesto a renunciar a ciertos derechos, pues ello no es así en la medida en que no renuncia a tales, sino que acepta, en función de valores que la sociedad a la que pertenece reconoce como fundamentales, la limitación de ciertos derechos cuyo ejercicio pleno dificultaría el desarrollo de su misión, misión que por otro lado está subordinada a dicha sociedad.

De ahí que consideremos válidos los criterios expuestos por López Ramón para considerar la legítima existencia de una fuerza armada en un estado democrático. Dichos enunciados son los siguientes:

- 1) Principio del Ejército permanente y estatal.
- 2) Principio de separación entre autoridades civiles y militares.
- 3) Principio de subordinación de la autoridad militar a la civil.
- 4) Principio de dependencia respecto del Ejecutivo.
- 5) Principio defensivo.
- 6) Principio de estricta disciplina.⁶

De los principios enunciados, cuyo análisis exhaustivo no corresponde realizar en este lugar, el que mayor participación tiene respecto de la limitación de los derechos fundamentales es sin duda el de disciplina, pues ella es la que permite la existencia de los demás principios, ya que los hace parte de la conciencia militar. Sin la intervención de la disciplina no podría hablarse de límites u obligaciones en las Fuerzas Armadas y mucho menos de misiones trascendentes para la defensa de un país. El origen de la misma es vital para entender su trascendencia en el ámbito castrense. Así, Rodríguez Devesa nos recuerda que la palabra

⁶ Citado por Jiménez Villarejo, José. *Op. Cit.* p. 212.

disciplina deriva del verbo latino *disco-ere* (aprender) y que de los enunciados que de la misma se hacen la que más se acerca al significado que debe tener en el ámbito castrense es aquella que la describe:

Como conjunto de *deberes jurídicos* (acepción amplia): a) Objetivamente considerado y con referencia a *todos* los deberes que impone al militar su permanencia en el servicio. b) Considerados desde el punto de vista del cumplimiento de estos deberes, empleándose en ese sentido también la expresión “militar disciplinado”, como equivalente a militar que fielmente cumple sus deberes militares.

...Como conjunto de *deberes* del superior e inferior, relacionados con la *subordinación jerárquica* (acepción jurídica estricta): a) Objetivamente considerados; b) Como cumplimiento exacto de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores e inferiores.⁷

Sin embargo, la concepción de la disciplina, justamente por lo que tiene de obligante, implica necesariamente que la orden a cumplir esté dentro de las responsabilidades naturales de las fuerzas armadas, pues no puede llevarse al absurdo de que ésta permita toda clase de acciones dentro de las filas, ya que justamente, en el momento en que ocurren excesos en nombre de la disciplina, se le daña considerablemente, pues ella no es sinónimo de arbitrariedad, y mucho menos dentro de una institución cuyas actuaciones deben estar de acuerdo con los elevados fines con los que se le vincula (defensa de la patria, cultivo de valores, etc.), fines que evidentemente no pueden compaginarse con violaciones a los derechos humanos y a principios elementales de respeto a la dignidad humana.

La existencia de la disciplina como elemento diferenciador de la institución castrense nos obliga a indicar las consecuencias de su necesaria inclusión en las fuerzas armadas, pues ella es la que permite darle especificidad a las mismas. Lo dicho ha llevado a Robert a indicar los 3 caracteres principales en los que se concreta:

⁷ Rodríguez Devesa, José M. *La acción penal y la acción disciplinaria en el Derecho militar español*, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 7 (1959), pp. 75 y 76.

1) La total disponibilidad. Idea que implica una puesta a la entera disposición de la autoridad jerárquica, lo que es fácilmente observable por la movilidad constante del personal por todo el territorio nacional y aun fuera, en razón de la conveniencia de la institución y aun en condiciones no del todo agradables para su entorno familiar (destacamento en puestos fronterizo o de difícil acceso, etc.).

2) El deber de obediencia. Esta es la primera de las consecuencias de la disciplina, y por ello constituye hasta nueva orden la fuerza principal de las fuerzas armadas, pues su vinculación a la obediencia a las órdenes del superior es mayor que en caso de otros funcionarios de la administración pública, aun de los que tienen a su cargo las más delicadas tareas.

3) La neutralidad política. Justamente por la existencia de las otras dos características, se hace necesario incluir dentro de la inmanencia institucional, el carácter neutral en tareas políticas, pues un cuerpo con personas entregadas totalmente a ella y con total sentido de la obediencia, es susceptible –la historia lo demuestra– de ser utilizada por quienes la dirijan o dirijan parte de ella, para hacer uso de las mismas con fines personales o distintos de aquellos a los que está llamada. No en vano este carácter es unánime en el derecho comparado.⁸

De ahí que deban precisarse, con el mayor detalle posible, los elementos necesarios para estimar convenientes las limitaciones a los derechos humanos de los militares y, que además posibiliten su justificación dentro de parámetros racionales. Por tales circunstancias, compartimos los criterios expuestos por Llorente, quien al efecto hace la siguiente sistemática:

a) Han de ser necesarias. Únicamente son admisibles las estrictamente indispensables.

b) Han de ser proporcionadas. Debe existir una adecuada correlación entre el fin perseguido y el método restrictivo utilizado.

⁸ Robert, Jacques. *Libertes publiques et armee en La spécificité militaire*. París. 1989, p. 100.

c) Han de ser legales. Todas las restricciones deben estar previstas en normas de igual rango que la que regula el derecho afectado.

d) Han de tener carácter general. En igualdad de circunstancias a todos debe afectar, de igual manera, la misma restricción.⁹

Como comentario debemos decir que no sólo han de ser necesarias, sino, como ya señalamos, deben tener por límite la dignidad esencial del ser humano, por lo que todo ejercicio “para ejercitar la hombría”, “fortalecer el carácter” y otro tipo de eufemismos con los que se esconden verdaderos ejercicios de humillación y sadismo, no pueden ser estimados como compatibles, ya no con los derechos humanos, sino con la propia institución militar servidora de un estado de derecho, pues con ello sólo se permite la educación de un pensamiento contrario a tal estado, con lo que mal podría servirle. Por supuesto, lo ideal sería que las restricciones se establecieran en el propio texto constitucional, pues si en él se consagran los derechos de los ciudadanos, igualmente en él deben estar las pocas excepciones que de los mismos se consideren convenientes, pues lo delicado de las garantías para la protección de la persona humana no puede dejar al juicio del legislador elementos que sólo pueden estar sujetos por la máxima norma que arbitra a una sociedad, y en caso de considerarse que ello no ha de ser así, nunca ha de superarse la obligación de mantener la reserva de ley estricta en este punto. Lo contrario sería dejar a la voluntad de la Administración la regulación de los derechos humanos. Así lo ha expresado la doctrina, aun dentro del ámbito de las relaciones funcionariales, pues “...los derechos fundamentales y la reserva de ley tienen plena validez en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción a no ser que la Constitución expresamente establezca limitaciones”, y en consecuencia, el límite formal de cualquier restricción o limitación de derecho constitucional siempre ha de descansar en el principio de reserva de ley.¹⁰

⁹ Llorente Sagaseta de Illurdoz, José María. *Comunicación. El militar ante la libertad de expresión* en *La Jurisdicción Militar*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992, p. 244.

¹⁰ Vid. García Macho, Ricardo. *Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución Española*. Tecnos. Madrid. 1992, p. 93 y ss.

2. LA FUERZA ARMADA EN LA CONSTITUCIÓN

2.1 ESPAÑA

En España, la Constitución de 1978 en **su artículo 8 se refiere al estamento castrense en los siguientes términos:**

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.
2. Una Ley Orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.

La disposición, única dedicada por entero a las Fuerzas Armadas, tiene tres perspectivas sobre los militares; la primera es orgánica, referida a la integración de dicha institución, y en razón de ello se planteó la polémica en torno al carácter de la Guardia Civil, señalándose todo tipo de posibilidades,¹¹ a lo que se ha dado respuesta, de alguna manera, con la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,¹² que en su artículo 13 señaló que la Guardia Civil tenía “naturaleza militar”, aunque con unos matices que la singularizan en relación con las fuerzas armadas españolas. La segunda perspectiva está referida a la finalidad a la que están destinados dichos componentes, estando los mismos enunciados de manera general y vinculados dos de ellos a los tradicionalmente otorgados a la fuerza del Estado, esto es, a la defensa de la integridad territorial, así como de la independencia del país. El último (no se ha establecido el porqué de esta ubicación), señala la obligación de defender el ordenamiento constitucional,¹³ y esto ha sido interpretado por al-

¹¹ Vid. López Ramón, Fernando. *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987, pp. 308 y ss.

¹² Ley Orgánica 2/1986 del 13 de Marzo.

¹³ Se ha verificado una discusión interesante respecto a la enunciación de las misiones de las Fuerzas Armadas y en tal sentido ha habido quien afirme que las establecidas en la Constitución van de mayor a menor, en tal sentido Vid. López Ramón, Fernando. *Op. Cit.*, pp. 320 y ss.

gunos, como la posibilidad de intervenir en el orden interno, siempre y cuando el poder civil lo haya determinado así, y no *motu proprio*.¹⁴

La tercera perspectiva de la norma suprema española tiene que ver con la falta de caracterización de las fuerzas armadas, es decir, el constituyente español no quiso, posiblemente considerando las circunstancias del momento, realizar definiciones de un estamento cuya dirigencia se había formado bajo el compromiso del régimen anterior, y por lo mismo entendió, no correspondía a la situación el establecer criterios constitucionales de difícil modificación, que posteriormente se vieran inútiles ante los hechos. Evidentemente, esta dosis de realismo, hizo que estuviera en las manos del legislador, siempre dentro de los límites impuestos por la Constitución, la posibilidad de destacar y encauzar los caracteres de las fuerzas armadas más compatibles con la sociedad española posterior al régimen totalitario que se sustituía.

En el sentido señalado anteriormente, vale indicar que las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (RR.OO.)¹⁵ han recogido plenamente el plegamiento de la entidad militar al régimen democrático, y así ha traducido, dentro del lenguaje épico generalmente utilizado en las normas militares que la “razón de ser” de las Fuerzas Armadas son las indicadas en la Constitución (artículo 3), y sobre todo cuando afirma que la disciplina “tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, a la que la Institución Militar está subordinada”, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional al decir que “...la Constitución, en su artículo 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda

¹⁴ Serrano Alberca citado por Rojas Caro, José. *Derecho disciplinario militar*. Tecnos. Madrid. 1990, p. 43 y 44. Este autor también señala que en el debate constitucional se eliminó como misión de las FF.AA. la “unidad de España”, porque un diputado señaló que todo lo que estuviere en la constitución era ya su misión y por tanto no tenía que ser expresamente incluido.

¹⁵ Ley 85/1978 del 28 de diciembre de 1978 publicada en el *Boletín Oficial de Estado* número 11/1979 (corrección B.O.E. número 34/1979). Se ha planteado respecto de esta norma su posible inconstitucionalidad, por cuanto al tratar sobre derechos fundamentales regulados en la Constitución debió ser dictada como ley orgánica. En contra, entre otras cosas, se alega que su publicación fue un día antes de la entrada en vigencia de la Constitución. *Vid.* Martínez Martínez, Rafael. *Las reales ordenanzas ¿una norma inconstitucional?*, en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*. Editorial Trotta et alia. Madrid. 1995.

exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución”.¹⁶ Con lo dicho se vincula a la esencia de la fuerza armada, la disciplina, con la esencia del sistema normativo, ocurriendo de este modo un verdadero intento por incluir a la institución dentro del cuerpo social que la Constitución pretende.

Una muestra de este compromiso lo encontramos en el artículo 34 de las Reales Ordenanzas en donde se dice:

Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular en contra de la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.

Lo citado no es sólo la negación de la funesta idea conocida como “obediencia debida” sino que además hace de cada militar, en singular, un defensor de la norma superior, vinculante para su vida cotidiana, y en tal sentido norma de vida, que obliga necesariamente a un verdadero y sincero compromiso con sus estipulaciones.

2.2 FRANCIA

A diferencia de los casos anteriores, en Francia la Constitución remite al legislador lo relativo a la normativa militar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34,¹⁷ segundo aparte, en el que se señala que la ley establecerá las reglas referentes a “las garantías fundamentales para los funcionarios civiles y militares del Estado”, sin entrar en mayores consideraciones salvo cuando pone en cabeza del Presidente de la República la defensa de la nación, estableciendo que “es el jefe de los Ejércitos. Preside los consejos y comités superiores de la Defensa Nacional”.¹⁸

¹⁶ Sentencia 107/86 de 24 de Junio de 1986, fundamento jurídico 4º. Vid. Del Solar Ordóñez, Juan José (Coordinador). *Sentencias del Tribunal Constitucional en Defensa y Fuerzas Armadas, 1985-1988*. Ministerio de Defensa. Madrid. 1989.

¹⁷ Publicada en el *Journal Officiel* el 4 de Octubre de 1958.

¹⁸ Artículo 15.

Por ello se tratará *infra* lo relativo a la limitación de derechos según la normativa legal correspondiente.

2.3 ITALIA

Comentario aparte merece el caso italiano, donde luego del fracaso de la experiencia fascista, los constituyentes no consideraron necesario el establecimiento de detalladas limitaciones constitucionales al órgano armado que surgiría luego de la II Guerra Mundial, lo cual no ha dejado de ser criticado, al estimarse que si bien no eran necesarias normas con minuciosas caracterizaciones del régimen militar, la opción tomada fue tan radical como aquélla.

Así, nos encontramos con que la norma aprobada tiene el siguiente tenor:

Artículo 52. La defensa de la patria constituye un deber sagrado del ciudadano El servicio militar será obligatorio dentro de los límites y con las modalidades que se establezcan en la ley. Su cumplimiento no menoscabará la situación laboral del ciudadano ni el ejercicio de los derechos políticos El ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspirará en el espíritu democrático de la República.

La lectura del artículo citado nos señala las tres preocupaciones fundamentales de los redactores del artículo transcrito, a saber, el elemento axiológico, representando como “deber sagrado” calificación casi mística del deber militar, y por lo mismo poco apegado a una realidad social o política concreta, capaz de ser interpretada de acuerdo a los vientos del momento. Luego se pasa de inmediato a señalar los límites que dicho sacro ideal tiene respecto del ciudadano común llamado al servicio militar, lo que constituye un importante concepto a la hora de considerar las preocupaciones del redactor respecto a tal servicio militar, lo que, independientemente de su importancia dentro de la institución castrense y más aún dentro del tejido social, no evita cuestionar si es lo único a tomar en cuenta a la hora de estructurar constitucionalmente a la institución armada, quedando elementos tan importantes como la sujeción de dicha institución a las autoridades civiles, la compatibilidad o no de la autoridad civil con la militar o la participación en política de los miem-

bros de estamento castrense. Como último elemento se incluyó la obligación por parte de quienes redactasen las normas relativas a las Fuerzas Armadas, que las mismas se elaborasen dentro de un denominado “espíritu democrático de la República”, lo que a pesar de apelar a uno de los caracteres principales del Estado italiano de la postguerra, no deja de ser impreciso y “oscuro” como lo ha señalado la propia doctrina italiana, y como incluso, se dijo en la propia discusión constitucional. En tal sentido, Grisolia ha afirmado lo siguiente:

Pero, sobre todo se reclamaba el prometido adecuamiento del ordenamiento militar a aquel *espíritu democrático*, inútilmente sancionado en el último aparte del artículo 52 constitucional. Un principio éste, que ya fue tachado de “oscuridad” en sede constituyente y con mucha probabilidad no del todo claro en su implicación ni siquiera por sus mismos proponentes, fue de hecho relegado en el diligente limbo de la inactuación constitucional, dando, por tanto, la razón a quienes habían rápidamente puesto en guardia acerca de la poco fácil aplicación de esta norma en un sistema fundado, por su naturaleza, sobre el principio contrario de la autocracia, y en todo caso, sujeto en cambio, más a causa de la evolución de las costumbres, que no por la imposición de un alto imperativo jurídico.¹⁹

Este defecto de nacimiento se vio reforzado por la incapacidad del legislador en dictar normas fundamentales para el ordenamiento de la institución castrense, para lo cual es bastante ilustrativo el hecho de que las reglas disciplinarias no se dictarán sino luego de 30 años de establecida la norma constitucional sobre las fuerzas armadas, dejando tal sector del ordenamiento al arbitrio de la Administración, que al efecto dictó un reglamento cuya entrada en vigencia dejó dudas, en el mejor de los casos, sobre su validez,²⁰ y sobre todo, sobre su respeto del

¹⁹ Grisolia, María Cristina. *Disciplina militare e diritti del soldato en Nuove dimensioni nei diritti di libertà*. p. 337. Ver también Bachelet, Vittorio. *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*. Giuffrè. Milano. 1962, pp. 312 y ss.

²⁰ Reglamento del 31 de octubre de 1964, que no fue publicado en la *Gazzetta Ufficiale* ni en la *Racolta ufficiale delle leggi e dei decreti*.

principio de reserva de ley en lo referente a medidas privativas de la libertad personal,²¹ a pesar de que hay autores que señalan que la reserva de ley es dictada por el artículo 52 de la Constitución para todo el ordenamiento militar.²²

Dicho lo anterior, debe señalarse que a primera vista las Normas de Principio sobre la Disciplina Militar,²³ es un instrumento de rango legal que podía calificarse como vanguardista en lo que trata a la introducción de nuevas figuras dentro de un ambiente tan poco dado a los cambios y tan celoso de sus tradiciones como lo es el estamento militar. Sin embargo, sin menoscabar sus incuestionables avances en cuanto al reconocimiento de derechos de los militares, como veremos, del desarrollo de sus disposiciones podrá apreciarse la distancia entre la intención que el lector percibe de la lectura de las normas y la aplicación real que de tales principios se hizo.

En primer lugar, se reconoce el derecho al soldado de mantener una actitud crítica y consciente respecto de la misión a cumplir, ya que en el artículo 4, en su parte *in fine*, señala que “El militar al cual le sea impartida una orden manifiestamente en contra de las instituciones del Estado, o cuya ejecución constituye de cualquier modo manifiestamente un delito, tiene el deber de no seguir la orden y de informar a la brevedad posible a sus superiores”, la norma citada, segura influencia de su correlativa española, manifiesta desde el primer momento la intención de hacer valer la propia condición de ciudadano que a todo soldado le es ínsita, y a la que

²¹ Vid. Grisolia, María Cristina. *Op. Cit.* pp. 337-340, en contra, esto es, señalando la validez de las medidas restrictivas de libertad por medio del reglamento Vid. Longa, Angelo. *Istituzioni de Diritto Militare*. Tomo Primo. Bulzoni Editore. Roma. 1975, p. 210.

²² “Del artículo 52 de la Constitución Italiana se derivan dos consecuencias, una formal y otra material. Conforme a la primera, espíritu democrático significa reserva de ley en materia del ordenamiento militar, toda vez que la forma privilegiada de expresión de la soberanía popular es la Ley parlamentaria. Pero el artículo 52 no se reduce a exigir un instrumento formal determinado, sino que presupone su contenido. Aunque no es necesario que cuando la ley se refiera a los militares, tenga el mismo contenido que cuando se trata de los demás ciudadanos, la Ley debe informarse de los mismos principios para asegurar, si no una garantía igual, al menos equivalente. Se trata de buscar un equilibrio entre las exigencias de operatividad y eficacia de las Fuerzas Armadas y los derechos fundamentales del militar”. Vid. Balduzzi, Renato. *Principio de legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze Armate*. Giuffrè Editores, Milano, 1988, pp. 111 y ss.

²³ Ley publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el 11 de Julio de 1978, N° 382.

por lo mismo no puede renunciar en aras de la disciplina militar, visto que la disciplina, si bien elemento caracterizador de la fuerza militar,²⁴ es medio que permite la consecución de los fines que tanto se resaltan y se hacen concebir como parte de los valores más altos de la escala social, y por tal razón mal puede estimarse como elemento absoluto ante el que hay que asumir una posición acrítica y pasiva.

De acuerdo con la ley disciplinaria en su artículo 3, previa a la declaración de derechos de los militares, se establece como regla general que “Para garantizar el cumplimiento de las competencias propias de las Fuerzas Armadas la ley impone a los militares limitaciones en el ejercicio de algunos de tales derechos, a consecuencia de observar particulares deberes en el ámbito de los principios constitucionales”, poniéndose de este modo el marco general de referencia en el que se confirma la naturaleza contrastante entre algunos derechos y la institución castrense.²⁵ Por supuesto, el hecho de que se haga la precisión de que dichos límites sólo pueden realizarse mediante ley, representa en sí mismo una garantía, que sin embargo, puede verse truncada si, como veremos, simplemente se utiliza la ley como puente para abrirle paso al reglamentista a imponer condiciones que no debían estar al arbitrio de la Administración. Por ello, a pesar de la natural comprensión por las limitaciones que impone la disciplina militar dentro del ámbito del ejercicio ciudadano, ha de tenerse siempre presente qué tan importante son los fines de la institución armada como el respeto al régimen de libertades públicas de los ciudadanos, y por lo mismo, han de tenerse los mismos cuidados a la hora de tratar unos y otras. De ahí, que estimemos como conveniente que **todos** los límites que en razón de la actividad armada se produzcan en la esfera de los derechos de los ciudadanos de uniforme han de estar prescritos en el instrumento legal, bajo un régimen de reserva absoluta de ley en la materia, a fin de evitar delegaciones cuya legitimidad sea cuestionable.

²⁴ Bachelet, Vittorio. *Op. Cit.*: “Tal regla esencial que se señala es la disciplina militar que –lejos de ser, como se verá– un simple complejo de sanciones o de normas sancionatorias, es antes que nada la norma de conducta típica del militar y la principal fuerza cohesiva de las instituciones militares”, p. 7.

²⁵ En sentido contrario *Vid.* Grisolia, María Cristina. *Op. Cit.* p. 338.

Lo expuesto hace que compartamos con la doctrina la idea de que “El Ejército es una institución más del Estado y sus miembros son unos ciudadanos más, acreedores y titulares de los mismos derechos y libertades fundamentales que el resto de los ciudadanos... la detentación de las armas para el cumplimiento de las misiones que la Constitución les encomienda será la razón que justifique el que se impongan límites al ejercicio, que no a la titularidad, de los derechos fundamentales, de los miembros de las Fuerzas Armadas”,²⁶ afirmación de la que se evidencia, en primer lugar, la igualdad en ciudadanía con el resto de integrantes del país, y en segundo lugar, que las limitaciones vienen en razón al monopolio de la fuerza que tienen, y por lo mismo, no pueden influir, por su mera detentación, en la conducción de la sociedad. En definitiva, la restricción de derechos sólo obedece a razones prácticas y no a un sojuzgamiento *prima facie* de la institución castrense.

En razón de lo expuesto, debe concluirse que es condición de existencia del estado de derecho que las Fuerzas Armadas ocupen un lugar subordinado con respecto a las autoridades que ejercen el poder político, y por lo mismo, carezcan de toda autonomía para decidir las políticas de cumplimiento de las misiones establecidas en la constitución, tanto en un sentido positivo como negativo.

Una vez analizados los supuestos que hacen necesarias las limitaciones, no la negación, de los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas pasaremos al estudio individualizado de algunos de los mismos, cuya suspensión o restricción comporta las mayores discusiones respecto al ejercicio de las potestades ciudadanas que un militar debe ejercitar.

2.4 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Seguramente los padres fundadores de la república norteamericana nunca imaginaron el enorme desarrollo y la importancia que la fuerza armada tendría en el futuro del entonces incipiente estado. Ello se ve claramente reflejado en la presencia lateral que en el texto constitucional tiene el ele-

²⁶ Llorente. José María. *Op. Cit.* p. 245.

mento armado, donde sólo se le menciona cuando se hace referencia a la condición del Presidente como Comandante en Jefe del ejército y de la marina (parágrafo 1º de la sección 2 del artículo 2), y cuando se prohíbe a los militares en tiempos de paz alojarse en vivienda alguna sin el permiso de su propietario, y en tiempos de guerra, sin cumplir con los requisitos legales (3ª Enmienda). De hecho la normativa militar en Estados Unidos es de reciente data, pues el Código de Justicia Militar es de 1950,²⁷ por lo que la estructura y funcionamiento de la institución de ha hecho, fundamentalmente, en función de normas de rango sublegal.

2. DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

2.1 ESPAÑA

En la Constitución española, nos encontramos que en el artículo 20 se establece la libertad de expresión en los siguientes términos:

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

²⁷ El Código fue aprobado por el Congreso el 5 de mayo de 1950.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución.

Como es perceptible, el constituyente español no escatimó tinta ni esfuerzos no sólo por establecer la protección al derecho, sino, y sobre todo, en señalar todos los límites posibles o extraíbles de la vaguedad de algunos de los términos expuestos, así como de los mecanismos de regulación, lo cual la convierte, sin duda en uno de los textos constitucionales con más miramientos respecto de la libertad de expresión, quizá debido a las circunstancias históricas que la vieron nacer. De lo expuesto, y dadas las limitaciones generales que existen para los civiles españoles, al estudiar las impuestas a los militares, se ha afirmado que éstas son casi nugatorias para los segundos.²⁸

En el campo de la normativa especial, las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas en su artículo 178 señalan que, el militar podrá hacer publicaciones, pero “necesitará autorización previa para su ejercicio cuando se trate de cuestiones que puedan perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas”.

²⁸ Vid. Llorente Sagaseta de Ilurdoz, José María. *Op. Cit.* p. 254, y Martínez Martínez, Sebastián. *Limitación a los derechos fundamentales de la constitución española en relación con las Fuerzas Armadas en La Función Militar en el actual ordenamiento constitucional español.* Trotta et alia. Madrid. 1995, al afirmar, con carácter general, que: “se da la posible paradoja de que teniendo, con relación a los demás países, una de las Constituciones que más derechos y libertades fundamentales tiene recogidas en su articulado, los militares españoles tienen más recortados estos derechos y libertades que sus homónimos de Europa occidental”.

Por su parte, el artículo 48 de la Ley Orgánica del Servicio Militar²⁹ dice que:

El militar de reemplazo, en el marco de lo dispuesto en el artículo 39 de esta Ley, tiene derecho a la libertad de expresión. En su ejercicio no podrá difundir información legalmente clasificada, relativa a la seguridad nacional y a la defensa nacional o a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas ni la que, sin estar clasificadas, conozca por razón de su destino.

Por último, debe indicarse que la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario³⁰ establece, entre otras, que es infracción leve (artículo 7, numeral 29) y grave (artículo 8, numeral 32), según los casos, emitir o tolerar expresiones o actos irrespetuosos contra las instituciones o símbolos del Estado español.

Hacemos esta prolija cita de normas con la finalidad de manifestar que, es justamente en el ejercicio de la libertad de expresión donde el militar se encuentra con el mayor número de limitaciones, pues justamente, de la disciplina que gobierna la institución castrense nacen, necesariamente, múltiples maneras de establecer límites a dicho derecho, pues la disciplina exige acatamiento y no discusión, respeto a las formas o expresiones externas y cumplimiento rígido de la normativa para el desempeño de las labores diarias. De ello se han desprendido importantes límites, que en el derecho español podemos concretar en las siguientes (todas tomadas de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario):

Límites relativos a las formas: son aquellos que exigen la utilización de fórmulas específicas de respeto ante y por los superiores y que son el reflejo de la estructura piramidal de la institución, *vgr.*: hacer reclamaciones prescindiendo de los cauces reglamentarios (artículo 7, numeral 14); la omisión del saludo (artículo 7,

²⁹ Ley Orgánica 13/1991 del 20 de Diciembre de 1991 publicada en el *Boletín Oficial de Estado* número 305 del 21 de diciembre de 1991.

³⁰ Ley Orgánica 8/1998, de 2 de Diciembre publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 289, del 3 de diciembre de 1998.

numeral 20); las manifestaciones de disgusto ante una orden (artículo 7, numeral 8); corregir a un subordinado de forma incorrecta (artículo 7, numeral 16).

Límites vinculados a las obligaciones institucionales: son aquellos en los que se particulariza la situación en que la institución se vincula con el individuo de modo que le impide manifestarse como lo podría hacer en el caso de otros funcionarios, así tenemos, la prohibición de realizar peticiones colectivas (artículo 8, numeral 18); la prohibición de emitir opiniones en contra de las instituciones o símbolos del estado (artículo 7, numeral 20); o la colaboración con partidos políticos sin estar en la situación que así lo permita (artículo 8, numeral 34).

Límites relacionados al cumplimiento de las tareas encomendadas: son aquellas en las que la falta puede perturbar la realización de las misiones del cuerpo militar en general o del militar en particular, y entre ellas tenemos, no mantener la reserva sobre asuntos del servicio (artículo 8, numeral 10), divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas (artículo 8, numeral 11).

Estos límites se reflejan en un término muy común en la jerga militar: **la murmuración**,³¹ hecho que se concreta en términos castrenses con un significado un poco distinto al que se le da fuera de él, pues no es necesario que el comentario se haga en voz baja o con precaución, sino que simplemente se realice para considerar entonces que el militar “ha murmurado”. Como se ve, esta expresión manifiesta una vez más como condiciona al militar su situación en la sociedad, pues lo que puede ser un comentario más en la boca de cualquier ciudadano, en el caso del

³¹ Respecto al contenido del concepto de murmuración, vale citar lo dispuesto en las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768, en el que encontramos en el artículo 1 del Título XVII del Tratado II que estaba prohibido “a todos y cada uno de mis ejércitos, el usar, permitir ni tolerar a sus inferiores, las murmuraciones de que se altera el orden de los ascensos, que es corto el sueldo, poco el haber o el pan, malo el vestuario, mucha la fatiga, incómodos los cuarteles, ni otras especies que, con grave daño de mi servicio, indisponen los ánimos, sin proporcionar a los que compadecen ventaja alguna”.

militar puede presentar un aspecto casi conspirativo, sobre todo si las mismas tienen carácter político.

Pese a lo anterior, se justifica plenamente lo establecido con carácter general en las Reales Ordenanzas al señalar que el militar debe consultar toda opinión suya en relación con la seguridad del Estado, pues es evidente que de su conocimiento privilegiado de tal tema, pueden terceros sacar provecho al momento de un comentario bien intencionado, pues queda claro que la libertad de expresión no puede convertirse en atentado en contra de la consecución de los fines que persiguen las fuerzas armadas y en este sentido la sociedad española ha optado por privilegiar la defensa de dichos fines.

Sin embargo, lo que preocupa a los autores no es la justificación de las limitaciones a la libertad de expresión, sino, precisamente, su vaguedad pues

se deja al libre arbitrio del Ministro de Defensa o de la autoridad militar competente –la cual habrá de someter su decisión al refrendo del Ministro– la posibilidad de restringir este derecho con fundamento de criterios de perfiles claramente indeterminados, lo cual será una constante en el resto de los derechos. Indeterminación a la que no es ajena el Art. 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, que refrenda plenamente el precepto del Art. 179 de las Reales Ordenanzas.³²

Ante esta situación nos encontramos con una clara disyuntiva muy propia de la institución castrense: estar entre el establecimiento de reglas generales de conducta que dejen la posibilidad de la conducta arbitraria en razón de las reglas rígidas de subordinación o la determinación, tan cara al reglamentista, de establecer un número imposible de elementos casuísticos que traten de abarcar todas las conductas probables. En tal virtud, consideramos siempre como mejor camino las reglas generales que establezcan más que límites, criterios para decidir, pues aunque siempre es

³² Nevado Moreno, Pedro T. *La función pública militar*. Marcial Pons. Madrid. 1997. p. 100.

posible la conducta arbitraria, también es recurrible ante la ilegalidad. Lo contrario siempre ha demostrado ser un ejercicio del todo inútil.

En España, sin embargo, se ha tratado de establecer un panorama claro respecto a los límites de la libertad de expresión y al efecto vale mencionar el Auto del Tribunal Constitucional 375/1983 del 30 de julio, por el que se definió claramente que la libertad de expresión, ya en términos generales, y como habíamos mencionado, no es absoluta, y al efecto NEVADO cita el caso *Engel* para recordar que la libertad de expresión, si bien es aplicable a los militares no puede implicar el “olvidarse las características particulares de la condición militar, así como sus específicos deberes y responsabilidades”.³³ Indica, asimismo, citas del Tribunal Supremo reafirmando lo anterior (97/1985 del 29 de julio, 371/1993 del 13 de diciembre, 270/1994 del 17 de octubre y 288/1994 del 27 del mismo mes).

Pese a ello, preocupa que en la sentencia del 16 de junio de 1993, se estableciese que la conducta del militar debe ser la misma, tanto dentro como afuera, limitación exorbitante pues como señala López Benítez³⁴ se excede de las razones que originan las limitaciones a la libertad de expresión y que como hemos señalado no pueden erigirse en negación de tal derecho, aunque estima que su explicación se podría encontrar en el fortalecimiento de la disciplina, ello, por supuesto, desde una perspectiva demasiado elástica como para parecer justificada. En efecto, no puede exigirse que existan manifestaciones de carácter personal, que fuera del ámbito de la institución castrense, no puedan ser realizadas por militares que no se encuentren de servicio, ya que de ser así, y salvo las excepciones relativas a información por razón de su condición, no se justifica limitaciones al derecho a la libertad de expresión que no estén íntimamente ligadas a la neutralidad política, y cualquier otra consideración no sólo sería inconstitucional en el caso español, sino además, completamente estéril.

³³ Nevado Moreno, Pedro T. *Op. Cit.* p. 102.

³⁴ López Benítez, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba y Civitas. Madrid. 1994, pp. 535 y 536.

En consecuencia, y la discrecionalidad de las autoridades militares en este punto, es lo que hace que López Benítez, analizando una sentencia del Tribunal Supremo del 11 de octubre de 1990, intente establecer tres criterios para determinar la existencia o no de transgresión de los límites a la libertad de expresión:

- Momento en el que se llevaron a cabo las declaraciones, momento o coyuntura.
- Grado militar de quien realizó las declaraciones.
- Carácter del medio difusor (público, técnico, profesional, político).

Sin embargo, el propio López Benítez admite que los criterios expuestos son débiles y sólo confirman “las rigurosas restricciones al ejercicio” de este derecho impuestas al militar en este campo, ya que las restricciones son de tal naturaleza que excluye toda libertad de crítica de los integrantes de estos cuerpos hacia sus superiores jerárquicos en defensa de sus derechos e intereses, a pesar de la sentencia del Tribunal Constitucional 270/1994 del 17 de octubre, por que el que se estableció que de ser así se “desconocería el contenido esencial del derecho reconocido en el Art. 20.1. a) CE”,³⁵ con lo que es fácil concluir que la materia en España está lejos de ser resuelta, pues existen vacíos normativos cuya regulación se ha dejado al arbitrio de las autoridades militares, con lo que no sólo se vulneraría la obligación de limitar los derechos fundamentales únicamente por vía de ley, tal y como lo ordena el artículo 53.1 de la Constitución española, sino que además se deja en la indefensión a un conglomerado que justamente rige la cotidianidad de su actuación en el conocimiento exacto de sus obligaciones para así poder ejecutarlas con la misma exactitud. Por ello, hacer lo contrario, no sólo vulneraría el ordenamiento constitucional español, sino que además, estaría en contra de bases que conforman la institución castrense.

³⁵ *Cfr.* Nevado Moreno, Pedro T. *Op. Cit.* p. 105.

3.2 FRANCIA

A diferencia del caso español, en Francia, como señalamos *supra*, la constitución remite al legislador lo relativo a la normativa militar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34,³⁶ segundo aparte, en el que se señala que la ley establecerá las reglas referentes a “las garantías fundamentales para los funcionarios civiles y militares del Estado”, sin entrar en mayores consideraciones salvo cuando pone en cabeza del Presidente de la República la defensa de la nación, estableciendo que “es el jefe de los ejércitos. Preside los consejos y comités superiores de la Defensa Nacional”.³⁷ De ahí que haya que recurrir a la ley N° 72-662 del 13 Julio de 1972 sobre el Estatuto General de los Militares,³⁸ en cuyo texto encontramos, luego de una declaración general en el artículo 6° por la que se reconoce a los militares “todos los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos”, y donde se agrega a renglón seguido, que es posible que el ejercicio de algunos de ellos sea prohibido o restringido “en las condiciones fijadas en la presente ley”, y partir de ello, en relación con la libertad de expresión indica lo siguiente:

Artículo 7. Las opiniones o creencias filosóficas, religiosas o políticas son libres. Ellas no pueden, sin embargo, ser expresadas más que fuera de servicio y con la reserva exigida por el estado militar. Esta regla no es obstáculo al libre ejercicio del culto en los recintos militares y a bordo de las naves de la flota.

Los militares en situación de actividad deben obtener la autorización del ministro si desean realizar públicamente opiniones sobre cuestiones políticas o quieran exponer a la opinión pública a una potencia extranjera o a una organización internacional.

Una instrucción ministerial determinará en cuáles condiciones los militares podrán, sin la autorización aludida, tratar pública-

³⁶ Publicada en el *Journal Officiel* el 4 de Octubre de 1958.

³⁷ Artículo 15.

³⁸ Publicado en el *Journal Officiel* el 14 de julio de 1972, fecha por lo demás significativa, entre otras cosas, por conmemorar la desobediencia de las tropas al poder constituido.

mente los problemas militares no cubiertos por las exigencias del secreto.

Estas disposiciones se aplican a todos los medios de comunicación, particularmente a los escritos, conferencias y exposiciones.

A pesar de que respecto de éstas podrían hacerse críticas similares a las españolas sobre la vaguedad de lo que se puede o no expresar públicamente, como lo señala Robert, existe una tradición dentro de las fuerzas armadas francesas de cuestionamiento permanente,³⁹ que justificó plenamente que desde la Constitución de 1791, como hemos señalado, se estableciera el enunciado tan conocido según el cual “la fuerza pública es esencialmente obediente, ningún cuerpo armado puede deliberar”.⁴⁰

Se busca la justificación a los límites impuestos en razón del deber de obediencia que tiene la institución militar respecto del mando civil, razón que hace necesaria la reiteración de la norma de 1791 hasta principios del siglo XIX en la historia de Francia.⁴¹

Pese a ello, el propio Robert está de acuerdo en que “no es fácil condenar a los hombres al silencio”⁴² pues “nuestra historia militar está jaloneada de heroicas desobediencias y de nobles protestas...”,⁴³ ya que como se sabe no sólo en la Revolución Francesa, sino también la finalización del Directorio, la caída de Carlos X, el derrocamiento de Luis Felipe y las luchas de la comuna, tuvieron como protagonistas, a favor o en contra, a miembros de las fuerzas armadas, de modo, que aunque con tintes más épicos, el peso del estamento militar en Francia no fue

³⁹ Pese a las restricciones el Consejo de Estado ha declarado, en relación a un militar que invitaba a sus compañeros de Cuerpo a expresar si el tratamiento que se les dispensaba era el adecuado, que los militares tienen hasta cierto punto, derecho a pronunciarse sobre esas cuestiones y a proponer remedios (*arrêt Massot* del 18 de mayo de 1973).

⁴⁰ Artículo 12, título IV. Su precedente lo encontramos en el punto 5, título IV del decreto 6-12 de diciembre de 1790. *Vid.* <http://www.conseil-constitutionnel.fr/constitution/c1791.htm>

⁴¹ Llama la atención que esta norma estuviese vigente incluso hasta la instauración del Consulado, siendo eliminada por la Constitución del 18 de mayo de 1804, que de hecho consagraba una monarquía militarista y absolutista.

⁴² Robert, Jacques. *Op. Cit.*, p. 104.

⁴³ Robert, Jacques. *Ídem.*

muy diferente del que tuvo en los convulsionados países latinoamericanos, aunque en estos últimos no tenga a los ojos europeos los colores de lucha heroica.

Dicha injerencia y carácter deliberante continuó en este siglo (basta recordar el infausto caso Dreyfuss o la condición militar del fundador de la V República). Por lo expuesto, Robert ha sistematizado la manera en que dentro de la V República francesa se han expresado los militares:

Las intervenciones defensivas, en las que la jerarquía se defiende de los ataques que considera injustificados.

Las intervenciones ofensivas. Dimanan de espíritus inconformes que quieren hacer conocer sus opiniones sobre la institución. Ellos hablan o escriben sobre la estructura, los programas, las estrategias, etc. Y cita el ejemplo del Almirante Sanguinetti que pidió una reforma de las tácticas y de las jerarquías, así como el caso del general Stehlin que puso en duda la superioridad de ciertos materiales militares franceses.

Las intervenciones políticas. Sería el caso del general Binoche, que en razón de su conocimiento de los problemas alemanes alertó al gobierno y a la opinión pública sobre lo que él estimaba deberían ser las constantes del comportamiento germánico.

Intervenciones técnicas. Aquellas en las que se expresa opinión o contribución sobre un problema técnico actual.⁴⁴

Además, no puede dejar de mencionarse lo establecido en el artículo 8 del Estatuto en el que se señala que la introducción en establecimientos militares “de toda publicación en la forma que sea, que pueda dañar a la moral o a la disciplina, puede ser prohibida en las condiciones fijadas por el reglamento de disciplina general de las fuerzas armadas”, lo que indica una limitación más específica, y ésta sí, dejada al criterio de la Administración sobre el señalamiento de la información, y con ella, la expresión

⁴⁴ Robert, Jacques. *Op. Cit.* pp. 104 y 105.

pública que de dicha información pueda realizarse. En tal sentido, tanto el derecho a ser informado, en cuanto a su manifestación externa, tiene límites concomitantes e incluyentes con la propia libertad de expresión.

Como se puede apreciar, el límite general de la libertad de expresión no es más que la reserva necesaria del militar, sin que por ello no pueda tratar asuntos militares ante la colectividad. Sin embargo, este deber le prohíbe utilizar su función como instrumento de acción o de propaganda, o poner en duda la neutralidad o su lealtad a las instituciones o manifestar de manera violenta, pues ello es incompatible con su cualidad de funcionario, lo que como puede apreciarse, no implica necesariamente que exista la sana crítica y discusión de aspectos relevantes de las fuerzas armadas, sin que por tal circunstancia se estimen como vulnerados el principio de disciplina, lo que, como se ve, es perfectamente posible dentro de un estamento militar maduro y desarrollado institucionalmente.

3.3 *ITALIA*

El artículo 9 de la ley disciplinaria italiana señala lo siguiente:

Los militares pueden libremente publicar sus escritos, dar conferencias públicas y así como manifestar públicamente su pensamiento, salvo que se trate de asuntos de carácter reservado en relación con los intereses militares o de servicio, para los cuales debe ser obtenida autorización.

Los militares pueden solicitar tener en los lugares de servicio, cualquier libro, periódico u otra publicación periódica.

En los casos previstos en el presente artículo se mantiene la prohibición de propaganda a la que hace mención el artículo 6.

Queda claro que la redacción del artículo se inicia con una concepción aperturista que da lugar a una regla general permisiva, a la que, sin embargo, se aplican dos limitaciones, a saber: a) la divulgación de documentos o información reservada, sujeta en todo caso a la autorización por parte de la superioridad, siempre con un gran margen de discrecionalidad respecto a la apreciación por parte de quien otorgue el servicio de determinar el carácter reservado de la información o, peor aún, lo

que sea que signifique “los intereses del servicio” cuestión lo suficientemente genérica como para exigir el permiso dentro de límites más amplios de los que la lectura del artículo pareciera dar lugar, cuando lo que debe ser establecido previamente es el tipo específico de información que se considere reservada o que incida “en los intereses del servicio”;⁴⁵ y b) la prohibición establecida en el artículo 6, que indica que los militares no pueden realizar propaganda a favor o en contra de partido o candidatura política alguna, lo que como afirma Longa,⁴⁶ no sólo responde a la necesidad de mantener la neutralidad de las Fuerzas Armadas en relación con el juego político, sino además, la limitación del poder que en sí mismo representa el estamento castrense sin necesidad de intervenir en la arena pública, por lo que su separación del mismo, es de igual manera, un intento de equilibrio de poderes.⁴⁷

Debe señalarse además, la sentencia de la Corte Constitucional italiana N° 126 del 2 de mayo de 1985 por la que el artículo 180.1 del Código Penal Militar (que tipifica como delito la presentación colectiva, por al menos diez militares, o por uno solo, previo acuerdo con los demás, de una petición –escrita u oral –, exposición o reclamación relacionada con asuntos del servicio o la disciplina es constitucionalmente ilegítimo (en relación con los artículo 2.3, 2.1 y 52 de la Constitución). Según la cuestión de inconstitucionalidad planteada, la norma impugnada, al referirse indiscriminadamente a toda petición dirigida colectivamente a la autoridad por cierto número de militares, cualquiera que sea su modalidad o contenido (incluso cuando la petición es lícita) viola el artículo 21 de la Constitución al restringir el derecho a la libre manifestación del pensamiento de forma colectiva. Es precisa una incitación a la acción, y por lo tanto, un principio de acción y violencia contra el orden legalmente constituido que sea idóneo para ponerlo en peligro. Con esta decisión se eliminó la regla general por la cual quedaban prohibidas todas las manifestaciones colectivas de los militares, siempre que las mismas no impliquen la sugerencia a una acción directa contra las instituciones del Estado o contra la permanencia de la disciplina en las fuerzas armadas.

⁴⁵ Grisolia, María Cristina. *Op. Cit.*: El limitar la libertad de expresión por “exigencias del servicio”, resulta, de hecho, en permitir una “incontrolable apreciación metajurídica de la autoridad militar”. p. 341.

⁴⁶ Longa, Angelo. *Op. Cit.*, p. 207.

⁴⁷ Grisolia, María Cristina. *Idem.* pp. 341 y 342

Por otra parte, y en virtud de que en el mismo artículo citado se señala la posibilidad de que todo soldado puede solicitar las publicaciones que considere, no es fácil determinar si la obtención y lectura, o más aún el comentario, dentro del establecimiento militar de material de propaganda o libros de adoctrinamiento político producidos por partidos políticos pueda ser calificado como labor de propaganda, o antes bien, como celoso cumplimiento de los deberes de ciudadano que todo individuo ha de cumplir como paso previo a su participación, por ejemplo, en los comicios electorales. Sin duda, mucho dependerá de la actitud del militar en el momento, quedando los límites, como siempre, al arbitrio de la autoridad militar correspondiente, a la que en todo caso deben señalársele los matices del caso para no convertir una obligación militar (la prohibición del proselitismo) en la represión de un derecho.

3.4 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Como se sabe, el capítulo de derechos de la Constitución de Estados Unidos, fue incorporado en el denominado *Bill of Rights* en 1791, estableciéndose en la primera enmienda lo siguiente:

El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.

Dado lo escueto de la norma, donde en pocas líneas se consagran nada menos que cinco tipos de derechos, a saber: derecho a la libertad de cultos, de expresión, de prensa, de reunión y petición, ha sido tarea del Tribunal Supremo el establecer la caracterización respectiva de los mismos,⁴⁸ y en tal sentido ha señalado que la primera enmienda va más allá de los cinco derechos enunciados, sino que del mismo se desprenden áreas de protección cuya existencia es necesaria para el cumplimiento

⁴⁸ Todas las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos citadas en este trabajo pueden ser consultadas en texto completo en las siguientes direcciones: <http://supct.law.cornell.edu/supct/> y <http://www.findlaw.com/>.

de los fines de la norma, y en tal sentido, por ejemplo que el derecho de asociación es una consecuencia necesaria de la libertad de expresión.

Partiendo de ello se ha señalado que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y que en consecuencia, existen tres supuestos bajos los cuales no se puede proceder a proteger la expresión manifestada por un ciudadano: a) si trata de un enunciado difamatorio;⁴⁹ b) si la expresión es obscena;⁵⁰ y c) si lo dicho incita a la comisión de un delito.⁵¹ Establecidos los elementos anteriores como ajenos a la garantía de expresión del pensamiento, la jurisprudencia ha establecido que existe un mayor grado de protección cuando se trata de un simple discurso o por escrito que en los supuestos de expresión a través de la conducta (marchas, manifestaciones callejeras, etc.)⁵² y en tal sentido se han reafirmado las condenas de actuaciones en las que ha habido, entre otras, invasión a la propiedad privada, se ha interferido en la administración de justicia o se ha dañado propiedad pública. En este último caso, llama la atención el precedente establecido en el caso de la quema de la bandera, donde un ciudadano, luego de hurtar una bandera de los Estados Unidos del edificio municipal de Dallas, procedió a quemarla en una manifestación contra la administración Reagan. A consecuencia de ello, se llevó a cabo el enjuiciamiento de la persona involucrada, y en su momento, el Tribunal Supremo afirmó que lo realizado por el imputado fue una “conducta expresiva” y que por lo mismo estaba protegida dicha conducta por la garantía de la primera enmienda.⁵³

Ya en el ámbito militar se puede apreciar un grado similar de protección, pues si estudiamos el caso Estados Unidos vs Wilson,⁵⁴ no podemos sino llegar a esa conclusión. La relación de los hechos del mismo refiere que encontrándose un soldado en un destacamento para izar la bandera y luego de serle impartida una orden ajustada a la legalidad, el

⁴⁹ Chaplinsky vs. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

⁵⁰ Ginsberg vs New York, 390 U.S. 629 (1968).

⁵¹ Brandenburg vs Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

⁵² Walker vs Birmingham, 389 U.S. 894 (1967).

⁵³ Texas vs Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

⁵⁴ U.S. v. Wilson, 33 M.J. 797 (A.C.M.R. 1991). *Vid. Administrative Study Law Guide*, publicado por la Naval Justices School, 360 Elliot Street, Newport RI, que puede ser consultada en <http://www.jag.navy.mil/html/njs.htm>.

mismo hizo calificativos negativos sobre el Ejército y los Estados Unidos y luego de ello procedió a sonarse la nariz en la bandera diciendo “esto es lo que pienso”. Por supuesto, el soldado fue llevado ante una Corte Marcial que lo condenó y el juzgado de apelación lo ratificó, pero haciendo énfasis en que “no se castiga al acusado por el propósito de su mensaje transmitido en la mañana del 31 de diciembre”, sino por su fracaso en la protección de propiedad pública. En consecuencia, es clara la intención de la jurisprudencia de mantener una interpretación extensiva de la libertad de expresión, aun en los militares, que condenar actos que en algunos casos podrían ser interpretados como un uso ilegítimo de dicho derecho, y de hecho se ha afirmado, en respaldo de tal premisa, que las establecidas en la primera enmienda son “libertades preferidas” (*preferred freedoms*) y que por lo mismo, ellas deben ser dadas “dentro del más amplio ámbito que pueda ser construido en una sociedad ordenada”.⁵⁵ Un caso de condena, por el contrario, pero en vía administrativa, es el del General Harold Campbell que se amonestó y se pasó a retiro luego de hacer declaraciones ofensivas sobre el Presidente Clinton.⁵⁶

Lo expuesto ha sido refrendado por las autoridades militares en su normativa interna, pues se han dictado reglamentos internos, bajo la denominación de “directivas”, en las que se hace referencia a los particulares mencionados. Así, en la Directiva del Departamento de Defensa N° 1325.6 del 1° de octubre de 1996, denominada “Pautas para el manejo de actividades de protesta y disidencia entre los miembros de las Fuerzas Armadas”,⁵⁷ si bien se señala que la libertad de expresión en los militares debe estar en relación con el buen orden y la disciplina, debe hacerse un balance apropiado entre los intereses en juego, y al efecto cualquier decisión del comandante debe realizarse luego de un largo y calmado análisis de la misma, siempre que la situación puesta bajo su responsabilidad “pueda destruir la efectividad de su unidad”, por lo que cualquier decisión, evidentemente, debe estar basada en elementos pro-

⁵⁵ *Follet vs. Town of McCormick*, 321 U.S. 573, 575 (1944).

⁵⁶ El General dijo, textualmente, que el Presidente era un: “draft-dodging, pot-smoking, womanizing, and gay-loving”. *Vid.* Shanor, Charles y Lynn Hogue. *Military Law in a nutshell*. 2ed. West Publishing. 1996. p. 85.

⁵⁷ http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/d13256_100196/d13256p.pdf

batorios que justifiquen, bajo la grave premisa anterior, cualquier orden que restrinja la libertad de expresión.

En cuanto a la libertad de información, la directiva antes mencionada claramente señala que la posesión de material no autorizado no puede ser prohibida, salvo, por supuesto que tal material no autorizado sea clasificado en relación con la seguridad y defensa del país o el buen orden y la disciplina. En este último supuesto, se ha señalado, por ejemplo, que por vía normativa, ya la mera posesión de material pornográfico en una unidad militar no está prohibida, pero sí se sanciona su distribución.⁵⁸

4. DERECHO AL SUFRAGIO Y DE ASOCIACIÓN

4.1 ESPAÑA

Previo a las consideraciones particulares debemos explicar la causa de que hayamos colocado los derechos de asociación y al sufragio bajo un marco común, a pesar de la más estrecha vinculación del primero a la libertad de expresión. Ello se debe en primer lugar, a que en muchas ocasiones los mismos se encuentran directamente vinculados en la medida en que la participación en agrupaciones políticas, sea a través de la filiación de un partido político, sea a través de la intervención en actividades de dichas instituciones, es una manifestación del derecho a la participación en las funciones públicas, cuya mayor expresión es, sin duda, el derecho a elegir a los representantes de la voluntad popular. Por otro lado, y tomando en cuenta que la libertad de asociación no sólo implica la incorporación en partidos u otras asociaciones cuyo objetivo es la búsqueda del poder para realizar determinado proyecto político, sino que también constituye la posibilidad de unirse a grupos para el estudio y comentario de las situaciones de poder, así como a Organizaciones No Gubernamentales dirigidas al vigilar el comportamiento del mismo, es necesario concluir el peso que dichas actividades tienen respecto a la posición que el ciudadano ha de tomar a la hora de elegir a quienes lo van a representar. En consecuencia, y considerando las limitaciones que de manera general se imponen al estamento militar, podre-

⁵⁸ States vs Schneider, 27 C.M.R. 566 (A.B.R. 1958).

mos observar que del estudio de los límites de dichos derechos queda clara la imbricación de los mismos.

Dicho lo anterior, pasemos a indicar que la Constitución española en su artículo 23, señala, sin mayores distinciones que:

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

Quedando de este modo una caracterización del voto como medio de participación del ciudadano en los asuntos públicos, sin indicarse el modo en que debe efectuarse el acto de votación y las características que aquél debe reunir para considerar legítima la elección popular, esto es, el carácter directo o secreto o las formas de elegir la representación, quizás dando la oportunidad para que durante su consolidación la democracia española no quedara sometida y limitada a tipo específico de elección de representantes. Siendo así de general la enunciación constitucional, no ha sido necesaria la directa alusión de la norma al derecho de los militares a elegir a las diferentes autoridades públicas,⁵⁹ quedando, la importante excepción prevista en el literal e) del artículo 70 de la Constitución en la que se declara incompatibles e inelegibles para los cargos de Senadores o Diputados a “los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo” basada en la socorrida fórmula de la necesaria separación entre el poder militar y el civil, inspirada, seguramente, en la misma incompatibilidad establecida en Francia, como veremos *infra*, y que Laguna justifica de la siguiente manera:

La nación pone los medios para que sus Ejércitos la defiendan y no para que de forma directa o indirecta intervengan en las lu-

⁵⁹ “No existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que limite el derecho de los militares a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente escogidos, es decir, el derecho de sufragio activo. Esta es, en general, la tónica del derecho comparado en que precisamente se procura facilitar el ejercicio de este derecho por los militares, ayudándoles a superar los obstáculos que puedan derivar de la eventual necesidad de residir temporalmente, a causa del servicio, en lugar distinto de la circunscripción electoral a que pertenecieren”. *Vid.* Jiménez Villarejo, José. *Op. Cit.*, pp. 234 y 235.

chas políticas, por muchos que éstas sean legales y necesarias para la vida pública y la democracia.⁶⁰

Dicha incompatibilidad está reforzada por lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral que matiza de manera rigurosa, y hasta excesiva, los requisitos para que un militar pueda ser candidato, pues requiere, en primer lugar que el mismo solicite estar en régimen de excedencia, como lo exige el texto constitucional, pero además, que se mantenga en dicho estado, independientemente de que gane o pierda en la contienda, por un lapso mínimo de 2 años luego de terminadas las razones por las que solicitare la excedencia. Tal situación ha llevado a algunos a considerar como francamente inconstitucionales dichas limitaciones.⁶¹

Sin embargo, y en búsqueda de algún mínimo punto de contrapeso, debemos señalar que las Reales Ordenanzas, en su artículo 184 prescriben un mandato genérico de colaboración para el ejercicio del voto, tanto de los militares activos como de los de reemplazo, aunque para estos últimos ya no tendrá validez dada la profesionalización operada en todos los cuadros del ejército español.

En lo que se refiere al derecho de asociación, tenemos que la Constitución española en su artículo 22.1 manifiesta el reconocimiento de dicho derecho, exceptuando las asociaciones que tengan como fines o utilicen medios delictivos, indicándose expresamente en su numeral 5 que se “se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”, condenándose de este modo las muy conocidas “logias” militares y sus paralelos en el bando civil.

Ya en el campo de las normas militares, el artículo 180 de las RR.OO. establece que:

Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que con carácter

⁶⁰ Laguna Sanquirico, Francisco. *El militar, ciudadano de uniforme. Deberes y derechos del soldado*, en *Revista Estudios Políticos* N° 56. 1987, p. 131.

⁶¹ Jiménez Villarejo, José. *Op. Cit.*, p. 236.

general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo.

Llama la atención en la norma citada, que no sólo se trate de regular la actividad del militar dentro de la institución, sino que además se quiere regular su vida privada en la medida en que el artículo transcrito “hace posible” que el militar pueda reunirse en lugares privados, lo que evidencia la vieja tendencia de las normas castrenses de considerar como unidad la vida del militar independientemente del ámbito en que se desarrolle (vgr: los permisos para casarse),⁶² pero que en este caso no sólo no tiene razón de ser, sino que además sería de imposible cumplimiento lo contrario, porque sino ¿qué harían los militares fuera de su sitio de trabajo?, ¿acaso encuentros individuales con sus familiares?⁶³

Punto aparte merece lo relativo a las manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo, porque bajo estas premisas, la apoliticidad en el primer supuesto, y la disciplina en los otros, se verían afectadas. En el caso de la apoliticidad, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo con la no participación de los militares en manifestaciones políticas, mientras que otros estiman que debería ser eliminada la prohibición, pero permitiendo que sólo se asista vestido de civil.⁶⁴ En lo que toca a la disciplina, queda clara su afectación al permitirse reuniones en solicitud de mejoras salariales y en búsqueda de mayores beneficios, lo que es remarcado por lo dispuesto por el artículo siguiente al afirmar:

Artículo 181

Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asocia-

⁶² Vid. Suárez, Santiago Gerardo. *El ordenamiento militar de indias*. Academia Nacional de la Historia. Caracas. 1971, p. XXXIX y ss.

⁶³ Morales Villanueva, Antonio. *Derechos y libertades del militar profesional* en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). N° 37. 1984. Con carácter general señala que en el caso de reuniones públicas los militares no deberán llevar armas, p. 101.

⁶⁴ Morales Villanueva, Antonio. *Op. Cit.*, p. 91.

ciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga...

Con lo anterior, llegamos a uno de los más importantes fines que busca la prohibición de reuniones de carácter reivindicativo, pues seguramente, no habrá mayor peligro para el principio de disciplina y jerarquía de las Fuerzas Armadas que el peligro de la huelga, y de ahí que no sólo haya una prohibición directa del derecho de huelga sino que además se declaran fuera de la legalidad todo medio que pueda desembocar en tal posibilidad, alegándose para ello lo delicado que sería poner en juegos los fines mismos a los que están llamadas las fuerzas armadas,⁶⁵ pues para algunos la huelga en el caso militar, sería equivalente a la sedición militar.⁶⁶

4.2 FRANCIA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, parte integrante del texto constitucional de 1958:⁶⁷

La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación.

Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos al ser iguales ante sus ojos son por igual admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos pú-

⁶⁵ Jiménez Villareno, José. *Op. Cit.*, pp. 236 y 237.

⁶⁶ *Vid.* Morales Villanueva, Antonio. *Op. Cit.* Afirma que acciones en tal sentido no podrían calificarse de falta “por la sencilla razón de que dicha conducta difícilmente podría merecer la calificación de falta sino la de delito, pudiendo constituir, en la mayoría de los casos, un delito de sedición militar”, p. 237.

⁶⁷ Con la decisión del 16 de Julio de 1971, el Consejo Constitucional francés confirmó que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano mencionada en el preámbulo de la constitución incluyó a ésta y al preámbulo de la constitución de 1946 en el bloque constitucional. *Vid.* Tajadura, Javier. *La V República francesa*. EUNSA. Pamplona. 1997, pp. 130 y ss.

blicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

La consagración, en general y muy al estilo del siglo de las luces, de la posibilidad tanto de elección como de ser elegido para todos los ciudadanos franceses, encuentra limitaciones, principalmente en el Estatuto General de los Militares que al respecto señala:

Artículo 9

Está prohibido a los militares en actividad de servicio adherirse a grupos o asociaciones de carácter político.

Bajo reserva de las incompatibilidades previstas por la ley, los militares pueden ser candidatos a todas las funciones públicas electivas; en ese caso, las disposiciones de los tres últimos párrafos del artículo 7 no les son aplicables y la prohibición de adhesión a un partido prevista por el primer párrafo del presente artículo queda suspendido durante la duración de la campaña electoral.

Los militares de carrera y los militares que sirvan en virtud de un contrato, que sean elegidos y que acepten su mandato, serán ubicados en la posición de servicio libre previsto en el siguiente artículo 54.

Las incompatibilidades a las que se refiere este artículo están referidas a los cargos de Senador y de Diputado, así como a los de Consejero General y Concejal, en razón de lo cual para poder optar a dichos cargos, el militar deberá pasar a la situación de servicio libre en el que, a diferencia de la legislación española, sólo podrá permanecer hasta el momento en que termine su mandato, momento en el que podrá regresar, “a la primera vacante”,⁶⁸ al cuerpo en el que prestaba servicio.

⁶⁸ Artículo 54, parte *in fine*.

Pese a lo anterior, y siendo más abierta a la participación militar que la normativa española, tiene ciertos rasgos de incoherencia, al estipular que el militar sólo podrá integrarse a la actividad electoral 15 días antes del comienzo de la campaña, lo que en el caso de un oficial escrupuloso de la ley, lo obligará a postularse de manera independiente, pues los partidos, antes de esos 15 días ya tendrían sus propios candidatos, a menos que hayan aguardado al militar con quien hayan llegado a un acuerdo previamente, lo que no sería legal, pues este acuerdo con los partidos antes de su pase a la reserva estaría violando la prohibición de actividad política de los militares, y esto, a todas luces obligaría a tomar medidas más coherentes al respecto.

En cuanto al derecho de asociación, como observamos en el artículo ya citado, está completamente prohibido para el caso de partidos o asociaciones políticas, estableciendo por su parte el artículo 10, las siguientes condiciones:

La existencia de grupos profesionales de carácter sindical, así como la adhesión de militares en actividad a grupos profesionales **son incompatibles con las reglas de la disciplina militar.**

Pertenece a los superiores, de todas las jerarquías, velar por los intereses de sus subordinados y de rendir cuenta, por la vía jerárquica, de todos los problemas de carácter general que lleguen a su conocimiento.

Los militares se pueden adherir libremente a grupos no previstos en el primer párrafo del presente artículo. De todos modos, si están en actividad, deben rendir cuenta a la autoridad militar de las funciones de responsabilidad que en las mismas ejerzan. El ministro puede ordenarles abandonar las mencionadas funciones y, en el caso de rehusar, separar el agrupamiento.

Los militares que sirven a título de servicio nacional que eran miembros de grupos políticos o sindicales antes de su incorporación a la actividad pueden permanecer afiliados. Ellos

deben, de todas maneras, abstenerse de toda actividad política o sindical durante su presencia bajo las banderas. (Énfasis nuestro).

La regulación de la actividad que comentamos otorga una enorme importancia al arbitrio y capacidad de apreciación de la autoridad superior, que deberá conocer sobre los puestos de responsabilidad que tengan todos sus subalternos en las asociaciones a las que pertenezcan, lo que, sin duda, llevará a situaciones tan distorsionadas como saber quiénes son miembros de una sociedad de observación ornitológica, o a un grupo de estudios históricos, manifestándose una vez más cómo la aprehensión sobre las agrupaciones militares puede llevar a normativas tan poco felices como la presente. Pese a ello, no debe obviarse la liberalidad inicial de la disposición en el sentido que la posibilidad de pertenencia a la asociación que así estimen, agregando además, que la conservación de la afiliación de los militares no profesionales es una demostración de que dichos ciudadanos por estar temporalmente en las fuerzas armadas no deben perder sus vínculos con la sociedad en la que quieren tener un papel participativo.

Por su parte Robert⁶⁹ considera que los argumentos utilizados para defender esta disposición, a saber, que la pertenencia a un partido puede perjudicar el ejercicio de su función, y que de no establecerse límites podrían los militares unirse a grupos violentos, lo que niega, por cuanto la participación política de los militares, por lo menos en Francia (y en la mayoría de los países del mundo, agregamos), no ha dependido de los partidos, sino que ha ocurrido como contraposición a los mismos y a pesar de ellos, y porque en relación con las actividades violentas, de cualquier manera, nunca se realizarían de manera pública. Además considera anacrónica e hipócrita esta prohibición, porque no está de acuerdo con lo expresado respecto a que todo militar tiene derecho a manifestarse libremente, pero luego no lo puede hacer adhiriéndose a un partido. Por el contrario, esto facilitaría la creación de grupo militares clandestinos.

⁶⁹ Robert, Jacques. *Op. Cit.*, p. 109.

Tal situación en Francia había sido señalada por los conductores de las fuerzas armadas, pues el artículo 30 del Decreto del 1º de abril de 1933 prohibió a los militares en situación de actividad pertenecer a grupos con finalidades reivindicativas en el orden profesional.⁷⁰ Ya anteriormente el Consejo de Estado entendió que la autoridad militar puede establecer las restricciones de los derechos de reunión y asociación de los militares que resulten necesarias para el mantenimiento de la disciplina. Igualmente, el 1º de junio de 1949, el Consejo de Estado examinó la conformidad de esta disposición con la Constitución de la IV República, llegando a la conclusión de que la noción de sindicato profesional es incompatible con las reglas propias de la disciplina militar.⁷¹

Por último, debemos agregar como complemento de lo anterior que el artículo 11 del Estatuto niega el derecho de huelga a los militares,⁷² teniéndose de este modo la perspectiva completa de los fines perseguidos por la normativa castrense en la que no sólo están implicados conceptos políticos, sino además, condiciones que están realmente vinculadas a la disciplina y con las que, en razón de la importancia de tal condición dentro de las fuerzas armadas, estamos de acuerdo.

4.3 ITALIA

Las Normas de Principio sobre Disciplina Militar, son quizás, las más exhaustivas de las que hemos estudiado en lo que se refiere al derecho a la participación en los asuntos públicos de los militares, como lo veremos de seguido:

⁷⁰ Arrêt “Taunay” del 25 de junio de 1920.

⁷¹ En contra Senechal, Michel. *Droits politiques et liberté d’expression des officiers des Forces Armées*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1964, pp. 206 y 207.

⁷² Sin embargo, el artículo 72 del Reglamento interno para el servicio de las Clases de Tropa prevé la constitución de comisiones *ad hoc* (de carácter también consultivo), presididas por el Jefe de Cuerpo, integradas por vocales que “sean juzgados representativos”, cuya conformación no parece dar mayor confiabilidad respecto a su real representatividad. Igualmente, la Ley del 21 de noviembre de 1969 creó el Consejo Superior de la Función Militar, con competencia meramente consultiva, y cuyos integrantes no tienen la condición de representantes de los militares, pero que han de conocer sobre los problemas y reivindicaciones planteadas por los mismos.

Artículo 6

La Fuerza Armada debe en toda circunstancia mantenerse fuera de las competencias políticas.

Los militares que reúnan las condiciones previstas en párrafo tercero del artículo 5° les está prohibido participar en reuniones y manifestaciones de partido, asociaciones y organizaciones políticas, tanto como desarrollar propaganda a favor o en contra de partidos, asociaciones políticas o ser candidatos a elecciones políticas y administrativas.

Los militares candidatos a la elección política o administrativa pueden desarrollar libremente la actividad política y de propaganda fuera del ambiente militar y en el ámbito civil. Éstos serán puestos en licencia especial por lo que dure la campaña electoral.

Deben mantenerse subsistentes las disposiciones de la ley que resguardan la colocación en espera de los militares de carrera electos miembros del parlamento o investidos de cargos electivos en las entidades con autonomía territorial, los militares de leva o reclutados, que sean electos a una función pública provincial o comunal, deberán, en compatibilidad con las exigencias del servicio, ser destinados a una sede que permita el cumplimiento de las particulares funciones para las cuales han sido electos y tener y disponer del tiempo que sea necesario.

Estimamos que esta normativa al limitar la actividad política de los militares *ad intra* y reconocerla fuera de ella, logra una mayor permisividad que las anteriores, y más si tomamos en cuenta que la situación de licencia especial, sólo estará vigente mientras dure la campaña electoral, y no está limitada en el tiempo (2 años) como en España o circunscrita a que haya una vacante en la escuadra a la que pertenezca. Por otra parte, se trata, en el caso de cargos de las entidades territoriales, de conseguir una compatibilidad (negada en el caso francés) entre la tarea para la que el militar fue elegido y los deberes militares del mismo, lo que, a no dudarlo, ha de ser seguido cuidadosamente, en la medida en

que pruebe o no, la posibilidad de un acercamiento entre actividades que a nivel nacional se consideran incompatibles, ello siempre estimando que las responsabilidades locales pueden implicar más elementos personales que políticos y que además, no implique la existencia de intereses que fluyan en distintas direcciones.

En lo que se refiere al derecho de asociación, los artículos 7 y 8 de las Normas describen de manera clara la forma en que influenciaron sus correlativas españolas:

Artículo 7

Están prohibidas las reuniones que no sean de servicio en el ámbito de los lugares militares así aquellos destinados al servicio, salvo aquellas previstas en el artículo 19, estas, en todo caso, deben ser acordadas con los comandos competentes.

Fuera de los mencionados lugares está prohibidas asambleas o reuniones de militares que se califiquen explícitamente como tales o que se realicen en uniforme.

Artículo 8

Los militares no pueden ejercitar el derecho de huelga, constituir asociaciones profesionales de carácter sindical o adherirse a otras asociaciones sindicales.

Los militares de leva y aquéllos reclamados en servicio temporal pueden inscribirse o permanecer en asociaciones u organizaciones sindicales de categoría, pero tienen prohibido desarrollar cualquier actividad sindical cuando se reúnan las condiciones previstas en el artículo 5°.

La constitución de asociaciones y círculos militares está subordinada a la previa autorización del Ministro de la Defensa.

En virtud de lo señalado anteriormente, valen las apreciaciones indicadas anteriormente respecto a las normas francesas con la salvedad de que en el sistema italiano no está señalada la obligación de dar cuenta a

la superioridad en el caso de puestos de responsabilidad de cualquier tipo de asociación, pero sí se tomó la cautelosa disposición de que si fueran asociaciones de militares, se pidiese previamente permiso, sin importar el carácter que tenga dicha asociación, lo que nos lleva de nuevo a lo señalado para el caso francés respecto a las situaciones que a tal efecto pudieran sucederse.

Sin embargo, lo que más se destaca, y mucho de la normativa italiana, es la posibilidad que se concede a los militares de elegir representantes dentro de la institución para velar por los intereses de sus miembros, así el artículo 18 de las Normas dice:

Se instituyen los órganos de representación de los militares con las competencias indicadas en el artículo 19.

Los órganos de la representación militar son los siguientes:

1. Un órgano central, de carácter nacional y compuesto por varias fuerzas, articulado, de acuerdo con las exigencias, en comisiones con miembros de varias fuerzas y de diversas categorías –oficiales, suboficiales y voluntarios– y en sesiones por fuerza o cuerpo armado –Ejército, Marina, Aeronáutica, Carabineros y Guardia de Finanzas–;
2. Un órgano intermedio, puesto ante el alto mando;
3. Un órgano de base en la unidad de nivel mínimo compatible con la estructura de cualquiera de la fuerza o cuerpo armado.

Los órganos central e intermedio están constituidos por un número fijo de delegados de cualquiera de las siguientes categorías: oficiales, suboficiales y voluntarios. El órgano de base está constituido por los representantes de dichas categorías presentes al nivel considerado. En el órgano central la representación de cualquiera de las fuerzas o cuerpos armados es proporcional a la respectiva consistencia numérica.

Los militares de leva están representados en los órganos de base por los delegados electos en la unidad mínima compatible

con la estructura de cualquiera de las fuerzas armadas y con el desarrollo que garantice la continuidad de los órganos de representación.

Para la elección de la representación en los diversos órganos de base se procede con voto directo, nominativo y secreto.

Los representantes de los militares de leva en los órganos de base elegidos en el propio ámbito deben elegir a sus representantes en el órgano intermedio.

La elección de los representantes en los órganos intermedio provenientes de los representantes electos en los órganos de base, seleccionados en su propio ámbito, lo serán por voto directo, nominativo y secreto. Cada uno de los representantes de base formula no más de dos terceras partes de los votos respecto al número de delegados a elegir. Con este procedimiento los representantes de los órganos intermedios elegirán a los miembros del órgano central.

Los electos que fuesen militares de carrera, durarán en el puesto dos años y no son inmediatamente reelegibles.

Los electos, militares de carrera o de leva, que hayan cesado anticipadamente en su mandato, serán sustituidos, por el período restante, por los militares que en la votación efectuada, en primer o segundo grado, sigan inmediatamente al último de los elegidos.

Las Normas establecen de este modo un sistema de representación del soldado sólo comparable, en una lejana medida, al *ombudsman* o defensor del soldado existente en otros países, y que sin duda alguna ofrece, a las primeras, horizontes nuevos a los que pueden dirigirse los ejércitos modernos en su afán de hacerse de la madurez política anexa a la del sistema político general que deben defender, pues no sólo implica una representación ante los órganos generales o directivos de mayor envergadura, sino y sobre todo, porque lo hace para las unidades más pequeñas de las fuerzas haciendo su presencia obligatoria dondequiera que

estén los militares. Este solo hecho constituye, a no dudarlo, una mejora respecto a la posibilidad de defensa de los derechos de los militares ante la amplia capacidad discrecional de la autoridad, permitiendo además que las limitaciones de acción que no puedan verificarse en razón de lo restringido de la representación de base, puedan subir de nivel, sea al órgano medio o a la más alta instancia, a fines de poder constatar más fácil y rápidamente si los problemas son sólo locales o generales. La explicación a este fenómeno ha de buscarse en los diferentes movimientos reivindicativos y de protesta que surgieron en el seno de las Fuerzas Armadas italianas a finales de los años 70 y que sin duda obligaron a una normativa más abierta a la representación que el resto de sus pares europeas.⁷³

Dicho lo anterior, y quizás considerando que la consagración de la representación militar debía regularse severamente para no convertirse en una caja de pandora, el propio legislador limitó el campo de acción de dichos representantes a los siguientes temas:⁷⁴

- Conservación del puesto de trabajo durante el servicio militar.
- Providencias por accidentes súbitos y por la enfermedad contraída en servicio o por causa de servicio.
- Actividades asistenciales, culturales, recreativas y de promoción social a favor de los militares.
- Organización de la sala de reuniones y de la cantina.
- Condiciones higiénico-sanitarias.
- Alojamiento.

De las competencias mencionadas, dos corresponden a consecuencias posteriores al servicio militar (conservación del trabajo y los casos de discapacidad), una a condiciones no directamente relacionadas (activi-

⁷³ Para conocer sobre la evolución del movimiento reivindicativo en Italia *Vid.* Blanquer, David. "Ciudadano y soldado. La constitución y el servicio militar". Civitas. Madrid. 1996, pp. 543 y ss.

⁷⁴ Artículo 19.

dad cultural) y sólo las tres restantes, esto es, el 50% de las mismas, vinculadas al servicio en sí, con el agravante de que, como si no bastase, en el mismo artículo, y de manera expresa se excluye (*escluse*) expresamente a los órganos de representación cualquier actividad vinculada al ordenamiento, adiestramiento, operaciones, sector logístico-operativo, relación jerárquico-funcional y el empleo del personal, con lo que las relaciones, muy difíciles de diferenciar entre las tres competencias con incidencia directa en el servicio, no pueden ser apreciadas por la representación de los militares si tienen (y sería muy difícil que no la tuvieran), estrecha relación con los conceptos mencionados, pues salvo las condiciones objetivas de sanidad que pueden o no existir, las relativas al alojamiento y la posibilidad de sitios de reunión son claramente asimilables a expresiones de la relación jerárquica que está prácticamente omnipresente en todas las Fuerzas Armadas.

Lo expresado, junto con las reservas manifestadas en lo que concierne a que la elección de la presidencia del órgano de representación se hace en virtud del grado mayor o de la antigüedad, así como por el vacío en relación con la posibilidad de que el representante sea transferido a un sitio distinto al de sus representados, han provocado cierto escepticismo respecto a las reales posibilidades de las figuras de representación de poder servir como medio eficaz de solución de los problemas de los soldados italianos.

Tal situación, sin embargo, no ha impedido que la propia dinámica de la representación de un colectivo, con independencia de las limitaciones que se le impongan, actúe de la forma natural como lo hacen en el ámbito civil, y así tenemos que la representación militar en Italia, en ocasiones tiene actuaciones que en poco se diferencian de un verdadero sindicato. Ejemplo de ello es que bajo el eufemismo de un “Esquema de las disposiciones relativas a la concertación del personal no directivo de la Fuerza Armada” firmado el 14 de mayo de 2002 por el Ministerio de la Función Pública y la representación militar (co.ce.r por sus siglas en italiano),⁷⁵ se fijaron los aumentos salariales para el personal militar hasta el grado de Teniente Coronel, dándose además la característica de que el represen-

⁷⁵ Vid. http://www.militari.org/2002/contratto_2002_2003.htm.

tante de la Fuerza Aérea no firmó el acuerdo en protesta por lo bajo del aumento. Por ello, si bien el CO.CE.R no puede hacer uso del derecho de huelga, e incluso a pesar de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que le niega el carácter sindical, no es menos cierto que en la práctica las relaciones patrono-empleador, se imponen con las características que le son inmanentes.

Respecto del fallo mencionado *supra*, el Tribunal Constitucional ha establecido que la solicitada nulidad del artículo 8 de las Normas de Principios sobre Disciplina Militar, no procedía porque “la declaración de ilegitimidad constitucional del artículo 8, por la parte denunciante, abriría inevitablemente el camino para organizaciones cuya actividad podría resultar no compatible con los caracteres de cohesión interna y neutralidad del ordenamiento militar”,⁷⁶ estableciendo además el carácter de asociativo del CO.CE.R con independencia de las limitaciones que el artículo 8 aludido le impusiera.⁷⁷

4.4 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En la sección 976 del título 10 del *United States Code* se determina que es delito la organización, membresía o reconocimiento de sindicatos militares. Pese a ello, la regla en materia de libertad de asociación es que la membresía pasiva en cualquier organización no puede ser prohibida, quedando entonces por determinar qué es ser miembro pasivo de una organización. De este modo, por ejemplo, la Suprema Corte declaró, de acuerdo con la Ley sobre el Control de actividades subversivas de 1950, que estaba ajustado a derecho el prohibir a miembros del partido comunista, ser empleados en cualquier establecimiento de defensa del estado.⁷⁸ Igualmente se ha prohibido la participación en cualquier asociación

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 449 del 13 de diciembre de 1999. Vid. http://www.cortecostituzionale.it/pron/rp_m/pr_99/pr_99_m/pron_h_99.htm.

⁷⁷ Sin embargo, existen organizaciones de militares como la Associazione Solidarietà Diritto e Progresso, que han interpuesto un proyecto de ley para el establecimiento de un sindicato en las Fuerzas Armadas italianas, vid. <http://www.militari.org/indexseconda.htm>.

⁷⁸ *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1967).

que tenga ideas supremacistas sobre raza, credo, sexo, religión o nacionalidad, tales como el Ku Klux Klan.⁷⁹

Del mismo modo en la que se refiere al derecho al voto, la Directiva N° 1344.19 del 15 de junio de 1990 sobre “Actividades Políticas de los Miembros de las Fuerzas Armadas en situación de actividad” ha establecido que para el caso de los militares enlistados o en reserva, es posible tanto el ejercicio del voto como la posibilidad de postularse a cargos de elección popular, siempre que dichos cargos les permitan cumplir con las responsabilidades que tengan en la fuerza armada.⁸⁰ Distinto es el supuesto de militares de carrera a los que sólo se les permite postularse para aquellos cargos de elección “no partidistas” y de marcado interés comunitario (como la junta de educación de su distrito).⁸¹ Además se les permite, entre otras cosas, de acuerdo con la misma directiva, el emitir su opinión personal sobre candidatos políticos, promoverles entre su personal, siempre que ello no constituya coacción, participar en mítines sin el uniforme, hacer contribuciones, e incluso, llevar calcomanías en su vehículo particular en apoyo al candidato de su elección. Como contrapartida, no pueden publicar artículos políticos o participar en cualquier medio de comunicación en apoyo a candidato o partido alguno.

5. LIBERTAD PERSONAL

5.1 ESPAÑA

Dentro de las sanciones que se dictan por medidas disciplinarias, las que involucran medidas restrictivas de la libertad personal, de acuerdo con la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, corresponden a los siguientes tipos: a) privación de salida de la unidad militar hasta por 8 días; b) arresto de hasta treinta días en la unidad o en su domicilio; c) arresto de hasta dos meses en establecimiento discipli-

⁷⁹ Parágrafo 3.5.8 de la Directiva del Departamento de Defensa N° 1325.6 del 1 de octubre de 1996.

⁸⁰ Art. 4.3.3.

⁸¹ *Ídem*.

nario militar. Las dos primeras medidas se aplican por la comisión de faltas leves y las dos siguientes por faltas graves. Junto a las últimas también se pueden aplicar las sanciones de pérdida de destino y baja en el centro docente militar.⁸²

El procedimiento por faltas leves no tiene establecidos lapsos y sólo sugiere que se hagan las actuaciones oralmente, escuchando previamente al inculpado y precisando los hechos (Artículo 49). Una vez verificado lo anterior, y considerando las circunstancias, tanto de los hechos como del infractor procederá a notificar por escrito al interesado, señalando brevemente los hechos, la falta cometida y la sanción impuesta y la forma de su cumplimiento. Debe también contener la decisión los recursos que procedan contra la resolución y la autoridad ante quien deba hacerse (Artículo 50).

De acuerdo con el artículo 51 de la ley, los procedimientos que se lleven a cabo para determinar la existencia de faltas graves, sólo podrán ser efectuados por las autoridades señaladas en los artículos 28 al 30 y no podrán exceder en su tramitación más de 3 meses y se realizará siempre por escrito, previo acuerdo de la autoridad (artículo 54) notificando al presunto infractor.

Igualmente se establece que para la realización del procedimiento habrá de nombrarse a un Instructor, así como a un Secretario del mismo para llevar a cabo la investigación. Dicho instructor deberá ser de mayor rango o antigüedad que el o los investigados, pudiendo recusarse o abstenerse el que fuera nombrado (Artículo 52). Por su parte el investigado podrá contar siempre con el asesoramiento de un abogado o de un militar que designe a tal efecto, y que en caso de no hacerlo se le designaría de oficio (Artículo 53).

Una vez iniciadas las investigaciones el instructor tomará declaración al expedientado y ordenará las medidas que estime para determinar los hechos y sus responsables (artículo 56.1). Si fuere el caso, y luego de practicadas las diligencias anteriores pasará a formular los cargos co-

⁸² Artículo 9

rrespondientes (artículo 56.2) que deberán ser debidamente notificados para que en cinco días el investigado las responda por escrito y proponga, si lo estimare, la evacuación de pruebas que considere (artículo 56.3).

Contestados los cargos o transcurrido el lapso dado al efecto, el instructor evacuará las pruebas que estime convenientes, pudiendo negar, sin recurso alguno, las pruebas solicitadas por el investigado, sin perjuicio de que en el recurso contra la decisión definitiva se pueda repetir la evacuación de las pruebas negadas (artículo 58).

Terminada la sustanciación del expediente, el instructor deberá presentar un proyecto de decisión debidamente motivado (artículos 59.1 y 62), que deberá ser notificado al presunto infractor para que en el plazo de 5 días presente sus alegatos al respecto (artículo 59.2). Realizado lo anterior, la autoridad que ordenó la apertura de la investigación deberá acordar la sanción que corresponda, declarar la terminación del procedimiento sin responsabilidad o devolverlo al instructor para completar actuaciones o practicar diligencias. De ser competente, impondrá la sanción, previo cumplimiento del dictamen no vinculante del asesor jurídico de la respectiva unidad, o remitirá el expediente a la autoridad que lo fuere, notificando de ello al interesado (artículo 61.1). Si se estima que lo investigado constituye delito, deberá informarlo a las autoridades judiciales competentes (artículo 61.2). Si se impone una sanción deberá indicarse al investigado de los recursos que puede oponer a la misma, los plazos que dispone para ello y las autoridades ante las que debe presentarlos (artículo 62.2). Una vez que se haya decidido imponer una sanción, se establece que la misma debe ser inmediatamente ejecutada, y deberán cumplirse el mismo día en que se notifiquen (artículo 67), sólo queda exceptuada de esta disposición el caso de que por sanción de privación de libertad, el afectado haya interpuesto un recurso contra el mismo y se haya acordado la suspensión de la sanción. Se establece igualmente que en ningún caso la privación de libertad durará más de 4 meses.

Como dato de interés debe mencionarse el hecho de que la ley establece la obligación de que las sanciones serán canceladas de los respectivos expedientes de los militares al pasar de 1 a 4 años de acuerdo con el tipo de la misma, e incluso se señala que aunque el acto material no se haya efectuado, transcurridos los plazos indicados, más 6 meses, se

entenderá que tiene efectos *ipso iure* (artículo 72). Lo anterior no opera, únicamente, para la sanción de separación del servicio y se establece la condición adicional de que no debe haber nuevas sanciones disciplinarias o se instruyan nuevos expedientes.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que a pesar de lo establecido en el artículo mencionado, y de que se ordena que la nota del expediente debe redactarse de nuevo sin hacer mención de la sanción, para el caso de las sanciones por faltas graves, las autoridades competentes pueden solicitar información sobre las mismas a “los exclusivos efectos de las clasificaciones reglamentarias, de concesión de recompensas y del otorgamiento de aquellos destinos cuyo desempeño se considere incompatible con la naturaleza de las conductas que hubieren determinado las sanciones de que se trata”. (Artículo 74). Ante semejante supuesto, cabe preguntarse, ¿si se anula la sanción, cómo las autoridades competentes sabrán que han de ordenar? Si trata de un ejercicio de memoria, tendremos el escaso valor que tiene la cancelación de la nota, y en el supuesto de que se tenga como regla el preguntar la existencia de sanciones por faltas graves queda en absoluto anulada la intención de la norma, que en todo caso, es bastante difícil de definir, visto el último supuesto.

Si una vez notificado de la sanción, el afectado decide recurrir de la misma, tendrá que hacerlo, como ocurre en todas las legislaciones comentadas, de forma individual (artículo 75) y ante la autoridad superior inmediata de la que impuso la sanción, salvo en el caso del Ministro de la Defensa, en cuyo caso deberá intentarse ante el mismo funcionario, dentro de los 15 días siguientes a la notificación o de su cumplimiento en los casos de arresto (artículo 76) y dicha autoridad tendrá un mes para decidir del mismo, y asimismo de 5 días para estimar la suspensión de la sanción, que de no responder se entenderá desestimado (artículo 81) y para evitar la *reformatio in peius*, se establece que no podrá aumentar o agravar la pena impuesta (artículo 80). En un gran avance respecto de la legislación anterior,⁸³ pues este punto generó polémica en la doc-

⁸³ Artículo 51 de la Ley Orgánica 12/1985 de 27 de Noviembre del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

trina,⁸⁴ se permite interponer recurso por sanciones derivadas de faltas leves y de establece que la resolución del recurso pone fin a la “vía disciplinaria” salvo el supuesto en que la sanción hubiese sido impuesta por una autoridad inferior a Jefe de Cuerpo, en cuyo caso se deberá interponer, dentro de los 15 días siguientes, un segundo recurso ante dicho Jefe o su equivalente. Igualmente para el caso de sanciones extraordinarias se tendrá el plazo de un mes para interponer recurso de reposición ante el Ministro de Defensa. Dado lo anterior, se abre la posibilidad de ir al contencioso-disciplinario “preferente y sumario” conforme a lo dispuesto en la legislación procesal militar, siempre y cuando las decisiones tomadas “afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (artículo 78), para lo cual, entonces, el recurrente deberá incluir el alegato correspondiente sobre el cumplimiento de este requisito de admisibilidad.

5.2 FRANCIA

El Estatuto General de los militares delega en el reglamentista lo relativo a las sanciones disciplinarias⁸⁵ y al efecto en 1975 se dictó el reglamento de Disciplina General.⁸⁶ Dicho reglamento, luego de un inusual capítulo V, relativo a las recompensas, indica seguidamente las sanciones, y las establece de acuerdo con la condición de los militares. Así, se señalan dos clases, las sanciones a imponer a los oficiales y suboficiales, y las que corresponden a los hombres de rango (*hommes du rang*).⁸⁷ Para los primeros se imponen: la advertencia, la reprimenda, el arresto, la amonestación, los arrestos de rigor, mientras que para los segundos se aplican la advertencia, la consigna, el arresto y el arresto de rigor.⁸⁸

⁸⁴ *Vid.* Rojas Caro, José. *Op. Cit.*, pp. 180 y 181.

⁸⁵ Artículo 27.

⁸⁶ Mediante decreto N° 75-675 del 28 de julio de 1975. Este reglamento ha sido modificado parcialmente por los decretos N° 78-1024 del 11 de julio de 1978 y el N° 85-914 del 21 de agosto de 1985. En este caso hemos utilizado el *Règlement de discipline général dans les armées (application à l'armée de terre)*. Ministère de la Defense. Etat-major de l'armée de terre. Bureau emploi. Atelier d'impressions de l'armée. París. 1980.

⁸⁷ De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto General a esta jerarquía corresponden los rangos de soldado, cabo y cabo-jefe.

⁸⁸ Artículo 31.

Para todos los castigos anteriores se indica la obligación, salvo para la advertencia, de ser inscritos en los libros respectivos, de manera motivada una vez realizado el respectivo expediente.⁸⁹ Además, el artículo 33 señala las garantías que han de respetarse en el procedimiento para imponer sanciones, a saber:

1. El derecho de defensa: antes de que el castigo sea aplicado, el militar tiene el derecho de explicarse sobre las faltas que le son reprochadas, oralmente delante del jefe de cuerpo o su delegado, por escrito u oralmente cuando la autoridad que inflige el castigo está por encima del jefe de cuerpo.
2. La aplicación de un baremo: los castigos, diferentes de la reducción de grado o el retardo en la distinción de la clase, son aplicadas dentro de los límites de un baremo fijado por una decisión. Este baremo enumera las diferentes faltas, indicando por cada una el máximo del castigo que puede ser aplicado.
3. El derecho de reclamación: el ejercicio de este derecho constituye la posibilidad de recurrir ante el superior la medida impuesta.
4. El control jerárquico: toda autoridad superior puede intervenir en beneficio de un militar para buscar la reducción del castigo que ha sido pronunciado. Sólo el Ministro encargado de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) puede agravar un castigo ya aplicado.

Lo expuesto, aunque no describe claramente un procedimiento a seguir, creemos que señala suficientemente los elementos que deben concurrir obligatoriamente para imponer una sanción dentro del respecto de los derechos ciudadanos del militar,⁹⁰ pues no sólo permite la participación del sancionado en el desarrollo del procedimiento, sino que además permite su control por parte de las autoridades militares, tanto administrativas como judiciales. Por último, El derecho de reclamación previsto en

⁸⁹ Artículo 30, aparte 4.

⁹⁰ Esto ha sido confirmado por el Consejo de Estado en el “arrêt Hardouin” del 17 Febrero de 1995.

el artículo 13 no sólo permite dicho reclamo sino que obliga a una respuesta al mismo. Igualmente, obliga a que la reclamación destinada a la justicia militar llegue por la vía jerárquica a tal instancia, y de igual manera con la respuesta.

En lo que se refiere a las sanciones restrictivas de la libertad personal, las mismas se dividen en dos categorías, los arrestos simples y los arrestos de rigor, los primeros se limitan a no permitir la salida del militar de su sitio de trabajo una vez terminada su jornada, mientras que los segundos sí implican su separación de las obligaciones que tiene asignadas y su reclusión, ya sea en una cámara individual (para el caso de los oficiales y suboficiales) o en los locales de arresto para los militares de rango inferior. En todo caso, el límite máximo a imponer es de sesenta días,⁹¹ que sólo puede ser impuesto de acuerdo a lo establecido en el baremo de castigos establecido previamente y que señala de acuerdo a la falta y a la jerarquía del sancionado la extensión de la sanción a cumplir.⁹² Como elemento adicional que vale la pena comentar, nos encontramos con que el artículo 35 del Reglamento permite, salvo para los arrestos de rigor, el establecimiento de períodos de pruebas, los cuales una vez transcurridos con una conducta ejemplar por parte del sancionado, lo exime de la misma y sin tener que esperar los cuatro años que determina el reglamento para que los castigos sean eliminados de los registros del sancionado.⁹³

5.3 *ITALIA*

En el campo de la restricción de la libertad personal, las Normas inician su regulación indicando que el poder sancionatorio “se atribuye a la autoridad militar”, apartando de este modo la injerencia directa de la jurisdicción en el punto.⁹⁴ Se establecen las siguientes sanciones disciplinarias: 1) el reclamo, 2) la reprimenda, 3) la orden y la orden de rigor. De las señaladas, las dos últimas son las que implican una restricción de

⁹¹ Artículo 34.

⁹² Baremo dictado por arrêt del 30 de julio de 1975.

⁹³ Artículo 30.

⁹⁴ Artículo 13.

la libertad personal, ya que la orden consiste en la privación de salida del sitio de servicio por hasta un máximo de siete días consecutivos, mientras que la orden de rigor, es propiamente un arresto, pues obliga a permanecer, hasta por quince días en “un espacio destinado al efecto dentro del ambiente militar”, sin duda la descripción de celda más discreta que hemos visto, o en el propio alojamiento de acuerdo a como lo regule posteriormente el reglamentista.⁹⁵

Se establece que sólo para la orden de rigor se hace necesaria que la misma se imponga en virtud de una conducta prevista expresamente como pasible de sanción en el reglamento de disciplina correspondiente. El procedimiento para la aplicación de las sanciones, en general, implica que en todos los casos, se hayan presentado y contestado los cargos, y en el supuesto de la orden de rigor se exige que dicha medida sea adoptada sólo si se deja constancia del parecer de una comisión de 3 militares (2 del grado superior y 1 del mismo grado que el sancionado), así como del defensor del mismo, siendo este último escogido por éste o designado de oficio. Se deja, sin embargo, la posibilidad de adoptar medidas temporales, de carácter cautelar (con un máximo de 48 horas) para el caso de “urgencia y necesidad”. Por último, y en el mismo sentido de la legislación española se establece en la parte *in fine* del artículo 15 que “todo efecto” de la sanción deberá cesar luego de un año de buena conducta, siendo más específica esta disposición que su correlativa española.

Por último, señalan las normas que contra las sanciones disciplinarias sólo podrá interponerse, de manera alternativa, el recurso jurisdiccional directamente, o el recurso extraordinario ante el Presidente de la República, siempre que se haya interpuesto, en cualquier caso el recurso jerárquico para agotar la vía administrativa, o en el caso de que habiéndose interpuesto el mismo hubieran transcurrido 90 días luego de tal acción.

5.4 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

De acuerdo con lo establecido en la sección 815 del Código Uniforme de Justicia Militar, la regla general en materia de sanciones administra-

⁹⁵ Artículo 14.

tivas en las Fuerzas Armadas norteamericanas es que, salvo el caso de militares ubicados en naves, se pueden imponer sanciones disciplinarias a cualquier miembro de las mismas, a menos que antes de la imposición del castigo, el sujeto de la acción disciplinaria solicite un juicio ante una Corte Marcial, en cuyo caso la sanción no se ejecuta y queda el mismo en manos de la respectiva Corte Marcial, a diferencia del caso español, en que es necesaria la conculcación de derechos para que proceda la solicitud de Corte Marcial. Tal situación, es de una particularidad evidente, y supone una sujeción máxima a la vía jurisdiccional por parte de la entidad armada, aunque debe agregarse que si el militar al mando lo estima conveniente, puede imponer sanciones por ofensas menores (*minor offenses*) independientemente de la intervención de la Corte Marcial, pues se hace la distinción entre sanciones administrativas y judiciales, por lo que imposición de una no implica la imposibilidad de ejecución de las segundas, siempre que las administrativas sea, como se ha dicho, por faltas leves.

Si partiendo de lo anterior, el sujeto de sanción decide no solicitar una Corte Marcial, la gama de posibilidades al respecto es bastante amplia, pues si se trata de oficiales, puede imponerse arresto de hasta 30 días, descuento de hasta la mitad del sueldo mensual (por dos meses), retención de la mitad del sueldo hasta por tres meses, y la limitación de ciertos beneficios específicos (permisos de salida, por ejemplo) hasta por dos meses.⁹⁶ En el supuesto del resto del personal hay sanciones más agravadas, pues pueden imponerse, para el caso de militares destacados en naves, arresto de con raciones de pan y agua por no más de tres días consecutivos; descuento de hasta siete días de salario, siete días de arresto correccional; el pago del salario del rango inmediato inferior; la restricción de ciertos beneficios por hasta catorce días; y la retención de no más de catorce días de salario.⁹⁷

Todas las sanciones anteriores están sujetas, si el destinatario considera que son injustas o desproporcionadas, a reclamo por ante la autoridad siguiente en el orden jerárquico a quien se impuso la sanción. Esta autori-

⁹⁶ Artículo 1 de la subsección b del artículo 15 de capítulo 815.

⁹⁷ Artículo 2 de la subsección b del artículo 15 de capítulo 815.

dad una vez que haya recibido la solicitud, si se trata de restricciones a la libertad personal, o descuento de salario por más de 7 días, deberá solicitar el consejo de un juez militar o de un abogado,⁹⁸ pudiendo el mismo luego del análisis respectivo, mantener, disminuir o eliminar la sanción, sin que se haga señalamiento expreso respecto a la *reformatio in peius*.

6. CASO VENEZOLANO

6.1 EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA CASTRENSE EN VENEZUELA

6.1.1 Período independentista

En todo conflicto, como es lógico, lo primordial es la organización de la fuerza armada, por lo que en el período de la independencia se dictaron numerosas normas a fin de ordenar el ámbito castrense. A tal efecto, se publicaron reglamentos y otras ordenanzas para regular al incipiente ejército de entonces. Así, durante el período independentista, entre otros, se dictó el Reglamento de sueldos y vestuario del ejército, del 10 de Octubre de 1813, el Reglamento para los uniformes, divisas y graduaciones de los ejércitos de la República, del 22 de Octubre de 1813, y el Decreto que crea el Estado Mayor General para la organización y dirección de los ejércitos que dictó el Libertador el 24 de Septiembre de 1817. Todo lo anterior fue precedido por lo dispuesto por la Constitución de 1811, que estableció la potestad del Senado de autorizar los ascensos militares (Art. 96), el fuero militar (Art. 176) y la importante norma que establece que:

Los militares, en tiempo de paz, no podrán acuartelarse, ni tomar alojamiento en las casas de los demás ciudadanos particulares sin el consentimiento de sus dueños, ni en tiempo de guerra, sino por orden de los Magistrados civiles, conforme á las leyes.⁹⁹

⁹⁸ Numeral 7 de la subsección “e” del artículo 15 del capítulo 815.

⁹⁹ Traducción casi literal de la 3ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (15-12-1791).

Esta norma, independientemente de sus orígenes es la primera manifestación de una constante del constitucionalismo venezolano: la sujeción del poder militar al civil, constante que aunque no siempre lograrse su cometido nos hace ver cómo desde las propias raíces de la normativa del país se tuvo la intención de mantener bajo el resguardo de magistrados civiles a los dirigentes militares.

Además de lo dicho, hubo otro elemento que siempre se tomó en cuenta independientemente del nombre que se atribuyese al régimen imperante o del color de la revolución. El aspecto señalado no es otro que el carácter no deliberante de las fuerzas armadas. La Constitución de 1819, evidentemente influida por la Constitución francesa de 1791 a que hemos hecho referencia anteriormente, incluyó una norma que nos parece (por su incumplimiento), dolorosamente familiar:

La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar (Título 11º, Art. 9º).

Seguramente por la situación política del momento, con un Presidente y un Vicepresidente militares activos (Bolívar y Santander, respectivamente) esta norma desapareció de la Constitución de Cúcuta de 1821.

Este proceso de creación normativa es cercenado, en lo que a justicia militar respecta, por la Ley del 9 de Octubre de 1830, en la que el Congreso Constituyente de Valencia en su artículo 9º indicó:

En las materias de justicia en el ejército y marina, modo de proceder en la sustanciación de las causas hasta pronunciar sentencias y penas, se observará lo dispuesto en la ordenanza general de ejército de 1768 y la ordenanza de la marina de 1748 y 1793, y las leyes adicionales vigentes hasta el 18 de Marzo de 1808, sin más variaciones que las contenidas en este decreto

Con lo dicho, ratificado por los decretos del 16 de Julio de 1865 y del 15 de Febrero de 1866, la normativa relativa al ámbito castrense acompañó a las demás áreas del derecho en su espera por una legislación propia, lo cual no ocurrió, como veremos, hasta mucho después de 1830.

6.1.2 IV República

La evolución hacia una normativa propia, como indicamos, cambió con la Ley del 9 de Octubre de 1830, pero, por lo menos, se rescató lo relativo a la no participación en la vida pública de las fuerzas armadas, pues la Constitución de 1830 en su artículo 180 estipuló claramente: “La fuerza armada es esencialmente obediente y jamás puede deliberar. Se dividirá en ejército permanente, fuerza naval y milicia nacional”.

Debe aclararse por qué se dice que existe un “ejército permanente” y luego se menciona una institución que no ha llegado hasta nosotros: la milicia.¹⁰⁰ La milicia tuvo larga vida en la época colonial, así como en las montoneras del siglo XIX, y estaba constituida por vecinos que se presentaban voluntariamente a recibir con cierta periodicidad (una vez a la semana o al mes) instrucción militar para servir de apoyo a las siempre escasas tropas de línea que mantenía la corona española. La importancia de la milicia la veremos en la defensa de los ataques piratas en los siglos XVII y XVIII, y en algo que nunca ha sido difundido suficientemente, como lo fue el de servir de elemento de promoción social de blancos “de orilla”, como los canarios, y de los que se dedicaban a labores “no nobles”, como el comercio; pero sobre todo, para los pardos o mestizos.¹⁰¹

Continuando con el desarrollo normativo militar, diremos que a lo ordenado en el artículo 180 de la Constitución de 1830, se agregaban tres nuevos supuestos normativos: 1) Las fuerzas permanentes serían destinadas para “guardar los puntos importantes de la República” siempre bajo el mando de “jefes militares” (Art. 181); 2) Se consolida el fuero militar de forma absoluta para los militares en servicio (Art. 182) y; 3) Se establece que los militares no pueden ser destituidos de sus empleos sino es por medio de sentencia judicial. Lo último obedece a la diferenciación que se hacía entre militares efectivos o activos y oficiales con empleo, pues el sueldo no les venía por la primera situación sino por el cargo que ocupasen, esto a consecuencia del superávit de militares que hubo luego de la guerra, lo que obligó a que sólo

¹⁰⁰ Fue eliminada en la Constitución de 1947.

¹⁰¹ Suárez, Santiago Gerardo. *Las instituciones militares venezolanas del período hispánico en los archivos*. Academia Nacional de la Historia. Caracas. 1969. p. XLII y ss.

se les pagara a quienes efectivamente prestaban servicios en determinado cargo o empleo.¹⁰²

Por último la Constitución de 1830 estableció una disposición que tuvo vigencia hasta la Constitución actual, y decía: “Artículo 177. La autoridad militar nunca estará reunida á la civil”.

Llama la atención que esta norma no estaba dirigida tanto a controlar al Presidente de la República, suponemos, como a los levantiscos caudillos regionales a los que, colocándoles en puestos de gobierno se trataba de limitarlos quitándoles con ello el mando directo de tropas. En todo caso, para la historia queda el fracaso del intento, aunque no deja de ser positivo que ya se tuviese conciencia de la necesidad de que la autoridad civil y militar estuvieran separadas por constituir dos maneras completamente diferentes de hacer dentro del ejercicio de la función pública.

El precedente de la norma citada lo encontramos en la Constitución de 1819 (Art. 1º, título 9), donde se decía que “En cada Capital de Provincia habrá un Gobernador sujeto inmediatamente al Presidente de la República. No mandará las armas que estarán a cargo de un Comandante Militar”, estableciéndose desde entonces la necesidad de que tanto el poder civil como el militar estén dirigidos separadamente, con la sola excepción del Jefe del Estado.

6.1.3 De los Monagas a Guzmán Blanco

Luego de terminado el período correspondiente a lo que se le denomina la “oligarquía conservadora” (1830-1848) y en los finales del “monagato” (1848-1858), la norma sobre no participación en la vida pública de las fuerzas armadas continúa con la sustitución de una sola palabra, ya que el artículo 91 de la Constitución de 1857, repite lo dicho en 1830, cambiando únicamente la expresión “jamás puede deliberar” por “no puede deliberar”, mitigando un poco la redacción un tanto pasional de la anterior.

¹⁰² Ver artículo 117, numeral 10 y 11 de la Constitución de 1830. Respecto al número de militares Gil Fortoul señala que de 1830 a 1847 nunca pasó la Fuerza Armada de un contingente de 2.000 efectivos. *Vid.* Gil Fortoul, José. *Historia Constitucional de Venezuela*. Tomo II. Ministerio de Educación. Caracas. 1954, p. 44.

A la caída de los Monagas y con el advenimiento de Julián Castro los principios mencionados anteriormente pasan indemnes el cambio de gobierno, limitándose la reforma en la Constitución de 1858 a un simple cambio de numeración (Artículos 142, 143 y 144).

Terminada la guerra federal, la Constitución de 1864, amplía el contenido de los principios a los que se ha hecho referencia y en el caso de la sujeción del poder militar al civil señala:

Art. 116. La fuerza armada no puede deliberar; ella es pasiva y obediente. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie sino a las autoridades civiles, y en el modo y forma que determine la ley.

Como puede apreciarse, al elemento obediencia se agrega ahora el de pasividad, con lo que se le niega toda posibilidad de iniciativa. Sin embargo, este matiz, que está implícito en la idea de no deliberación no es lo más importante del texto constitucional de 1864, ya que mayor significación tiene la positivización de una añeja costumbre en nuestro país: la recluta. Así, el artículo 94 la describió en los siguientes términos:

La fuerza a cargo de la Unión se formará con individuos voluntarios, con un contingente proporcionado que dará cada Estado, llamando al servicio a los ciudadanos que deban prestarlo.

Con lo dicho anteriormente se perfilan los cuatro grandes principios que regirán el derecho constitucional venezolano en el ámbito castrense: 1) Carácter obediente y no deliberante de las fuerzas armadas; 2) La existencia de un fuero militar; 3) La separación de la autoridad civil de la militar; y 4) El reclutamiento forzoso de la tropa alistada.

Sobre los principios mencionados descansa la actuación constitucional de nuestro país con los agregados y matices que de seguidas expondremos.

En el propio inicio del régimen guzmancista (1873-1890) se hizo un esfuerzo por establecer un marco normativo propio, lo que produjo que, entre otros, el Código Militar de 1873, que pronto habría de ser sustituido por el de 1883, llevando a cabo una paradoja: un código militar para un ejército no militar, pues el mismo era constituido por pequeños caudillos

sin mayor preparación intelectual, salvo contadas excepciones, y con soldados tomados a la fuerza y escasamente adiestrados y alimentados.¹⁰³

6.1.4 Cipriano Castro

A pesar del cambio político que supuso la declinación de Guzmán, la consolidación de Crespo y sobre todo, la toma del poder por parte de Cipriano Castro en 1899, las constituciones de 1874, 1881, 1891 y 1893, que se sucedieron durante ese período, repiten con idéntica redacción, y algún pequeño agregado, los cuatro principios a los que hemos hecho referencia.

Sin embargo, en la Constitución de 1901, con Castro en el poder ocurre un cambio significativo respecto al principio de separación de la autoridad militar de la civil, pues si bien se mantiene como regla, en el artículo 110, se exceptúa la separación en los casos de “perturbación del orden público”, con lo cual quedaría a la discreción la posibilidad de evaluar una situación o no como perturbadora del orden público, concepto por demás difícil de precisar, para asumir tanto la autoridad militar como la civil. Quizás la explicación podría encontrarse en la multitud de alzamientos que tuvieron que enfrentar Castro, y su no por mucho tiempo lugarteniente, Juan Vicente Gómez.

6.1.5 Los gobiernos andinos

Con la modificación indicada, los artículos referidos al tema militar pasan de una constitución a otra sin cambios. De este modo se ven pasar las constituciones gomecistas de 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931 y 1936.

Tuvo que morir Gómez, ser sucedido por López Contreras y éste a su vez por Medina, para que en el gobierno de este último se vinculase a las Fuerzas Armadas con un tema absolutamente novedoso: las elecciones.

¹⁰³ Para darnos una idea de la falta de equipamiento de los militares venezolanos en la época señalada baste decir que los soldados tuvieron que esperar hasta el gobierno del General Eleazar López Contreras para usar zapatos. *Vid.* Zerpa Rojas, José Acacio. *Las Fuerzas Armadas y la Democratización Nacional 1945-1948*. Universidad de Los Andes y Alcaldía del Municipio Sucre. Mérida. 1998, pp. 18 y ss.

nes. De este modo el artículo 47 de la Constitución de 1945 señalaba en su parte *in fine*: "...en los días de votaciones las tropas permanecerán acuarteladas y no podrán salir del Cuartel sino para comisiones de orden público".

De este modo, y a diferencia de hoy, se sustraía a la fuerza armada de toda intervención en el proceso eleccionario, proceso, que debe agregarse, no era directo respecto del Presidente de la República, pues éste era elegido por un sistema de tercer grado, mientras que los diputados eran elegidos por un sistema de segundo grado. Debe añadirse que todos estos procesos comiciales estaban vedados a las mujeres y a los analfabetos (muchos más de los que hay actualmente). Además, al igual que en México, la manipulación del proceso permitía que fuese el Presidente quien designase, en la práctica, a su sucesor. Creemos que con lo dicho basta para decir que este sistema de gobierno estaba muy lejos de ser democrático. Lo anterior lo afirmamos, porque bajo este régimen, y por supuesto, según sus ideas, se dictó el Código de Justicia Militar que actualmente rige a los Tribunales Militares.

6.1.6 Un breve paréntesis (1947-1948)

Con la caída de Medina, surge la Asamblea Constituyente de 1947 en la que, a nuestro juicio, se plasmaron las mejores normas constitucionales sobre las Fuerzas Armadas, en la medida en que dichas normas contemplan la institución castrense como elemento orgánico de la sociedad y del estado, y no sólo como algo que hay que mantener contenido y lejano para que no se rebele, detallándose además, con precisión, su marco de actuación dentro de un sistema democrático. Dentro de los supuestos más importantes podemos encontrar los siguientes:

1. Se declara a las Fuerzas Armadas como una "organización apolítica, esencialmente profesional, obediente y no deliberante, y se organizan para garantizar la defensa nacional, mantener la estabilidad interna y respaldar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes", precisándose de esta manera los límites del carácter no deliberante, asumiéndose los cambios ocurridos en la Fuerza Armada, que de una montonera a prin-

cipios de siglo,¹⁰⁴ pasó paulatinamente a ser una organización más moderna y acorde con la estructura que exigen los tiempos. Por otra parte, se definen las misiones fundamentales de las Fuerzas Armadas, hecho que extrañamente no aparece en texto constitucional alguno desde 1830, lo cual no deja de reflejar la realidad política de nuestro maltrecho siglo XIX.

2. Como muestra del bajo concepto que se tenía socialmente de los militares (era una institución donde los sueldos eran bajos y las posibilidades de promoción escasas) el artículo 95 señala que el Estado propenderá a que las funciones que se fijen a las Fuerzas Armadas “respondan siempre a la norma de dignificación de sus integrantes y al concepto de institución impersonal al servicio de la Nación”.

3. Se limita la actuación de las Fuerzas Armadas a las dichas en el punto primero y a la defensa nacional, señalándose “que la ley podrá asignársele otras funciones accidentales que, en todo caso, se referirán al mantenimiento del orden público”.

4. Se establecen cupos, de acuerdo a la población de los estados para alimentar la recluta.

5. Se prohíbe el derecho al voto a los militares y así como la asistencia de actividades de partidos y ser miembros de éstos.

6. Se consagra que la única manera de obtener grados militares era por los establecidos en la ley, para de este modo terminar con un ejército con más generales que soldados, tal y como ocurrió luego de la guerra federal.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Polanco Alcántara, Tomás. *Perspectiva histórica de Venezuela*. Formentor. Caracas. 1976. p. 106.

¹⁰⁵ Rondón Márquez afirma que en la guerra federal “Falcón expedía títulos en blanco, ya firmados, para que sus amigos los distribuyeran entre los partidarios como lo tuvieran a bien”. Vid. Rondón Márquez, R. A. *Guzmán Blanco, el autócrata civilizador. Parábola de los partidos políticos tradicionales en la historia de Venezuela*. Tomo II. Tipografía Garrido. Caracas. 1944, p. 117.

Puede apreciarse que, aunque algunos de los preceptos indicados, y otros que no citamos pertenecen más a la esfera de la ley que a la de una Constitución, pero ello denota una preocupación porque las Fuerzas Armadas abandonasen su papel de conductor político y se colocasen ante las realidades de un siglo que le exige mayor calidad profesional y eficiencia en cuanto a los objetivos fundamentales que debe cumplir la institución castrense. En pocas palabras lo que se quería era colocar a las Fuerzas Armadas en su justo papel y no como árbitro supremo del poder, tal y como venía ocurriendo.

6.1.7 Un asesinato singular y los años de la dictadura

Luego del triste e insólito capítulo que significa para nuestro país el único magnicidio de nuestra historia, representado en el asesinato de Carlos Delgado Chalbaud, el régimen militar se desenmascara y con la Constitución de 1953 oficializa la intervención indefinida de las Fuerzas Armadas en la conducción del Estado. De ahí que en dicho texto se dijera lo siguiente:

Art. 56. Las Fuerzas Armadas Nacionales son una institución profesional, impersonal y apolítica, al servicio exclusivo de la Nación.

Las Fuerzas Armadas Nacionales tienen por objeto fundamental garantizar la defensa de la Nación, mantener la estabilidad interna y apoyar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes.

Este artículo, con la eliminación del carácter de obediencia, así como la de ser no deliberante (primera vez en nuestra historia constitucional), sintetiza la idea que el régimen en vigor entendía de la mal denominada “apoliticidad” que se consagra en la norma citada, por cuanto, en este caso, ello significaba, con un presidente militar, con ministros militares, con gobernadores militares, simplemente “no afiliación a un partido político dirigido por civiles”, pues es evidente que ellos constituían el suyo propio.

6.1.8 La democracia

Terminada la dictadura, y quizás con un fin minimalista, en razón del desgaste en el prestigio de las Fuerzas Armadas luego de 10 años de

dictadura de la que fueron protagonistas, la Constitución de 1961, reduce lo estipulado en la de 1947 a dos artículos, pues la Comisión de Reforma Constitucional consideró que los artículos 92, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 103 y 104 de dicho texto no contenían “materia de carácter constitucional”.¹⁰⁶ Estos artículos, que son los que han regido la institución durante los últimos 40 años, señalan lo siguiente:

Artículo 53. El servicio militar es obligatorio y se prestará sin distinción de clase o condición social, en los términos y oportunidades que fije la ley.

Art. 131. La autoridad militar y la civil no podrán ejercerse simultáneamente por un mismo funcionario, excepto por el Presidente de la República, quien será, por razón de su cargo, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Art. 132. Las Fuerzas Armadas Nacionales forman una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas Armadas Nacionales estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de una persona o parcialidad política.

Ahora bien, de acuerdo con las normas constitucionales vigentes hasta fecha reciente, el carácter apolítico de la institución tenía varias vertientes:

1. Obligatoriedad en la prestación del servicio militar.
2. La imposibilidad de ser sujeto activo y pasivo del acto electoral.
3. La prohibición de emitir opiniones políticas.

¹⁰⁶ Congreso de la República. *La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de Venezuela*. Tomo I. Ediciones del Congreso de la República. Caracas. 1971. p. 159

4. La prohibición de asumir cargos de carácter político.

5. Incompatibilidad entre la autoridad civil y la militar.

Sobre tales premisas ha descansado la actuación de las Fuerzas Armadas, y los límites que éstas han impuesto a varios derechos constitucionales pueden resultar de mucho interés, ya que toda restricción de derechos fundamentales es fácilmente convertible en nugatoria de los mismos. Sin embargo, de seguidas pasaremos a los cambios que sobre las premisas señaladas ha establecido el texto constitucional vigente.

6.1.9 Constitución de 1999

El novísimo texto constitucional introduce elementos ciertamente inéditos dentro de lo que hasta ahora había sido considerado como lo fundamental de la institución armada, e igualmente de los fines que está llamado a realizar. Al efecto, y retomando la estructura de la Constitución de 1947 en lo relativo a otorgar a los militares un pasaje detenido de la Constitución, que en este caso, forma parte de un título más extenso denominado “De la seguridad de la Nación” (Título VII). Así nos encontramos con las disposiciones del Capítulo III que nos dicen lo siguiente:

De la Fuerza Armada Nacional

Artículo 328. La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco

de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezcan sus respectivas leyes orgánicas.

Artículo 329. El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.

Artículo 330. Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

Artículo 331. Los ascensos militares se obtienen por mérito, escalafón y plaza vacante. Son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional y estarán regulados por la ley respectiva”.

Adicionalmente, en el artículo 134 se estipula lo siguiente:

Toda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de prestar los servicios civil o militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública. Nadie puede ser sometido a reclutamiento forzoso.

Lo extenso de la normativa citada obliga a un análisis parcelado que permita aprehender el alcance de todas las manifestaciones constitucionales relativas a la ahora denominada Fuerza Armada, concepto inicial que contrasta con el plural anterior, seguramente con el objeto de poner de manifiesto la unidad del cuerpo y su actuación como un único órgano independientemente de las diferentes manifestaciones que pre-

sente, cuestión que no deja de ser un elemento metajurídico en función de que la calificación de Fuerzas Armadas o Ejércitos, como se les denomina en otros países (Francia y España, por ejemplo) para nada indica mayor o menor unidad entre los militares, pues siempre queda presente, en todo caso, y de acuerdo a las realidades de cada país, la prevalencia de uno de los ejércitos o fuerzas respecto de otros (el de tierra en Francia y la marina en el Reino Unido).

Realizado el comentario anterior y considerando lo que la nueva Constitución estima que es la Fuerza Armada, nos encontramos con las siguientes características:

1. Esencialmente Profesional. El calificativo de “esencial” es necesario en la medida en que la Fuerza Armada se siga componiendo de reclutas que sirvan por obligación legal y sin permanencia más o menos larga dentro de la institución,¹⁰⁷ por lo que el apelativo “profesional” en este caso, sólo es aplicable a parte de la Fuerza Armada, esto es, a los oficiales y sub-oficiales profesionales de carrera, cuya preparación y permanencia les permite ostentar tal cualidad, por lo que dicha concepción no refleja la realidad de la tropa venezolana, la cual es, justamente, su parte más numerosa.

2. Apolítica. En este caso se mantiene la característica más relevante de la tradición constitucional tanto nacional como extranjera al tratar de separar a la institución militar de la arena política con el fin de impedir que el peso de las armas tenga intervención alguna en el delicado equilibrio que implica la discusión democrática.

¹⁰⁷ No en vano en los casos de Francia y España la eliminación del servicio militar obligatorio se le denomina profesionalización. Al efecto en el preámbulo de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se dice: “Así, en primer lugar, debe tenerse en cuenta el proceso, ya iniciado, de profesionalización de las Fuerzas Armadas, para sustituir paulatinamente el actual modelo mixto por otro estrictamente profesional. Esta circunstancia impone conjugar un régimen disciplinario dirigido fundamentalmente a un personal profesionalizado en su práctica totalidad, sin olvidar el personal de reemplazo que durante un período transitorio seguirá formando parte de las Fuerzas Armadas”. De ahí que siguiendo tales premisas el ejército venezolano tendría un carácter mixto o semi-profesional.

3. De defensa. También se mantiene en el nuevo texto la idea de ente meramente defensivo y no agresivo respecto a los derechos inalienables de la nación, término este último de cuestionable naturaleza jurídica, pero que en definitiva señala a la República como objeto de la acción defensiva de los militares.

4. Cooperante en el mantenimiento del orden interno. En este caso la idea de la defensa de las instituciones democráticas existente en la Constitución anterior ha sido trocada por un concepto más ambiguo, y por ello más peligroso, como lo es el orden interno, y que de acuerdo con nuestra interpretación ha de ser igualado al de orden público, concepto del que han nacido las justificaciones más grotescas para la utilización de la fuerza en contra de los movimientos sociales, pero al que, dándole el beneficio de la duda, debe interpretársele, dentro del marco constitucional, como el orden público nacido del respeto a los derechos humanos y al sistema de libertades necesarios en una democracia.¹⁰⁸ Igualmente ha de destacarse la distribución en el ejercicio de esta potestad dado por la constitución e *infra* trataremos con más detenimiento.

5. Sujeto del desarrollo nacional. Esto sí implica una idea nueva respecto de los textos anteriores en la medida en que ello manifiesta necesariamente una contribución no sólo axiológica y de orden interno, sino además, una contribución material, y específicamente económica en el país. Las manifestaciones de lo que hasta ahora se ha entendido, la colaboración con el desarrollo nacional describen una Fuerza Armada como sustituto de la desidia de los organismos públicos que en la prestación de los servicios públicos ha fracasado estruendosamente, y que dado la capacidad y el alcance de la Fuerza pueden ser

¹⁰⁸ “Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una acepción posible del “orden público”, dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones, sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”, Faúndez Ledezma, Héctor. *Los límites de la libertad de expresión en Los derechos humanos y la agenda del Tercer Milenio*, XXV Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Tipografía-Litografía Horizonte. Barquisimeto. 2000, p. 462.

ejecutados por ella misma. En este sentido, valdría la pena reflexionar sobre la manera en que el legislador desarrolla este planteamiento, si como mero sustituto temporal de unas instituciones inoperantes o si por el contrario, como actuación permanente en algunas áreas del desarrollo económico fuera del alcance tanto de tales órganos como de las empresa privada (*vgr*: las fronteras). De cualquier manera, no deja de percibirse la idea de un estado paternalista que debe asumir todas las responsabilidades, y que dentro de su fracaso, apela a su última esperanza.

6. Institucional. Esto por no estar al servicio, como en la Constitución anterior, a persona o partido político alguno. Como complemento de dicha institucionalidad se señalan sus pilares fundamentales: la disciplina, la obediencia y la subordinación. En tal sentido, ha de objetarse que en realidad de los tres conceptos el verdaderamente válido, como se ha señalado *supra*¹⁰⁹ es la disciplina, pues es de ésta de donde nacen tanto los demás caracteres que nos hacen afirmar la existencia de la institución militar y su diferenciación de cualquier otra institución pública, independientemente de la relación de sujeción especial que el estado mantenga con otros funcionarios públicos.¹¹⁰

Como complemento de los comentarios anteriores no podemos dejar de destacar que a diferencia del resto de los funcionarios públicos, se le reconoce a los militares un régimen de seguridad propia, cuya existencia previa la Constitución anterior no hacía referencia, pero a la que este texto constitucional da rango supralegal y de esta manera legitima la posibilidad de que existan funcionarios públicos con un régimen de seguridad distinto al de los demás. En todo caso, debe indicarse que por sentencia del 17 de octubre del 2000, la Sala Constitucional ha afirmado que mientras el Estado venezolano tenga por obligación la prestación de un servicio de seguridad social universal, la existencia de otros servi-

¹⁰⁹ Ver punto 2.

¹¹⁰ López Ramón no considera que las Fuerzas Armadas tengan los elementos necesarios para considerarlas bajo el concepto institucional y al efecto sólo las estima como parte de la Administración Pública. *Vid.* López Ramón, Fernando. *Op. Cit.*, pp. 361 y ss.

cios paralelos, destinados a conglomerados particulares, no constituirá violación a la garantía de no discriminación.

Una vez que la Constitución nos dice que la Fuerza Armada es una sola, pasa de seguidas a señalar las funciones distintas que entre sus componentes han de asumirse, y esto con acentuada asimetría, pues si observamos que al Ejército, la Armada y la Aviación le corresponden las mismas misiones, en el caso de la Guardia Nacional se le asigna un papel de ayudante de las anteriores en sus respectivas funciones y como objetivo fundamental el del orden interno, lo cual llama la atención al apreciarse una prohibición constitucional a las demás fuerzas de intervenir en funciones de orden público, lo que a la vista de su actuación en las asonadas populares más recientes (27 y 28 de febrero, el conocido *Caracazo*, por ejemplo)¹¹¹ pareciera más que justificado. No consideramos, además, que ello pueda ser discutido, vista la parte *in fine* del artículo 329, que otorga *gratia normae* no a la Guardia Nacional sino a la Fuerza Armada, “las actividades de policía administrativa y de investigación penal” que la ley les asigne, pues en este supuesto las funciones de policía administrativa e investigación penal son labores claramente discernibles del mantenimiento del orden interno, y estimamos que están más vinculadas a la posibilidad de que los integrantes de las policías militares y de los órganos de investigación administrativa militar, puedan colaborar con los tribunales militares en las causas que éstos conozcan, de modo que al no estar expresamente dado a los tres componentes señalados el fin de velar por el orden interno, debe recurrirse a la literalidad de la norma y concluir que dicha función es exclusiva de la Guardia Nacional, por lo que cualquier uso de los demás componentes en esta materia es, necesariamente, una violación de la Constitución. A ello debe agregarse, que es natural que el texto constitucional le otorgue tal potestad a la Guardia Nacional, debido a que tal cometido lo ha veni-

¹¹¹ Recordemos que los dos primeros casos venezolanos que han llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*El Amparo* y *El Caracazo*) han sido producto de intervenciones por parte de la Fuerza Armada, y que además, en ambos, el Estado venezolano se declaró responsable ante la Corte por las violaciones a los derechos humanos durante estos sucesos. *Vid.* Informe de PROVEA, www.derechos.org/ve; respecto al caso *El Amparo*, *Vid.* http://corteidh-oea.nu.or.cr/ci/Info_General/Casos/info_6H.htm, y sobre el *Caracazo* http://corteidh-oea.nu.or.cr/ci/PRESA/Doc26.HTM#CDH-CP_16/99_ESPAÑOL

do realizando a lo largo de su existencia como institución, y sobre todo, porque forma parte de la formación profesional de sus integrantes, cuestión que no ocurre en los otros componentes, tal y como la realidad histórica nos lo ha demostrado.

Por otra parte, no podemos dejar de señalar que el interpretar que la Fuerza Armada, en todos sus componentes puede ser policía administrativa y de investigación penal, en todo caso, no puede involucrar el que se inmiscuyan en labores de investigación propias de las instituciones policiales del ámbito civil, y sobre todo considerando que en los casos de derechos humanos, el texto constitucional, en su artículo 261, ha extraído del conocimiento de los tribunales militares el decidir sobre cualquier juicio que por violación de los derechos humanos se lleve contra militares, lo que necesariamente implica que si estos casos no los puede juzgar un militar, evidentemente, tampoco lo puede investigar otro, y si ello ocurre aun en delitos cometidos por militares, con mayor razón para que haya una imposibilidad constitucional de que las policías y órganos de investigación militares conduzcan actividades que corresponden naturalmente a los órganos del fuero civil.

Lo anterior es refrendado por establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Godinez Cruz*:

El ofrecimiento de efectuar una investigación en concordancia con lo dispuesto por la resolución N° 32/83 de la Comisión concluyó con una averiguación confiada a las propias Fuerzas Armadas, quienes eran precisamente las señaladas como responsables directas de las desapariciones, lo cual cuestiona gravemente la seriedad de la investigación.¹¹²

Como corolario, debe agregarse que la propia Constitución ha creado nuevas entidades, como la Defensoría del Pueblo, que sin tener limitaciones respecto al fuero civil o militar, tiene la obligación de investigar,

¹¹² Ventura Robles, Manuel *et alia*. *Sistematización de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1981-1991*. CIDH. San José, Costa Rica, p. 349.

sin distinciones, en todos los casos donde se presuman violaciones de los derechos ciudadanos.¹¹³

También ha de señalarse la eliminación de dos elementos persistentes en nuestra, lamentablemente, muy dilatada historia de constituciones. El primero de ellos no es otro que la eliminación de la incompatibilidad entre la autoridad civil y la militar (artículo 131 de la Constitución de 1961) que impedía que militares activos tuviesen cargos de tipo político, y que acarrea además la derogación del artículo 7 de la LOFAN,¹¹⁴ pero que en todo caso nunca se respetó, por cuanto siempre consideramos que el Ministro de la Defensa, por el mero hecho de ser tal, era un cargo político que por no ser ejercido por un civil durante los 38 años de vigencia de la Constitución anterior, se convirtió en una flagrante violación de tal prohibición,¹¹⁵ de modo que es posible que al ser eliminada la incompatibilidad, lo que en realidad ha ocurrido es un sinceramiento con la realidad de un país en el que los militares son capaces de muchas cosas en el mundo civil y los civiles de muy pocas en el mundo militar.

En segundo lugar, cabe destacar que se eliminó el carácter no deliberante de los militares, prohibición que como señalamos *supra* es herencia de la Revolución Francesa¹¹⁶ y que fue presencia casi constante de nuestras numerosas constituciones, pero, lo mismo que en Francia, tampoco fue respetada por los militares.¹¹⁷ Considerando lo anterior, efectivamente la norma, si bien no debió ser tan ambiciosamente inútil como

¹¹³ Artículo 280. “La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos”.

¹¹⁴ El artículo señalado reza: “El militar con mando efectivo no podrá ejercer al mismo tiempo, cargo político o administrativo en el orden civil”, al efecto ha de recordarse que el Ministerio de la Defensa, como todos los ministerios, está en el orden civil.

¹¹⁵ Una evidencia objetiva del carácter político que es inmanente a todo Ministerio es la posibilidad de ser objeto de un voto de censura (de naturaleza estrictamente política) por parte del parlamento.

¹¹⁶ Ver nota N° 40. También debe recordarse que esa misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue el primer instrumento que reconoció, con carácter general (a diferencia del Acta de Derechos Civiles de Inglaterra de 1688), la libertad de expresión a cualquier ciudadano.

¹¹⁷ Como ejemplo sólo citaremos las declaraciones sobre un candidato presidencial, e incluso sobre la legitimidad del propio presidente electo, por parte del Ministro de la Defensa en el año 1993.

sus predecesoras, por lo menos sí pudo señalar que el deliberar públicamente en temas estrictamente políticos estaba prohibido y no sólo “el participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político” pues ello permitiría, por ejemplo, que los militares se pronuncien públicamente sobre actos políticos del Presidente de la República (que no necesariamente han de ser partidistas), que es también su Comandante en Jefe, con la consiguiente afectación a la disciplina que ello implica, pues no de otra manera puede interpretarse una norma tan abierta que no señala límites respecto al nuevo carácter deliberante de los militares, quedando dicho tema, en consecuencia, sujeto a lo que disponga la nueva Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional que debe dictarse con apego a los nuevos principios constitucionales.

Si a esto agregamos que de acuerdo al artículo 57 de la Constitución, en su parte *in fine* dice: “Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”, se reforzaría la posibilidad de opinión ya no sobre temas de política en general sino sobre las de carácter estrictamente militar, lo que evidentemente, debe ser regulado rigurosamente para evitar excesos que atenten contra, no sólo la disciplina, sino con el cumplimiento de los deberes de la propia institución.

Pese a lo anteriormente expuesto, ha de afirmarse que una vez que la Constitución ha dejado de sustraer a los militares del ejercicio de la beligerancia, ese derecho ya forma parte de su esfera ciudadana, y por tal motivo, en virtud del principio de progresividad, no podría otra norma o una enmienda constitucional, cercenar tal derecho una vez que ya forma parte de sus condiciones de ciudadanía. Todo ello se afirma en función de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución vigente que establece como obligación del Estado venezolano garantizar “garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”.

En tal sentido, la incorporación de la deliberación a los militares, no debe ser vista como algo negativo, pues si se toman en cuenta las consideraciones anteriores, respecto a reglas mínimas que impidan la perturbación de la disciplina militar, la posibilidad de opinar, y sobre todo,

de disentir de los militares, no tiene que ser considerado sino como un adelanto en el desarrollo democrático del país.

Terminamos el nuevo tratamiento constitucional sobre los militares, con la autonomía prevista en el artículo 331 de acuerdo al cual los ascensos militares “son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional”, quitándose de este modo, la potestad que tenía el Senado (también eliminado y que databa de la Constitución de 1811)¹¹⁸ de aprobar el ascenso de los militares propuestos para los grados de Coronel o Capitán de Navío en adelante (artículo 150, numeral 5), argumentándose para ello el elemento político presente en el parlamento, y del cual se quiso apartar a los militares, lo cual es un argumento muy débil, pues dentro de esta concepción “aséptica” de las relaciones de la institución armada con los poderes públicos, se obvia que en un régimen presidencialista como el nuestro, el Comandante en Jefe de la Fuerza Armada, es un sujeto, sino el principal, de la acción política, y por ello más que cualquier parlamentario.

6.2 DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

De manera general la vigente Constitución consagra el derecho a la libre expresión en los siguientes términos:

Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

¹¹⁸ Artículo 96.

Este artículo, junto con el artículo 58 engloba los enunciados expuestos en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹¹⁹ en cuanto al derecho a emitir y recibir información, sin censura previa, dentro del respeto a los derechos de terceros y con las prohibiciones a todo tipo de apología de la guerra o de la discriminación de las personas.

Ahora bien, como indicamos, el texto constitucional eliminó el carácter no deliberante de los militares, y en tal sentido faltaría ver la regulación legal de dicha omisión, pues la regulación de la libertad de expresión en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (LOFAN) no es propiamente tal, pues lo que establece son prohibiciones específicas vinculadas al apoliticismo y al carácter no deliberante exigido a los militares por la Constitución de 1961. De este modo, nos encontramos con que el artículo 6 de la LOFAN indica que:

El personal militar de todos los grados y categorías en situación de actividad o disponibilidad, según el caso, no podrá tener participación directa ni indirecta en la política, ni ejercer ningún derecho político. Igual prohibición regirá para los que estén movilizados para fines de instrucción o en situación de emergencia.

Dicha disposición se compadecía entonces con las disposiciones constitucionales existentes para el momento, que negaban toda posibilidad de expresión y acción en tal sentido, pero como veremos, el reforzamiento de tal prohibición fue más allá de los límites estipulados tanto en las normas constitucionales como en las legales, pues el párrafo 26 del artículo 116 de Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 estima como falta mediana “Hacer publicaciones en la prensa sin permiso del Ministerio de Guerra y Marina (actual Ministerio de la Defensa)”, lo que desde toda perspectiva supera los límites iniciales, y ello debe atribuirse a la asincronía existente entre el Reglamento de Castigos Disciplinarios y las normas legales y constitucionales, pues dicho reglamento fue dictado, mas no publicado como se estudiará *infra*, por un gobierno militar e ilegítimo, más de 12 años antes de la Constitución de 1961 y casi 30

¹¹⁹ Ratificada por Venezuela el 9 de Agosto de 1977

años de la LOFAN, y por ello se entiende el carácter totalitario de la disposición que obliga a situaciones francamente fuera de lugar, al exigir que el Ministerio tenga que autorizar la publicación de cualquier clase de escrito independientemente de su vinculación con el ámbito castrense (para darnos una idea de lo absurdo de la disposición, sólo pensemos que esta prohibición abarca, incluso, los obituarios). De todas formas, consideramos que tal disposición reglamentaria implica necesariamente una violación tanto de las disposiciones de la Constitución de 1961 como de la vigente, pues ambos textos condenan la censura previa, lo que manifiestamente ocurre en el presente caso, y en el supuesto de la segunda más todavía, pues la misma ofrece la posibilidad de deliberar de los militares, y un medio idóneo para ello, es por supuesto, el escrito, por lo que la inconstitucionalidad de tal disposición no sólo se mantiene, sino que además, como si fuera posible, se amplía más todavía.

Lo anterior queda vinculado, como se ha dicho, a la expresión del pensamiento por medio escrito, pero además, el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 señala que es falta grave “Manifestar públicamente bajo cualquier forma que sea, opiniones que puedan entorpecer perjuicios a los intereses del país, comprometer la disciplina o crear dificultades a las autoridades” (Art. 117, parágrafo 42), disposición en donde la posibilidad de calificación de las opiniones es sólo superada por la discrecionalidad para considerar qué es perjudicial para los intereses del país o la disciplina, o más aún “crear dificultades a las autoridades”, pues evidentemente una denuncia de corrupción sería fuente de preocupaciones para las mismas, pero en este contexto lo que sería un deber ciudadano (y legal) se podría convertir en fuente de castigo para el denunciante, lo que indica una vez más el amplio margen de subjetividad dados al superior para estimar como faltas las acciones de sus subalternos.

Lo expresado queda referido a la manifestación del pensamiento de puertas afueras de la Fuerza Armada, por lo que podría esperarse, como efectivamente ocurre, que en el caso de normas *ad intra* la situación sea más cerrada, lo que puede confirmarse cuando se lee el artículo 19 de la LOFAN que establece que “El militar activo estará obligado a obedecer las órdenes de sus superiores en todo lo relativo al servicio y

a cumplir estrictamente lo prescrito en las Leyes y Reglamentos de las Fuerzas Armadas Nacionales”, con lo que podría concluirse que cuando se reciba una orden en contra de tales normativas (en las que no se menciona la Constitución, pero que evidentemente está incluida a pesar de la propia disposición), no existe tal obligación de obedecer, pues ello no estaría dentro de las obligaciones del militar, pero claramente no es así, ni fue la intención del legislador, por cuanto, casi de seguidas, en el artículo 22 se dice que “Para las órdenes abusivas, quedará al subalterno **después de obedecer**, el recurso de queja¹²⁰ ante el inmediato superior de aquél que dio la orden” (énfasis propio) con lo que se pone de manifiesto que no se puede desobedecer **ninguna orden**, independientemente del contenido de la misma, lo que no sólo está en contra de la tendencia de la normativa militar comparada (no sólo en Europa, sino también en América y en ejércitos con historial represivo muy largo),¹²¹ sino que se estaría permitiendo, en atención a un malhadado concepto de obediencia, la imposibilidad del desarrollo de una verdadera conciencia ciudadana en el militar, manteniendo por el contrario prácticas más acordes con agrupaciones castrenses de escaso grado de desarrollo, pues la obediencia ciega no es más que la manifestación del mayor desprecio por la capacidad de quien tiene que obedecer la orden dada y la conversión del mismo en mero objeto, violándose de este modo su dignidad humana inmanente. De ahí con la inconstitucionalidad de la norma indicada, como en el caso anteriormente expuesto, pasa de la Constitución de 1961 a la actual. Igualmente debe señalarse, que la obediencia ciega, por otro lado, también implica un ataque a la disciplina, pues el establecimiento de esta norma, al obligar el cumplimiento de normas abusivas golpea duramente el pilar fundamental de la institución castrense, pues como se ha indicado anteriormente, la disciplina no es más que el cumplimiento estricto de las obligaciones dadas a un militar, y siendo una orden abusiva algo ajeno a tales obligaciones, el daño a la disciplina no puede ser mayor, pues se convierte a la institución armada en el medio de ejecución de fines contrarios a su propia esencia.

¹²⁰ Establecido en el artículo 26 de la LOFAN.

¹²¹ Caso de los ejércitos de Honduras y El Salvador, *vid.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Legislación Militar Centroamericana*. IIDH. San José, Costa Rica. 1997, pp. 685 y 790.

Por otra parte, estamos conscientes que en lo que tiene que ver con la libertad expresión, la obediencia debida consagrada en nuestro ordenamiento es sólo un elemento a considerar a la hora de analizar esta figura, pero la ponemos como un simple ejemplo de lo mucho que hay que hacer para poner al día las leyes y reglamentos de la institución castrense en materia de derechos humanos.

Como decíamos *supra*, una de las más extendidas manifestaciones de las limitaciones de los derechos de los militares se encuadra dentro de un concepto muy utilizado en los diferentes ejércitos y que se denomina *murmuración*, idea que apuntábamos no estaba referida tanto al tono o modo en que se hacía algún comentario, sino al comentario mismo que sobre cualquier situación de la vida militar se realice, y tal efecto la LOFAN no deja lugar sobre lo que no es permitido a los militares siquiera conversar, como lo demuestran los siguientes artículos:

Artículo 24. Estará prohibido proferir, ni tolerar a ningún subalterno, murmuraciones contra las instituciones de la República, ni de los Estados, ni contra las leyes, decretos o resoluciones o medidas dictadas o tomadas por cualquier autoridad legítimamente constituida.

Artículo 25. Los militares no deberán quejarse nunca de las fatigas que sufran ni de las comisiones que se les ordenen.

Artículo 35. El que fuere destinado a algún servicio lo hará cualquiera que sea su graduación o empleo, sin proferir quejas, ni murmurar ni poner dificultades ni disputar puesto para sí ni para la unidad que mande.

Las limitaciones son tan groseramente restrictivas respecto a la realización de cualquier análisis racional sobre las instituciones del Estado, que es obvia la imposibilidad de su cumplimiento *ad literam*, pues de otro modo no podrían los militares estudiar derecho y criticar las sentencias de los tribunales, ni impugnar actos administrativos que violen sus derechos, ni cualquier actividad cotidiana que los indisponga con los entes gubernamentales (una multa de tránsito, por ejemplo). De ahí que queda claro la imposibilidad de cumplir con tal muro de res-

tricciones y la mera existencia de militares en las universidades lo pone de manifiesto.

Sin embargo, y para que no queden dudas respecto de las intenciones implícitas de la normativa citada, las que corresponden a la potestad sancionatoria van de la mano de las anteriores, al calificar como falta leve:

Hacer o promover manifestaciones colectivas de agasajo, excepto las demostraciones de buena y sana camaradería que no afecten la disciplina.

Aceptar cualquiera manifestación colectiva de sus inferiores, salvo el caso anterior, sin permiso del superior inmediato.

Autorizar, promover o firmar peticiones colectivas a una autoridad militar o civil, sobre asuntos que no comprometan la disciplina.

Ejercer actividades civiles corrientes en profesión, empresa o función extraña al servicio sin permiso de la autoridad competente.¹²²

Las conductas tipificadas pueden dividirse en las estrictamente militares (aceptar las manifestaciones colectivas de subalternos) y las que tienen que ver con la esfera civil del militar. En el primer caso se trata de suprimir la manifestación como ente plural independientemente del contenido de tal expresión, y en el segundo se intenta disminuir el papel que como ciudadano tiene el militar en la esfera civil, esperando quizás que dentro de tal entorno el militar observe un perfil bajo que lo haga pasar inadvertido, lo que no ayuda en nada a encuadrar dicho papel en el tejido de una sociedad que necesita de la intervención activa de todos sus integrantes. De ahí que la sinrazón de la última de las prohibiciones haga imposible que un militar firme una carta de su junta de condominio o solicite junto con otros ciudadanos la prestación de un servicio público. Tal situación no deja de ser ilógica y por lo mismo denota la intención de separar a los miembros de la institución castrense de la vida en sociedad, lo que parece cuestionable a luz de los acontecimientos actuales en nuestro país.

¹²² Artículo 115 del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, párrafos 20, 21, 22 y 25.

Como si no fuera suficiente lo anterior, el mismo Reglamento establece como falta grave:

Irrespetar a los miembros de la justicia militar o criticar en público sus actos o decisiones.

Manifiestar públicamente bajo cualquier forma que sea, opiniones que puedan entrañar perjuicios a los intereses del país, comprometer la disciplina o crear dificultades a las autoridades.

Inmiscuirse en cualquier forma, en asuntos políticos o religiosos;

Introducir, distribuir, leer o propagar, sobre todo en el cuartel o establecimiento militar, publicaciones, estampas o periódicos subversivos que atenten contra el orden, la disciplina y la moral.¹²³

Lo citado encuadra perfectamente con las disposiciones constitucionales (de gobiernos militares y civiles) vigentes hasta la Constitución de 1999, pues no estaba permitida la injerencia de los militares en asuntos políticos, y por lo mismo, no podía permitirse el que en los cuarteles dichos temas se ventilaran.

Mención especial merece la imposibilidad de criticar las decisiones de las autoridades judiciales militares, pues ello es un ejercicio cotidiano ya no de todo ciudadano, pero sí de todo abogado (y en el ámbito castrense hay muchos) quien de una manera científica y analítica puede expresar su parecer sobre una decisión que no le parece adecuada. Además, ha de señalarse que si bien los integrantes de la justicia militar tienen la condición de militares, ellos no pertenecen a la administración militar sino que forman parte del poder judicial mientras estén en el ejercicio de sus funciones, por lo que cualquier crítica que se haga a sus decisiones no se hace de superiores jerárquicos (elemento en que se basaría cualquier defensa de la prohibición en cuestión) sino de funcionarios que orgánicamente pertenecen a otro poder del Estado y en consecuencia están por tal situación desligados de la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas.

¹²³ Artículo 117, párrafos 40, 42, 44 y 52.

Por último, no podemos dejar de mencionar y al mismo tiempo enfatizar, la prohibición de inmiscuirse “cualquier forma” en asuntos “religiosos”. La sorpresa respecto de esta norma es que, independientemente de su prístina inconstitucionalidad, parece que nadie esté enterado de ella, por cuanto la presencia de capillas, imágenes religiosas, e incluso la realización semanal de misas a lo largo de todos los cuarteles del país, por no hablar del cuerpo de capellanes de las Fuerzas Armadas, que incluso están reguladas por un ordinario militar con grado de coronel asimilado, hace ver claramente que esta disposición nunca se ha hecho cumplir, y en tal sentido, hay que señalar que a pesar de ello, su mera existencia, o su simple aplicabilidad en el sentido de su literalidad, hace que la norma, tal y como está, constituya en una flagrante violación de los derechos humanos, como así lo tiene establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este último sentido, debe destacarse la evolución de la Corte Interamericana sobre tal particularidad, pues tal y como lo señala el Magistrado Cançado en el voto concurrente del caso “La última tentación de Cristo”, la Corte en el caso “El amparo” al serle denunciada como una violación a la Convención Americana, el artículo del Código de Justicia Militar que permite el sobreseimiento de la causa por parte del Presidente de la República, en flagrante violación del principio de separación de poderes, la Corte señaló que no habiendo sido aplicado en el caso específico no podía pronunciarse en abstracto sobre la denuncia presentada. Tal situación, fue evolucionando, hasta que en la decisión mencionada inicialmente, se condenó al estado chileno por la falta de adecuación de su normativa interna a lo establecido en la Convención Americana. Al efecto se indicó lo siguiente:

72 (...) la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19.12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tan-

to, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.¹²⁴

Igualmente, se dijo que “La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”,¹²⁵ por lo cual tanto la mera existencia de normas como la inacción del Estado de adecuarlas al respeto de los derechos humanos, constituyen dos violaciones al sistema internacional de protección de los mismos. Siendo así, se evidencia aún más la necesidad de establecer una nueva normativa en materia militar que realmente se adecue a las necesidades no sólo de una sociedad moderna, sino, y sobre todo, de una Fuerza Armada que ha madurado en su adecuación a los principios democráticos, no por lo exigido en su normativa interna, sino a pesar de ella.

6.3 DERECHO AL SUFRAGIO Y DE ASOCIACIÓN

En este punto la normativa constitucional introduce un elemento novedoso respecto de todas sus predecesoras, y se ubica más cercanamente al derecho comparado, como hemos podido observar *supra*, al permitir, de acuerdo a lo expresado por el artículo 330 de la Constitución que los militares puedan ejercer el derecho a elegir a sus representantes en los poderes públicos, pero a diferencia de lo visto en otros países, prohíbe la posibilidad de ser electos sin necesidad de solicitar su retiro. Quizá con ello el constituyente quiso mitigar el adelanto previsto en la norma, de modo que la participación del militar en la vida política ocupe todavía una etapa intermedia hasta su plena intervención en un estadio posterior. Con esta prohibición, quedan derogadas las normas que, como hemos visto, sancionaban todo tipo de participación de los militares en actividades políticas.

Sin embargo, lo anterior no es aplicable para el caso de las asociaciones, que como los partidos, no pueden todavía, por imperativo constitu-

¹²⁴ García Ramírez, Sergio (Coordinador). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. UNAM y CIDDDH. México. 2001. p. 760.

¹²⁵ García Ramírez, Sergio (Coordinador). *Op. Cit.* p. 764.

cional, aceptar a militares activos en sus filas, lo que como apreciamos en la normativa comparada también es la regla, pues la presencia individual, sea a través de la membresía o de la participación en un acto público, deja de serlo si quien lo hace tiene uniforme militar o da a entender su condición de tal, porque aunque sea algo único y personal, siempre será visto como una manifestación institucional y no como la intervención de un ciudadano aislado. Esta percepción de la sociedad obliga todavía a mantener el uniforme fuera de la arena política, pues la inevitable tendencia a diversas opciones políticas, puede redundar a una discusión poco saludable dentro de la institución, y por ello en perjuicio de su unidad.

De ahí que el considerar como falta grave, de acuerdo con el parágrafo 5° del artículo 117 del Reglamento de Castigos Disciplinarios el “frecuentar o formar parte de sindicatos o asociaciones de cualquier clase sin permiso de la autoridad militar competente, salvo las que tengan únicamente carácter social”, tiene razón de ser en cuanto a la intervención política de las mismas, mas no lo es en cuanto a la condición general de requerir la autorización para ser parte de **cualquier** organización, pues esto, de nuevo, no es más que una extralimitación a este texto constitucional y al anterior, pues ninguno de los dos contiene la prohibición a los militares de asociarse. En virtud de ello, el espíritu normativo del constituyente ha sido tergiversado, y se pone a la administración, como lo indicamos en caso francés e italiano a autorizar a los militares a ser miembros de una sociedad de ornitología o de catadores de vino, pues queda al arbitrio de la administración militar el determinar qué tipo de asociaciones son de carácter “social”.

No en vano la jurisprudencia ha señalado que el de asociación “En el fondo se trata del derecho a estar en el ambiente que se considere más adecuado a la personalidad de cada quien”.¹²⁶

¹²⁶ CPCA, sentencia del 16-12-87. Caso Carlos E. Vincens J. vs Directorio General del Estado Miranda de la Corporación Criollitos de Venezuela. RDP N° 33, Enero-Marzo 1988, p. 87.

6.4 LIBERTAD PERSONAL

Por ser uno de los temas más delicados dentro del contexto de los derechos humanos en la vida militar, pretendemos ahondar sobre este punto en otro sitio, así que solamente indicaremos las notas más resaltantes de este derecho en el medio castrense.

El numeral 6 del artículo 49 de la Constitución, dentro de los elementos del derecho al debido proceso, señala: “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Este artículo encuentra su precedente inmediato en el 60 de la Constitución anterior, en el bajo el epígrafe de la libertad y seguridad personales en el numeral 2 se indicaba que “Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta”, con lo que se amplía el concepto de situaciones bajo las cuales está incluida la reserva de ley en materia de restricciones de libertad, aunque esta ampliación, con el agregado de la infracciones, nos parece innecesarias en la medida en que tanto los delitos como las faltas son “infracciones”, y porque, de lo que se trata es que **cualquier** privación de libertad esté expresamente prevista en la ley, independientemente de la calificación que de los hechos se haga.

Ya hemos hecho referencia sobre lo que autores extranjeros, sobre todo en España e Italia, opinan respecto a la reserva de ley en materia de restricciones a derechos constitucionales,¹²⁷ y en el caso venezolano, Peña Solís incluye dentro de la reserva de ley a la penas contra la libertad personal,¹²⁸ y sobre el concepto de reserva en Venezuela señala que:

En esa perspectiva la reserva legal presenta un aspecto negativo que consiste en la interdicción de las fuentes de rango sublegal (reglamentos) en dichas materias, y un aspecto positivo que se traduce en el deber que le impone la Constitución al

¹²⁷ Ver notas 10, 19 y 20.

¹²⁸ Peña Solís, José. *Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria en Venezuela*. UCV. Caracas. 1996, p. 134.

Congreso de la República de discriminar las materias que ella indique, sin que éste pueda eludir el cumplimiento de dicho deber por ninguna razón.¹²⁹

Lo dicho es seguido por otros autores, como Casal, quien afirma que:

...sólo la ley, y no disposiciones subalternas, puede contemplar injerencias en el derecho a la libertad personal. Además, esta reserva se configura como absoluta, dada la importancia de la libertad personal como condición para el cabal disfrute de los otros derechos, por lo que las posibilidades de intervención complementaria del reglamento en este ámbito, con base a habilitaciones legales, son sumamente limitadas.¹³⁰

Esto no hace más que seguir lo dicho por la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia que en tal sentido ha señalado:

Ahora bien, la norma constitucional cuya violación se alega, consagra como materia de reserva legal la determinación de faltas o delitos que puedan acarrear penas o sanciones de privación de la libertad por incumplimiento de obligaciones.

Ha querido nuestro constituyente lograr de esta manera que la materia relativa a la libertad personal sea regulada a través de la forma más rigurosa posible, para salvaguardar así unos de los valores capitales del individuo dentro del Estado de Derecho. Por ello exige la estructuración de un sistema en el cual se fijen sólo a través de la ley formal, tanto las obligaciones cuyo incumplimiento pueda ocasionar sanciones de esa naturaleza, como la definición y alcance preciso de la sanción misma, para contribuir así a reducir al máximo la arbitrariedad de los agentes públicos. CSJ-SPA. Ponente: Luis H. Farías Mata. Sentencia del 24 de Enero de 1988. RDP N° 33. Enero-Marzo 1988, p. 89

¹²⁹ Peña Solís, José. *Op. Cit.* p. 133.

¹³⁰ Casal Hernández, Jesús M. *El derecho a la libertad y a la seguridad personal en Los derechos humanos y la agenda del Tercer Milenio*, XXV Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Tipografía-Litografía Horizonte. Barquisimeto. 2000, p. 268.

Como corolario, debemos citar lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos, la que en su opinión consultiva OC-6/86 que sobre tal particular señaló:

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan jurídicamente estar protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.¹³¹

Lo señalado en la opinión consultiva citada, fue ratificado posteriormente en el caso “Baena Ricardo”, donde se indicó lo siguiente:

106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la ac-

¹³¹ García Ramírez, Sergio (Coordinador). *Op. Cit.* p. 992

ción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.¹³²

Toda esta unanimidad en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia internacional, obedece a que en Venezuela, el artículo 385 del Código de Justicia Militar delega *in toto* a la norma reglamentaria lo relativo a las faltas disciplinarias, y desde el año 1949, fecha del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 hasta el presente, ha sido a través de este instrumento por el que se han impuesto penas de arresto de hasta 90 días¹³³ con base en las faltas establecidas por el reglamentista, como lo hemos venido observado en los artículos 115, 116 y 117.

De lo anterior, se puede apreciar claramente la violación del principio de reserva legal tanto en la Constitución anterior como en la actual, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el aparte 2 de su artículo 7 indica que:

Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Cons-

¹³² García Ramírez, Sergio (Coordinador). *Op. Cit.* pp. 682 y 683

¹³³ Esto para el caso de reincidencias y constituye el límite máximo de los arrestos (artículo 100).

tituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.¹³⁴

Con esto consideramos que es unánime la idea, siempre presente tanto en la doctrina extranjera como la nacional, así como en la Constitución actual y en los tratados internacionales, que sólo puede restringirse la libertad de una persona por causa expresamente establecida en instrumento de rango legal, y dentro del resto de las garantías establecidas en torno a este derecho.

Debemos agregar, que además de la garantía formal que implica la reserva legal, deben existir garantías adicionales que permitan, cuando se dicte una ley que cumpla con la exigencia respecto al rango de la norma que limite el derecho a la libertad personal. Estas garantías están vinculadas al principio *nulla poena sine lege previa, stricta et scripta*¹³⁵ y en función de ello debe cumplirse con el establecimiento de tópicos claramente definidos como faltas e igualmente con la definición de penas que cumplan con el principio de igualdad y un procedimiento que permita el ejercicio pleno del derecho a la defensa y a recurrir a la autoridad judicial en busca de una tutela judicial efectiva, pues no se trata sólo de cambiar el nombre y la jerarquía de la norma y dejar lo sustantivo en idéntica forma a la que actualmente se encuentra, pues ello, siguiendo lo dicho por la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-6/86 ya citada, sería una violación de las condiciones materiales que deben acompañar al cumplimiento de la reserva legal.

En consecuencia, no queda más que concluir que la mera existencia del Reglamento de Castigos Disciplinarios, aun cuando posiblemente haya cumplido un papel positivo de la Fuerza Armada, era y es inconstitucional, y un elemento que atenta contra las obligaciones internacionales de la República sobre derechos humanos y la hace pasible de responsabilidad en tal sentido.

¹³⁴ “El artículo 7(2) de la Convención Americana agrega un requisito que no figura, por lo menos textualmente, en los demás instrumentos mencionados, según el cual toda privación de libertad o detención debe ser no sólo legal sino constitucional”, O’Donnell, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, p. 129.

¹³⁵ Vid. Cury, Enrique. *La ley penal en blanco*. Temis. Bogotá. 1988, pp. 10 y ss.

Sin embargo, y con mucho pesar, debe decirse que lo anterior no es compartido por la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo, que en sentencia del 27 de marzo de 2001, no sólo se apartó del criterio establecido previamente, respecto a que no puede un reglamento violar el principio de reserva legal¹³⁶ en materia de libertad personal, sino que hace afirmaciones como las siguientes:

1. El hecho que el Reglamento haya sido dictado por una Junta de Gobierno que había derrocado a un gobierno constitucional y que había disuelto a los órganos de representación parlamentaria, hace que dicha Junta asumiese, como efectivamente lo señala su Acta de Constitución, todos los poderes, y por ello “ante la inexistencia del Congreso Nacional por su disolución por un régimen de fuerza, los actos de naturaleza normativa dictados por éste adquieren rango de Ley”. Ello con independencia de que quien redactara la norma la calificase de “reglamento”.

2. Si ello no fuera suficiente, se dice que “tanto por su origen histórico como por su estructura, contenido y finalidad, el Reglamento responde a las notas de un decreto ley, equiparable en el rango normativo actual con una ley formal y así se declara”. Es decir, que basta señalar el contexto histórico y estructural para declarar una norma como ley, aunque quien la redactó no manifestase tal posibilidad.

3. Que efectivamente consta en el expediente que durante la gestión como Ministro de Relaciones Interiores del Doctor José Guillermo Andueza, se llevó a cabo una investigación que dio como conclusión que el Reglamento de Castigos Disciplinarios nunca fue publicado.

4. Sobre el particular anterior, la sentencia indica que el entonces miembro de la Junta, Teniente Coronel Marcos Pérez Jiménez en un Resuelto (sic) emanado del Ministerio de la Defensa Nacional, Estado Mayor Conjunto, afirmó que: “Por

¹³⁶ Sentencia de la Sala Políticoadministrativa del 25 de mayo de 2.000, expediente N° 15.365.

disposición de la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela y de conformidad con los artículos 17 y 18 de la Ley de Publicaciones Oficiales, téngase como oficial la presente edición del Reglamento de Castigos Disciplinarios” y que ello el Reglamento debía considerarse emanado de la Junta en ejecución de sus omnímodos poderes, y esto junto con el hecho de que el artículo 12 de la Ley de Publicaciones Oficiales de 1941 señalaba que no era obligado para el Ejecutivo la publicación de las normas, sino que esto quedaba a discrecionalidad del mismo. Todo esto, aunado a que “fue suprimida la Oficina de Información y Publicaciones de los Estados Unidos de Venezuela...(...)... permitirían explicar la omisión de emitir la correspondiente Resolución”.

5. Que “su no publicación en el órgano oficial de la República no ha impedido su conocimiento por los interesados, puesto que por diversos medios impresos se ha divulgado tanto para el específico sector al cual está destinado a regular, como para el público en general, habiéndose podido disponer de su texto desde su entrada en vigencia”.

6. Que “la Sala estima que no resulta prudente ni redundante en una sana y recta administración de justicia, orientada al fortalecimiento de las instituciones fundamentales de la República, desvertebrar o debilitar a la institución militar al privarla de una columna normativa esencial, como antes se estableciera, con rango *equiparable a una ley*” (destacado nuestro).

7. Termina la sentencia afirmando que “si bien el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 es un texto normativo destinado a producir sus efectos dentro del ámbito interno de la Administración, concretamente en el seno de la Fuerza Armada Nacional, para la Sala el referido Reglamento, por contener disposiciones sancionatorias que interesan no sólo a determinado grupo de personas, sino a la sociedad en general, para disipar posibles dudas y contribuir a la mayor seguridad jurídica, su texto debe ser publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, por aplicación del artículo 17 de la

Ley de Publicaciones Oficiales promulgada en 1941, en concordancia con los artículos 215 y 218 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales indican que *una ley* debe publicarse con el correspondiente cúmplase y que *las leyes* sólo pueden ser derogadas por *otras leyes* y abrogadas por referendo” (destacados nuestros).

Debemos empezar nuestro análisis desvirtuando la premisa inicial de la sentencia en el sentido de que el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, es una consecuencia normativa de la Junta Militar de Gobierno, que como se ve, todo lo podía. Ello no es así, porque como puede leerse del propio texto del “Resuelto”, el mismo no es producto ni siquiera del Ministerio de Defensa Nacional, sino del Estado Mayor Conjunto, y es el superior de éste último, es decir, el Ministro de la Defensa, quien en ejecución de la orden de la Junta Militar lo pone a circular (pues no lo publica), por lo que lo lógico es considerar que el acto emana del Ministerio de la Defensa, quien como todo dispositivo normativo producido por un despacho, lo califica de resolución. Esa es la única explicación para que el acto que ordene la publicación sea una resolución, y que el acto normativo en sí sea un reglamento, porque dados los poderes omnímodos de la Junta no tenía sentido nombrar algo que es “equiparable a una ley” como reglamento, y más cuando se conoce y se puede ver en las *Gacetas Oficiales* de la época (que sí se siguieron publicando) que la forma de ejercicio normativo de la Junta Militar fueron los decretos. Obvia además la sentencia, que si bien el Teniente Coronel Pérez Jiménez era miembro de la Junta, también era el Ministro de la Defensa Nacional, y es en tal carácter con el que ordena que el Reglamento surta efectos, lo que refuerza la idea de que el acto es emanado del Ministerio de la Defensa y no de la Junta.

El argumento esgrimido por la Sala Políticoadministrativa es además incoherente con el enunciado habitual de las Resoluciones de los diferentes Ministerios, donde, por lo general, se estila comenzar la Resolución afirmando que se dicta “siguiendo instrucciones” o “por disposición del Presidente de la República”, sin que por ello se piense que el acto emana del mismo y no del Ministro que firma la Resolución, tal y como ocurre en el caso del Reglamento citado.

Aun cuando, pueda discutirse el origen del Reglamento de Castigos Disciplinarios, lo que está fuera de toda duda es su naturaleza reglamentaria, y esto por una razón muy sencilla, el artículo 385 del Código de Justicia Militar (de 1938) delega “en el Reglamento de Castigos Disciplinarios” lo relativo al castigo de las faltas militares. Ello niega el supuesto contexto histórico que hace del reglamento algo “equiparable a una ley”, pues está claro que el que dictó el reglamento lo hizo en ejecución de un mandato del Código de Justicia Militar, Código que en el artículo mencionado hizo una delegación de un área propia del concepto de reserva legal, siempre desde un contexto de gobiernos no democráticos y autocráticos (con independencia de las mejoras introducidas por los Generales López Contreras y Medina) que no veían problema alguno en que un reglamento estableciera penas de hasta 90 días de arresto sin intervención del Poder Judicial. De la filosofía anterior, que puede verse a lo largo de todo el Reglamento, no dice nada la sentencia, sino que se limita a justificar el carácter legal de algo que nunca pretendió serlo.

El hecho de que haya sido suprimida la Oficina de Publicaciones Oficiales no explica ni justifica la falta de publicación, pues cualquiera que quiera ver los respectivos microfilms en la Biblioteca Nacional, podrá percatarse, como ya se dijo por parte del Despacho dirigido por el entonces Ministro Andueza, que la *Gaceta Oficial* se siguió publicando, por lo que con independencia de la existencia o no de tal oficina, el mecanismo natural de publicación de normas nunca dejó de producirse.

Llama la atención la contradicción en la que incurre la Sala al decir, por un lado, que no importa que la norma no haya sido publicada; y, por otro, el ordenar su publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, pues si eso no invalida la norma, e incluso, a pesar de ello, la norma es una ley, no tiene ninguna utilidad la publicación en *Gaceta Oficial*, a menos que tal situación se considere un mero elemento formal sin vinculación con garantía constitucional alguna.

Con independencia de los orígenes del Reglamento, de su publicación o no, debe terminarse este análisis señalando que ni el artículo 266 de la Constitución, ni el 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia señalan como potestad de la Sala Políticoadministrativa la de decla-

rar como leyes actos normativos, pues el numeral 6 del artículo 266 constitucional hace referencia a los recursos de interpretación de leyes a los fines de determinar “el contenido y alcance de los textos legales”, recurso que como se ve en el caso objeto de la sentencia, no era el que regulaba el procedimiento, pues se trataba de un recurso de nulidad contra un acto de efectos particulares, por lo que, en definitiva, es evidente que la Sala Políticoadministrativa no es la autorizada por la Constitución para determinar o no la calificación de ley por parte de una norma, y por ello tal declaración en la sentencia comentada es una clara extralimitación en los poderes de que está investida y de los que en este caso hizo uso en protección de una norma claramente antidemocrática¹³⁷ y con principios ajenos a lo que ha de ser un cuerpo armado moderno y respetuoso de las libertades públicas.

Por último, si de acuerdo con el criterio dado al efecto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Políticoadministrativa sólo puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas reglamentarias, no estimamos que pueda, *a fortiori*, declarar como ley una norma reglamentaria, pues está claro que el límite de su capacidad de análisis constitucional es el reglamento. Y siendo así, la determinación del carácter de la norma, en todo caso, sólo se puede hacer a través del estudio de normas de rango supralegal, dando todo esto como resultado la patente conclusión de que tal estudio es ajeno a las posibilidades jurisdiccionales de la Sala Políticoadministrativa, pues asegurar lo contrario, sería tanto como aceptar que la Sala Políticoadministrativa al declarar como ley una norma, estaría señalando las competencias de la Sala Constitucional, pues sería ésta entonces la que podría conocer de los recursos por inconstitucionalidad que se intenten contra la ley declarada por la otra Sala, subvirtiéndose de esta manera el papel rector de la Sala Constitucional, que es la que hasta ahora ha fijado los criterios de competencia de los demás componentes del Tribunal Supremo en el ámbito constitucional.

¹³⁷ Un ejemplo de esto, además de los citados previamente, es el artículo 18 que textualmente dice: “El que manda deberá a todo trance hacerse obedecer de sus subordinados”, así como el artículo 172, literal f) que declara que el Reglamento es aplicable a “Los empleados civiles del Ejército, siempre que se les hubiere dado carácter militar” (¿?).

CONCLUSIONES

Respecto de las normas de derecho comparado:

- Debido a las características peculiares que los diferencian del resto de los funcionarios públicos, se reconoce la necesidad de limitar los derechos de los militares, basándose fundamentalmente dicha necesidad en el mantenimiento de la disciplina.
- Igualmente, se reconoce, que tales limitaciones deben estar regidas por el respeto a los principios de legalidad y reserva legal, de manera formal y de adecuamiento a los principios existentes en toda sociedad democrática, en el ámbito material, quedando a las condiciones culturales y sociales de cada país, el regular dichas limitaciones en tal contexto.
- Tales condicionantes a la posibilidad de restringir el ejercicio de derechos, han sido interpretados de manera progresiva, de modo que en todas las legislaciones comparadas se puede apreciar, en algunos casos más que en otros, una mayor libertad en el ejercicio de derechos que anteriormente estaban más limitados.
- El caso particular del derecho a la libre expresión del pensamiento, así como en del derecho a la información, puede concluirse que en el que más limitaciones se imponen al militar, sea por razón de la información a la que en razón de su trabajo tiene acceso, como sea por la inconveniencia que cierto tipo de temas, especialmente políticos, tendrían en el ambiente militar.
- Pese a lo anterior, la crítica constante de la doctrina respecto a las limitaciones a la libertad de expresión, se centran fundamentalmente en la discrecionalidad dada a la administración para determinar cuándo se está en presencia de expresiones que atenten contra la disciplina, sobre todo en temas que sean ajenos a la actividad militar.
- En el supuesto de derecho al sufragio se aprecia que en la normativa comparada se hace un deslinde entre la discusión de temas políticos y la posibilidad de participar en la arena política, pues con

mayores o menores condiciones y en mayor o menor grado, se acepta la posibilidad tanto de participar elecciones como de ser elegido sin separarse totalmente de la institución.

- Respecto al derecho de asociación, las limitaciones se presentan con menos imposiciones que en los casos anteriores, siendo prácticamente la única crítica la existencia de algunas normas que no establecen criterios claros sobre asociaciones permitidas y le dan demasiada injerencia a la administración sobre su capacidad de otorgar permisos para participar en actividades de asociaciones particulares.
- En el caso de la libertad personal, existe, salvo en el caso francés, el cumplimiento del requisito del establecimiento de sanciones que implican privaciones a la libertad por medio de normas de rango legal. Donde sí hay unanimidad es en la posibilidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales en los casos en que el militar así lo considere, e incluso tal posibilidad, tanto en los Estados Unidos de América como en España, tiene preferencia sobre el procedimiento administrativo.

Respecto al caso venezolano:

- La evolución normativa del medio castrense venezolano fue tardía en relación con el papel histórico, y seguramente por ello, que tuvo tal elemento en el desarrollo republicano del siglo XIX.
- Cuando finalmente se dictó la normativa propia sobre el régimen castrense, el sujeto pasivo de dicha legislación no reunía las condiciones para cumplir con las exigencias de una fuerza armada moderna, configurándose la misma a partir del siglo XX.
- Las características fundamentales que las constituciones del siglo XIX dieron a las fuerzas armadas, estaban vinculadas a la sujeción al poder civil, a la necesidad de que las mismas no tuvieran injerencia política y que estuvieran conformadas por tropa alistada.
- Una vez consolidadas las fuerzas armadas como una institución a principios del siglo XX, de manera proporcional se tiene la conciencia de que la misma ha de tener mayor participación en el gobierno del

país, siendo la culminación de tal concepción el establecimiento de la dictadura de Pérez Jiménez, régimen que por primera vez en la historia constitucional venezolana eliminó la obligación de ser no deliberante, así como la condición de obediencia de la institución armada.

- El sistema de gobierno que sucedió a Pérez Jiménez retomó los principios constitucionales sobre las fuerzas armadas, sin hacer alteración a normas fundamentales de la institución (Código de Justicia Militar, Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6) que se dictaron con principios ajenos a los establecidos en la Constitución de 1961.
- Con la aprobación de la Constitución de 1999, se cambian los ejes rectores de la política del Estado respecto a la institución castrense, donde además de modificaciones estrictamente formales, como el cambio de denominación del plural al singular, se introdujeron elementos que reestructuran considerablemente la institución, al asignársele funciones que nunca antes había tenido, como la de ser sujeto del desarrollo nacional.
- Igualmente, la Constitución de 1999 redistribuyó las competencias asignadas a los componentes de la institución, asignándole a la Guardia Nacional, con exclusión de las demás, la relativa al mantenimiento del orden interno.
- En el campo de los derechos subjetivos, el mayor cambio de la nueva Constitución ha sido la de permitir el voto de los militares, con exclusión de la posibilidad de ser elegidos. Queda por determinar en la ley que se dicte para adecuar la normativa castrense a la Constitución, cuáles han de ser los límites del derecho a deliberar que ahora se les ha dado a los militares, pues éste no puede ser absoluto visto las consecuencias en el campo de la disciplina.
- Tanto para el derecho a la expresión del pensamiento, como de información y de asociación, al estar regulados por normas nacidas en regímenes no democráticos, y responder a principios reñidos con el respeto a los derechos humanos, las regulaciones sobre los mismos son inconstitucionales, tanto a la luz de la Constitución de 1961 como al de la actual, quedando en muchos casos, no simplemente limitados tales derechos, sino claramente derogados.

- Esta última conclusión también es aplicable a la libertad personal, quedando sin embargo, la grave preocupación sobre la posición respecto de la norma que regula los castigos disciplinarios por parte de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo, en la medida en que acepta sin entrar en el fondo del asunto, la existencia de una norma violatoria del principio de reserva legal y sin cuestionar los principios atentatorios a los derechos humanos que conforman dicha norma, en manifiesta contradicción a la doctrina nacional e internacional, y sobre todo, en abierta violación al sistema americano de protección de los derechos humanos que exige la adecuación de la normativa interna a la Convención Americana y al respecto a de los derechos humanos.