

EL ACCESO DEL MILITAR PROFESIONAL A LOS CARGOS PUBLICOS ELECTIVOS

SUMARIO: Derecho de sufragio pasivo.—Derecho comparado.—Antecedentes.—Regulación actual: Real Decreto-ley de 8-II-1977. Constitución de 27-XII-1978. Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley de 28-XII-1978. Código Penal Militar, Ley Orgánica de 6-XI-1980. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ley Orgánica de 19-VI-1985. Régimen Electoral General. Ley Orgánica de 27-XI-1985 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.—Conclusiones.

En la historia de los pueblos por encontrar un marco de convivencia, libertad y progreso, los sistemas democráticos, desde su aparición, han tenido ciertas metas que se consideraban fundamentales para configurar la sociedad, de modo que el sistema político y la comunidad de ciudadanos e instituciones constituyen un entramado suficientemente sólido de forma que la fuerza de la organización política se basase, precisamente, en el espíritu y configuración vertebrada de la sociedad.

Para ello, dos de los medios —que al mismo tiempo pueden ser contemplados como fines básicos— para lograr dicha armonización son el principio de igualdad y el principio de participación.

El primero de ellos deriva de la propia dignidad intrínseca de todos los hombres, que exige un tratamiento igual de la totalidad de los seres vivos que ostentan la cualidad de personas (elemento primario), sin que este principio básico pueda ser alterado por otros condicionamientos como el sexo, religión, situación económica, ideología... (elementos secundarios), sin perjuicio de reconocer que éstos puedan influir a la hora de configurar el principio básico de igualdad, pero sin que puedan hacer quebrar ésta.

El segundo principio antes apuntado, el de participación, que deriva parcialmente del anterior, supone que siendo el pueblo, y no el Estado, ni tampoco otras organizaciones civiles o religiosas, el motor de la historia de las naciones, el propio pueblo puede tener la exigencia y responsabilidad de intervenir en las decisiones que afectan a la propia comunidad, de modo que si hiciese abandono o fuese arrebatado de su propia conciencia, sería el mejor caldo de cultivo para regímenes contrarios a los principios de libertad e igualdad, raíces, a su vez, del de participación.

En definitiva, proclamar el principio de participación implica crear

cauces para que *todos* los ciudadanos puedan intervenir de manera activa, responsable y *libre* en las decisiones que afecten a la propia colectividad en sus diversas facetas políticas, económicas, sociales, culturales, etc., convirtiéndose así en protagonistas de su propia historia. A su vez, estos cauces pueden ser directos e indirectos. Los primeros eran característicos de la democracia griega y mantienen ciertas manifestaciones en las sociedades modernas como la técnica del referéndum, derecho de petición, etc. Los segundos están más generalizados en el mundo de hoy, una de cuyas proyecciones más características es precisamente el derecho de sufragio, que supone poder elegir (sufragio activo) y ser elegido (sufragio pasivo) como representante cualificado de la sociedad o al menos de determinados grupos sociales en las más diversas instituciones, siendo la principal, sin duda, el Parlamento como depositario de la soberanía popular.

Por otra parte, la sociedad de nuestro tiempo presenta —entre otros fenómenos— tres de carácter singular. Primeramente, la vertebración cada vez más cualificada de sus componentes, en un proceso continuado que tiende a permanecer de una manera dinámica con facetas peculiares. Los estamentos, «clases», actividades previstas por PLATÓN —artesanos, guerreros, sacerdotes, etc.—, aun dentro de un régimen de aceptación de la esclavitud y superada ésta en la sociedad contemporánea, perviven en cuanto a lo que tienen de modulación o *status*. Serán razones y exigencias distintas, pero están ahí, lo cual plantea en el Derecho moderno el tema de las relaciones especiales de sujeción a afectar a aquellas personas cuya vinculación con el Estado es susceptible de una modulación singular.

El segundo dato que recogemos se encuentra en una tendencia a la «democratización» de la sociedad misma, una vez puesta en tensión dinámica la dignidad de la persona humana, que estuvo siempre en las raíces cristianas y que modernamente ha alcanzado su racionalización en los derechos humanos, civiles y políticos.

El tercer fenómeno es la doble propensión a la profesionalidad y especialización de aquellos grupos cualificados de la sociedad, precisamente para hacer viable la generalización de los derechos democráticos en el orden personal, con las mismas limitaciones, dentro de la propia sociedad democrática en desarrollo y en paz, grupos cualificados entre los cuales aparecen los militares.

Una vez apuntados estos tres fenómenos, hemos de señalar que el p^ortico, el Título Preliminar, de nuestra Constitución, recoge y proclama los principios fundamentales que han de regir no sólo en nuestra Ley Fundamental, sino también, desde una perspectiva kelseniana, todo el Ordenamiento jurídico como conjunto de normas, haciéndose en él referencia a ciertas instituciones que se consideran esenciales para que los principios que se proclaman puedan no sólo asegurarse, sino también hacerse efectivos.

Dejando a un lado otros principios que son objeto de ponencias y estudios diferentes, por nuestra parte nos interesa destacar el de libertad e igualdad (art. 1.1) y especialmente el de participación (art. 9), los

cuales se configuran no sólo como principios, sino también como derechos.

Por otro lado, los grupos sociales a que antes nos referimos y a los cuales la Constitución atribuye un realce singular al recogerlos en el Título Preliminar, son los partidos políticos (art. 6), sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales (art. 7) y las Fuerzas Armadas (art. 8), sin que ello suponga que se encuentren en un mismo plano.

Pues bien, el principio del derecho de participación, además de ser recogido en el artículo 9, tiene una formulación concreta en el artículo 23, sin perjuicio de sus manifestaciones más explícitas a lo largo del articulado. A su vez, por lo que se refiere a las Fuerzas Armadas no vuelven a ser mencionadas con carácter general en la Constitución, aunque se hacen algunas referencias al abordar derechos específicos como el de sindicación y huelga (art. 28), petición (art. 29), etc.

Más concretamente, el derecho de participación que proclama el artículo 9 y desarrolla el artículo 23 tiene dos manifestaciones concretas como son el derecho de sufragio activo o facultad para elegir representantes de la vida política para el órgano de representación del pueblo español, el Parlamento, y el derecho de sufragio pasivo que supone la posibilidad de ser elegido representante de la Nación, titular de la soberanía (art. 1).

Refiriéndonos ya a los militares profesionales, integrantes de las Fuerzas Armadas, hemos de estudiar cómo se desarrolla el derecho a participar en los asuntos públicos.

Por lo que se refiere al derecho de *sufragio activo*, no plantea excesivas cuestiones. Al respecto hemos de señalar que una de las más importantes conquistas de los sistemas democráticos es la generalización del cuerpo electoral; así, frente a formas limitativas de este derecho que suponían el denominado sufragio *restringido*, en el cual únicamente se atribuía el derecho de voto —como manifestación explícita del derecho de participación— a ciertas personas que reuniesen determinadas condiciones de fortuna o capacidad, en el presente siglo las Constituciones modernas han proclamado el principio de «una persona un voto», que supone la consolidación del sistema de sufragio universal.

Así, el artículo 23 reconoce el derecho de «*los ciudadanos a participar... por medio de representante en elecciones periódicas por sufragio universal*». Por su parte, los artículos 68 y 69, refiriéndose a las dos Cámaras del sistema parlamentario español, hablan de los representantes elegidos por «*sufragio universal, libre, igual...*»

De esta manera, reuniéndose los requisitos generales como son el de la edad, el estar en plenitud de derechos civiles y políticos y el hecho de hacerlo en la circunscripción electoral que corresponda, cualquier integrante de las Fuerzas Armadas, con independencia del ejército de su procedencia y del grado militar que ostentase, puede ejercer de modo efectivo el derecho de sufragio activo, sin que puedan encontrarse razones políticas ni legales para restringir el ejercicio de este derecho, derecho que viene reconocido con carácter general en la Constitución

de 1978, sin que ésta, «ni en su espíritu ni en su letra», imponga ningún tipo de limitación.

En este sentido, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, establecen en su artículo 184 que «los mandos militares darán las debidas facilidades a los componentes de las FF. AA. para que puedan ejercer libremente el derecho al voto».

En esta línea se manifiesta igualmente el Derecho comparado, destacando también en este sentido la posibilidad de instalación de colegios electorales en los establecimientos militares en Bélgica e incluso la facultad de utilizar en Suiza para el ejercicio de este derecho los denominados «correos militares».

DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

Así como hemos visto que el derecho de sufragio activo de los militares no plantea mayores problemas, no sucede lo mismo con otros derechos que la Constitución consagra. En efecto, aun reconociéndose que los derechos y libertades fundamentales emanan de la dignidad de la persona y se extienden por igual a todos los ciudadanos, ello no impide reconocer que el ejercicio afectivo no sea absoluto e ilimitado, sino que por razones profundas del bien común y del interés general pueden tener una serie de limitaciones o condicionantes superiores reconocidos en las Leyes.

En efecto, esas limitaciones, al tratarse de una excepción, han de reunir ciertos requisitos, como son los siguientes. Primeramente han de ser limitaciones superiores, exigidas por el bien común, excluyéndose así cualquier origen caprichoso, ni siquiera coyuntural. En segundo término han de ser racionales, que respondan a presupuestos lógicos y concretos. Igualmente, esas limitaciones han de ser restrictivas, ya que, dado su carácter excepcional, han de ser interpretadas de una manera restringida. En cuarto lugar, estos condicionantes han de ser proporcionados, es decir, que exista una adecuada correlación entre el fin perseguido y el instrumento empleado. Otro requisito de las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales es el que aquéllas no supongan agravios comparativos para sus titulares en relación con la generalidad de los ciudadanos. Y, finalmente y en sexto lugar, dichas limitaciones han de ser legales, y venir impuestas por normas de rango de Ley, e incluso, según gran parte de la doctrina, en normas contenidas en el propio Texto Constitucional.

Estas limitaciones tienen manifestaciones concretas para el militar profesional en nuestro Texto Constitucional, como es el caso del derecho de huelga y sindicación, el derecho de petición, etc.

Por nuestra parte hemos de referirnos al ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

DERECHO COMPARADO

Antes de entrar en el estudio del Derecho positivo especial, conviene hacer una referencia que nos aproxime a la configuración del derecho de sufragio pasivo de los militares en algunos países de nuestra órbita occidental y democrática.

Así, en el caso de Italia, los candidatos al Parlamento que ostenten la condición de militares pasan por el hecho de presentarse a las elecciones a una situación de licencia temporal que dura toda la campaña electoral. Tras la celebración de los comicios, si no son elegidos, volverán a su anterior puesto con plenitud de derechos; por contra, si hubiesen obtenido escaño pasan a una situación que se denomina de *expectativa*.

Siguiendo con otro Estado federal, hemos de destacar que, en Alemania, los militares que se presenten a unas elecciones parlamentarias tienen la obligación de comunicarlo a sus superiores, y sólo en el supuesto de ser electos y aceptar su elección pasan a la situación de retirado.

Por otro lado, en Francia, los militares pueden concurrir a los comicios, y durante el tiempo electoral se levantan las restricciones que habitualmente les afectan, como la referida a la libertad de expresión, y si obtienen acta parlamentaria y aceptan su elección pasan a una situación de *excedencia*, si bien tras la expiración de su mandato pueden volver al servicio activo.

ANTECEDENTES

El proceso constitucional español desde las Cortes de Cádiz es, sin duda, peculiar, al igual que la participación de los militares en el propio proceso constitucional y en la vida política. Pero por eso mismo es significativo que en ninguna de nuestras Constituciones o Leyes que las desarrollasen obligasen a una situación de baja en la carrera militar, sino que la cuestión tenía básicamente su reflejo en las situaciones militares, en orden a una disminución o pérdida de retribuciones.

Así, el Estatuto Real de 1934 incluía entre las personas que podían ser integrantes de la Cámara Alta a los generales. Por su parte, las Constituciones de 1837 y 1845 adoptaron esta misma línea de compatibilidad entre empleos públicos y escaños parlamentarios. Por otro lado, el texto constitucional de 1845 diseñó un Senado integrado por personalidades designadas por el monarca, entre las cuales se hallaban altos grados militares. Asimismo, en 1857, las diversas Leyes sobre incompatibilidades excluyeron de su ámbito a militares con alta graduación. Por lo que se refiere a la República, hay que destacar que la Ley de Incompatibilidades de 1933 afectó también a los militares, siendo el efecto de la obtención del acta el pase a la situación especial de *excedencia forzosa* para cargos parlamentarios.

Finalmente, reseñar que en el régimen anterior, concretamente en el artículo 3 de la Ley de Cortes de 1943, figuraban como requisitos para acceder a la condición o cualidad de procurador en Cortes tan sólo los requisitos de ser español, mayor de edad y estar en el pleno uso de los deberes civiles; por su parte, en el artículo 13 se hablaba de supuestos de incompatibilidad que pudieran afectar a funcionarios —sin especificación de civiles o militares—, obligándose a una opción y pasando a la situación de excedencia especial o a la de disponible forzoso (la primera, propia de los funcionarios públicos-civiles, y la segunda, de los militares). Incluso algunas sentencias de la Sala V del Tribunal Supremo llegaron a confirmar la prevalencia de la situación de disponible forzoso de un militar, procurador en Cortes que lo era por razón del cargo, frente al criterio de la Administración Militar, la cual entendió, con dudoso criterio, que la situación a aplicar era la de «al servicio de otros Ministerios». Finalmente, destacar que la Ley de Reforma Política de 4 de enero de 1977, cauce que sirvió para la elaboración de nuestra Ley Fundamental, amplía el sufragio activo y pasivo, y no contiene ninguna norma restrictiva para los militares, manteniendo el principio de no discriminación.

Hasta aquí, pues, habría que entender la condición de elegibilidad de los militares, sin perjuicio de las situaciones administrativas para el ejercicio de la actividad.

En definitiva, se reconocía a lo largo de nuestra historia contemporánea al militar profesional unos plenos derechos de sufragio pasivo, pudiendo acceder libremente a cargos públicos electivos, si bien en el caso de ser elegidos pasaban a unas situaciones singulares; así, y por tanto, habría de estarse al resultado electoral.

REGULACIÓN ACTUAL

En este punto procede hacer un breve estudio de las normas que regulan el acceso de los militares a los cargos públicos electivos, destacando de una manera especial los artículos y los principios de nuestro texto constitucional en esta materia.

Real Decreto-ley de 8 de febrero de 1977

Este Decreto cambia sustancialmente la normativa anterior y rompe con nuestros antecedentes históricos de no discriminación en razón de la condición militar para el acceso a cargos públicos, en concreto de los electivos, así como en cuanto a la regulación de las situaciones administrativas de los militares, tal y como se establecían en las Leyes de rango fundamental y la propia Ley para la Reforma Política.

Tras una exposición de motivos en la que se alude al alto papel y misión de las Fuerzas Armadas, el mencionado Decreto-ley, más que

unos supuestos de inelegibilidad de los militares, establece un principio de *prohibiciones* («no podrán», «quedan prohibidas...»), no resultando afortunado el penúltimo párrafo de la exposición de motivos que alude al Derecho comparado y «principios tradicionales de las Fuerzas Armadas». Dicho Real Decreto-ley pudo obedecer a cuestiones políticas coyunturales de carácter pragmático, puesto que los informes de las Asesorías Jurídicas de los propios Ministerios Militares en otros dictámenes no iban en esa línea.

Concretamente, en el artículo 2 se dice que «no podrán, quienes con carácter profesional, formen parte de las Fuerzas Armadas, cualquiera sea su empleo y situación... aceptar candidaturas para las mismas (cargos públicos) cuando sean electivos y tengan carácter político».

La amplitud de la prohibición llega hasta el punto de afectar a los que se encontrasen en la situación de supernumerarios, es decir, de no actividad.

Los efectos se encuentran en el artículo 5, donde se indica que para poder ejercer las actividades que se mencionan en el artículo 2 el personal al que el mismo se refiere deberá solicitar y obtener el pase a la situación de «retirado» o solicitar y obtener si se trata de oficiales generales el pase definitivo a «situación especial».

Incluso en el artículo 7, puntos 1 y 2, de este Decreto-ley se remiten a sanciones penales (arts. 443, 437 y 1011 del Código de Justicia Militar).

Por otro lado, una disposición transitoria daba efectos retroactivos a cualquier situación anterior, y en la disposición final segunda se derogaban cuantas disposiciones «de igual o inferior rango» que se opusieran a dicho Decreto-ley. Por tanto, podría entenderse que no afectaba a las normas anteriores sobre la situación de disponible establecido en la Ley de Cortes, no modificada en este sentido por la Ley de Reforma Política.

De todas maneras, todavía del artículo 5.º podría desprenderse que la prohibición estaba para «ejercer», no para presentarse en candidaturas, y que el requisito de «solicitar y obtener» era para cuando, de ser elegido, hubiera de ejercer la actividad parlamentaria. No obstante, la contundencia de sustituir la inelegibilidad o incompatibilidad por prohibición predominaba, tal como tuvo su reflejo en otro Decreto, éste de 1 de abril de 1977, dictado en desarrollo del anterior.

Constitución de 27 de diciembre de 1978

Podría parecer que las razones restrictivas, de carácter excepcional, que pudieron motivar las normas anteriores habrían de ser superadas al aprobarse el Texto Constitucional y convertirse las Cortes en Organos constituyentes, dando paso a una normalidad democrática. Los preceptos de nuestra Carta Magna podrían estar orientados en este sentido.

Así, el artículo 1 proclama los principios de libertad, igualdad y pluralismo político.

Por su parte, el artículo 8 define la misión de las Fuerzas Armadas en el sentido de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

A su vez, el artículo 9 consagra el principio de participación atribuyendo a los Poderes Públicos el deber de «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política», al mismo tiempo que la propia «Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica...».

En el mismo sentido, el artículo 14 consagra el principio de igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón «... de cualquier condición o circunstancia personal o social».

Del mismo modo, el artículo 23 reconoce el derecho de todos los ciudadanos a «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos...».

Por su parte, el artículo 70 remite a la Ley Electoral las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, en razón de cargos o estatuto profesional, y en su párrafo e) se refiere a «los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo». De este último precepto, más en concreto, puede verse que a nivel de Carta Magna no hay un sentido «prohibitivo», sino de «inelegibilidad», mejor que incompatibilidad, que se refiere al cargo. Así, técnicamente se supera la terminología anterior y alude ya a la profesionalidad y a la actividad, pudiendo entenderse, por tanto, como mucho más progresista esta normativa.

Y, finalmente, habrá de tenerse en cuenta el párrafo segundo del artículo 1.I —introducido en el Senado— en cuanto se hace una remisión global, cualificada a su vez, a la Declaración de Derechos Humanos, Tratados y Acuerdos Internacionales, a la hora de una interpretación de las normas referentes a los «derechos fundamentales y libertades». Por lo tanto, esta normativa internacional debe de pesar en el desarrollo posterior del apartado e) del artículo 70.

*Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas,
aprobadas por Ley de 28 de diciembre de 1978*

Esta Ley es cronológicamente simultánea a la promulgación de nuestro Texto Constitucional, y en ella se definen los derechos y deberes de los militares, señalándose en el artículo 169 que tienen «todos los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas». Si bien nos interesa destacar que esta Ley, cuya fecha de sanción es el 28 de diciembre, dos días más tarde que la Constitución, si bien ésta no fue publicada hasta el día siguiente, es sólo una Ley ordinaria, en contra de lo que preceptúa el

artículo 81 de nuestra Ley Fundamental, sin que esta objeción quede salvada por la remisión que hace a ella la Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar de 1 de julio de 1980.

Código Penal Militar, Ley Orgánica de 6 de noviembre de 1980

Por lo que se refiere a esta norma, que al principio pudiera decirse que no es de carácter estrictamente constitucional ni electoral, dada su naturaleza penal, hay que destacar que tiene cierto interés. Primero porque, correctamente, es una Ley Orgánica. Y segundo porque en su artículo 443.2.d) califica de faltas leves «... ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical, sin haber solicitado el paso a la situación que legalmente está señalada».

Pues bien, a diferencia del artículo 7.1 y 2, anteriormente citado, del Decreto-ley de 8 de febrero de 1977, se advierte una benignidad de penas y se limita al hecho de una «sanción leve» en el trámite de la «no solicitud», sin entrar en el tema del ejercicio, de la actividad; subrayamos, por último, que la remisión a la legalidad de la situación que corresponde no es concreta, es decir, no se refiere propiamente a materia electoral. Por tanto, parece que mira más potencialmente a una norma futura.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el «BOE» de 2 de abril de 1985 se publica el Protocolo de 16 de diciembre de 1966 al que se adhirió España por Instrumento de 17 de enero de 1985 al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin que haya ninguna reserva por parte del Estado español. En este sentido, resultan sumamente explícitos los artículos 25 y 26 del citado Pacto. Este último precepto, en la misma línea del artículo 14 de nuestra Constitución, proclama que «todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley». Por su parte, el artículo 25 es también taxativo cuando señala que «todos los ciudadanos gozarán de los siguientes derechos: a) participar en la dirección de los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país». Por lo tanto, automáticamente, entra en juego el párrafo 2 del artículo 10 de la Constitución citado, en cuanto a las normas de interpretación de los derechos fundamentales y libertades. Y motivo es, en pura técnica o hermenéutica jurídica, para que

por Ley Orgánica se regulasen las de los militares profesionales, ante una actividad política, sin restricciones y discriminaciones que impidan el ejercicio del derecho de sufragio, tal y como hace el mencionado Pacto.

Ley Orgánica de 19 de junio de 1985. Régimen Electoral General

Esta es la normativa general en materia electoral que ha venido a sustituir al transitorio Decreto-ley de 8 de marzo de 1977. Pues bien, la exposición de motivos de la reciente Ley Orgánica es suficientemente expresivo al decir que «la Constitución española se inscribe de forma inequívoca entre las Constituciones democráticas más avanzadas del mundo occidental», siendo esta motivación suficiente para superar y derogar los anteriores mecanismos que desde el Decreto-ley de 8 de febrero de 1977 regulaban la materia electoral. Al tratarse, pues, de una Ley Orgánica electoral general, es aquí donde cabría contemplar para el futuro los condicionamientos previstos, y a los que se remitiría el artículo 70.1.e), antes citado, de la propia Constitución.

En la parte dispositiva, concretamente en el capítulo II del Título I, el artículo 6.º enumera de un modo exhaustivo no ya las personas inelegibles, sino las causas de inelegibilidad, y concretamente en el apartado primero, letra i), se atribuye inelegibilidad a los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo, siendo en realidad una transcripción del artículo 70.1.e), tan repetidamente citado.

Al respecto del artículo citado de la Ley Orgánica conviene destacar que se habla de «solicitar», no de «solicitar y obtener», que figuraba en los Decretos-leyes de 1977. Y así como para los miembros de la carrera judicial y fiscal y Fuerzas de Seguridad y Policía hay una reserva de plaza y destino, siendo por tanto una baja temporal, en cambio hay un silencio discriminatorio al no proclamar los mismos efectos respecto los profesionales militares que están unidos a los dos grupos anteriores en el punto tercero del artículo 7.

Sigue dando, así, la sensación de que el legislador no ha querido concretar el mandato constitucional del artículo 70.1.e), por lo que respecta al militar profesional. Un jurista puede y debe preguntarse, por tanto, si del contexto constitucional y de la Ley Electoral de 1985 sigue o no vigente el Decreto-ley de 1977, de 8 de febrero, dictado para una situación coyuntural y especial, pudiendo hablarse, incluso, de una derogación tácita, aunque no figure en la disposición derogatoria y en razón del impulso de la propia fuerza y mandato constitucional y los principios que la inspiran.

*Ley Orgánica de 27 de noviembre de 1985,
de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*

En esta norma se tipifican, en el artículo 8, como faltas leves, el «prestar colaboración a organizaciones políticas y sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida», y, por su parte, el artículo siguiente califica como grave el hecho de «ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas en las leyes».

Por otro lado, en la disposición derogatoria se señala expresamente que quedan sin efecto «los apartados 1 y 2 del artículo 7 del Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de las Fuerzas Armadas», lo que induce a pensar que el resto de los preceptos (los puntos derogados se referían a las sanciones penales que pasan a la Ley citada como faltas leves o graves) del Decreto-ley de 1977 siguen vigentes. Así, el sentido, más o menos zigzagueante, de modelación, de cualificación o atenuación de la distinta legislación examinada se viene abajo. Con lo cual una norma que fue motivada por una coyuntura excepcional, las primeras elecciones democráticas, a pesar del sentido «avanzado» de la nueva Constitución, se mantiene en vigor, sin haberse progresado en esta materia en los criterios de participación y no discriminación de los derechos civiles y políticos de los militares profesionales.

CONCLUSIONES

1. El Real Decreto-ley de 8 de febrero de 1977 y su desarrollo reglamentario constituyó, en su momento, una infracción, violación o modificación de las normas —entonces fundamentales— vigentes, que permitían la participación de los militares profesionales en la vida política, aunque debieran pasar a la situación de «disponible forzoso».

2. No se entiende cómo esta norma, con rango de Decreto-ley, pueda entrar a regular una materia tan fundamental como la de derechos y libertades, del mismo modo que tampoco se explica que proceda a adoptar criterios restrictivos, dado el carácter y naturaleza de este tipo de normas emanadas del poder ejecutivo, y que responde a unos supuestos de extraordinaria necesidad y emergencia, sin que razones políticas concretas y coyunturales justificasen por sí mismo la utilización de un Decreto-ley.

3. En todo caso, ha de advertirse que en esta normativa se violan ciertos preceptos y principios constitucionales. Así, se observa la no conformidad con el artículo 9 de nuestra Ley Fundamental, que encomienda a los poderes públicos la obligación de facilitar la participación de los

ciudadanos en la vida política, cuando lo cierto es que mediante este Decreto se restringe; al igual sucede con el artículo 23, que proclama el derecho que tienen los españoles a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad con los requisitos que establezca la Ley. A este respecto, destacar que mediante esta expresión la Constitución está pensando no ya en todo tipo de normas, con valor de Ley, sino sólo en aquellas que provienen del auténtico poder legislativo, el Parlamento. Otra segunda cuestión es la posibilidad que una Ley marque unos requisitos, lo cual no tiene nada que ver con el hecho de que se impongan condicionantes tales que supongan auténticas prohibiciones, constituyendo un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida.

4. En todo caso, hay que recordar que uno de los principios fundamentales en nuestro Ordenamiento constitucional es el de no discriminación. Al respecto, debe destacarse que en el artículo 70 de la Constitución se recogen los supuestos de inelegibilidad, siendo casi todos ellos derivados de su carácter político y provenientes de nombramiento libre. Sólo existen en este precepto tres casos donde la inelegibilidad entronca con el carácter profesional, cuales son los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los Jueces y miembros de la Carrera Fiscal y los militares. Pues bien, en los dos primeros se habilita una excedencia voluntaria para el caso de presentarse a unos comicios, pasando a la situación de servicios especiales para el caso de ser elegidos, con reserva de puesto y otros derechos. Por contra, el militar profesional es tratado de forma discriminatoria; ha de pasar a la situación irreversible de retiro por el simple hecho de presentar su candidatura. Todo ello sin que esta discriminación tenga fundamento jurídico constitucional.

5. La incorporación de España a la CEE y a la OTAN y el precepto 10.2 de la Constitución exigen una regulación en esta materia paralela al Derecho Europeo Comparado, para que no suponga una discriminación y desigualdad interna, pues ni siquiera los conocidos principios de supremacía civil, neutralidad política, unidad y disciplina pueden justificar un trato de segunda categoría para un colectivo de nuestra sociedad que, además, ha superado todo tipo de recelos al acatamiento de las fuerzas armadas a nuestro sistema democrático.

6. Resulta fundamental la elaboración de un Estatuto del profesional militar que con rango de Ley Orgánica regule de una manera conjunta los derechos y libertades fundamentales de los militares profesionales, ciudadanos de pleno derecho, haciendo una interpretación progresista y no discriminatoria de esta materia, sin perjuicio de reconocer ciertas singularidades derivadas del papel que el artículo 8 atribuye a las Fuerzas Armadas, pero sin que ello suponga violación de preceptos y principios formales y materiales, proclamados en nuestra Constitución, pudiendo incluso procederse a una revisión administrativa y constitucional en aquellos supuestos concretos de aplicación restric-

tiva del Decreto-ley de 8 de febrero de 1977 que hubiesen obligado el pase a la situación de retiro.

NOTA FINAL

Este breve estudio fue redactado en 1987 y constituyó una comunicación a las Jornadas que, sobre el Título Preliminar de la Constitución, organizó en mayo de ese año la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y con cuya amabilidad se publican ahora en esta REVISTA.

Por ello, resulta necesario señalar que con posterioridad se dictó la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional que deroga expresamente el Real Decreto-ley 10/1977. En esta Ley se contempla la situación de excedencia voluntaria cuando los militares de carrera «sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo» y previéndose también que si concurrieran a unas elecciones» y no resultaren elegidos permanecerán en situación de excedencia voluntaria por un período de dos años» y si resultaren electos «continuarán en esta situación hasta dos años después de la terminación del mandato» (art. 100, apartado uno y cuatro).

A la luz de esta nueva normativa, puede afirmarse que si bien ya no se penaliza con efectos tan graves y radicales al militar que en uso de sus derechos participare en unas elecciones tal y como sucedía antes, sin embargo puede señalarse que se pretende disuadir y desincentivar cualquier tipo de participación política representativa de los militares, dadas las consecuencias tan gravosas que conlleva el pase a la situación de excedencia voluntaria como puedan ser el límite mínimo de dos años en dicha situación, la inmovilización en el escalafón militar dado el sistema de ascensos, los efectos en cuanto a trienios y derechos pasivos...

Así, y a modo de conclusión, puede afirmarse que la Ley 17/1989 ha supuesto un importante avance respecto la situación anterior, mejorando la regulación tan rechazable que aportaba la normativa antes vigente, si bien consideramos que se podía haber avanzado más y haber hecho una regulación más progresiva e igualadora respecto al personal civil, aun reconociendo sus singularidades, en la línea más avanzada de los países occidentales, una vez que se han ido alejando los miedos de desestabilización y no olvidando que en nuestra historia es mejor permitir la participación democrática de personas militares que reducir a éstos a los cuarteles, donde los peligros son más evidentes, pues la consolidación del sistema democrático supone también una normaliza-

ción de las situaciones y las relaciones sociales y de poder, promovándose una integración armónica de los diversos sectores y una participación efectiva de todos los ciudadanos en la vida política del país.

Jesús LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES
Abogado del Estado.
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
de la Universidad de Cantabria