

EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DE LOS MILITARES DE CARRERA TRAS LA LEY DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

POR

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago

SUMARIO: 1. Los antecedentes históricos.—2. El derecho de sufragio pasivo en las normas preconstitucionales.—3. El Derecho Comparado: Francia e Italia.—4. La Constitución de 1978 y el Derecho Militar de desarrollo constitucional.—5. Las previsiones de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.—6. El régimen jurídico del derecho de sufragio pasivo de los miembros de las FAS tras la Ley del Régimen del Personal Militar Profesional.

1. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Un repaso a nuestro constitucionalismo histórico nos muestra, a modo de pauta general, que la condición de militar no ha sido objeto de tratamiento específico en relación al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, esto es, del derecho a figurar como candidato para el acceso a cargos de naturaleza representativa y carácter electivo, por lo menos en la mayor parte de las ocasiones.

Será básicamente a través de la vía de las incompatibilidades como legalmente podrá verse afectado el ejercicio de este derecho por los militares, si bien no en cuanto integrantes de los Ejércitos, sino en su calidad de «empleados públicos nombrados por el Gobierno». Es muy significativo a este respecto que —como se ha recordado (1)— fuera al hilo de la cuestión del régimen de incompatibilidades como se planteara por primera vez esta problemática.

Los artículos 45 y 75 de la Constitución de Cádiz (que contemplaban los requisitos necesarios para ser nombrado elector parroquial o de partido) se limitaban a exigir la condición de ciudadano mayor de veinticinco años, vecino y residente en la parroquia o

(1) Pablo CASADO BURBANO, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 233.

partido. En los debates constituyentes se intentaría sin éxito que a los militares en activo les bastase la residencia accidental, por razón de oficio, circunstancia que finalmente no llegó a ser aprobada. Y el artículo 91 del código político gaditano exigiría para ser diputado a Cortes: la condición de ciudadano en el ejercicio de sus derechos, mayor de veinticinco años, nacido en la provincia o avecindado en ella con residencia al menos de siete años, bien fuere del estado seglar o del eclesiástico secular (a ello añadiría el art. 92 el hallarse en posesión de una renta anual proporcionada, procedente de bienes propios).

Frente a tales previsiones, el artículo 97 determinaría que «ningún empleado nombrado por el Gobierno podrá ser elegido diputado a Cortes por la provincia en que ejerce su cargo». Como parece lógico, tal prescripción afectaba muy directamente a los militares, dada su condición de empleados nombrados por el Ejecutivo, pero ello no suponía la existencia de un régimen particular y menos aún de un régimen discriminatorio.

Por lo demás, la realidad nos muestra (2) que los diputados de las Cortes de Cádiz que gozaban de la condición de militar tuvieron un papel protagonista en la labor progresista de reformas emprendida por las Cortes. Unidos al sector burgués, formaron, como significa BUSQUETS (3), el meollo del grupo liberal, en oposición al sector aristocrático y clerical que en general fue servil, bien que, a nuestro modo de ver, convendría efectuar ciertas matizaciones —que ahora no son del caso— respecto del llamado sector clerical.

El artículo 132 de la Ley constitutiva del Ejército (aprobada por el Decreto XXXIX, de 9 de junio de 1821), la más seria y coherente tentativa de reorganización castrense de todo el siglo XIX, como bien afirma BLANCO VALDÉS (4), ratificaba cumplidamente la idea precedente al prescribir: «Los militares gozarán de todos los derechos civiles lo mismo que los demás ciudadanos, y las Ordenanzas fijarán la diferente forma en que han de usar de ellos en los casos que así lo exija la naturaleza de su profesión.» No nos cabe la menor

(2) Cfr., al respecto, Raúl MORODO y Elías DÍAZ, *Tendencias y Grupos en las Cortes de Cádiz y en las de 1820*, en «Cuadernos Hispanoamericanos», núm. 201, septiembre 1966.

(3) Julio BUSQUETS, *Los militares en el Legislativo español (1810-1979)*, en «Revista de las Cortes Generales», núm. 5, segundo cuatrimestre 1985, págs. 7 y ss.; en concreto, pág. 9.

(4) Roberto L. BLANCO VALDÉS, *Rey, Cortes y Fuerza Armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI, Madrid, 1988, pág. 378. Acerca de las bases de la nueva constitución militar, cfr. págs. 378-395.

duda de que dentro de esos derechos «civiles» tenía plena cabida el derecho de sufragio pasivo.

La normativa precedente no se verá alterada de modo sustancial con la nueva etapa del constitucionalismo isabelino.

En el Estatuto Real no encontramos otra referencia a los militares que la inclusión de los generales de mar o de tierra entre las categorías que podían acceder a la dignidad de Prócer del Reino. Por su parte, el Real Decreto de 24 de mayo de 1836, para la elección de procuradores a las Cortes Generales del Reino, tras enunciar en su artículo 44 las calidades necesarias para ser diputado, entre las que era de destacar la de hallarse en posesión de una renta propia de 96 reales anuales, o pagar 500 reales de contribución directa, precisaba en su artículo 46 que a los militares se considerará como renta propia el sueldo de cuartel que les corresponda por su grado o el retiro a que tengan derecho, lo que viene a corroborar cumplidamente la consideración de que gozan del derecho de sufragio pasivo en igualdad de condiciones que los restantes ciudadanos.

Consideraciones similares son perfectamente extrapolables a los restantes textos del período. Así, mientras las Constituciones no contemplan la necesidad de establecer un régimen particularizado para el acceso de los militares a cargos de elección popular, las Leyes Electorales de esta etapa (de 20 de julio de 1837, de 18 de marzo de 1846 y de 18 de julio de 1865) mantienen incólume el derecho de sufragio pasivo, que sólo se verá afectado por las causas de inelegibilidad o incompatibilidad legalmente enunciadas, que responden a unas premisas de carácter general. Así, por poner tan sólo unos ejemplos concretos, nos referiremos al artículo 57 de la Ley Electoral de 1837, que declara inelegibles para Diputados o Senadores a los Capitanes generales y Comandantes generales de provincia, circunstancia equiparable a la inelegibilidad de los Regentes, Magistrados y Fiscales de las Audiencias, o de los propios Jefes políticos, inelegibilidad que, en todo caso, se ciñe a las provincias en que tengan su residencia.

A su vez, la Ley de 1846 declarará el cargo de diputado incompatible con el empleo activo de un conjunto de funcionarios, entre los que engloba a los Capitanes generales de provincia y a los Comandantes generales de departamento de marina. Más adelante contempla, al igual que hará posteriormente la Ley de 1865, la inelegibilidad de aquellos funcionarios provinciales que ejerzan autoridad y mando político o militar, o jurisdicción de cualquier clase. La ine-

legibilidad es aquí, una vez más, tan sólo relativa, pues afecta únicamente a los distritos sometidos en todo o en parte a su autoridad, mando o jurisdicción.

Otro dato de interés lo encontramos en la Ley Electoral de 1846, que prevé el derecho a ser incluidos en las listas de electores, con tal que paguen la mitad de la contribución señalada con carácter general, de los oficiales retirados del ejército y armada desde capitán inclusive hacia arriba. La Ley de 1865 llegará incluso a exonerar a los oficiales generales del Ejército y Armada, exentos del servicio, y a los militares y marinos retirados, a partir del empleo de capitán, de todo requisito censitario. Estas últimas previsiones, aunque referidas al ejercicio del derecho de sufragio activo, nos ilustran acerca del trato relativamente favorable recibido en el ejercicio general del derecho de sufragio por quienes gozan de la condición de militar.

A todo lo expuesto conviene añadir que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1845, los Capitanes generales y Tenientes generales del Ejército y la Armada comienzan a encontrar escaño en el Senado, al ser incluidos dentro de las categorías constitucionalmente enunciadas por el artículo 15, de entre las que el Rey podía nombrar a los senadores.

El período revolucionario que se inicia en 1868 traerá consigo algunas modificaciones en este tema. Y así, el Decreto sobre el ejercicio del sufragio universal, de 9 de noviembre de 1868 (en sus artículos 10 y 12), limitará a los militares en servicio activo y a los marinos su ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo, al circunscribirlo a las elecciones de diputados a Cortes, excluyendo por tanto cualquier otro tipo de procesos electorales. Además, el Decreto establece con carácter general que el ejercicio del cargo de diputado a Cortes es incompatible con todo destino público, civil, militar o marítimo que exija residencia fuera de Madrid, circunstancia ésta que había de afectar por fuerza de modo muy notable a quienes tuvieran la condición militar. Aun así, BUSQUETS nos ha recordado (5) que en la Asamblea Constituyente de 1868-69 se pueden contar hasta 37 militares.

Estas limitaciones parecían quedar desprovistas de validez tras la aprobación de la Constitución de 1 de junio de 1869, a tenor de

(5) Julio BUSQUETS, «El derecho de sufragio pasivo de los militares en España desde 1808 a 1936», en el colectivo *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Luis PRIETO y Carlos BRUQUETAS (eds.), Ministerio de Educación y Ciencia-Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1985, págs. 337 y ss.; en concreto, pág. 344.

cuyo artículo 16: «Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones de senadores, diputados a Cortes, diputados provinciales y concejales.»

El propio artículo 16 de la Ley Electoral de 20 de agosto de 1870 parecía ratificar la precedente consideración, al precisar que el derecho electoral y sus ejercicios por el sufragio universal comprende las elecciones municipales, de diputados provinciales, diputados a Cortes y compromisarios para las de senadores. Sin embargo, el artículo 35 se situaba en la misma línea ya trazada por el Decreto de 9 de noviembre de 1868, al prescribir que: «Los electores del ejército y armada en servicio activo no podrán votar en las elecciones provinciales ni municipales», para añadir en un párrafo inmediato: «En las de diputados a Cortes y compromisarios para las de Senadores votarán en el punto donde se hallan el día de la elección, siempre que lleven dos meses de residencia continua.»

En cuanto al derecho de sufragio pasivo, cabe decir que las Leyes Municipal y Provincial de 20 de agosto de 1870 establecieron con carácter general una base elegible bastante más reducida que la base electoral. A su tenor, gozarán de este derecho tan sólo los vecinos cabezas de familia del municipio mayores de veinticinco años, careciendo, pues, de capacidad para ser candidatos tanto los varones mayores de edad no emancipados, como los vecinos que no llevaran, por lo menos, cuatro años de residencia fija en el término municipal (6).

La Restauración no alterará sustancialmente el régimen jurídico del derecho que nos interesa, si bien la realidad nos pone de manifiesto una reducción de la presencia militar en las Cortes (7).

Desde luego, la Constitución de 1876 canalizaría el acceso de los militares a la Cámara alta, al considerar «senadores por derecho propio» a los capitanes generales del Ejército y al Almirante de la Armada, a la par que a los presidentes del Consejo Supremo de la Guerra y del de la Armada. Asimismo, incluía a los Tenientes generales del Ejército y vicealmirantes de la Armada, transcurridos dos años desde su nombramiento, entre las categorías susceptibles de

(6) Cfr., al respecto, Antonio MARTÍNEZ MARÍN, *La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 63-69.

(7) Julio BUSQUETS, *El derecho al sufragio pasivo de los militares...*, op. cit., pág. 344.

ser nombradas o elegidas senadores, bien por el Rey, bien por las corporaciones del Estado y mayores contribuyentes.

La Ley Electoral de 1878 (28 de diciembre), en línea con una constante normativa, incapacitará (art. 9.º, 2.º) para ser admitidos como diputados a quienes se hallaren en una serie de circunstancias de entre las que nos interesa: la relativa a los funcionarios de provincia o de otras demarcaciones, aunque su nombramiento proceda de elección popular, que individual o colectivamente ejerzan autoridad, mando civil o militar, o jurisdicción de cualquier clase, con relación a los distritos sometidos en todo o en parte a su autoridad, mando o jurisdicción.

Por lo demás, la Ley en cuestión no contemplaba ninguna particularidad en relación a los militares al proceder a enunciar las condiciones indispensables para ser admitido diputado en el Congreso (art. 7.º). Si se producía tal circunstancia, por contra, en relación con el derecho de sufragio activo, concebido censitariamente en esta norma (art. 15). En efecto, su artículo 19 exoneraba del requisito censitario a ciertos militares, al prescribir que también tendrán derecho a ser inscritos en las listas como electores, siempre que hubieren cumplido 25 años, los oficiales generales del Ejército y Armada exentos del servicio y los jefes y oficiales militares y marinos retirados con goce de pensión por esta cualidad, o por la cruz pensionada de San Fernando, aunque sean de la clase de soldado.

La Ley Electoral de 1890, que como es sabido consagra de modo ya irreversible el sufragio universal en nuestro país, declarará elegibles para el cargo de Diputado a Cortes a todos los españoles varones de estado seglar, mayores de veinticinco años, que gocen de todos los derechos civiles; sin embargo, no deja de ser curioso que a la hora de enunciar quiénes son electores, y tras considerar como tales a todos los españoles varones mayores de veinticinco años, que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles y sean vecinos de un municipio en el que cuenten dos años al menos de residencia, prive de tal condición de elector a «las clases e individuos de tropa que sirvan en los ejércitos de mar o tierra», los cuales no podrán emitir su voto mientras se encuentren en filas; esta suspensión en el ejercicio del derecho se proyecta asimismo hacia quienes se encuentren en condiciones semejantes dentro de otros cuerpos o institutos armados dependientes del Estado, la provincia o el municipio.

Las restricciones precedentes serán reiteradas por la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907, con la sola precisión de que las per-

sonas vinculadas a Cuerpos o Institutos armados distintos de los Ejércitos habrían de estar sujetas a disciplina militar para que operara la restricción aludida. La Ley de 1907, por lo demás, incapacita para la elección como diputados, entre otros, a los militares que formen parte de las comisiones mixtas de reclutamiento y reemplazo, bien que sea ésta una incapacidad relativa, dado que se limita al distrito o circunscripción donde alcance la autoridad o función de que esté investido el diputado electo.

La legislación electoral de la Segunda República (Decreto de 8 de mayo de 1931, regulador de las elecciones de diputados para Cortes Constituyentes, y Ley Electoral de 27 de julio de 1933), como es conocido, se limitaría a introducir algunas modificaciones en la normativa de la Ley Electoral de 1907, no afectando ninguna de esas reformas a la cuestión que suscita nuestro interés.

Puede concluirse, pues, que los militares siguieron teniendo derecho a presentarse como candidatos en los diferentes comicios (1931, 1933 y 1936), sin perder ni la carrera ni el destino, a cuyo efecto se les concedía permiso durante la campaña electoral (8).

El régimen político franquista tiene mucho menos interés a efectos de este trabajo, en cuanto las peculiaridades del sufragio corporativo institucionalizado por las Leyes Fundamentales y el carácter no democrático del mismo le privan de todo valor comparativo. En todo caso, la presencia de militares en las Cortes orgánicas fue muy notable. BUSQUETS totaliza (9) 995 militares procuradores de las Cortes franquistas a lo largo de sus diez legislaturas. Desde una perspectiva funcional, OLMEDA (10) afirma que la Comisión de Defensa o de Gobernación de las Cortes eran una prolongación de la Institución Militar en las Cortes.

Contrasta este itinerario histórico, relativamente rectilíneo, con el que se ha producido en Francia (11), mucho más sinuoso, y que encuentra su punto de partida en el Decreto de 28 de febrero-21 de marzo de 1790, de organización del ejército, cuyo artículo 6.º prescribía:

(8) Julio BUSQUETS, *El derecho al sufragio pasivo de los militares...*, op. cit., pág. 350.

(9) Julio BUSQUETS, *Los militares en el Legislativo español*, op. cit., págs. 26-31.

(10) José Antonio OLMEDA GÓMEZ, *Las Fuerzas Armadas en el Estado franquista*, Ediciones El Arquero, Madrid, 1988, pág. 361.

(11) Cfr., al respecto, Michel SÉNÉCHAL, *Droits politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, LGDJ, Paris, 1964.

«Tout militaire en activité conserve son domicile nonobstant les absences nécessitées par le service et peut exercer les fonctions de citoyen actif, s'il a par ailleurs les qualités exigées par les décrets de l'Assemblée nationale et si, lors des assemblées où doivent se faire les élections, il n'est pas en garnison dans le canton où est situé son domicile.»

Es interesante advertir que este texto, el primero relativo a los derechos políticos de los militares tras la Revolución, es el resultado, como significa SÉNÉCHAL (12), de una profunda discusión y constituye un compromiso entre la tesis de la asimilación completa de los militares a los restantes ciudadanos y aquella otra sostenida por los partidarios de dotarlos de un régimen jurídico especial.

Las condiciones en que determinados militares iban a ejercer algunos de sus derechos políticos generarían ciertos excesos considerados peligrosos para el dogma de la pasividad política del ejército, consagrado por el conocido artículo 12 del título IV («De la force publique») de la Constitución de 3 de septiembre de 1791: «*La force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé ne peut délibérer.*» Ello conduciría a frecuentes alteraciones en el régimen jurídico de los derechos políticos de los militares.

Destacaremos en este marco la legislación de la III República, caracterizada por la voluntad de suprimir toda preocupación política de los ejércitos, a cuyo efecto se recurrirá, de un lado, a la privación del derecho de voto de «les hommes sous les drapeaux» (art. 5.º de la Ley de 27 de julio de 1872), previsión desarrollada en la Ley Electoral de 1875 en el sentido de determinar que los militares y asimilados de todos los grados y de todas las armas de los ejércitos de tierra y mar no pueden tomar parte en ninguna votación mientras permanezcan en su cuerpo, en su destino o en el ejercicio de sus funciones, y de otro, a la progresiva supresión del derecho de sufragio pasivo de los militares, cuyo inicio lo marcaba la propia Ley Electoral de 30 de noviembre de 1875, que imposibilitaba a los militares el acceso a la Cámara de Diputados.

La problemática subyacente a esta cuestión es de evidente hondura, pues en el fondo de todo ello yace la separación del poder civil del militar, cuestión detenidamente abordada por HAURIOU (13),

(12) Michel SÉNÉCHAL, *Droits politiques...*, op. cit., pág. 16.

(13) Maurice HAURIOU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2.ª ed española, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1928, págs. 171-172.

para quien, si bien es cierto que el primer servicio que se ha pedido al Estado ha sido la defensa militar de una población civil, el hecho de que el «estado de paz» fuese la regla y el «estado de guerra» la excepción, condujo al nacimiento de medidas de protección en el interés de la vida civil. Se trataba de separar, en el poder complejo del rey, el elemento de la autoridad civil y el de la autoridad militar, a fin de poder acantonar a este último. Pues bien, HAURIUO constata la existencia de dos procedimientos sucesivos orientados al logro de aquel fin: el acantonamiento territorial y el acantonamiento orgánico y jurídico del poder militar en el mismo territorio metropolitano, y se pronuncia a favor de una separación que no deje en pie de igualdad a ambos poderes (civil y militar). Es necesario que uno de los dos domine al otro. Si este predominio no está regulado legalmente se establece de hecho, y frecuentemente de una manera poco afortunada (14).

DUGUIT irá aún más lejos en sus apreciaciones. A su modo de ver, la fuerza armada debe ser un «*instrument passif dans les mains du gouvernement*» (15). El Gobierno no puede cumplir su misión si no dispone de la fuerza armada; ahora bien —precisa DUGUIT—, disponer de la fuerza armada es poder servirse de ella como de una fuerza material inconsciente. De ahí que para el maestro francés el ideal debiera ser que la fuerza armada fuera «*une machine inconsciente que le gouvernement pourrait mettre en mouvement en pressant un bouton électrique*» (16).

En 1945, la situación iba a comenzar a cambiar en Francia. El ejército francés, por lo menos en sus cuadros superiores, había hecho posible el restablecimiento de las instituciones republicanas. Ello tendría un inmediato reflejo legal en la Ordenanza de 17 de agosto de 1945, que restablece en su plenitud el derecho de sufragio activo, a la par que reconoce la elegibilidad de los militares en idénticas condiciones que los restantes ciudadanos, bien que a reserva del régimen de incompatibilidades e inelegibilidades definido por la propia norma.

En definitiva, la historia político-constitucional francesa nos muestra que el principio de sumisión a la autoridad civil por parte de la militar ha operado como un dogma indiscutible en los dife-

(14) Maurice HAURIUO, *Principios...*, op. cit., pág. 174.

(15) Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo IV («L'organisation politique de la France»), 2.^a ed., E. de Boccard eds., París, 1924, pág. 597.

(16) Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo IV, op. cit., pág. 598.

rentes regímenes; ahora bien, la traducción práctica del mismo no siempre se ha verificado de la misma manera; más aún, dos concepciones se han enfrentado sistemáticamente: la que intenta hacer del soldado un individuo integrado en la comunidad, un ciudadano como los restantes, que goza por ello mismo de idénticos derechos, o la que, por el contrario, desea acantonar a los militares en un mundo cerrado, alejado de los problemas políticos, a fin de evitar en la medida de lo posible toda discusión o duda por quienes gozan de la condición militar. En el fondo de todo ello, como bien apunta ROBERT (17), late el temor de la democracia de que el ejército sea menos proclive que los restantes ciudadanos a ciertas actitudes legales, temor asentado en una perspectiva histórica que nos muestra que «*l'armée recherche plus la personnalisation du pouvoir que son institutionnalisation*».

Una sucinta comparación con nuestro devenir histórico en esta materia nos pone de manifiesto el mucho más atenuado impacto que los enfrentamientos precedentes han tenido en España, lo que creemos encuentra fácil explicación en el mayor protagonismo de los militares en el devenir de nuestra vida política. Como recuerda SECO SERRANO (18), se ha llegado a considerar la teoría del pronunciamiento como «motor fatal» de nuestra historia contemporánea, si bien no puede olvidarse la tradición civilista abierta por el régimen de la Restauración, que conforma, con todos sus lastres, un modelo muy diverso del pretorianismo isabelino.

2. EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO EN LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES

La primera —y la más decisiva en cuanto a sus efectos— de las normas a que hemos de referirnos es, obviamente, el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las FAS.

(17) Jacques ROBERT, *Les libertés publiques de l'homme en uniforme*, en «Annuaire Français des Droits de l'Homme», tomo I, París, 1974, pág. 399. Asimismo, del propio autor, *Libertés publiques et défense*, en «Revue du Droit Public», núm. 5, 1977, págs. 935 y ss.; en concreto, pág. 946.

(18) Carlos SECO SERRANO, *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984, pág. 13.

Estamos ante una norma que aparece enormemente condicionada por la histórica coyuntura en que va a ver la luz: la celebración de las primeras elecciones libres y verdaderamente democráticas después de ocho lustros. Ya el propio preámbulo es suficientemente significativo. Varias ideas destacaríamos de él:

a) La directa y entrañable unión de las FAS al pueblo, del que nacen, y a sus instituciones fundamentales, apareciendo como depositarias de su confianza y seguridad.

b) La consideración de que la naturaleza de su misión está más allá de las opciones políticas concretas, lo que no significa que las FAS sean ajenas a la política en su más fundamental acepción, es decir, a aquellas actividades orientadas a defender un orden que asegure el interés general de la Nación.

c) La necesidad que de todo ello se desprende para los miembros de las FAS: su necesaria unión para el mejor cumplimiento de su elevada misión.

d) El corolario del deber de unión impone a todos los componentes de las FAS el debido respeto a cualquier opción política de las que tienen cabida en el orden institucional. Y este deber de respeto convierte en ilícito la participación o la pública manifestación de preferencia en favor de alguna de las opciones políticas electoralmente contendientes.

Este es, en su esencia, el esquema argumental del preámbulo; con él se trata de justificar las drásticas reducciones de los derechos políticos y sindicales que su articulado va a regular.

Circunscribiéndonos al derecho objeto de este trabajo, diremos que el artículo 2.º, 4, del Real Decreto-ley determina que «quienes con carácter profesional formen parte de las FAS, cualquiera que sea su empleo y situación, no podrán, salvo lo establecido por el artículo 5.º, 4, ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical».

A su vez, el artículo 5.º, antes referido, prescribe que para poder ejercer alguna de las actividades mencionadas por el artículo 2.º (entre ellas, pues, el derecho de sufragio pasivo), el personal al que el mismo se refiere deberá:

1. Solicitar y obtener el pase a la situación de «*retirado*», con los derechos pasivos y asistenciales que le correspondan, si se trata de Jefes, Oficiales, Suboficiales y clases profesionales.

2. Solicitar y obtener, si se trata de oficiales Generales, el pase definitivo a «*situación especial*» que, con el exclusivo fin de posibilitarles el ejercicio de las mencionadas actividades, se crea por el presente Real Decreto-ley. Quienes voluntariamente se acogieran a esta «*situación especial*», a la que se puede acceder desde cualquier otra de las existentes en el Generalato, tendrán los mismos derechos económicos y asistenciales que pudieran corresponderle en la situación de reserva. A los demás efectos, incluso los jurisdiccionales, la «*situación especial*» queda equiparada a la de «*retirado*».

Las previsiones precedentes se complementan con una última determinación: la interdicción de hacer uso del uniforme o hacer valer su condición o jerarquía militar en el ejercicio de aquellas actividades políticas o sindicales.

El Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, en sintonía con la norma precedente, declaraba inelegibles —art. 4.º, 1, *d*)— a los Oficiales Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales y Clases de Tropa de los tres Ejércitos, Policía Armada y Cuerpo de la Guardia Civil, «de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 10/1977 de 8 de febrero».

La última norma formalmente preconstitucional, si bien puede decirse que aprobada de modo casi simultáneo a la Constitución, es la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Su artículo 169 establece que: «El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas». Por otra parte, su artículo 211 aborda la cuestión que nos interesa en estos términos: «Todo militar que acepte ser designado para el desempeño de una función pública, se presente a elecciones para órganos representativos o participe de cualquier otro modo en la dirección de los asuntos públicos, pasará a la situación que señale la Ley, que determinará los efectos que por tal causa se deriven para su carrera.»

Este tríptico normativo, y de modo especial la primera y la última de las normas precedentemente referidas, suscitaría, como no podía dejar de suceder, una ardua controversia doctrinal, cuyo común denominador vendría dado por la crítica vehemente al mo-

delo de participación de los militares en la vida política y, en general, al diseño legal dado al ejercicio de actividades políticas y sindicales por los militares por el Real Decreto-ley 10/1977, diseño, desde luego, muy poco afortunado.

Por lo que al derecho de sufragio pasivo atañe, las previsiones del Real Decreto-ley 10/1977 conducían al militar que quisiera presentarse como candidato a unos comicios a una situación irreversible: el abandono definitivo de su carrera castrense, algo que, como advierte BUSQUETS (19), es nuevo e insólito en el ordenamiento jurídico-político español y, desde luego, a nuestro entender, injusto y carente de suficiente justificación racional.

La doctrina, como ya adelantáramos, es unánimemente crítica al respecto. Y así, mientras MORALES (20) considera incongruente que por el solo hecho de presentar su candidatura a unas elecciones, el militar profesional tenga que perder su carrera, CASADO BURBANO (21) cuestiona la proporcionalidad de la medida, tildada de durísima por FERNÁNDEZ RODERA (22).

Por lo demás, el fundamento material en que se ha sustentado de modo tradicional la conveniencia de esta práctica privación de tan esencial derecho político a los militares ha sido el del *apoliticismo* de los Ejércitos, que toma como punto de partida el apoliticismo de todos sus componentes.

Ahora bien, como con razón advierte MORALES (23), el apoliticismo del militar es una aberración que le conduce a un vacío intelectual, pues no puede olvidarse que antes de ser militar se es ciudadano, y, como tal, animal político que debe sentir y vivir las inquietudes de sus semejantes. Resultaría hasta monstruoso —diría DÍEZ-ALEGRÍA (24)— que el militar profesional como individuo no

(19) Julio BUSQUETS, *Los militares en el Legislativo...*, op. cit., pág. 33. En análogo sentido se manifiesta Pablo CASADO BURBANO (en *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 137), para quien este criterio restrictivo a ultranza carece de todo parangón en el Derecho extranjero y en nuestro propio Derecho histórico.

(20) Antonio MORALES VILLANUEVA, *Derechos y libertades del militar profesional*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 37 (nueva época), enero-febrero 1984, páginas 89 y ss.; en concreto, pág. 99.

(21) Pablo CASADO BURBANO, *Iniciación...*, op. cit., pág. 137.

(22) José Alberto FERNÁNDEZ RODERA, *Límites al ejercicio de derechos cívicos en el ámbito castrense*, en «Revista General de Marina», junio 1983, págs. 895 y ss.; en concreto, pág. 898.

(23) Antonio MORALES VILLANUEVA, «Los derechos políticos del militar profesional», en el colectivo *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, op. cit., págs. 353 y ss.; en concreto, pág. 355.

(24) Manuel DÍEZ-ALEGRÍA, *Ejército y sociedad*, Alianza Editorial, Madrid, 1972, pág. 50.

sienta preocupaciones por la dirección de su país y hasta deje de experimentar mayor o menor simpatía por una u otra de las ideologías que se debaten en el campo político de su patria. Por lo demás, ese apoliticismo propicia una mayor separación entre ejército y sociedad, condenando al primero a un *ghetto* político y social, a una «campana de cristal» altamente tecnificada pero acrítica (25), y desde luego, como bien se ha dicho (26), un ejército apolítico no garantiza la democracia, pues se encuentra en una situación de indefensión ideológica, que permite su rápida politización en favor de cualquier ideología que se le imponga (27).

En definitiva, a nuestro juicio, el apoliticismo nos retrotrae a una nueva versión de ese ejército que definiera ALFREDO DE VIGNY: «El Ejército es mudo y ciego. Golpea delante de él allí donde le ponen. No quiere nada por sí y obedece por resorte. Es una cosa grande, que movemos y que mata...» (28), y es claro que ese modelo de ejército debe ser un modelo a olvidar.

A la vista de lo expuesto, la conclusión parece obvia: es de todo punto preciso establecer una nítida diferenciación entre el apoliticismo y el apartidismo o neutralidad partidista de las FAS (29). PRUDENCIO GARCÍA ha reflejado con claridad esa distinción. A su juicio, el militar necesita tener más clara que nadie la lúcida diferenciación entre apartidismo y apoliticismo, de tal forma que el mantenimiento estrictamente fiel al primero no le conduzca hacia los grados más ciegos, negativos y equívocos del segundo.

«El hecho de que el militar conserve celosamente su no vinculación a ningún grupo político determinado, teniendo siempre muy presente que sus misiones se sitúan en un plano superior al de todo

(25) Tomás BUIZA CORTÉS, «Los militares y el derecho a la participación política», en el colectivo *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, op. cit., págs. 369 y ss.; en concreto, pág. 387.

(26) Julio BUSQUETS, *Los militares en...*, op. cit., pág. 34.

(27) Incluso podría esgrimirse, como hace CASADO BURBANO (en *La despolitización de los militares profesionales en la España democrática*, ponencia presentada a las II Jornadas de Sociología Militar, Madrid, 1983, pág. 15), un argumento funcional descalificador del apoliticismo y su resultante: la severa restricción de los derechos políticos del militar. Según CASADO, tal régimen alza un muro infranqueable entre los partidos políticos y los militares profesionales, que priva a los primeros del adecuado asesoramiento técnico y de la necesaria información de primera mano en materia tan trascendental como la defensa.

(28) Alfredo DE VIGNY, *Servidumbre y grandeza militar*, 3.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1962, pág. 18.

(29) Es ésta una tesis hoy casi unánimemente compartida por la doctrina. Así, por ejemplo, Federico TRILLO-FIGUEROA, *Las Fuerzas Armadas en la Constitución española*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 12 (nueva época), noviembre-diciembre 1979, págs. 105 y ss.; en concreto, pág. 126.

grupo, asociación o partido, no debe servir de motivo, ni mucho menos de justificación, para hacerle caer en el extremo opuesto —no menos inadmisibile— de un apoliticismo entendido como inhibición absoluta que le condujese a la más garrafal ignorancia de toda problemática social y política» (30). «La responsabilidad moral —individual y colectiva— del militar profesional frente a la comunidad nacional —concluye el propio autor (31)— le imposibilita para practicar un sistemático abstencionismo intelectual y social en materia de política interior...»

Admitida la tesis del apartidismo o neutralidad partidista de las FAS, es claro que ello supone que los Ejércitos queden al margen de la legítima pugna partidista; ahora bien, este principio, que duda cabe que inexcusable, debe ser armonizado con el goce por los militares, como por los restantes ciudadanos, de sus legítimos derechos políticos, sin otras limitaciones que las impuestas por la Constitución, por las disposiciones que la desarrollen y por las propias Ordenanzas. Y desde este punto de vista, hemos de recordar cómo el artículo 211 de las Reales Ordenanzas, muy razonablemente, señala que el militar que ejerza su derecho de sufragio pasivo «pasará a la situación que señale la ley», previsión que nos parece casaba mal con la determinación efectuada al respecto por el Real Decreto-ley 10/1977.

Es cierto que otros principios han de ser salvaguardados en relación con las FAS. Así, el de supremacía del poder civil, el principio de disciplina, el de jerarquía y el de estricta profesionalidad. Ahora bien, como indica BUIZA (32), que se muestra decididamente partidario de la abolición de las restricciones al ejercicio por los militares de los derechos de participación política, los anteriores principios tienen una lectura favorable que propicia su encaje con el goce por los miembros de las FAS de sus derechos políticos. Como en un marco análogo postula LABRIOLA (33), se trataría de aplicar los principios generales que rigen el régimen jurídico de los funcionarios públicos, adaptándolos a las específicas exigencias de la actividad institucional de las FAS. Y todo ello ordenado a una meta

(30) Prudencio GARCÍA, *Ejército: presente y futuro*, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 34.

(31) Prudencio GARCÍA, *Ejército: presente y futuro*, op. cit., pág. 37.

(32) Tomás BUIZA CORTÉS, *Los militares y el derecho a la participación política*, op. cit., págs. 383-385.

(33) Silvano LABRIOLA, *Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», núm. 4, 1979, págs. 904 y ss.; en concreto, pág. 925.

final que, a nuestro entender, ha precisado con clarividencia el almirante francés SANGUINETTI (34): «aspiramos a hacer de todos los militares de cualquier grado "soldados-ciudadanos" que compartan las preocupaciones del pueblo y que estén integrados en la sociedad para defender mejor a la nación».

3. EL DERECHO COMPARADO: FRANCIA E ITALIA

A modo de elemento comparativo, nos vamos a ocupar con sumaria del régimen jurídico del derecho de sufragio pasivo de los miembros de las FAS en Francia e Italia.

En Francia, la Ley 72-662, de 13 de julio de 1972, regula el Estatuto General de los militares (35), que aborda la cuestión que nos interesa en el artículo 9.º Esta norma debe ser complementada por el «Code électoral», anejo a los Decretos núms. 64-1086 y 64-1087, de 27 de octubre de 1964 (36), cuyo artículo 46 prescribe: «Les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats qui font l'objet du livre Ier.» Esto es, la función de militar de carrera es incompatible con el mandato parlamentario de miembro de la Asamblea Nacional, así como con los mandatos de los consejeros generales y municipales, que son los contemplados por el libro primero del «Code électoral».

De la previsión precedente, conviene retener que la función de militar de carrera o asimilado genera no una inelegibilidad, sino una incompatibilidad, precisión ésta de indudable interés.

A su vez, el artículo 9.º del citado Estatuto general de los militares, tras prohibir a los miembros de las FAS en servicio que se adhieran a grupos o asociaciones de carácter político, determina:

«Salvo los casos de inelegibilidad previstos en la ley, los militares pueden presentarse como candidatos al

(34) Almirante Antoine SANGUINETTI, *Fuerzas Armadas y Sociedad en Francia*, conferencia pronunciada en Madrid, Fundación Pablo Iglesias, noviembre 1981, página 20. Cit. por Tomás BUÍZA CORTÉS, *Los militares y el derecho a la participación*, op. cit., pág. 384, nota 12.

(35) Puede verse en «Revista Española de Derecho Militar», núm. 30, julio-diciembre 1975, págs. 65 y ss.

(36) Puede verse en «Elecciones» (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Electoral), Documentación núm. 30, tomo III, octubre 1984 (Secretaría General del Congreso de los Diputados), páginas 1615 y ss.

desempeño de cualquier función pública electiva; en este caso no se aplicarán las disposiciones de los tres últimos párrafos del artículo 7.º (37) ni la prohibición de adherirse a partidos políticos prevista en el primer párrafo de este artículo, que queda en suspenso durante la campaña electoral.

Los militares de carrera y los militares en servicio en virtud de contrato, si son elegidos y aceptan el mandato causarán baja en el escalafón en la forma que se señala en la presente ley.»

Como puede fácilmente deducirse de la lectura de este último precepto, el principio general en Francia es el de la elegibilidad, ya que los casos de inelegibilidad a que alude la norma no atienden a la condición de militar, sino al ejercicio de mando, autoridad o jurisdicción en un determinado ámbito territorial; así, el artículo 133 del «Code électoral» declara inelegibles en las circunscripciones comprendidas en el ámbito de ejercicio de sus funciones a (punto quinto): los oficiales de los ejércitos de tierra, mar y aire que ejerzan mando territorial.

Ahora bien, las previsiones de la Ley de 13 de julio de 1972 (modificada por la Ley núm. 75-100, de 30 de octubre de 1975) no dejan de resultar contradictorias y, como señala Jacques ROBERT (38), totalmente incoherentes. Carece de toda lógica que tras sentar el principio general de interdicción de la afiliación a partidos políticos, tal prohibición se levante con motivo de la campaña electoral, que, de conformidad con el artículo 164 del «Code électoral», se abre el vigésimo día anterior a la fecha de escrutinio en las elecciones a miembros de la Asamblea Nacional. Además, no parece muy probable que los partidos se avengan a incluir como candidatos a personas que no figuran entre sus afiliados. La importancia de esta cuestión se relativiza en el supuesto de las elecciones municipales, si bien, como advierte ROBERT (39), de hecho, el militar difícilmente podrá ejercer su mandato, pues «il sera mis “en position de service détaché”», o lo que es igual, sin sueldo alguno; dado que

(37) A tenor de tales previsiones, los militares en servicio deben obtener la autorización del Ministro para tratar en público de cuestiones políticas, relativas a una potencia extranjera o a una organización internacional.

(38) Jacques ROBERT, *Libertés publiques et défense*, op. cit., pág. 947.

(39) Jacques ROBERT, *Libertés publiques...*, op. cit., pág. 947.

las funciones electivas a nivel municipal son casi gratuitas, se comprende la dificultad de hecho antes aludida.

En cualquier caso, pese a los inconvenientes expuestos, es lo cierto que en nuestro vecino país los militares pueden ejercer con toda libertad su derecho a ser candidatos en los distintos procesos electorales, y que su situación administrativa no se ve alterada, a salvo, claro es, que se resulte elegido y se acepte el mandato, supuesto en el que causan baja en el escalafón. Finalizado su mandato, se reintegrarán a la actividad normal.

En Italia, el Decreto de la Presidencia de la República de 30 de marzo de 1957 (Decreto núm. 361), por el que se aprueban las normas para las elecciones a la Cámara de Diputados, declara en su artículo 6.º como elegibles a «gli elettori che abbiano compiuto il venticinquesimo anno di età entro il giorno delle elezioni». El siguiente precepto enumera un conjunto de personas que considera inelegibles; en el apartado *h*) se hace referencia a «los oficiales generales, almirantes y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas del Estado, en la circunscripción de su mando territorial». Estamos, pues, ante una causa de inelegibilidad relativa que se justifica no por razón de la condición de militar del afectado por la misma, sino por la autoridad, mando o función que ejerce. Ninguna otra referencia a los miembros de las FAS encontramos en el texto, como tampoco en la Ley núm. 60, de 13 de febrero de 1953, de incompatibilidades parlamentarias.

Las normas precedentes han de complementarse con las previsiones de la Ley núm. 382, de 11 de julio de 1978 (40), ley reguladora de las «Norme di principio sulla disciplina militare».

Su artículo 6.º se abre con la siguiente determinación: «Le Force armate debbono in ogni circostanza mantenersi al di fuori delle competizioni politiche.» Enunciado nítidamente y con carácter general el principio de neutralidad política de las FAS, el propio precepto, en su siguiente párrafo, proyecta al ámbito individual las consecuencias de aquel principio: prohibición de participar en reuniones y manifestaciones de partidos, asociaciones u organizaciones políticas, así como de realizar propaganda a favor o en contra de aquellos partidos, asociaciones u organizaciones, o de los candidatos a las elecciones políticas o administrativas.

(40) Puede verse en *Leggi fondamentali del Diritto Pubblico e Costituzionale*, a cura di M. BASSANI, V. ITALIA y C. E. TRAVERSO, Giuffrè Editore, Milán, 1984, páginas 801 y ss.

Sin embargo, a renglón seguido, los párrafos tercero y cuarto del precepto en cuestión abordan la regulación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de los militares.

Los militares candidatos a las elecciones políticas o administrativas, prevé el párrafo tercero, pueden realizar libremente actividad política y de propaganda fuera del ambiente militar y con traje de civil. *Durante el tiempo de campaña, estos militares pasan a la situación de licencia especial.*

De esta previsión, conviene resaltar algunas ideas de interés: de un lado, el principio de elegibilidad de los militares sin otra alteración en su situación administrativa que el pase a la situación de «*licenza speciale per la durata della campagna elettorale*». Ello, a su vez, supone que de no resultar electos, los militares tienen derecho a reintegrarse con plena normalidad administrativa al seno de las FAS.

Finalmente, el párrafo cuarto del mismo artículo 6.º previene lo que sigue: De conformidad con las disposiciones legales relativas a «la colocación en expectativa de los militares de carrera elegidos miembros del Parlamento o investidos de cargos electivos cerca de los entes autónomos territoriales», los militares de reemplazo o movilizadas («*i militari di leva o richiamati*») que hayan sido elegidos para una función pública, provincial o municipal, deberán, compatiblemente con las exigencias del servicio, ser destinados a un centro que les permita el cumplimiento de las particulares funciones para las que fueron elegidos, así como disponer del tiempo que para aquéllas fuere necesario.

Como puede apreciarse, la Ley establece un régimen diferenciado según se trate de «*militari di carriera*» o de «*militari di leva o richiamati*»; en este último supuesto, el régimen y destino militar parece plegarse por entero al cumplimiento de las funciones propias del cargo electivo, mientras que en el caso de los militares de carrera la norma se decanta por «*il collocamento in aspettativa*».

La normativa francesa e italiana nos descubre una abismal diferencia con el régimen jurídico por el que se ha regido el derecho de sufragio pasivo de los militares en nuestro país durante un dilatado período de tiempo: todo aquel que ha venido rigiendo el Real Decreto-ley 10/1977.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EL DERECHO MILITAR DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

El artículo 70.1.e) de la Constitución prescribe que: «La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los diputados y senadores, que comprenderán, en todo caso: e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.»

Conviene comenzar significando que estamos ante una norma que se ha mantenido prácticamente incólume desde la redacción inicial del Anteproyecto Constitucional, publicado en enero de 1978. Ninguna de las seis enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados al texto equivalente del Anteproyecto (art. 61.1) se referiría para nada al punto que examinamos. Y en el Senado, tan sólo dos enmiendas tendrían como texto de referencia el artículo 65.1.e) del texto aprobado por la Cámara baja —equivalente al actual art. 70.1.e)—, y ambas (enmiendas núms. 48 y 501, suscritas, respectivamente, por Progresistas y Socialistas Independientes y por don Luis M.^a Xirinacs) dirigirían su punto de mira a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía (la primera incluyendo a la Policía judicial, y la segunda, precisando que los afectados de los Cuerpos de Seguridad serían tan sólo los miembros profesionales de aquéllos).

ALZAGA ha justificado la inclusión de las circunstancias contempladas por el apartado e) entre aquellas que «en todo caso» deberán ser contempladas por la ley electoral como causas de inelegibilidad e incompatibilidad, sobre la base de la defensa del principio de garantía del buen ejercicio del cargo parlamentario (41), pues se trataría de desligar a los parlamentarios de la dependencia en que pudieran encontrarse con respecto a cualquiera de los poderes públicos, argumento que creemos podría hacerse extensivo a otros colectivos funcionariales civiles.

En todo caso, lo que interesa resaltar es que la Constitución va a marcar la pauta a seguir en relación con los militares profesionales en activo, que por el mero hecho de serlo quedan incurso en una causa de inelegibilidad e incompatibilidad que deberá ser necesariamente recogida por la Ley Electoral. Bien es cierto que no

(41) Oscar ALZAGA, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 489.

conviene olvidar que la inelegibilidad afecta tan sólo a los profesionales de la Milicia «en activo». Ello supone trasladar al legislador ordinario la resolución de los temas verdaderamente más polémicos, como son: la situación administrativa del militar candidato a unos comicios, o el modo de su reintegración a la Milicia una vez finalizado su mandato o fallido su intento de ser elegido diputado.

Los interrogantes precedentes no serían resueltos por la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, cuyo artículo 26.1 se remite a las Reales Ordenanzas en lo que a la concreción de las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las FAS se refiere, reenviando asimismo al legislador ordinario en lo que hace a la regulación de los sistemas de ingreso, retiro y empleo de los militares (art. 26.2).

Como ya vimos con anterioridad, las Ordenanzas no resolverían la cuestión que nos ocupa, al prever tan sólo que los militares que se presentaran a elecciones para órganos representativos habrían de pasar a la situación que señalara la Ley, que a la par determinaría los efectos que por tal causa se derivarían para su carrera (art. 211). En defecto de una ley de desarrollo específico de esta y otras cuestiones, la norma a aplicar era obviamente el Real Decreto-ley 10/1977, norma que, dado su carácter coyuntural y sus previsiones enormemente restrictivas, incluso diríamos que difícilmente compatibles con los principios constitucionales, exigía su sustitución por una normativa más acorde con la nueva situación política y con la filosofía jurídico-política inspiradora de nuestra *lex legum*.

Una nueva Ley de carácter militar iba a incidir sobre el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de quienes tuvieran la condición militar. Nos referimos a la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las FAS. Su artículo 9.º, 28, considera falta grave, entre otras acciones, la aceptación de candidaturas para cargos de carácter político o sindical «sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida». Puesto en conexión este precepto con el artículo 5.º del Real Decreto-ley 10/1977, vemos que la no solicitud del pase a la situación de «retirado» o a la «situación especial» puede implicar una sanción que oscila desde el arresto de un mes y un día a tres meses, hasta la pérdida de destino (art. 10 de la LO. 12/85). Ello suponía llevar hasta sus últimos extremos unas medidas ya de por sí

verdaderamente extremadas en lo que a su carácter restrictivo se refiere.

Para poner punto final a nuestro recorrido por el Derecho Militar, nos referiremos al Real Decreto 1000/85, de 19 de junio, por el que se establece la situación de «*reserva transitoria*» en el Ejército de Tierra (42). Su artículo 3.º, 1, en su inciso segundo, determina que: «La recuperación de derechos inherentes al retiro, prevista en el artículo 224 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre (42), se hará efectiva a los tres años del pase a la situación de reserva transitoria.» Ello significa que dado que el pase a la situación de retiro implica la recuperación de todos aquellos derechos a los que se renunció voluntariamente al incorporarse a la vida militar, entre ellos, el libre ejercicio del derecho de sufragio pasivo, el militar que opte por la situación de «reserva transitoria» podrá ejercitar sin restricción alguna todos los derechos políticos una vez transcurridos tres años desde su acceso a la nueva situación administrativa (43).

5. LAS PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, lógicamente, tenía que abordar la regulación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad para los distintos procesos electorales. Con carácter general, para las elecciones por sufragio universal directo, el artículo 6.º, 1, enumera las que han de ser consideradas como causas de inelegibilidad, en el bien entendido de que, por lo que se refiere a las elecciones de diputados y senadores, las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad (art. 153.1 de la LO 5/1985).

El apartado i) del referido artículo 6.º, 1, se refiere a: «Los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas

(42) A tenor del artículo 224 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «Los militares retirados mantendrán, con arreglo a lo que determine la Ley, los derechos del personal en activo y recuperarán aquellos a los que renunciaron voluntariamente al incorporarse a la vida militar.»

(43) Esta normativa es plenamente aplicable a los militares de la Armada y del Ejército del Aire que opten por pasar a la situación de «reserva transitoria». Así lo establece el Real Decreto 741/1986, de 11 de abril, por el que se establece la situación de «reserva transitoria» en la Armada y en el Ejército del Aire, situación que, de conformidad con su artículo 2.º, se regirá por las normas contenidas en el Real Decreto 1000/85, de 19 de junio.

y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo.» Como fácilmente se advierte tras la lectura del precepto, el mismo amplía el ámbito normativo del artículo 70.1,e) de la Constitución, al incluir a los militares de complemento.

ENTRENA CUESTA (44) se ha cuestionado la posibilidad constitucional de ampliar casos de inelegibilidad que ya están expresamente contemplados en el precepto constitucional, y ha puesto como ejemplo concreto la declaración como inelegibles de los militares de complemento.

A nuestro modo de ver, es claro que cuando el artículo 70.1 de nuestra Lex Superior se refiere a que la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, que comprenderán «*en todo caso*» a un conjunto de circunstancias personales y profesionales que de inmediato se enumeran, se está claramente significando que estamos ante un *minimum* que puede ser ampliado por el legislador en sede orgánica; y esta posibilidad constitucional de ampliación de las causas de inelegibilidad no creemos deba entenderse circunscrita a los casos no expresamente contemplados en los seis apartados de que consta el artículo 70.1; a nuestro juicio, es perfectamente legítimo y acorde con la norma superior que la ampliación afecte a alguno de los supuestos contemplados por la Constitución; éste es precisamente el caso de los militares de complemento.

Obviamente, la inelegibilidad afecta tan sólo a los militares en activo. Ello, por ejemplo, excluye no sólo a los retirados, sino también a los militares profesionales en situación de excedencia (nos referimos a esta situación con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/1989), tal y como decidiera la Junta Electoral Central en su Acuerdo de 3 de abril de 1987 (45).

Sin embargo, las disposiciones de mayor interés de la LO 5/1985, en lo que al tema que nos interesa se refiere, son las contenidas en su artículo 7.º, especialmente en sus apartados tercero y cuarto, a cuyo tenor:

3. «Los Magistrados, Jueces y Fiscales, así como los militares profesionales y de complemento y miembros

(44) Ramón ENTRENA CUESTA, «Comentario al artículo 6.º», en Luis M.º CAZORLA PRIETO (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 74.

(45) Cfr., al efecto, Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Manuel DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, *Código Electoral*, Publicaciones Abella, Madrid, 1989, págs. 54-55.

de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías, en activo, que deseen presentarse a las elecciones, deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda.»

4. «Los Magistrados, Jueces, Fiscales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías en activo tendrán derecho, en todo caso, a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación. De ser elegidos, la situación administrativa que les corresponda podrá mantenerse, a voluntad de los interesados, una vez terminado su mandato, hasta la constitución de la nueva Asamblea parlamentaria o Corporación Local.»

El apartado tercero no supone novedad alguna respecto del colectivo castrense, pues se trata de una norma que casa a la perfección con el artículo 211 de las Reales Ordenanzas y el artículo 5.º del Real Decreto-ley 10/1977. Supone, eso sí, una norma que parece equiparar en un primer momento a militares profesionales y de complemento, Magistrados, Jueces, Fiscales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías, en activo. Sin embargo, y esto es lo verdaderamente relevante, esa supuesta equiparación quiebra por completo en el apartado cuarto, no ya por la situación administrativa que en cada caso deba corresponder, algo sobre lo que no incide la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sino porque mientras a los Magistrados, Jueces, Fiscales, miembros de las Fuerzas de Seguridad y Policías en activo se les otorga el derecho a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones determinadas por las normas en cada caso aplicables, derecho al que se une el de optar por una prolongación de la situación administrativa correspondiente, una vez terminado el mandato, hasta el momento en que se constituya la nueva asamblea representativa, a los militares se les priva de tal derecho.

Es cierto que tal diferenciación era plenamente congruente con la normativa vigente en el momento de entrada en vigor de la LO 5/1985, que en el punto que nos ocupa era el Real Decreto-ley 10/1977, que exigía el pase a la situación de «retirado», una situación obviamente irreversible que hacía iluso el pensar en una reserva de plaza, puesto o destino.

Por otro lado, si nos ceñimos a una interpretación estrictamente

literal, apegada escrupulosamente a la letra de la ley, resulta evidente que el artículo 7.º, 4, no priva a los militares de los derechos que otorga a Jueces, Magistrados, Fiscales..., etc.; se limita a guardar silencio en torno a los profesionales de la Milicia, silencio subsanable por normas ulteriores, como en alguna medida así ha sucedido a la vista de las previsiones de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, de la que nos ocuparemos más adelante; ello no obsta para que, por lo menos implícitamente, quede planteado un trato diferencial que aún hoy, una vez entrada en vigor la citada Ley 17/1989, sigue existiendo. Basta para comprobarlo con atender a la legislación que ha venido a desarrollar la cuestión del pase a la situación administrativa correspondiente con todas sus consecuencias en relación a cada una de las categorías profesionales contempladas por el artículo 7.º, 3, de la Ley Orgánica 5/1985.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha venido a desarrollar el punto anterior respecto a los miembros de la Carrera Judicial. A tenor de su artículo 357.4, quienes, perteneciendo a la misma, deseen participar como candidatos en elecciones generales, autonómicas o locales deberán solicitar la *excedencia voluntaria*. Si fueren elegidos para el cargo, pasarán a la situación que legalmente les corresponda, que según el artículo 352.d) de la propia Ley, habrá de ser la situación de «servicios especiales» a la que se ha de pasar necesariamente cuando se acceda a la condición de diputado o senador de las Cortes Generales, o miembro de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En el supuesto de no ser elegidos para el cargo electivo, los miembros de la Carrera Judicial podrán solicitar el reingreso en el servicio activo. Si bien en la situación de excedencia voluntaria no se devengan retribuciones ni se computa el tiempo permanecido a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos, en la situación de servicios especiales, los Jueces y Magistrados tienen derecho a que se les compute el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos; igualmente, tienen derecho a la reserva de plaza y localidad de destino que ocupasen (arts. 358 y 353, respectivamente).

En conexión con la normativa precedente, el cargo de Juez o Magistrado es incompatible (art. 389.2.º) «con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y demás entidades locales y organismos depen-

dientes de cualquiera de ellos». Por ello mismo, quienes ejerciendo un cargo de tal naturaleza fueren nombrados Jueces o Magistrados, habrán de optar, en el plazo de ocho días, por uno u otro cargo, o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible; en defecto de dicha opción, la Ley (art. 390) presupone que se renuncia al nombramiento judicial.

Como puede colegirse de lo expuesto, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece un régimen enormemente flexible en orden al ejercicio por los Jueces y Magistrados del derecho de sufragio pasivo.

Por lo que se refiere a los Fiscales, su régimen jurídico es sustancialmente idéntico al de los Jueces y Magistrados. A tenor del artículo 47 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, las situaciones administrativas en la Carrera Fiscal se acomodarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados, siendo desarrolladas reglamentariamente. Por lo demás, el artículo 57 de la propia Ley declara que el ejercicio de cargos fiscales es incompatible: «3. Con los cargos de diputado, senador, concejal, diputado provincial, miembro de las Asambleas de las Comunidades Autónomas y demás cargos de elección popular o designación política.»

En cuanto a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (46), cabe señalar que respecto a su régimen de incompatibilidades, la normativa que les es de aplicación está constituida por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, norma de la que destacaríamos la previsión de su artículo 5.º, de compatibilizar las actividades del personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley con el desempeño de los siguientes cargos electivos: a) Miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, salvo que perciban retribuciones periódicas por el desempeño de la función o que por las mismas se establezca la incompatibilidad; b) Miembros de las Corporaciones Locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos y de dedicación exclusiva.

Sin embargo, para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, tienen más interés las disposiciones de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, cuyo artículo 29.2 crea la situación administrativa de «servicios especia-

(46) Cfr., al efecto, ANTONIO MORALES VILLANUEVA, *Administración Policial Española*, Editorial San Martín, Madrid, 1988, pág. 257.

les», a la que deben pasar, entre otros, aquellos funcionarios que accedan a la condición de diputado o senador de las Cortes Generales (apartado *f*), o a la de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, si perciben retribuciones periódicas por el desempeño de la función (apartado *g*). Si no percibieren esas retribuciones, podrán optar entre permanecer en la situación de «servicio activo» o pasar a la de «servicios especiales», sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas sobre incompatibilidades de los miembros de las Asambleas Legislativas. Asimismo, los funcionarios accederán a la situación de «servicios especiales» cuando desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Corporaciones Locales —apartado *h*)—.

A los funcionarios en situación de «servicios especiales» se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos y tendrán derecho a la reserva de plaza y destino que ocupasen.

En los supuestos contemplados, el pase a la situación de «servicios especiales» se declarará de oficio o a instancia del interesado, una vez verificado el supuesto que la ocasione, con efectos desde el momento en que se produjo (art. 8.º del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 730/1986, de 11 de abril).

Perdida la condición en virtud de la cual se hubiere pasado a la situación de «servicios especiales», el funcionario en cuestión deberá solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de treinta días, declarándosele de no hacerlo en situación de excedencia voluntaria por interés particular con efectos desde el día en que se produjo la pérdida de aquella condición. No obstante, tal y como contempla la propia Ley Electoral, y ya reflejamos, los diputados, senadores y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que pierdan dicha condición por la disolución de las correspondientes Cámaras o terminación del mandato de las mismas, podrán permanecer en situación de servicios especiales hasta su nueva constitución (art. 11 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado).

A la vista de las normas expuestas, hemos de concluir subrayando, a modo de común denominador a todas ellas, que el acceso de Jueces, Magistrados, Fiscales o cualesquiera otros de los funcio-

narios contemplados por el artículo 7.º, 3, de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General a los que sea de aplicación la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a cargos electivos de órganos de representación política implica el pase a una situación de «servicios especiales» que da derecho al cómputo del tiempo durante el que se permanezca en ella a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos; igualmente, posibilita la reserva de plaza y destino, ateniéndose en el caso de los funcionarios a los que sea de aplicación el Reglamento de Situaciones Administrativas a las precisiones establecidas por el artículo 9.º, 1, del mismo. Por lo demás, concluido el mandato representativo, los Jueces, Magistrados, Fiscales y restantes funcionarios mencionados podrán reincorporarse de inmediato al ejercicio de sus funciones profesionales, o bien, mantenerse en la situación administrativa de «servicios especiales» hasta tanto se proceda a la constitución de la nueva Asamblea parlamentaria o Corporación Local.

6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DE LOS MIEMBROS DE LAS FAS TRAS LA LEY DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (LRPMP), ha venido a definir con un criterio de globalidad e integrador el régimen jurídico del personal militar. Uno de los elementos de importancia en la conformación de ese régimen es la normativa referente a las situaciones administrativas de los militares de carrera, a la que la Ley dedica el capítulo 6.º del título V («Militares de carrera») (arts. 96 a 103).

Al hilo de la regulación de las situaciones administrativas, la Ley establece un régimen jurídico nuevo en torno al ejercicio del derecho de sufragio pasivo por los militares de carrera.

El artículo 100 LRPMP contempla la situación de «*excedencia voluntaria*». Su apartado primero determina que los militares de carrera pasarán a la situación de excedencia voluntaria, entre otros supuestos, «cuando sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo» —apartado *b*)—. Esta previsión se complementa por lo que establece el apartado cuarto del propio precepto: «Los militares de carrera a los que se refiere el párrafo *b*) del aparta-

do 1 de este artículo, si no resultasen elegidos, permanecerán en la situación de excedencia voluntaria por un período de dos años, a contar desde el momento de la concesión del pase a dicha situación. Si resultaran elegidos continuarán en esta situación hasta dos años después de la terminación de su mandato.»

Creemos de interés, con anterioridad al comentario de estas normas, hacer un recorrido por su itinerario legislativo.

Los preceptos en cuestión —arts. 100.1,*b*) y 100.4 LRPMP— tienen su germen en idénticos preceptos, contenidos bajo la misma numeración en el Proyecto de Ley de la Función Militar (47).

Sólo un Grupo Parlamentario, el de Coalición Popular, procedería a enmendar las normas que nos ocupan. Tres enmiendas (las numeradas como 101, 103 y 105) se presentarían al respecto (48). Por la primera de ellas, se propugnaba una modificación del artículo 99 del Proyecto (que contemplaba la situación de «servicios especiales») en el sentido de que los militares de carrera pasaran a la situación de servicios especiales cuando accedieran a la condición de diputado, senador o miembro de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, así como cuando desempeñaran cargos electivos en las Corporaciones Locales. La segunda de las enmiendas, en lo que nos interesa, pretendía modificar el artículo 100.1,*b*) del Proyecto, dándole la siguiente nueva redacción: «Los militares de carrera pasarán a la situación de excedencia voluntaria: *b*) Cuando sean elegidos para órganos representativos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo.» Finalmente, la enmienda número 105, en concordancia con la enmienda número 101 (49), propugnaba la supresión, entre otros, del artículo 100.4 del texto del Proyecto.

En definitiva, Coalición Popular, sobre la base de la conveniente igualdad de derechos con los funcionarios civiles, defendía un régimen, de un lado, similar al previsto en el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado, en lo que hace al pase a la situación de servicios especiales

(47) Puede verse el Proyecto en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» («BOCG»), III Legislatura, Serie A, núm. 108-1, 16 de febrero de 1989, págs. 1 y ss.

(48) «BOCG», Serie A, núm. 108-6, 7 de abril de 1989, págs. 43 y ss.; en concreto, págs. 69-71.

(49) La enmienda núm. 101 contenía, asimismo, un texto alternativo al del artículo 100.4 del Proyecto: el que se propugnaba fuera artículo 99.3, a tenor del cual: «Los Diputados, Senadores y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que pierdan dicha condición permanecerán en la situación de servicios especiales por un período de dos años.»

(el texto alternativo propuesto en la enmienda número 101 se inspira casi en su literalidad en el art. 6.º del citado Reglamento), y de otro, próximo asimismo al de los Jueces y Magistrados. Así lo entendemos nosotros a la vista del texto alternativo del artículo 100.1,b), contenido en la enmienda número 103. Ese texto, escasamente afortunado y muy confuso («Cuando sean elegidos para órganos representativos públicos en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo»), pues parece solaparse con las modificaciones propuestas respecto del artículo 99, lo que supondría una patente contradicción, creemos que lo que en realidad quiere significar es que cuando un militar de carrera sea elegido candidato para un órgano representativo, deberá pasar a la situación de excedencia voluntaria, previsión que nos recuerda la prescripción del artículo 357.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las propuestas precedentes habían de complementarse con la inclusión en el artículo 99 del Proyecto (situación de servicios especiales) de un nuevo apartado (que en la enmienda 101 figuraba como apartado tercero), a cuyo tenor, una vez perdida la condición de diputado, senador o miembro de una Asamblea Legislativa autonómica, el militar de carrera permanecería en la situación de servicios especiales por un período de dos años, previsión similar a la del artículo 100.4 del texto definitivo de la Ley 17/1989, bien que con una diferencia notable: esos dos años se permanecía en la situación de servicios especiales, no en la de excedencia voluntaria prevista por la Ley.

La Ponencia manifestaría su criterio contrario a favorecer o facilitar la salida de la carrera militar, y sobre la base de tal argumento, no aceptaría las enmiendas de Coalición Popular con anterioridad comentadas (50).

En la sesión de la Comisión de Defensa celebrada el día 27 de abril (51) tendría lugar el debate de las enmiendas anteriores. Digamos de antemano que la discusión parlamentaria en este punto concreto —y aun diríamos que en el conjunto de la Ley— sería de una pobreza realmente notoria. Sería el diputado popular señor Trillo y López-Mancisidor quien asumiría la defensa de aquéllas, limitándose en un primer momento a una mera lectura de las mismas (52),

(50) «BOCG», Congreso, Serie A, núm. 108-8, 27 de abril de 1989, págs. 161 y ss.; en concreto, pág. 170.

(51) «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» («DSCD»), Comisiones, III Legislatura, 1989, núm. 455, págs. 15047 y ss.

(52) «DSCD», núm. 455, págs. 15047-15048.

para, en un momento ulterior, exponer la opinión contraria de su Grupo a que se midiera por distinto rasero a civiles y militares a efectos de su presencia en la política (53).

La defensa del texto del Proyecto correría a cargo del diputado socialista señor Sanz Díaz, quien, dicho sea de paso, intervendría con alguna mayor brillantez que su oponente popular (54). Tras mostrarse opuesto al trasvase de situaciones defendido por Coalición Popular, el señor Sanz Díaz recordaría, con razón, que el Proyecto mejoraba con mucho la situación existente con anterioridad al amparo del Real Decreto-ley 10/1977. Manifestándose favorable a que la participación en la vida política no implique la pérdida de la carrera militar, el diputado socialista consideraría conveniente no incentivar esta participación pública por la especificidad de los Ejércitos (55), para, a renglón seguido, exponer algunos inconvenientes que, desde el punto de vista práctico, dificultarían en extremo la viabilidad de la propuesta popular (así, la reserva de plaza). El Proyecto, en definitiva, pretendería la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de los militares y los propios de los funcionarios de la Administración civil.

Efectuada la votación de las enmiendas, éstas serían rechazadas por siete votos a favor por 18 en contra. Ello no obstante, las tres enmiendas serían mantenidas por Coalición Popular para su defensa en el Pleno (56). En el Pleno de la Cámara (57), el debate particularizado sería sustituido por una defensa global de las enmiendas mantenidas por los diferentes Grupos; por ello mismo, el tema que nos ocupa no volvería a ser objeto de referencia concreta. La votación de las enmiendas se llevaría a cabo igualmente por bloques, no en función de criterios materiales, sino en atención al Grupo firmante de la enmienda. Así, las enmiendas del Grupo de Coalición Popular serían rechazadas por 75 votos a favor frente a 146 en contra y tres abstenciones (58). El Pleno, pues, ratificaba el texto del Proyecto.

En el Senado, serían presentadas un total de seis enmiendas, cinco de ellas suscritas por el Grupo de Coalición Popular (enmiendas

(53) «DSCD», núm. 455, pág. 15053.

(54) No debe extrañar la falta de brillantez del diputado popular, dado que en un momento dado del debate reconocería tener «un gran lío mental». «DSCD», núm. 455, pág. 15053.

(55) «DSCD», núm. 455, pág. 15049.

(56) «BOCG», Serie A, núm. 108-9, 5 de mayo de 1989, págs. 241-242.

(57) «DSCD», núm. 194, 11 de mayo de 1989, págs. 11079 y ss.

(58) «DSCD», núm. 194, pág. 11103.

números 323, 324, 325, 326 y 327); la sexta, por el Grupo del CDS (enmienda número 148) (59).

La enmienda centrista, formulada específicamente al artículo 100.4, propugnaría la reducción del plazo de excedencia a tan sólo un año, a fin de evitar de esta forma un sacrificio que pudiera ser calificado de desproporcionado.

Coalición Popular, básicamente, seguiría manteniendo las posiciones defendidas en la Cámara baja, bien que con algunas precisiones de las que vamos a hacernos eco. En primer término, el artículo 99 iba a ser objeto de dos enmiendas, una de ellas (la número 324) alternativa a la que se suponía reflejaba la postura básica del Grupo (la número 323). Mientras la enmienda número 323 parecía pretender una plena compatibilidad, en lo posible, entre la Ley y las disposiciones legales reguladoras de la función pública, llegando a propugnar un nuevo apartado para el artículo 99, a tenor del cual, «de corresponder ascenso durante la permanencia en esta situación (de servicios especiales), será concedido a tenor de lo previsto en la presente Ley y siempre que el interesado cumpla con las condiciones que se encuentren establecidas», la enmienda número 324 (idéntica a la número 101 presentada en el Congreso) parecía perseguir la igualdad de derechos con Magistrados, Jueces y Fiscales, atendiendo a lo previsto por los artículos 352 y 353 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque olvidando la determinación del artículo 357.4 de la propia Ley.

En defensa de la enmienda número 323 se recurría a un conjunto muy dispar de argumentos, unos razonables y otros bastante discutibles, desde nuestro punto de vista. Lógica se nos antoja la consideración de que «no parece que exista razón para que los militares y los funcionarios civiles mantengan diferencias de tratamiento para el acceso a un mismo cargo público en cuanto respecta al cómputo de tiempos de servicios». Es por contra muy opinable el que las diferenciaciones establecidas en nada benefician la consecución de uno de los objetivos perseguidos por el Proyecto: la integración de las FAS con la sociedad. Esta integración, de todo punto necesaria, debe perseguirse prioritariamente a través de otros cauces.

Sí parece admisible el argumento de que la generalización de las normas legales puede incidir de modo especialmente negativo sobre los militares integrados en los Cuerpos Comunes, «quienes

(59) «BOCG», Senado, III Legislatura, Serie II, núm. 315 (c), 12 de junio de 1989, págs. 37 y ss.

por su origen y formación básica quedarían excesiva e injustificadamente coartados en sus posibilidades de movilidad interadministrativas».

Con todo, el argumento que nos resulta más discutible es el de la supuesta inconstitucionalidad de las desigualdades de tratamiento, que vulnerarían los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, así como el artículo 70.1, *d*) y *e*), que, según los enmendantes, vendría a establecer la igualdad de consideración de Magistrados, Jueces, Fiscales y Militares.

Frente a tales consideraciones, creemos que el principio de igualdad en modo alguno resulta conculcado. Como es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la igualdad no debe entenderse como uniformidad; no toda distinción debe entenderse como discriminadora; como ha puesto de relieve el TEDH, la igualdad de trato sólo resulta violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable (60). Y a este respecto, conviene recordar la peculiar situación de ciertas categorías de personas que ven limitados de modo específico algunos de sus derechos, en virtud de lo que se ha dado en llamar su «*relación de sujeción especial*»; este, por ejemplo, es el caso de quienes tienen la condición de militares. Este argumento, en conexión con el anterior, nos conduce a rechazar la existencia de una posible violación del artículo 23.2 de nuestra Magna Carta, tesis que se refuerza mucho más si conectamos los artículos 23.2 y 70.1, *e*). En relación precisamente al artículo 70.1, hemos de decir que de su enunciado no creemos en modo alguno se desprenda la necesaria igualdad de trato para militares y magistrados. Por lo demás, no vemos que el principio de proporcionalidad, que debe inspirar toda posible restricción de derechos, se vea resentido por establecerse un régimen jurídico diferenciado entre funcionarios de la Administración civil, miembros de la Carrera judicial y militares de carrera, por lo menos en lo que se refiere a la diferenciación de situaciones administrativas; otra cosa distinta es que esa proporcionalidad se respete en las divergencias de trato referentes al cómputo de tiempo de servicio, a efectos, por ejemplo, de los trienios.

La enmienda número 325 daba una nueva redacción al artículo 100. Destacaremos que del mismo (que regula la situación de excedencia voluntaria) se excluía el párrafo *b*) del apartado 1.º, reco-

(60) Sentencia del TEDH de 23 de julio de 1968, fundamento de derecho I, B, epígrafe 10.

gido por la enmienda número 103 de Coalición Popular en el Congreso, párrafo que, como ya indicamos, pese a su deficiente redacción, nos parecía querer reflejar una previsión análoga a la del artículo 357.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, recordémoslo, la necesidad de solicitar la excedencia voluntaria cuando se deseara participar como candidato en unas elecciones.

Las enmiendas números 326 y 327 postulaban, respectivamente, la supresión del artículo 100.1,b) y del artículo 100.4, pareciendo ambas innecesarias en tanto la número 325 ya propugnaba una nueva redacción de todo el artículo 100.

La Ponencia rechazaría por mayoría todas las enmiendas presentadas a los artículos 99 y 100 del Proyecto (61). Tampoco prevalecerían en Comisión, manteniéndose incólume el texto en el Dictamen de aquélla (62), y a la par, sosteniendo el CDS y CP sus respectivas enmiendas como votos particulares.

El debate plenario en la Cámara Alta siguió los pasos del acaecido en la Baja, esto es, debate global de las enmiendas agrupadas por títulos y por Grupos. Los señores Martínez Sospedra, por el CDS, y Sanz Escalera, por CP, asumieron la defensa de las respectivas enmiendas, entre las que se encontraban las que nos interesan. En cualquier caso, apenas si hubo alguna mínima referencia a la cuestión, algo por lo demás perfectamente comprensible, dado el procedimiento de discusión del Pleno (63). Las enmiendas, votadas asimismo en bloque, serían rechazadas en ambos casos por amplísima mayoría (19 votos a favor y 125 en contra, más 38 abstenciones, en las presentadas por el CDS, y 39 a favor frente a 126 en contra y 22 abstenciones, en lo que hace a las enmiendas de los populares). Con ello, el Senado ratificaba el texto ya aprobado por el Congreso, que a su vez, repetiremos de nuevo, coincidía en su literalidad con el contenido en el inicial Proyecto de Ley de la Función Militar.

Analizado ya el itinerario legislativo de las normas que afectan específicamente al ejercicio por los militares de carrera del derecho de sufragio pasivo, vamos a centrarnos en su análisis.

De entrada, es preciso significar el indudable paso adelante que

(61) «BOCG», Senado, III Legislatura, Serie II, núm. 315 (d), 22 de junio de 1989, págs. 163 y ss.

(62) «BOCG», Senado, III Legislatura, Serie II, núm. 315 (e), 26 de junio de 1989, págs. 213 y ss.

(63) «Diario de Sesiones del Senado», III Legislatura, núm. 126, 28 de junio de 1989, págs. 5965 y ss.; en concreto, págs. 6003-6008.

supone la nueva normativa respecto de la contenida en el Real Decreto-ley 10/1977, expresamente derogado por la disposición derogatoria (apartado tercero) de la Ley. Mientras con esta última norma, el militar que deseaba presentarse como candidato a unos comicios perdía irreversiblemente su carrera, con la Ley 17/89 no se produce tal circunstancia. Ello no obstante, la opción de ejercitar el derecho de sufragio pasivo tiene unas consecuencias enormemente gravosas para su carrera.

El artículo 100.1,b) LRPMP exige el pase a la situación de excedencia voluntaria cuando se sea designado candidato a unas elecciones para órganos representativos. El pase a tal situación debe quedar formalizado en todo caso con anterioridad al día de la presentación de la candidatura; en el supuesto contrario, procederá la calificación de inelegible, tal y como determina el artículo 7.º, 1, de la Ley Orgánica 5/1985. Hay en ello una coincidencia con la previsión del artículo 357.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial; sin embargo, existe una diferencia fundamental: los Jueces y Magistrados se consideran en situación de servicios especiales una vez acceden a la condición de diputado, senador o diputado autonómico, mientras que los militares de carrera no sólo permanecen en situación de excedencia voluntaria, aunque logren el escaño en las correspondientes elecciones, sino que han de continuar en tal situación hasta dos años después de la terminación del mandato. Más aún, los miembros de la Carrera judicial que no lograsen ser elegidos podrán solicitar el reingreso en el servicio activo (art. 357.4, *in fine* LO 6/85); bien al contrario, los militares de carrera que hubieren sido designados candidatos, caso de no resultar electos, habrán de permanecer en la situación de excedencia voluntaria por un período de dos años, a contar desde el momento de la concesión del pase a dicha situación.

El pase a la situación de excedencia voluntaria tiene, por lo demás, unas consecuencias muy costosas para la carrera militar. En esa situación no se podrá permanecer menos de dos años, ni más de diez en períodos consecutivos o alternos. Antes de transcurrir este último plazo, el interesado deberá solicitar el cese en esta situación, pues, caso de no hacerlo, perderá su condición de militar de carrera (art. 100.6 LRPMP).

Transcurridos los dos primeros años en la situación de excedencia voluntaria, permanecerá en su Escala y empleo en el puesto que ocupara en ese momento y no será evaluado para el ascenso.

Ello supone una práctica inmovilización en el escalafón, que no finalizará hasta que se cese en tal situación; sin embargo, producido tal supuesto, la pérdida de puestos en el escalafón será definitiva.

Si la excedencia voluntaria le fuese concedida por segunda o sucesivas veces, quedará inmovilizado en el puesto que tuviere en su Escala y empleo en el momento de la concesión. Dado el sistema de evaluaciones periódicas previsto por la Ley, de las que se derivan las correspondientes clasificaciones, que a su vez determinarán la ordenación de los evaluados, esencial en orden a los ascensos en el sistema de selección (se efectúan por este sistema los ascensos a los empleos de Coronel y Teniente Coronel de las Escalas superiores, al de Comandante de las Escalas medias y al de Subteniente de las Escalas básicas), no parece arriesgado pronosticar que el militar que pierda varias evaluaciones para el ascenso (éstas se realizan periódicamente, siendo la duración normal de los ciclos de evaluación de un año), habrá prácticamente destruido su carrera militar. Se pretende con ello inequívocamente desincentivar el abandono temporal de la carrera militar a fin de participar en experimentos políticos, como candidato en unos comicios. A este respecto, resulta de especial dureza la previsión que obliga a permanecer en excedencia voluntaria por un período de dos años, aun cuando no se hubiese resultado elegido; la aleatoriedad de toda competición electoral, unida a la anterior previsión legal, es muy posible que haga recapitular muy mucho a quienes sientan la tentación de ejercitar su derecho de sufragio pasivo.

Es verdad que de lo que trata la LRPMP es de potenciar la carrera militar, de incidir sobre la profesionalidad, de estimular a los profesionales de la Milicia al mejor cumplimiento de sus cometidos; estos fines casan perfectamente con las normas precedentes; ahora bien, ¿no resulta un tanto vulnerado el principio de proporcionalidad?

Estamos ante un interrogante de muy difícil respuesta. En todo caso, se nos antoja excesivamente duro el período de dos años adicionales que han de pasar los militares de carrera en situación de excedencia voluntaria, caso de no resultar elegidos o, de serlo, a partir del momento en que concluyera su mandato. Quizá la reducción de este período a un solo año, tal y como defendiera el CDS en el Senado, habría sido una solución menos drástica y no por ello menos desincentivadora.

El pase a la situación de excedencia, en el orden administrativo, tiene asimismo unas consecuencias muy costosas. A tenor del artículo 100.8 LRPMP, al militar de carrera en esta situación no le será computable el tiempo permanecido en ella a efectos de trienios y derechos pasivos ni como tiempo de servicios efectivos, con las salvedades que el propio precepto contempla, pero que son ajenas al supuesto que analizamos. Es cierto que tal previsión sintoniza a la perfección con lo dispuesto por el artículo 358 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, así como por el artículo 29.3, *in fine*, de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Es decir, los efectos administrativos del pase a la excedencia son coincidentes en las tres leyes, si bien sólo los militares de carrera vienen obligados a permanecer excedentes durante el desempeño del mandato parlamentario (los miembros de la Carrera judicial, recordémoslo, una vez accedan a la condición de diputado o senador, se consideran en situación de servicios especiales). Por ello mismo, cabe plantearse si esta diferenciación de tratamiento entre funcionarios se acomoda o no al principio de igualdad.

Es doctrina jurisprudencial generalmente aceptada que toda distinción que se apoye sobre elementos de hecho diferentes es conforme con las exigencias del principio de igualdad; así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (a cuyo tenor, el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio debe ser asegurado sin distinción alguna), protege a los individuos o grupos que se encuentran en una situación comparable (64); si a ello unimos la peculiar situación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas, podemos llegar a entender, incluso a considerar plenamente acorde con el principio de igualdad, la exigencia del pase a la situación de excedencia que rige respecto de quienes tienen la condición castrense, mientras que no se insta el acceso a tal situación respecto de los restantes funcionarios, y otro tanto podría decirse respecto del régimen de ascensos, pues ya hemos referido que mientras a los jueces y magistrados que accedan a la condición de parlamentarios se les computa el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos (arts. 353.1 de la LO 6/1985), ello no acontece

(64) Sentencia del TEDH de 26 de abril de 1979, fundamento de derecho II, epígrafe 70.

así con los militares de carrera. Esta última desigualdad bien puede ampararse en la consideración de que responde a una justificación objetiva y razonable.

Ahora bien, ¿cabe justificar el no reconocimiento del tiempo permanecido en la situación de excedencia (a efectos de los trienios y los derechos pasivos), por virtud de la aplicación del artículo 100.1, b) LRPMP, objetiva y razonablemente, a la vista de la finalidad y efectos de tal medida? ¿No escapa tal medida del objetivo primordial perseguido por el legislador con el establecimiento de un régimen peculiar para los militares en lo que atañe al ejercicio del derecho de sufragio pasivo? Más aún, los efectos de aquélla, ¿no son claramente desproporcionados con el objetivo deseado? Hemos de reconocer que hemos abierto unos interrogantes de difícil respuesta, por no decir que de muy discutible contestación. Aun así, nos inclinamos por pensar que las determinaciones del inciso primero del artículo 100.8 LRPMP no sólo no se acomodan con uno de los criterios que ha guiado la elaboración de la Ley: «el de compatibilidad, en lo posible, con las disposiciones legales que regulan la función pública» (párrafo penúltimo del Preámbulo), sino que, lo que es mucho más grave, difícilmente encajan con el principio de igualdad de trato, conclusión a la que llegamos teniendo en cuenta, desde luego, todos los elementos que inciden sobre tan compleja cuestión.

Como puede deducirse de lo expuesto, el punto precedentemente tratado es el que nos parece más discutible desde una óptica jurídico-constitucional. Es claro que las restantes soluciones por las que ha optado el legislador, en cuanto fruto de una opción política legítima, son discutibles, si bien respetables; cabría la defensa también legítima de otras opciones, como, por ejemplo, la de haber establecido un régimen sustancialmente idéntico al que rige en igual circunstancia para los miembros de la Carrera judicial; podría incluso esgrimirse que nuestro legislador es mucho más restrictivo que el de otros países de nuestro entorno, como Francia o Italia; en definitiva, sería factible esgrimir un variado catálogo de argumentos en favor o en contra de la normativa legal, pero, a nuestro modo de ver, a salvo la cuestión antes tratada, nos parece que los preceptos legales encajan perfectamente con las exigencias constitucionales, afirmación difícilmente sostenible respecto del artículo 5.º del Real Decreto-ley 10/1977. Como ya expusimos con anterioridad, las críticas efectuadas en la justificación de la enmienda número 323

del Grupo de Coalición Popular en el Senado, en torno a la posible inconstitucionalidad de los preceptos legales comentados, nos parecen la resultante de una argumentación política más que de un análisis jurídico ponderado y reflexivo.

La nueva normativa, en resumen, aporta un notable paso adelante respecto de las, por muchas razones, obsoletas disposiciones del Real Decreto-ley 10/1977, si bien, en lo que al tema que nos interesa afecta, encontremos todavía alguna previsión de muy dudoso encaje constitucional. Sería, en todo caso, deseable una futura aproximación al régimen jurídico existente en otros países de nuestro entorno.

