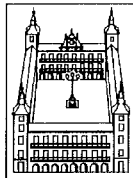


DAVID BLANQUER

CIUDADANO Y SOLDADO

La Constitución y el servicio militar



EDITORIAL CIVITAS, S. A.
MADRID, 1996

Presentación	17
Prólogo	21

LIBRO PRIMERO

TODOS LOS ESPAÑOLES TIENEN LA OBLIGACION LEGAL DE CUMPLIR EL SERVICIO MILITAR

Capítulo I. Los deberes fundamentales	35
I. LA RECEPCIÓN DE LOS DEBERES EN LAS CONSTITUCIONES Y SU SIGNIFICACIÓN IDEOLÓGICA.....	35
A) <i>La constitucionalización de los deberes del ciudadano en el Estado liberal de Derecho</i>	35
B) <i>La constitucionalización de los deberes de los Poderes Públicos en el Estado Social</i>	37
C) <i>La constitucionalización de los deberes en los Estados totalitarios</i>	38
D) <i>Valoración de conjunto</i>	38
II. LOS CONCEPTOS DE DEBER Y DE OBLIGACIÓN	39
III. EL DEBER DE DEFENDER A ESPAÑA Y LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL SERVICIO MILITAR.	44
IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNAS FUERZAS ARMADAS EXCLUSIVAMENTE PROFESIONALES.....	48
V. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL SERVICIO MILITAR	58
VI. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES PERSONALES DE CARÁCTER FORZOSO	63
A) <i>La prestación del servicio militar debe responder a los principios de generalidad y capacidad</i>	64
B) <i>La prestación del servicio militar no puede tener alcance confiscatorio</i>	66
C) <i>Remisión</i>	71
Capítulo II. El fundamento histórico de la obligación legal de cumplir el servicio militar. El lento proceso de universalización de la leva	73
I. EL SERVICIO MILITAR EN FRANCIA A PARTIR DE 1789.....	73
A) <i>El sometimiento del poder militar al poder civil</i>	74
B) <i>Los militares gozan de los mismos derechos fundamentales que los demás ciudadanos</i>	75
C) <i>La voluntariedad del servicio militar y el carácter electivo de los oficiales y suboficiales</i>	77

II.	EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA FIGURA DEL CIUDADANO-SOLDADO.....	84
A)	<i>La leva universal, las necesidades de la Defensa y el principio democrático</i>	84
B)	<i>Principio democrático, Ejército de nacionales y extranjeros</i>	89
C)	<i>El principio democrático en un Estado liberal: el ciudadano-soldado a efectos de reclutamiento, y a efectos de la titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas</i>	89
D)	<i>Derecho de sufragio y servicio militar</i>	91
E)	<i>Las necesidades de Defensa como único fundamento histórico del servicio militar obligatorio y universal</i>	93
III.	EL SERVICIO MILITAR EN ESPAÑA.....	94
A)	<i>La España romana y la visigoda</i>	94
B)	<i>Los reinos medievales</i>	95
C)	<i>Los Reyes Católicos</i>	96
D)	<i>Los Austrias</i>	97
E)	<i>Los Borbones</i>	101
F)	<i>El período constitucional</i>	107
1.	El principio democrático, las necesidades de la Defensa y la leva universal	107
2.	La Primera República y la supresión del servicio militar obligatorio.....	110
3.	La lenta e inacabada evolución hacia el servicio personal universal	112
G)	<i>Recapitulación</i>	120
Capítulo III.	Extranjería y servicio militar	123
I.	LOS TITULARES DE LA SOBERANÍA: NACIONALIDAD, EXTRANJERÍA Y SERVICIO MILITAR. CONSECUENCIAS DEL PROCESO DE UNIÓN EUROPEA	123
II.	EL EXTRANJERO Y EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO	129
A)	<i>La doctrina y el Derecho convencional internacional</i>	129
B)	<i>La práctica de los Estados</i>	130
III.	EL EXTRANJERO Y EL SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO	132
A)	<i>Una precisión previa: los mercenarios y el servicio militar voluntario</i> ..	132
B)	<i>El voluntariado extranjero en las Fuerzas Armadas</i>	133
1.	¿Puede un extranjero prestar un servicio militar en las Fuerzas Armadas españolas?	133
2.	¿Puede un español prestar un servicio militar en las Fuerzas Armadas de un Estado extranjero?.....	137
Capítulo IV.	El principio de igualdad	141
I.	LA GENERALIDAD Y LA CAPACIDAD COMO PRINCIPIO Y FUNDAMENTO DE LAS PRESTACIONES PÚBLICAS	141
II.	LOS MINISTROS DE UNA CONFESIÓN RELIGIOSA	146
III.	LA MUJER Y EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.....	150
A)	<i>Un apunte de Derecho comparado</i>	150
1.	Panorámica general y descripción particular del caso italiano	150
2.	La jurisprudencia norteamericana	158

B)	<i>La mujer y las Fuerzas Armadas en España</i>	167
1.	La evolución del grupo normativo	167
2.	Los principios informadores de la jurisprudencia	172
C)	<i>Valoración de conjunto</i>	175
1.	El contenido semántico de la expresión «españoles»	175
2.	La eficacia inmediata del principio de igualdad en las Fuerzas Armadas	176
3.	Las condiciones físicas para prestar el servicio	184
4.	Un problema económico: la adaptación de las instalaciones ...	188
5.	Dos cuestiones procesales: la carga de la prueba y su contenido.	189
6.	Recapitulación final	191

LIBRO SEGUNDO

**EL ESTATUTO FUNDAMENTAL
DEL SOLDADO DE REEMPLAZO EN TIEMPO DE PAZ**

Capítulo V. La limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas del soldado de reemplazo en tiempo de paz	199
I. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS	199
A) <i>Introducción: el modelo sociológico de Moskos</i>	199
B) <i>La doctrina americana de la comunidad separada</i>	205
C) <i>El ordenamiento interno</i>	210
II. LA CONFIGURACIÓN DEL ESTATUTO FUNDAMENTAL DEL SOLDADO DE REEMPLAZO: LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN	218
III. EL DERECHO COMPARADO	222
A) <i>La garantía constitucional expresa: Austria</i>	222
B) <i>El silencio constitucional y los límites implícitos: Italia y los Estados Unidos de América</i>	223
C) <i>La constitucionalización de los límites: Alemania</i>	226
IV. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	230
A) <i>Antecedentes</i>	230
1. La elaboración de la Constitución de 1931	230
2. La enmienda de Sánchez-Agosta en el período constituyente de 1978	231
B) <i>La configuración de las Fuerzas Armadas como una parte de la Administración (los arts. 8, 97 y 103 de la Constitución)</i>	233
C) <i>El estatuto fundamental del soldado de reemplazo: los límites constitucionales expuestos</i>	236
V. LA LIMITACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SOLDADO DE REEMPLAZO EN TIEMPO DE PAZ	240
A) <i>Los límites inherentes o la delimitación de los derechos: la definición del contenido normal</i>	241
B) <i>Los límites implícitos</i>	254
1. Planteamiento	254
2. Los términos de la colisión	257
3. Los criterios para resolver la colisión	258

C)	<i>La regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales</i>	269
VI.	LA LIMITACIÓN DE LOS LÍMITES	273
A)	<i>La motivación de las decisiones judiciales y de las leyes</i>	274
B)	<i>La proporcionalidad de la limitación</i>	285
C)	<i>La limitación ha de ser sólo la necesaria o indispensable para proteger otro bien constitucional</i>	289
D)	<i>La limitación ha de ser de la menor intensidad posible</i>	290
E)	<i>La garantía del contenido esencial y las garantías institucionales</i>	293
F)	<i>La limitación formal de los límites: la exigencia de Ley Orgánica</i>	297
 Capítulo VI. El derecho a la vida y a la integridad física; la protección de la salud y el régimen de indemnización de daños		301
I.	LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y EL DEBER DE DEFENDER A ESPAÑA	301
A)	<i>Planteamiento general de la cuestión</i>	301
B)	<i>La libertad de morir o la renuncia a la vida y la imposición al soldado de reemplazo en tiempo de paz del sacrificio de la vida o del riesgo de perderla</i>	305
II.	EL RECONOCIMIENTO MÉDICO PREVIO, LAS ENFERMEDADES NO PREVISTAS Y LA DISCONFORMIDAD CON LA CALIFICACIÓN MÉDICA DE APITUD PSICOFÍSICA	311
III.	EL RÉGIMEN DE INDEMNIZACIÓN DE LESIONES FÍSICAS O DE LA MUERTE DEL SOLDADO	330
A)	<i>La dispersión normativa y la diversidad de institutos: la responsabilidad patrimonial de la Administración, el contrato mercantil de seguro y el régimen de Clases Pasivas</i>	330
B)	<i>La compatibilidad de los regímenes de reparación</i>	335
C)	<i>El principio de indemnidad y la limitación cuantitativa de la reparación económica</i>	342
D)	<i>Indemnización por retraso en el abono de la reparación económica</i>	346
 Capítulo VII. Los valores militares, la libertad de pensamiento y la libertad religiosa		351
I.	LOS VALORES MILITARES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL	351
A)	<i>La necesidad de buscar unos valores ajustados a la Constitución vigente</i>	351
B)	<i>La colaboración en el fortalecimiento de las relaciones pacíficas como valor superior del ordenamiento jurídico</i>	355
C)	<i>Pluralismo y uniformidad militar</i>	366
D)	<i>El honor y el «honor militar»</i>	370
E)	<i>Las Reales Ordenanzas como regla moral aceptada por el profesional, pero forzosamente impuesta al soldado de reemplazo</i>	375
F)	<i>La moral militar no se extiende a la vida privada del soldado</i>	380
G)	<i>Recapitulación</i>	382
II.	LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL SERVICIO DE ASISTENCIA RELIGIOSA EN LAS FUERZAS ARMADAS	383
A)	<i>¿Tiempo libre o creación de una organización administrativa?</i>	383
B)	<i>El régimen de celebración de actos religiosos</i>	387

C)	<i>La imposición de ciertos ritos religiosos</i>	388
Capítulo VIII. La libertad de expresión de opiniones e informaciones ..		391
I.	LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES; LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DEL GRAN MUDO	391
II.	LA LIBERTAD DE LOS MILITARES DE EMITIR INFORMACIÓN: EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA; LOS SECRETOS OFICIALES	398
A)	<i>Libertad de expresión y censura previa en el Derecho comparado.....</i>	398
B)	<i>La prohibición constitucional de censura previa.....</i>	400
C)	<i>Los secretos oficiales como único supuesto de autorización</i>	402
D)	<i>La regulación de los secretos oficiales.....</i>	408
E)	<i>El acto de clasificación no es un acto político, sino administrativo</i>	410
F)	<i>El control de los secretos oficiales por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa</i>	414
1.	Planteamiento general	414
2.	El control judicial de la competencia administrativa para clasificar una información	415
3.	El control judicial de los hechos determinantes	416
4.	El control judicial de la motivación del acto administrativo de clasificación	424
5.	El acceso del Tribunal a la documentación	427
G)	<i>El control de los secretos oficiales por la Jurisdicción Penal y por la Militar.....</i>	429
H)	<i>El control parlamentario de los secretos oficiales.....</i>	438
III.	EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBSIGUIENTE LAS SANCIONES Y EL DERECHO A CRITICAR	440
A)	<i>La almendra del contenido esencial de la libre expresión de opiniones: el derecho a criticar</i>	440
B)	<i>La primacía de la libertad de expresión frente a la disciplina militar.....</i>	446
C)	<i>Expresión de opiniones y de hechos</i>	450
D)	<i>La crítica de la Constitución</i>	452
E)	<i>La crítica de las Instituciones Públicas: el honor individual y el prestigio de las Instituciones</i>	455
F)	<i>La crítica al Gobierno y su política</i>	457
G)	<i>La moderación de las expresiones</i>	461
H)	<i>El contexto y las circunstancias, en particular las históricas</i>	474
I)	<i>La trascendencia pública de lo expresado</i>	476
J)	<i>La libertad de expresión dentro y fuera del servicio</i>	478
K)	<i>La libertad de expresión en tiempo de paz o de guerra</i>	483
IV.	EL DERECHO A RECIBIR LIBREMENTE INFORMACIÓN POR CUALQUIER MEDIO DE DIFUSIÓN	484
V.	LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS CIVILES SOBRE LAS FUERZAS ARMADAS Y LA DEFENSA NACIONAL	489
A)	<i>El derecho de los civiles a criticar a las Fuerzas Armadas y la apología de la insumisión.....</i>	489
B)	<i>Los medios de comunicación social, conflictos bélicos y secretos oficiales</i>	497

Capítulo IX. La participación en los asuntos públicos	507
I. LA NEUTRALIDAD POLÍTICA DE LAS FUERZAS ARMADAS; EL EJÉRCITO SIRVE CON OBJETIVIDAD LOS INTERESES GENERALES	507
A) <i>El fin: la subordinación del poder militar al civil</i>	507
B) <i>Los medios: el acantonamiento jurídico-orgánico y sus distintas manifestaciones; la limitación del derecho de los militares a participar en los asuntos públicos</i>	512
II. EL DERECHO DE REUNIÓN	518
A) <i>Introducción</i>	518
B) <i>Referencia de Derecho Comparado</i>	519
C) <i>Los derechos de reunión y manifestación en la historia constitucional española</i>	522
D) <i>El régimen jurídico en el marco de la vigente Constitución de 1978</i>	523
III. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN GENERAL	528
A) <i>Evolución histórica en España</i>	528
B) <i>Las previsiones constitucionales que habilitan al legislador para limitar o excluir determinadas formas de asociación en el ámbito de las Fuerzas Armadas</i>	531
C) <i>El régimen de asociaciones que no tengan contenido político ni fines sindicales en el Derecho Comparado</i>	533
IV. LA PARTICIPACIÓN EN PARTIDOS POLÍTICOS	534
V. EL DERECHO DE SINDICACIÓN Y EL DERECHO DE HUELGA	538
A) <i>El Derecho Internacional</i>	538
B) <i>El Derecho Comparado</i>	540
C) <i>El Derecho en España</i>	548
VI. EL DERECHO DE SUFRAGIO	553
A) <i>El sufragio activo</i>	553
1. <i>La evolución histórica en España</i>	553
2. <i>La situación actual</i>	555
B) <i>El sufragio pasivo</i>	557
1. <i>Apunte de Derecho Comparado</i>	557
2. <i>Principales rasgos del derecho de sufragio pasivo de los militares en la historia española</i>	559
3. <i>El régimen vigente</i>	562
VII. EL DERECHO DE PETICIÓN	569
A) <i>Referencia al Derecho comparado y a la evolución histórica en España</i>	569
B) <i>El régimen general del derecho de petición: concepto, clases, titularidad y contenido</i>	573
C) <i>El régimen específico de los militares</i>	577
VIII. EL DERECHO A DESEMPEÑAR FUNCIONES PÚBLICAS EN CONDICIONES DE IGUALDAD: LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR COMO MÉRITO PARA EL INGRESO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA	590
A) <i>El servicio militar como función pública</i>	590
B) <i>La valoración del cumplimiento del servicio militar obligatorio como mérito para acceder a determinadas funciones públicas</i>	591

Capítulo X. El servicio militar y los derechos del trabajador	597
I. PLANTEAMIENTO	597
II. SERVICIO MILITAR Y CONTRATO LABORAL	601
A) <i>La suspensión del contrato</i>	601
B) <i>La reserva de plaza y la reincorporación al puesto de trabajo</i>	603
C) <i>El cómputo del servicio militar a efectos de antigüedad laboral</i>	609
III. EL SERVICIO MILITAR Y EL TRABAJADOR EMIGRANTE	610
IV. LAS PERCEPCIONES ECONÓMICAS DEL SOLDADO DE REEMPLAZO	611
A) <i>La compensación a título de solidaridad</i>	612
B) <i>La indemnización a título de responsabilidad</i>	617
Capítulo XI. Las sanciones disciplinarias y la jurisdicción militar	623
I. INTRODUCCIÓN	623
II. LA DOBLE FAZ DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA INSTRUMENTO DE GARANTÍA Y DE REPRÉSION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	625
A) <i>Las sanciones encubiertas</i>	627
B) <i>La reacción del soldado frente a quien impone sanciones improcedentes; el ejercicio obligatorio de la potestad disciplinaria contra quien la ejerce indebidamente</i>	628
C) <i>La exclusión de la querrela criminal</i>	634
III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	637
A) <i>«Cobertura legal» y sanciones que limitan derechos fundamentales</i>	640
B) <i>La seguridad jurídica en la descripción de las infracciones disciplinarias militares; el principio de tipicidad</i>	642
1. <i>Las normas sancionadoras en blanco o incompletas</i>	642
2. <i>La utilización de cláusulas generales y de expresiones genéricas</i>	648
C) <i>Fijación de sanciones por bloques</i>	654
D) <i>El principio de legalidad en la ejecución de las sanciones disciplinarias</i>	661
IV. <i>REFORMATIO IN PEIUS Y NON BIS IN IDEM</i>	665
V. EJECUTORIEDAD Y SUSPENSIÓN DE LA SANCIÓN, LAS MEDIDAS CAUTELARES	671
A) <i>Ejecutoriedad y suspensión de las sanciones privativas de derechos fundamentales</i>	671
B) <i>Medidas cautelares</i>	674
VI. LA GARANTÍA PATRIMONIAL	687
A) <i>Los supuestos de responsabilidad</i>	687
B) <i>La valoración económica de la injustificada privación de libertad</i> ..	692
C) <i>La reparación de los gastos de asistencia letrada empleada para alcanzar la anulación de la sanción disciplinaria</i>	696
D) <i>La acción de reclamación</i>	698
VII. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES	699
A) <i>La aplicabilidad del artículo 24 de la Constitución y del artículo 6 del Convenio de Roma</i>	699
1. <i>El artículo 6 del Convenio de Roma</i>	700
2. <i>El artículo 24 de la Constitución</i>	703

B)	<i>La destrucción por la Administración de la presunción de inocencia; el derecho a ser informado de la acusación formulada y el derecho del militar encausado a que se practiquen las pruebas pertinentes</i>	705
C)	<i>Oralidad y audiencia</i>	708
D)	<i>La asistencia letrada</i>	710
E)	<i>La notificación</i>	713
VIII.	LA GARANTÍA JUDICIAL: LA PLENITUD DEL CONTROL JURISDICCIONAL, SU INDEPENDENCIA	714
A)	<i>El objeto del control; en particular las sanciones por falta leve</i>	714
B)	<i>El alcance del control</i>	717
1.	Los hechos, su prueba y calificación	717
2.	La motivación de las sanciones	718
3.	La proporcionalidad de la sanción y la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados	719
4.	La observancia de las garantías procedimentales	720
C)	<i>El presupuesto del control: la independencia de la jurisdicción militar</i>	720
1.	Planteamiento general desde la perspectiva del Derecho comparado, con especial referencia al modelo italiano	720
2.	Los órganos de la Jurisdicción Militar y sus integrantes	727
3.	El estatuto de los integrantes de la Jurisdicción Militar, en particular el derecho de asociación y la inamovilidad	728
4.	El nombramiento de los integrantes de la Jurisdicción Militar	732
5.	El Gobierno de la Jurisdicción Militar	733
6.	La exclusividad de la función jurisdiccional	736
7.	Recapitulación a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	736
	Recapitulación	747
	Bibliografía	753