
Notas sobre las restricciones al ejercicio de algunos derechos fundamentales a los funcionarios del Estado

A propósito del caso de los miembros de las Fuerzas Armadas: un planteamiento de la cuestión y perspectivas del Derecho Comparado^(*)

Christian Donayre Montesinos

Alumno del sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Apuntes doctrinarios a modo de introducción. Limitaciones reconocidas en instrumentos internacionales.

Desde muchos años atrás las restricciones a los funcionarios de la administración del Estado, entre éstos a los militares, al ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales han sido asumidas sin cuestionamiento alguno en razón de las condiciones propias de su carrera. En la doctrina, han sido, en buena cuenta, justificadas tales limitaciones. Sin embargo, aun hoy en día muchas de ellas han perdido sustento lográndose, de alguna manera, el reconocimiento, y permitiéndose, el ejercicio de ciertos derechos que tradicionalmente habían sido tolerados sólo a los ciudadanos comunes. Precisamente con el presente trabajo pretendemos, a partir de un análisis del tratamiento de ciertos derechos con respecto a los militares en el derecho comparado, encontrar

algunas alternativas a considerar para así tal vez, adoptar alguna vía de solución a esta problemática en el Perú.

Consideramos a su vez, que el momento por el que atraviesa nuestro país, sobre todo por el proceso de reforma de la Constitución y la importancia que han adquirido las Fuerzas Armadas en el escenario público, han conllevado a asumir como una cuestión de primer orden una reformulación de los principios que inspiran a los institutos armados y su labor en la sociedad.

Resulta importante hacer notar que tanto los funcionarios de la Administración del Estado como los militares son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales. Por otro lado, dichos derechos fundamentales son susceptibles de sufrir limitaciones por expreso mandato tanto de los documentos internacionales de Derechos Humanos como por la norma constitucional⁽¹⁾. Ahora bien, debemos a su vez considerar el hecho de que no

(*) El presente artículo ocupó el primer lugar en el Segundo Concurso de Artículos Jurídicos, organizado por la Asociación Civil Ius et Veritas.

(1) Precisamente aquí radica uno de los problemas más importantes. Y es que si bien tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como otros documentos de igual relevancia, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocen ciertas limitaciones a algunos derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas y funcionarios de la Administración Pública; las constituciones de los Estados consagran otras restricciones que no precisamente se encuentran comprendidas en tales instrumentos internacionales, ampliando de esa manera el abanico de los derechos

existe una restricción de la misma índole para todos los funcionarios del Estado, es decir, **no se restringen los derechos de los funcionarios de la Administración Pública a todos por igual**. Por el contrario, la naturaleza de la relación funcional operaría como una suerte de cláusula general de limitación pero no de manera uniforme para todos los casos. Debemos distinguir entonces situaciones particulares. Justamente dentro de este rubro encontramos a los miembros de los institutos armados.

Antes se hablaba en la doctrina de restricción de derechos de los funcionarios del Estado, entendiéndose por ello el despojo de la titularidad de los mismos. Es decir, estos sujetos no podían alegar su vulneración por cuanto en realidad ellos carecían de titularidad sobre esos derechos. Sin embargo, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, esta idiosincrasia sufrió un cambio repentino, al menos así sucedió en la cultura occidental. Lo que antes era entendido como un despojo de titularidad hoy se comprende que, en realidad, se trata de una mera limitación en el ejercicio de sus derechos. Recordemos que, por ejemplo, en nuestro país, en el caso de los militares ellos son titulares del derecho de sufragio, pero mientras se encuentran en situación de actividad no pueden ejercerlo, una vez que pasen a la situación de retiro adquieren todos los derechos civiles y políticos que le corresponden como ciudadanos que son⁽²⁾. Es importante considerar que si bien este cambio se originó, en la gran mayoría de países, luego de la Segunda Guerra Mundial, hay países como Suecia que ya habían asimilado este concepto algunos años antes. Es más, en 1915 se creó, en dicho país, bajo la denominación *den militiombudsman*, un órgano específico para la protección de los derechos de los militares (*ombudsman* militar).

La distinción esbozada líneas arriba se traduce, entonces, en dos tipos de legislaciones: aquellas que consideran que los miembros de las Fuerzas Armadas, y en todo caso los funcionarios del Estado, tienen sus

propias prerrogativas, servidumbres y privilegios. En estos sistemas el personal militar se ve privado de los derechos fundamentales, carece de titularidad sobre los mismos, o al menos de ciertos de ellos. Y por otro lado está la “*Communis Opinio*” del Derecho Occidental, afirmada luego de la Segunda Guerra Mundial, en la cual los funcionarios del Estado, incluidos los militares, son titulares de derechos fundamentales pero son susceptibles de sufrir ciertas limitaciones en su ejercicio. Limitaciones que deben ser necesarias para el cumplimiento de los esenciales deberes que incumben al personal militar y a los funcionarios públicos en la sociedad⁽³⁾.

1.1 Las limitaciones reconocidas en los tratados sobre Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, reconoce a todas las personas de manera general y sin distinción alguna todos los derechos contenidos en ella, con lo cual deducimos que, en principio, no contempla limitación alguna para el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas ni de los funcionarios del Estado. A este respecto nos remitimos a lo señalado en su artículo 2.1: “(t)oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

No obstante, si bien como señalábamos líneas arriba la Declaración viene a reconocer los derechos de todas las personas sin limitación alguna, a su vez consagra en su artículo 29 algunas posibles restricciones. Así pues, tenemos un límite formal que viene a ser lo establecido en las leyes, y límites materiales como son el respeto a los derechos de las demás personas y los principios de supervivencia política, es decir el respeto a la moral, orden público, buenas costumbres, seguridad

limitados, aspecto que de por sí se encuentra expresamente prohibido por las normas internacionales enunciadas (léase por ejemplo el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros similares en los distintos tratados de Derechos Humanos). Como sabemos todos (al menos eso es lo que ocurre en el Perú y en España), cuando estemos en un caso en el cual se vean involucrados derechos fundamentales debemos interpretar los preceptos constitucionales a la luz de lo estipulado en los documentos de Derechos Humanos reconocidos internacionalmente. Recomendamos revisar al respecto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 y el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, a manera de ejemplo.

Así pues nos encontramos ante un conflicto de normas, valga decir una internacional y otra nacional en materia de Derechos Humanos, lo cual plantea ya de por sí una cuestión ha tomar en cuenta.

(2) “Artículo 70.- Al pasar un Oficial a la situación de retiro, ejercerá sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú sin limitación alguna”. (Decreto Legislativo No. 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea).

(3) A mayor abundamiento léase al respecto: PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. *Presupuestos constitucionales de la función militar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 87 y ss.

nacional, entre otros. Pues bien, de lo anterior deducimos que la Declaración consagra los derechos fundamentales como universales y generales para todos los seres humanos, incluidos los militares, pero que éstos pueden verse restringidos o limitados bajo situaciones excepcionales y transitorias, en los que se ven involucrados bienes jurídicos constitucionalmente relevantes.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Resolución 2200 (XI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece, a diferencia de la Declaración antes comentada, ciertas limitaciones para los miembros de las Fuerzas Armadas de los países participantes del Pacto, pero de manera más específica atendiendo a la calidad de los sujetos. En principio, el Pacto comprende posibles restricciones de manera general, esto es el derecho de libre circulación y el de libertad de residencia pueden ser limitados cuando así lo estipule la ley y siempre que sea necesario para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, derechos y libertades de terceros, entre otros⁽⁴⁾. Semejante situación es la de la libertad de conciencia comprendida en el artículo 18.3 de este instrumento internacional, la de la libertad de expresión (artículo 19), la del derecho de reunión, entre otros.

Un caso muy particular es el derecho de participación en los asuntos públicos, y el sufragio activo y pasivo, ya que el propio artículo 25, que reconoce este derecho, habla de la imposibilidad de plantear “restricciones indebidas” al ejercicio de estos derechos. Y como sabemos todos, en el caso peruano ni el sufragio activo ni el pasivo están permitidos a los militares, a diferencia de lo que ocurre en España donde sí están permitidos. Entonces, sin duda las limitaciones son posibles, pero es importante tomar en cuenta que las mismas tienen que respetar a su vez los límites de su carácter excepcional, lo cual implica: una suerte de “cuando las circunstancias necesariamente lo ameriten”, su sometimiento al principio de legalidad y debida motivación.

Ahora bien, en el específico caso de los militares, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo relativo al derecho de asociación establece expresamente la posibilidad de restringirles el ejercicio de este derecho, en el sentido

de que “(...) no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuanto se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales”⁽⁵⁾. Cabe rescatar que el Pacto alude a “restricciones legales en el ejercicio de tal derecho” y no de la prohibición absoluta de su ejercicio.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el mismo día que el anterior por la Asamblea General de las Naciones Unidas, prevé en su artículo 4 la posibilidad de que un Estado establezca límites determinados por ley a tales derechos y sólo cuando la medida resulte compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Este Pacto, a diferencia del de los derechos civiles y políticos, consagra una limitación al derecho de asociación pero de manera específica al derecho de sindicación y como correlato de este, se limita el derecho de huelga. No sólo consagra tal restricción para el caso de los militares, sino que también incluye a los funcionarios y trabajadores públicos⁽⁶⁾.

En el ámbito regional como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, también podemos observar ciertas limitaciones reconocidas para el supuesto de los miembros de las Fuerzas Armadas, tal es el caso del derecho de asociación comprendido en el artículo 16, inciso 3. A diferencia de ello, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce en su artículo 22 el derecho de asociación en los siguientes términos: “(t)oda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”. Resulta evidente que no hace distinción alguna en razón a si se trata de un funcionario del Estado, y además que en su texto comprende también el derecho de sindicación sin alusión alguna a los militares.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra en su artículo 8 los derechos de sindicación y huelga; y en el inciso 2 establece asimismo la restricción para el caso de los miembros de los institutos armados.

Finalmente, quisiéramos hacer una breve mención al Convenio de la Organización Internacional del

(4) Revisar al respecto lo previsto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(5) Consideramos que si el Pacto hubiese querido establecer limitaciones expresamente a otros derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, lo habría hecho, por lo que en nuestra modesta opinión, sólo resulta aceptable la limitación al derecho de asociación, las demás asumen, en todo caso, un carácter mucho más excepcional.

(6) Léase el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Nuevas corrientes (...) harían
suponer que nos encaminamos
hacia un reconocimiento pleno de
los derechos de los militares, con
ciertas peculiaridades

Trabajo, número 151, de 27 de junio de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública. Este convenio ampara el derecho de sindicación y a la negociación colectiva de los empleados públicos, definidos como todas las personas que están empleadas por la Administración (términos que a nuestro parecer son muy vagos y muy generales, lo cual se presta a interpretaciones muy amplias y ambiguas). El inciso 3 del artículo primero de dicho convenio, permite a la legislación nacional el determinar hasta qué punto las garantías comprendidas en el convenio 151 son de aplicación para los militares.

Como hemos podido apreciar del análisis anterior de los textos internacionales, podemos observar la expresa limitación del ejercicio de ciertos derechos para los funcionarios del Estado, y en especial para los militares, así como la posibilidad de limitar derechos de manera general cuando las circunstancias de la seguridad nacional, orden interno, entre otras, así lo requieran. No obstante, la cuestión de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales a los militares no se justifica tan sólo por que se encuentren así consagrados en un determinado ordenamiento, creemos necesario indagar sobre las razones de ello. Pues el hecho de que un tratado internacional establezca dicha posibilidad, no vincula ni obliga a que un Estado necesariamente restrinja tales derechos, ni escapa al hecho de averiguar respecto a los argumentos bajo los cuales se establecen dichas restricciones.

Consideramos por ello relevante analizar las razones que doctrinariamente se han venido alegando para restringir o excluir del ejercicio de ciertos derechos a los miembros de las Fuerzas Armadas y los funcionarios del Estado, ya que si bien se les imputan ciertos deberes especiales a diferencia de los ciudadanos en general, ello no quiere decir que vengan a configurar una comunidad aparte (como ocurre en el derecho anglosajón), y que por ello la regulación de sus derechos viene a ser una cuestión interna (una suerte de estatuto del personal militar) que no interesa al ordenamiento

en general. Lo cual como hemos podido constatar, ha conllevado a que los militares no puedan ejercer ciertos derechos que han sido reconocidos de manera universal a todos los seres humanos.

2 Algunas razones que se esgrimen para la restricción de ciertos derechos fundamentales a los funcionarios del Estado y entre éstos a los militares.

Muchas son las razones que se aducen para justificar, en buena cuenta, las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales de los funcionarios del Estado y más aun cuando hablamos de los miembros de los institutos armados. Así pues, tenemos por un lado la especialidad de la función que desempeñan, las exigencias de la disciplina militar (en el caso de los militares), el voluntarismo, entre otros.

Las dos primeras guardan estrecha vinculación con el principio de neutralidad propugnado en la Función Pública. Este principio se observa en tres aspectos: el primero, como criterio de gestión de la Administración Pública y se traduce en la protección de esta última de posibles injerencias por parte de los diferentes actores políticos así como la idea de no intervención de criterios políticos en el estatuto jurídico de la Función Pública, es decir, el predominio exclusivo de criterios profesionales en las normas que regulan la carrera administrativa y, por tanto la designación de los funcionarios del Estado. El segundo aspecto de este principio y que está más relacionado con la materia de análisis de este trabajo, se manifiesta en el mismo estatuto de los miembros de la Administración del Estado y su consideración como ciudadanos y agentes públicos. Si bien los funcionarios del Estado gozan de la titularidad de los derechos fundamentales como personas y ciudadanos que son. Como consecuencia del principio de neutralidad se les limita o restringe la posibilidad de participar políticamente, lo cual comprende entonces el hecho de que no puedan afiliarse a sindicatos ni ser miembros de partidos políticos. Este aspecto guarda relación con el régimen de incompatibilidades de los miembros de la Administración Pública, es decir, la prohibición de realizar ciertos actos que pongan en tela de juicio la neutralidad de la Administración del Estado.

En tercer y último término, tenemos aquel aspecto que es consecuencia de lo anteriormente señalado, y se traduce en la relación entre Función Pública y administrado. En otras palabras, como criterio de actuación de los agentes públicos. El funcionario que

representa al Estado debe ejercer sus funciones con imparcialidad, dando trato igualitario a los ciudadanos que se apersonen ante él⁽⁷⁾. Debe tan sólo someterse a las instrucciones legítimas de sus superiores y atender las demandas de los súbditos sin dejarse llevar por sus preferencias políticas o sociales⁽⁸⁾.

En el supuesto de los miembros de los institutos armados podemos decir que se encuentran sometidos a una jerarquía cuya base es la disciplina, el orden, la obediencia y el respeto a los superiores en razón del grado, por ello el ejercicio de derechos como el de sindicación, o en todo caso, el del sufragio conllevaría, afirman algunos, a crear cuerpos cerrados con ciertas preferencias partidarias al interior de las Fuerzas Armadas, originando espacios que cuestionen las decisiones de los superiores, involucrando la tan forjada disciplina, respeto y obediencia a los altos mandos.

La convivencia social impone dos deberes que se encuentran reconocidos por las leyes, tenemos el deber general de proteger y respetar los Derechos Humanos en su sentido más amplio y cuya observancia es obligatoria para todos; y el otro consiste en deberes especiales que afectan solamente a aquellos que tienen a su cargo la seguridad exterior e interior del Estado, dentro de los cuales encontramos a los miembros de las Fuerzas Armadas⁽⁹⁾.

En cuanto al voluntarismo, este proclama que los ciudadanos que se incorporan a los institutos armados o a la Administración Pública, renuncian al ejercicio de determinados derechos que por la propia naturaleza de la función se ven limitados, es decir, dado el vínculo existente con la Administración Pública manifestada a través de la condición adquirida de ser funcionario del Estado. Este argumento, en nuestra modesta opinión, resulta insostenible. En primer lugar porque los derechos

fundamentales son inherentes a la condición humana y por lo tanto genéricamente irrenunciables por cualquier persona, incluidos los militares y los funcionarios del Estado. En segundo lugar, aun cuando sea posible renunciar a un derecho, tiene que producirse en circunstancia determinada, es decir en una relación jurídica concreta, pero no de manera general ni permanente y tan sólo en la porción requerida. En tercer lugar, entrar a las Fuerzas Armadas supone el sometimiento a un régimen jurídico más restrictivo para los derechos, lo cual no implica su renuncia, es decir, la imposibilidad del ejercicio. No debemos confundir el despojo de la titularidad del derecho con los límites al ejercicio del mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español se funda en este argumento -el del voluntarismo- de la siguiente manera: "(...) sin que pueda olvidar el recurrente que la pertenencia a ese estamento por su parte fue voluntaria y ello le llevaba a asumir derechos y deberes inexcusables"⁽¹⁰⁾. Posición que no compartimos, pues es importante también tener en cuenta que esta propugnada renuncia "voluntaria" de derechos, no se da en todos los supuestos, recordemos sino que aún en algunos países existe la prestación del servicio militar obligatorio⁽¹¹⁾. Pablo Casado Burbano distingue entonces cuatro puntos que, a su parecer, engloban las razones por las cuales los militares ven restringidos sus derechos. Así tenemos: el principio de supremacía civil, el principio de neutralidad política, la disciplina y la unidad de las Fuerzas Armadas⁽¹²⁾

Explicemos cada uno de ellos:

a) El principio de supremacía civil. Se reduce a señalar que los miembros de las Fuerzas Armadas deben respetar el poder político emanado de la voluntad popular, por lo que tal situación resultaría incompatible

(7) Esto sin dejar de tomar en cuenta que cuando se presentan controversias entre el administrado y el Estado, este último adquiere, casi siempre, una posición preeminente. Es decir, el derecho de Estado (el interés general) prevalece sobre el derecho del administrado (interés particular). Vulnerando así lo estipulado en el artículo 1 de la Constitución de 1993, es decir, el principio de preeminencia de la persona humana.

(8) Sobre el principio de neutralidad léase: PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Op. cit.; p. 149 y ss.

(9) Distinción que elabora Rómulo Lanatta para justificar la distinción entre delitos comunes y delitos militares en: LANATTA, Rómulo. *Curso de Justicia Militar*. Lima, 1935. p. 213. Dicho deber especial se fundamenta básicamente en lo que viene a ser la seguridad y defensa nacional, y tal como hemos visto previamente en los instrumentos internacionales, constituye un parámetro para la limitación no sólo de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas y funcionarios del Estado, sino para todos los ciudadanos sin distinción alguna. Aunque en el caso de los militares este resulta más exigible y justificable pues es el objeto de sus funciones. En pro de mantener la seguridad y defensa nacional es que la disciplina se configura como un pilar de los institutos armados ya que funciona bajo una lógica de subordinación y respeto a los mandos superiores, que en definitiva ejercen la representación de la Administración, en tutela de los intereses del Estado.

(10) Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 8 de junio de 1994.

(11) A pesar de lo señalado, no deja de sorprender lo estipulado en el artículo 224 de las Reales Ordenanzas Españolas, cuando dice que cuando el militar pasa a la situación de retiro recupera aquellos derechos a los que renunció voluntariamente al incorporarse a los institutos armados.

(12) Explicemos cada uno de ellos:

si pudieran deliberar sobre cuestiones políticas y partidistas.

Doctrinariamente la posición con más seguidores para justificar la restricción o privación de derechos fundamentales es la de las relaciones especiales de sujeción configurada, en sus inicios, en el derecho alemán⁽¹³⁾ y que pasaremos a revisar muy brevemente.

3 Las relaciones de sujeción especial y su invocación para limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales a los funcionarios del Estado.

Considerando la situación jurídica de algunas categorías particulares de ciudadanos se ha venido admitiendo la imposición de ciertos límites al ejercicio de su derechos, es decir, por encontrarse sometidos a una relación especial de sujeción. Ello es consecuencia de la íntima relación existente entre las funciones encomendadas y los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes cuya tutela es, sin lugar a dudas, ineludible. Doctrinariamente, para la imposición de dichos límites se exige una justificación, lo cual implica que se admitirían “(...) en la medida que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial”⁽¹⁴⁾; y, además, proporcionalidad para así evitar las interpretaciones extensivas restrictivas de derechos.

Ahora que abordaremos con mayor detalle la doctrina de las relaciones especiales de sujeción es importante que tengamos en cuenta dos pautas: en primer lugar, debemos entender que la restricción de

derechos tanto a los militares como a los funcionarios del Estado, viene a ser una situación excepcional y por lo tanto, no la regla. Decimos esto pues se corre el riesgo de que alegando esta posición doctrinaria se amplíe el campo de derechos que le son limitados a los miembros de las Fuerzas Armadas y funcionarios de la Administración Pública -como ha venido ocurriendo-. En segundo lugar, y como correlato de lo señalado precedentemente, lo que se pretende es establecer en justos términos, cuándo un ciudadano se encuentra en tal estrecha vinculación con la Administración del Estado, que necesariamente se debe limitar el ejercicio de ciertos derechos.

El uso de la acepción “relaciones de sujeción especial” en la doctrina administrativista ha sido frecuente y sin embargo han sido pocos los estudios abocados a la particular naturaleza de este concepto. El origen de esta concepción lo encontramos en Alemania y ha sido objeto de duras críticas por la vaguedad de su definición y, a la vez, por su uso indiscriminado por parte de los tribunales para justificar ciertas afectaciones al ejercicio de derechos fundamentales.

“Las RSE -se refiere a las Relaciones de Sujeción Especial- contemplan como concepto jurídico a esa construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella, que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida, y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos

a) El principio de supremacía civil. Se reduce a señalar que los miembros de las Fuerzas Armadas deben respetar el poder político emanado de la voluntad popular, por lo que tal situación resultaría incompatible si pudieran deliberar sobre cuestiones políticas y partidistas.

b) El principio de neutralidad política. Se traduce en la prohibición de que los militares ejerzan presión sea a favor de una u otra ideología política o, en todo caso, influyan sobre sus subordinados en uno u otro sentido en políticas partidistas. Los ejércitos deben ser neutrales y tratar a todos por igual, al fin y al cabo ejercen también la representación del Estado y en específico de la Administración Pública.

c) La disciplina. Argumento permanentemente alegado no sólo para restringirles derechos sino también para otorgarles ciertos “privilegios” como puede ser el fuero propio. La disciplina viene a ser un valor que se pondría en juego, a criterio del autor citado, si en los cuarteles se pudieran deliberar asuntos políticos, ya que esta situación involucra pasiones que pondrían en entredicho la tan propugnada jerarquía, columna vertebral de los institutos armados.

d) La unidad de las Fuerzas Armadas. La cohesión y camaradería deben primar al interior de los institutos armados. Elementos que se pondrían en peligro por los constantes enfrentamientos y tensiones que pudieran suscitar los debates ideológicos y políticos.

A mayor abundamiento: CASADO BURBANO, Pablo. *Iniciación al derecho constitucional militar*. Madrid: Edersa, 1986. p. 121 y ss.

(13) No obstante, es de suma importancia hacer notar que existen otras posiciones en la doctrina como es la francesa, la cual alega la existencia de una situación legal y reglamentaria, es decir estatutaria. La doctrina italiana considera que existe un ordenamiento sectorial y la doctrina anglosajona nos dice que los militares y sus relaciones jurídicas vienen a configurar una comunidad aparte. A mayor abundamiento léase: BLANQUER, David. *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*. Madrid: Civitas, 1996. p. 206 y ss.

(14) En STC 24/1999, del 8 de marzo, así como en otra anterior, con fecha 14 de diciembre, STC 235/1998.

específicos a favor del ciudadano afectado por una tal situación”⁽¹⁵⁾. Las instituciones más afectadas son: (i) el alcance del Principio de Legalidad, (ii) el ejercicio de los derechos fundamentales, y (iii) las garantías judiciales.

Otto Mayer sería el precursor de esta figura. Así, él señalaba que sujeción implica un vínculo entre dos personas, en situaciones desiguales, y en el que el contenido de dicho vínculo se encuentra determinado por quien ostenta una posición de superioridad en la relación. Este es el caso, entonces, del súbdito frente al Estado. Se trata de una relación jurídica de derecho público en la que el primero se vincula frente al segundo, y lo obliga a desarrollar y regular su conducta en observancia del interés público. Esta es la dependencia jurídica de la relación de sujeción en su acepción más amplia. Sin embargo, hay situaciones particulares en las cuales la dependencia es más acentuada, es decir relaciones jurídicas que se establecen con el objeto de lograr un determinado fin de la Administración Pública⁽¹⁶⁾.

Pasemos ahora a analizar muy brevemente las consecuencias que acarrearán las relaciones especiales de sujeción para con el principio de legalidad y, sobre todo, los derechos fundamentales. Así podremos tener un mayor acercamiento a esta figura y sus implicancias en

un Estado Democrático de Derecho donde el sometimiento de la Administración al Principio de Legalidad y el respeto a los derechos fundamentales constituyen parámetros que no podemos dejar de lado.

3.1 Principio de Legalidad y relaciones especiales de sujeción.

Al respecto debemos señalar, que coincidimos con Elías Díaz en el sentido de que el sometimiento de la Administración al Principio de Legalidad constituye un elemento ineludible en todo Estado de Derecho. Por tanto, creemos que cuando haya derechos fundamentales de por medio, resulta aun más exigible la previsión legal -entendiéndose por ella, la Ley emanada del Congreso o Parlamento- que habilite a la Administración a establecer restricciones a su ejercicio⁽¹⁷⁾. Después de todo “(...) las limitaciones de la libertad del militar no se sustraen al principio de legalidad, porque el ordenamiento militar es una parte del ordenamiento estatal y las especialidades de aquel deben estar expresamente reconocidas por el ordenamiento estatal”⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, hace algunas precisiones sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos

(15) LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994. p. 25. Este es uno de los pocos textos que trata de manera específica el tema de las relaciones especiales de sujeción. Aunque hay otros textos y libros publicados anteriormente como: GALLEGU ANABITARTE, A. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*. En: *RAP*. No. 34. 1961. pp. 7 y ss; GARCÍA MACHO, R. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 1992; entre otros.

(16) MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Segunda Edición. (Traducido por Horacio Hereda y Ernesto Krotoschin). Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1982. pp. 136 y ss. No obstante, en la doctrina alemana, desde el origen de la concepción de las relaciones de sujeción especial, éstas van a ser criticadas. Tal es el caso de Merkl, quien afirma que es suficiente con alegar el principio de legalidad para explicar la existencia de ciertos deberes de los súbditos. Afirma que la única diferencia entre los deberes generales y especiales lo constituye la amplitud del círculo de los obligados y, al fin y al cabo, esos deberes públicos son tales por que las leyes respectivas así lo determinan. El deber general de los súbditos no deriva de relaciones de poder sino que es resultado a posteriori de un precepto con arreglo a derecho. Léase al respecto: MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México: Nacional, 1980. p. 175. Citado por: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit.; p. 51.

A pesar de ello, es fácil de explicar el mantenimiento de las relaciones especiales de sujeción en el caso de los militares en la época del Weimar. Ciertos compromisos entre la clase obrera y la burguesía no van a alcanzar a ciertos grupos que mantendrán una esfera de actividad estatal independiente, dentro de estos grupos encontramos a los miembros de los institutos armados. La democracia parlamentaria se comprometería a respetar la situación de aislamiento, no sometidos a la normatividad que derive del Parlamento. Los militares mantendrán su juramento y fidelidad al monarca, lo cual los vincularía con él. Por tanto, la única forma de limitar su accionar era limitando el poder del monarca. Es así, entonces, que las Fuerzas Armadas, deciden mantenerse como un poder leal y político, y sobre todo sometido a su propia legalidad: la que derive de encontrarse en la relación de sujeción especial. *Ibid.* pp. 52 y ss.

(17) DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus. pp. 31 y ss.

(18) Aquí hacemos nuestras las palabras de: SERRANO ALBERCA, J.M. *La protección de las libertades públicas del militar*. En: *RAP*. No. 103. Enero-Abril. 1984. p. 50. Sobre este particular conviene citar también la sentencia 60/1980 del Tribunal Constitucional Español, de 22 de octubre en cuanto señala: “(...) la excepción contenida en el artículo 40 literal d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera de control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, es contraria al artículo 106.1 de la Constitución Española, y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela de sus derechos contraria al artículo 24.1 de la misma (...)”. Sentencia citada por: RAMOS GANCEDO, Diego. *Derechos Fundamentales y recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario*. En: *Consejo General del Poder Judicial. Cuestiones Penales y Procesales Militares*. Madrid, 1995. p. 398.

Humanos. Precepto en el cual se contempla la posibilidad de restringir derechos fundamentales⁽¹⁹⁾.

Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la parte final del considerando 17 y en el 18 de la opinión consultiva antes citada argumenta:

“17. (...) el artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.

18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que se exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida.

b) Que en los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a ‘razones de interés general’ y no se aparten del ‘propósito general para el cual han sido establecidas’. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c) Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”.

Continuando con la OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, encontramos de suma relevancia citar aquí, finalmente, los considerandos 22 y 23, en cuanto se encargan de determinar el significado del término “ley”:

“22. (...) la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la

Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

23. Lo anterior se deduciría del principio -así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, Advisory Opinión, 1935, P.C.I.J., Series A/B, N 65, pág. 56)- de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del siglo XVIII, que es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación”.

Agregando en el considerando 26:

“26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30; como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposición de carácter general”.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en la OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, una restricción o limitación a las libertades consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que haya sido planteada sin seguir el camino institucional establecido en tal opinión consultiva, será nula de nulidad absoluta. Ello, en virtud a que se ha invadido un espacio en el cual sólo operan las leyes generales producto de la voluntad general⁽²⁰⁾.

(19) Así entre las consideraciones que suscitaron la solicitud de la Opinión Consultiva, el gobierno del Uruguay alegó: “(c)abe preguntarse acerca de la expresión leyes utilizada (en el artículo 30 de la Convención), en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución-, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico (párrafo 2)”.

(20) SABSAY, Daniel Alberto. *Comentario a la Opinión Consultiva 6*. En: BIDART CAMPOS, Germán y Calógero PIZZOLO (coordinadores). *Derechos Humanos, Corte Interamericana. Comentarios a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo I. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2000. pp. 421-432.

3.2 Los derechos fundamentales y las Relaciones Especiales de Sujeción.

Hay distintas posiciones en la doctrina respecto a si resulta necesario que la Constitución prevea los derechos y sus límites en el caso de las relaciones especiales de sujeción. Así, por ejemplo, una corriente habla de los “límites inmanentes” y que en virtud de éstos no resulta necesaria una previsión constitucional de cada uno de los límites al ejercicio de cada uno de los derechos fundamentales. Otra, por el contrario, sí exige que el texto constitucional haga expresa referencia a los límites y derechos limitables. Finalmente, otra posición considera que la institución es innecesaria ya que tales limitaciones se deducirían de la teoría general sobre las limitaciones a los derechos fundamentales.

De otro lado, para que una limitación a los derechos fundamentales sea lícita debe cumplir con ciertas condiciones, además del hecho de que sólo por ley emanada del Parlamento puede ser ello posible. En principio, cabe señalar que la búsqueda de criterios responde a la necesidad de armonizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos con el fin o función que deben cumplir las relaciones especiales de sujeción, buscar el equilibrio entre uno y otro para así no sacrificar derechos innecesariamente ni obstaculizar o evitar que las relaciones de sujeción especial cumplan su función⁽²¹⁾.

Así, Starck señala el principio de proporcionalidad como el aplicable en estos casos (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Este principio se divide, a su vez, en tres criterios:

a) Adecuada (*Geeignetheit*): que la limitación sirva a una efectiva protección del bien jurídico que la provoca.

b) Necesidad (*Erforderlichkeit*): elegir los medios menos afflictivos a los derechos para proteger dicho bien jurídico.

c) Proporcionalidad (*proportionalität*): el establecimiento de los límites adecuados y necesarios para la protección del bien jurídico⁽²²⁾.

Antes de culminar este apartado sobre las relaciones especiales de sujeción, debemos

necesariamente señalar que esta teoría ya ha sido objeto de constantes cuestionamientos, sobre todo por su compatibilidad con un Estado Democrático de Derecho donde el reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales -entre ellos la libertad de trabajo y la libertad contractual- constituye un pilar básico para su consideración como tal. Decimos esto, pues posiciones en la doctrina llamarían a las relaciones de sujeción especial como la teoría unilateralista por cuanto la Administración adquiere una posición de supremacía en la relación laboral, resultando a su vez, el contrato de trabajo que se suscribe para con ella en intransferible, ya que se dice que el trabajador se incorpora al aparato de la organización y, además, que el contenido de la relación de empleo público se encuentra predeterminada por ley. Y frente a esta teoría se vislumbraría entonces una posición contractualista de la relación de empleo público acorde con el Estado Democrático de Derecho pues a decir de Luis Ortega, “(...) o bien se admite que en el proceso de constitución de la relación de empleo público la voluntad del empleado adquiere una relevancia jurídica decisiva, en cuyo caso se produce una relación negocial como exige la Constitución, o en caso contrario, esto es, allí donde la voluntad del empleado no fuese elemento determinante de la creación de la relación de empleo, estaríamos ante un supuesto de violación del principio constitucional que requiere el mutuo consentimiento en la creación de cualquier relación laboral”⁽²³⁾.

A su vez, no debemos dejar de lado que si bien se admiten los límites a los derechos fundamentales, éstos no deben desconocer el contenido esencial de los mismos. Es así que el contenido esencial de los derechos se levanta como un límite a los límites en las relaciones especiales de sujeción, y por lo tanto de observancia fundamental.

A continuación, entraremos a revisar un caso emblemático de la “*Communis Opinio*” occidental, para así poder evaluar y constatar de manera concreta y específica la evolución en el reconocimiento de los

(21) Entonces “(...) la cuestión objeto de debate se concreta en si las importantes limitaciones a los derechos y libertades del personal militar responden a la existencia de otros bienes jurídicos y derechos necesitados de tutela cuya protección, exigida constitucionalmente y atribuida a las Fuerzas Armadas, puede verse mermada por el ejercicio, sin restricción, de determinados derechos y libertades por parte de sus componentes: o si por el contrario, tales excepciones, obedeciendo a otras razones de más difícil comprensión, exceden de la mera protección de esos bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Los cuales no se verían en peligro por la ubicación del personal militar en un plano de igualdad respecto a sus derechos y libertades con el resto de ciudadanos”. Palabras de NEVADO MORENO, Pedro T. *La Función Pública Militar. Régimen Jurídico del Personal Militar Profesional*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. 1997. p. 88.

(22) STARCK, Christian. *Das Bower Grundgesetz*. Tercera Edición. Volumen I. Munich: Vahlen, 1985 p. 123 y ss. Citado por: Ibid. pp. 119 y ss.

(23) Para mayor detalle sobre las críticas a la teoría unilateralista y los caracteres de la doctrina contractualista, léase: ORTEGA, Luis. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos. 1983. pp. 27 y ss.

derechos fundamentales de los militares y el tratamiento que se le da a sus posibles límites.

4 La “innere fuhrung” y el ejército alemán: elementos que no debemos dejar de considerar y un claro ejemplo de la “communis opinio” occidental.

En la República Federal de Alemania, luego de la Segunda Guerra Mundial, una vez promulgada la Ley Fundamental de Bonn, se inicia el debate con relación al posible rearme nacional y la necesidad de crear un nuevo ejército. Como era de suponerse y por razones que todos sabemos, esta iniciativa no era muy bien vista tanto en el ámbito nacional como internacional. Como correlato de ello, se creó y desarrolló entre los años 1951 y 1956, la doctrina de la “Innere Führung”⁽²⁴⁾. Este concepto supondría, básicamente, un cambio de mentalidad y como consecuencia de ello, de la legislación que regulaba el estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas y del Ejército en su conjunto.

La visión de los militares como “ciudadanos con uniforme” surge debido a que la interpretación del artículo 133.2 de la Constitución de Weimar hizo que la idea de disciplina (pilar de la vida militar) se constituya como un elemento que posibilitó una amplia restricción de los derechos fundamentales del personal militar. La idea de que los soldados son, al fin y al cabo, “ciudadanos con uniforme” cambiará aquella noción de exclusión de titularidad previa a la Segunda Guerra Mundial por la afirmación de que estos gozan de la titularidad de todos sus derechos, pero que dadas ciertas particularidades propias de su función, pueden verse recortados en el ejercicio de los mismos. Aquí podemos notar, entonces, el acercamiento del derecho alemán a la doctrina de la “Communis Opinio” occidental explicada anteriormente. Esto implicaría, entonces que, en principio, todo militar podría organizar sindicatos y formar parte de ellos, votar

o ser elegido democráticamente, claro está bajo ciertos límites establecidos por el ordenamiento observando el principio de legalidad y mientras dure la prestación del servicio.

Ahora bien, se entiende que las restricciones constituyen la excepción frente al amplio reconocimiento del ejercicio de derechos de los militares alemanes. Va ser el artículo 17, literal a) de la Ley Fundamental donde se van a enumerar cuáles son las libertades y derechos susceptibles de restricción, entre los que se encuentran la libertad de expresión y opinión, la libertad de reunión y el derecho de petición⁽²⁵⁾. Por si lo expuesto hasta aquí fuera poco, ante la preocupación de que la jerarquía y disciplina militar se conviertan en un medio para abusar de las limitaciones de derechos a tal extremo de anularlos, se creó por expreso mandato del artículo 45, literal a) de la Ley Fundamental de Bonn una Comisión de Defensa como medio de ejercicio ordinario del control parlamentario sobre la actuación de las Fuerzas Armadas en general. Y específicamente para el caso de los derechos fundamentales y el personal militar, en el artículo 45, literal b) se prevé la figura de un Comisionado del Parlamento Federal para Asuntos de Defensa, llamado también “Wehrbeauftragter”⁽²⁶⁾.

Entremos ahora a analizar el ejercicio de algunos derechos fundamentales por parte de los militares y así contrastaremos el caso peruano con otras posibilidades que encontramos en el derecho comparado para, de repente, optar por una fórmula menos aflictiva a sus derechos.

5 Del ejercicio de algunos derechos fundamentales por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas y sus límites⁽²⁷⁾: alcances del Derecho Comparado, con especial referencia al caso español⁽²⁸⁾.

Como señalamos precedentemente, el ejercicio de derechos fundamentales por parte del personal militar

(24) Elaboración conceptual que se plasmó jurídicamente en la *Grundgesetz* a través de la Ley del 19 de marzo de 1954, de Reforma de la Ley Fundamental en materia de Fuerzas Armadas.

(25) “Artículo 17, literal a).- 1) Las leyes relativas al servicio militar y al servicio de sustitución podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas y del servicio de sustitución se restrinja durante el periodo de servicio el derecho fundamental de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen (artículo 5, inciso 1, frase 1, primera parte), el derecho fundamental de reunirse libremente (artículo 8) y el derecho de petición (artículo 17) en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva.
2) Las leyes referentes a la defensa, con inclusión de la protección a la población civil, podrán determinar que sean restringidos derechos fundamentales de la libertad de movimiento y de residencia (artículo 11) y de la inviolabilidad del domicilio (artículo 13)”. (Texto de la Ley Fundamental de Bonn).

(26) PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Op. cit.: pp. 122 y ss.

(27) Sin duda que los derechos que reseñaremos a continuación no agotan todos aquellos que requieren del mismo análisis. Sin embargo, por cuestiones de espacio nos hemos visto en la obligación de señalar tan sólo algunos de ellos, con cargo a que en un trabajo posterior continuemos en la misma tarea.

(28) “Artículo 23.- (...)”

se ha visto siempre afectada por una serie de restricciones y limitaciones. Algunas de ellas, en muchos casos, se tratan de una verdadera suspensión de la titularidad sobre tales. Con el objeto de poder ilustrar la actual situación de ciertos derechos fundamentales y en busca de alternativas más saludables para el ejercicio de los mismos, hemos recurrido al Derecho Comparado. Como tendremos ocasión de comprobar en lo que sigue del presente trabajo, hay diversas alternativas y modelos que podrían resultar interesantes de analizar, sobre todo hoy en día que en nuestro país estamos en un proceso de democratización y reforma de los institutos armados.

Necesario es aclarar, desde un primer momento, y como tendrá ocasión de percibir el lector, que nos hemos enfocado en mayor medida en el tratamiento que se le da a algunos derechos de los militares en España. Ello se debe a que nuestro texto constitucional, al igual que los precedentes, ha tomado como pautas, de cierta manera, el sistema de derechos humanos consagrado en dicho país, así como instituciones contempladas hoy, y que son relativamente nuevas para nosotros. Pero las razones no se agotan allí, y es que no podemos perder de vista que el actual texto constitucional español ha sido producto de una etapa de transición por la que atravesó dicho país a raíz de que salía de una dictadura militar de aproximadamente cuarenta años. Como bien puede suponerse el tema de los derechos de los militares y sus eventuales restricciones no ha sido un tema de fácil tratamiento en el país ibérico y por tanto consideramos por ello que un acercamiento al ordenamiento español sobre el particular resultará de suma utilidad para los fines que buscamos con este trabajo. Es decir, encontrar alternativas que puedan ser eventualmente consideradas en nuestro país sobre el particular.

Así, comenzaremos entonces haciendo un análisis pormenorizado de la regulación de algunos derechos en el caso de los militares en el derecho comparado para, al final de cada uno de ellos, reseñar el tratamiento que se le da respectivamente en el Perú.

5.1 Del derecho a la vida y a la integridad física de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El artículo 30 del texto constitucional de 1978 de España establece la obligación general, de todos los españoles, de defender España y posteriormente remite a la Ley la regulación de tal obligación, dando así libertad a los ciudadanos, al pueblo, para que sean ellos mismos quienes establezcan las condiciones de tal obligación. Incluso la norma constitucional prevé la posibilidad de implantar un servicio civil a favor del interés general (artículo 30, inciso 3 de la actual Constitución española). Sin embargo, y es importante decirlo, en este caso y sobre todo en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, no estaríamos sólo ante una obligación moral sino hasta jurídicamente exigible y para afirmar ello nos remitimos a lo señalado, por ejemplo, en el artículo 3.2 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas en cuyo texto establece la siguiente fórmula que deberá expresar el jefe de la unidad militar ante la Bandera:

“¡Soldados! ¿Juráis por Dios o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente vuestras obligaciones militares, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado, obedecer y respetar al Rey y a vuestros jefes, no abandonarlos nunca y, si preciso fuera, entregar vuestra vida en defensa de España?”.

También podemos citar a manera de ejemplo lo estipulado en el artículo 8.3 u 8.22, entre otros, de la Ley Orgánica de España 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas⁽²⁹⁾ o también el artículo 107 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar⁽³⁰⁾

En el Perú la cuestión no deja de ser muy distinta. Tradicionalmente el derecho a la vida ha sido un derecho protegido constitucionalmente⁽³¹⁾, y aun hoy en día, el artículo 2.1 de la Carta de 1993 lo consagra así. El

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. (Constitución Política del Perú de 1993). Afirmación que no resulta del todo exacta como hemos tenido ocasión de comprobar y comprobaremos en seguida con más detalle.

(29) “Artículo 8.- Son faltas graves:

(...) 3. Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal.

(...) 22. Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas”. (Ley Orgánica 8/1998, del 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).

(30) “Artículo 107.- El militar que por cobardía abandonare su puesto frente al enemigo, rebeldes o sediciosos será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión y, si ejerciere mando, con la de quince a veinticinco.

En las mismas penas incurrirá el que, por cobardía y en idénticas situaciones, rehusare permanecer o situarse en su puesto o incumpliere la misión encomendada”. (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar).

(31) Léase por ejemplo el artículo 16 de la Constitución de 1856, el artículo 16 de la Constitución de 1860, el artículo 15 de la Constitución de 1867, el artículo 54 de la Constitución de 1933 y el artículo 2.1 de la Constitución de 1979. Ver GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*. Lima: Ministerio de Justicia, 1993.

artículo 163, al igual que lo señalado en el caso español establece la obligación de toda persona, natural o jurídica, de participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley. Ahora bien, no es novedad que constituye una obligación en principio de todos, pero en particular de los militares, el ir a la guerra cuando así lo exija la seguridad nacional. Por tanto, debemos reconocer que los miembros de los institutos armados se encuentran más expuestos a, si es posible, perder la vida en defensa de la patria. Así, por ejemplo, ciertos artículos del mal llamado Código de Justicia Militar nos hacen llegar ciertas luces sobre el particular. El artículo 78 bajo el Título Primero, De la Traición a la Patria, en sus inciso 11 establece como infracción tipificada como tal el acto de entregar sus armas al enemigo, el inciso 24 (aunque muy general) regula también como dicho delito el hecho de negarse a ejecutar o dejar de cumplir parcial o totalmente, una orden militar en tiempo de guerra o alterarla arbitrariamente.

Por otro lado, el artículo 15 de la Constitución española de 1978 proscribía la pena de muerte con la excepción a lo que puedan establecer las leyes penales militares en tiempo de guerra. Por tanto, podemos deducir que si bien esta previsión constitucional está principalmente dirigida a los miembros de las Fuerzas Armadas⁽³²⁾ no sólo ellos podrían ser penados con ella en tiempo de guerra, sino también cualquier persona podría ser sentenciada con pena de muerte. Sin embargo, este artículo o precepto constitucional debemos leerlo en concordancia con el artículo 25 del Código Penal Militar español (Ley Orgánica 13/1985), donde en líneas generales se establece que tal pena se impondrá en casos de extrema gravedad, debidamente motivada y en supuestos en que la guerra haya sido declarada formalmente o “exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera”. Pero va a ser con la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, que se va a abolir, al menos legalmente, la pena de muerte en tiempo de guerra. Como todos sabemos, si bien el artículo 15 prevenía constitucionalmente la pena de muerte en tiempo de guerra; ello no obliga al legislador

a considerarla, optando éste por abolirla, conforme así con el propósito del Segundo Protocolo facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, con la Resolución 1044 y la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de octubre de 1994.

Como dijimos anteriormente, esta ley abolió la pena de muerte, pero no quiere decir que dicha pena haya sido eliminada del ordenamiento español. Recordemos que aún constitucionalmente se tiene prevista. Situación similar es lo sucedido en Italia con la Ley No. 589, de 1994, que eliminó la pena de muerte tanto en tiempo de paz como de guerra, pero aun así la Constitución italiana permite que el legislador cambie de criterio si desea restituirla en tiempo de guerra⁽³³⁾.

En el caso peruano el tratamiento de la pena de muerte ha suscitado serias polémicas y hasta pronunciamientos de organizaciones internacionales⁽³⁴⁾. La Constitución de 1993 en su artículo 140 prevé la pena de muerte para los supuestos de traición a la patria en caso de guerra⁽³⁵⁾, y el de terrorismo, “conforme a las leyes y a los tratados de lo que el Perú es parte obligada”. La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 4.2:

“Artículo 4.2.- En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito.

Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente”.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que dicho instrumento internacional fue ratificado por el Perú cuando se encontraba en vigencia la Constitución de 1979, y que a tenor de su Disposición General y Transitoria Décimo Sexta se ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo los artículos 45 y 62 referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de

(32) Ya que en tiempo de guerra la institución que adquiere protagonismo y mayores responsabilidades son precisamente las Fuerzas Armadas.

(33) PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Op. cit.: pp. 166 y ss.

(34) Recordemos si no la OC14-1994, como consecuencia de la inclusión de la causal de terrorismo para la imposición de la pena de muerte con la Constitución de 1993, contraviniendo el criterio de progresividad de la Convención Americana de Derechos Humanos, como tendremos ocasión de comentar aquí.

(35) En la Constitución de 1979 previa a la actual se comprendía el delito de traición a la patria en los casos de guerra **exterior**, precisión que resulta de suma relevancia, ya que de acuerdo a la fórmula actual, de la Carta de 1993, cuando se limita a establecer el supuesto de guerra se comprendería dentro de éste, tanto la guerra interna (lucha antisubversiva) y externa. Ampliando así el abanico de posibilidades de imponer la pena de muerte en nuestro país.

Derechos Humanos. Y en su artículo 235 establecía la imposición de la pena de muerte por “traición a la patria” en caso de guerra exterior, y no los supuestos de terrorismo ni de guerra sin más, tal como aparece en el artículo antes citado de la actual Carta Magna. Dicha controversia trajo como producto el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en OC-14/94, en sus fundamentos 44 y 45 declaró lo siguiente:

“44. Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (artículo 63.2 de la Convención, artículo 29 del Reglamento de la Comisión).

45. La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, para que la corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 “y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados”⁽³⁶⁾.

Es decir, que mientras no se aplique el precepto aquí comentado, aún no se ha configurado una violación al texto de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, en nuestro país, a diferencia del caso español, la pena de muerte aún puede resultar aplicable y no sólo a los militares, que son los más expuestos en tiempo de guerra, sino los civiles que incurran en el delito de terrorismo, aunque esto último podría suponer infringir la Convención. Los artículos 22 y 25 del Código de Justicia Militar vigente en el Perú reconocen a la pena de muerte como sanción penal que podrá imponerse y que se ejecutará fusilando al reo.

5.2 Privación y restricción de libertad: la naturaleza de las sanciones administrativas restrictivas de libertad.

En la Constitución española, la libertad personal se encuentra tratada en dos artículos que, para la materia que nos interesa, deben ser leídos sistemáticamente. El artículo 17 regula la libertad personal y seguridad personal, así como los supuestos de privación de este derecho como la detención preventiva y, a su vez, el proceso de *habeas corpus*. El artículo 25 es importante pues si bien comprende los principios penales y penitenciarios, consagra la prohibición de que la Administración pueda imponer sanciones privativas de libertad⁽³⁷⁾. Prohibición que no opera en el caso del régimen disciplinario militar. Y es que si leemos detenidamente el inciso tercero del artículo antes señalado nos daremos cuenta que la prohibición sólo opera para la administración civil, por lo que una interpretación *contrario sensu* haría suponer que en el caso de la administración militar ésta no surtiría efectos. Esta afirmación nos llevará a determinar que el derecho disciplinario militar se acerca más al derecho penal que al administrativo, aunque no debemos dejar de lado que también presenta aspectos de este último⁽³⁸⁾.

El Derecho Penal común resulta de aplicación a todos los ciudadanos. Sin embargo, en lo que concierne a ciertos organismos de la Administración del Estado (léase empleados públicos, jueces, fiscales, militares, etcétera) se requieren de ciertas normas complementarias que admiten la posibilidad de que las autoridades bajo las cuales se encuentran, de alguna manera, subordinadas puedan adoptar medidas correctivas o disciplinarias por hechos de menor gravedad a los contemplados en la ley penal y así proteger el orden interno y la organización jerárquica al interior de la institución. En el caso de los militares existe el llamado “Derecho Disciplinario Militar”. Por

(36) Opinión Consultiva que resolviera la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de Diciembre de 1994 a propósito del caso del Perú y la expansión de los supuestos susceptibles de ser penados con pena de muerte. En: BIDART CAMPOS, Germán y PIZZOLO, Calógero. Op. cit.; p. 733 y ss.

(37) “Artículo 25.- 1) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2) Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3) La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. (Constitución Española de 1978).

(38) En el mismo sentido se pronunciaron Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández cuando en España se encontraba vigente el Código de Justicia Militar de 1945. Léase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1981. p. 149.



tanto, en el ámbito militar concurren además de delitos penados por la ley militar, faltas disciplinarias contempladas en los Reglamentos de Disciplina. Se dice que sólo los miembros de los institutos armados pueden infringir dichos reglamentos, es decir, personas ajenas o extrañas a la institución no encajarían en el tipo, lo que sí sucede (aunque en nuestra modesta opinión no debería ser así) en lo se refiere a las infracciones a la ley penal militar⁽³⁹⁾.

Ello no quiere decir, de ningún modo, que los principios y garantías constitucionales no resultan observables en el Derecho Disciplinario Militar, dejando a los miembros de los institutos armados en una situación de indefensión. Es más, todo lo contrario, y con mayor razón, en la medida que la regla es la prohibición de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la administración y el caso de la administración militar, la excepción, entonces la imposición de las mismas debe realizarse de manera restrictiva procurando la imposición de otro tipo de sanciones.

En el caso peruano, el artículo 2, inciso 24 del texto de 1993 reconoce el derecho a la libertad y seguridad

personales. Y bajo este precepto encontramos hasta ocho literales que contemplan, en líneas generales, el principio “*nullum crimen sine lege*”, la presunción de inocencia, condiciones de la detención, prohibición de la tortura y tratos inhumanos, entre otros. Resulta, eso sí, importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 2, inciso 24, literal b) por cuanto reconoce el principio de legalidad en materia de restricciones de derechos (conforme al ya comentado artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en este caso, de la libertad personal.

Por otro lado, a lo largo de la Carta de 1993 no encontraremos ningún precepto similar al ya antes referido artículo 25, inciso 3 de la Constitución española. Entonces aquí cabría preguntarse si resulta siendo inconstitucional la adopción de sanciones disciplinarias restrictivas de la libertad. Ya que el artículo 2, inciso 24 al que acabamos de hacer referencia no estipula nada al respecto. Pues bien, el artículo 168 de la actual Carta Magna, dice:

“Artículo 168.- Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”.

Si bien el artículo 168 al que acabamos de citar no hace referencia de manera específica a los supuestos de privación de la libertad pero autoriza a las leyes y reglamentos regular las medidas para mantener el orden y la disciplina de los institutos armados. Ahora debemos preguntarnos si tal autorización involucra la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad. Reconocemos que el tema es discutible, y es que el texto constitucional no nos da muchas esperanzas de encontrar una respuesta a esta disyuntiva. Ya que si bien el artículo 26 del Código de Justicia Militar establece los plazos de duración de las penas, debemos reconocer que comúnmente mandar a un soldado infractor al calabozo no involucra necesariamente haber realizado previamente un juicio sobre el particular y mucho menos con observancia de las garantías para que ese proceso sea debido.

Es importante tener en cuenta que cabe la posibilidad de que concurren por un mismo hecho el derecho penal militar y el derecho disciplinario militar, lo cual se dice no afectaría el principio “*non bis in idem*”.

(39) ASTROSA HERRERA, Renato. *Derecho Penal Militar*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971. pp. 10 y ss. El Tribunal Supremo Español ha aceptado esa particularidad del derecho disciplinario militar, así en sentencia con fecha de 17 de abril de 1990 señaló: “(...) las faltas disciplinarias graves y aún las leves, deben ser delimitadas con los delitos tipificados en el Código Penal Militar, pues en la mayoría de las ocasiones su redacción parte de dos tipos legales que en este último se contienen y se descubren así infracciones disciplinarias integradas por “delitos menores” matizados por las circunstancias de la limitada gravedad”.

Cada uno tiene su sustancia propia: la penal, el delito; la disciplinaria, la falta. Un mismo hecho puede constituir simultáneamente una falta y un delito y requerir la intervención de ambos procesos; en este caso, cada uno actúa dentro de la más absoluta impermeabilidad y sin sobrepasar la esfera de su acción. Hay dos excepciones a esta regla. La primera es que la sentencia condenatoria inhibiría la posibilidad de adoptar una sanción disciplinaria y la segunda que si el militar es absuelto, ello impide que a este último se le imponga una sanción por ese mismo hecho⁽⁴⁰⁾.

Por ello, como señalamos precedentemente, es en el ámbito disciplinario-militar donde debemos observar con mayor rigurosidad el respeto a las garantías constitucionales y procesales para así evitar abusos⁽⁴¹⁾. Claro que, el hecho de que las sanciones disciplinarias no estén previstas de manera específica con anterioridad a la infracción y que éstas se impongan al arbitrio de la autoridad una vez cometida la infracción constituiría una seria afectación a derechos constitucionales⁽⁴²⁾. Podemos admitir entonces, que el tratamiento de la libertad personal y, sobre todo, el tema de las sanciones disciplinarias privativas de libertad en nuestro país presentaría aún ciertos problemas para reconocer su constitucionalidad. Por otro lado, este no es el único derecho cuya restricción se presta a serios cuestionamientos. Veamos si no a continuación el caso del derecho a la libertad de expresión.

5.3 La libertad de expresión en las Fuerzas Armadas: ¿un supuesto de censura previa?

Como era de suponerse en el caso de los militares, a diferencia de lo que ocurre con otros funcionarios del Estado, la libertad de expresión se ve fuertemente restringida. Los funcionarios pueden expresar libremente sus ideas políticas⁽⁴³⁾ (hasta cierto punto o

bajo ciertos límites), sindicales, personales, criticar a los poderes públicos, hablar por radio, etcétera. Sin embargo, en estos aspectos, a los militares el silencio los persigue permanentemente.

La libertad de expresión se encuentra reconocida en el artículo 20 de la Constitución española de 1978. El Tribunal Constitucional en Sentencia 270/1994 con fecha del 17 de octubre, en cuanto a la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad y los límites que se le imponen argumenta que "(...) dichos límites específicos no excluyen toda libertad de crítica de los integrantes de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial del derecho contenido en el artículo 20.1 a) CE". No obstante, posteriormente señalará en la misma sentencia: "(p)or lo que se refiere, más en concreto, a la libertad de expresión en el seno de las Fuerzas Armadas (...) [hay una] necesidad de ponderación de los límites del derecho a la libertad de expresión de sus miembros integrantes en atención a la subordinación jerárquica y a la disciplina que resultan necesarias para el cumplimiento de las funciones que la Constitución les encomienda"⁽⁴⁴⁾. Estamos todos de acuerdo con lo señalado por esta sentencia, reconocemos que debemos ponderar, al menos ya no hablamos de una restricción absoluta del ejercicio de este derecho. Resulta importante eso sí señalar que, por ejemplo, en los artículos 7.3, 7.8 y 7.31 de la Ley 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se vienen reconociendo como faltas leves algunas cuestiones relativas al ejercicio del derecho que ahora venimos comentando⁽⁴⁵⁾.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido las limitaciones a la libertad de

(40) Ibid; pp. 13 y ss.

(41) Resulta preocupante la afirmación que realiza Renato Astrosa en cuanto a las diferencias entre el derecho disciplinario militar y el derecho penal militar, pues ello demuestra la arbitrariedad a que puede prestarse la imposición de sanciones disciplinarias en dicho ámbito. No es coincidencia, por ello, que la gran mayoría de casos que llegan a los despachos de la "jurisdicción" castrense sea por abuso de autoridad. Así dicho autor señala: "(e)l delito lleva consigo una pena determinada por el legislador en el propio tipo restrictivo; en cambio la falta disciplinaria lleva como sanción un castigo disciplinario, elegida, con facultades discrecionales, por la autoridad militar respectiva". Ibid.; p. 11.

(42) Ahora bien, es importante tomar nota de la distinción esbozada por Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de junio de 1976, el caso Engels, entre lo que es restricción y lo que es privación de libertad. Además dicha diferenciación ha sido incorporada y asimilada por el Tribunal Supremo Español (Sentencia de 7 de noviembre de 1995) en los siguientes términos: "(...) el arresto domiciliario viene entendiéndose por esta Sala -se refiere a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo Español- como "restricción" y no como "privación de libertad".

(43) Precisamente se les ha reconocido, por ejemplo a los congresistas en el Perú, la inmunidad y la inviolabilidad como mecanismos que les permitan el libre ejercicio de este derecho. A mayor abundamiento, léase el artículo 93 del actual texto constitucional.

(44) PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Op. cit.: pp. 176 y ss.

(45) "Artículo 7.- Son faltas leves:

(...) 3.La inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre seguridad militar en materia de obligada reserva.

expresión de los militares y así se encuentra previsto en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y en su Sentencia *Vereinigung demokratischer soldaten osterreichsy gubi* contra Austria, del 19 de diciembre de 1994, señala: “(e)l artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera amenaza para la disciplina militar (...)”⁽⁴⁶⁾.

El Tribunal Constitucional Español, en Sentencia 371/1993, de 16 de diciembre, sobre la necesidad de respetar la jerarquía y disciplina en las Fuerzas Armadas, así como la neutralidad política, señala que se debe tener en cuenta que:“(...) el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas (...)”⁽⁴⁷⁾.

En el Derecho Comparado encontramos diversos tratamientos para la libertad de expresión de los militares. Así, por ejemplo, en Italia requieren de una autorización previa para cuando traten asuntos considerados reservados por el interés militar o seguridad nacional y también deben mostrar neutralidad al momento de tratar cuestiones de índole política. Similar situación es la de Gran Bretaña, donde se prohíbe cualquier expresión que atente contra la disciplina u orden de los institutos armados o que pongan

en entredicho su tan propugnada neutralidad. En Estados Unidos, se les prohíbe que efectúen críticas a las altas autoridades federales. Además, cuando quieran difundir una publicación al interior de un establecimiento militar requieren de autorización previa. Es más, antes debe presentarse tal publicación para evaluar su idoneidad. Asimismo, cuando un militar difunda una publicación de la que es autor, debe presentar previamente el texto original para así comprobar que en él figure el militar con nombre propio y carácter particular, sin ejercer la representación de las Fuerzas Armadas⁽⁴⁸⁾.

En el caso francés, el estatuto general de 13 de julio de 1972 comprende las limitaciones a la libertad de expresión en dos aspectos: por un lado el artículo 9 establece que el personal militar no puede agruparse ni asociarse políticamente. Se desprende de ello que no pueden emitir juicios sobre asuntos políticos. Por otro lado, el artículo 7 señala que, en todo caso, se les autorizará -en este supuesto es el ministro quien dará dicha autorización- cuando quieran tratar públicamente temas políticos o sobre potencia extranjera u organización internacional. Asimismo, este último artículo menciona además que una instrucción del ministro señalará las condiciones en las que los militares podrán, sin autorización previa, expresarse públicamente sobre temas militares no secretos⁽⁴⁹⁾.

En el caso peruano, la libertad de expresión ha venido siendo reconocida de manera plena a lo largo de sus textos constitucionales, sin embargo, posteriormente este reconocimiento va a verse mermado en el caso de los militares con preceptos que dicen: “**(D)a fuerza pública es esencialmente obediente: no puede deliberar**”⁽⁵⁰⁾. Hoy en día, la carta de 1993 prevé la libertad de expresión en su artículo 2.4 junto con las libertades de información, opinión y difusión del pensamiento. Y a su vez, el artículo 169 consagra a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional como no

(...) 8. Las manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio y las murmuraciones contra el mismo, las órdenes del mando o de otros militares, así como tolerar dichas conductas en las fuerzas o personal subordinados.

(...) 31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opiniones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunal de Justicia”. (Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).

(46) Ibid.; p. 177.

(47) De otro lado, el Tribunal Supremo Español manifiesta a lo largo de su jurisprudencia una mayor rigidez y severidad en la comprensión de los límites al ejercicio de la libertad de expresión por parte de los militares. Incluso postulan la ficción de que el militar se encuentra en permanente servicio: “(...) se es militar en todo momento, y su comportamiento debe ser ejemplar tanto dentro como fuera de la Unidad a que se pertenezca, sin que sea admisible su argumentación de no tener carácter castrense lo que se haga o se diga fuera del destacamento en que se halle destinado (...)”. Sentencia del 16 de junio de 1993, Fundamento jurídico segundo.

(48) CASADO BURBANO, Pablo. Op. cit.: pp. 140-141.

(49) PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Op. cit.: p. 177.

(50) Ver al respecto el artículo 143 de la Constitución de 1826, los artículos 146 y 153 de la Constitución de 1828, los artículos 139 y 147 de la Constitución de 1834, los artículos 146 y 156 de la Constitución de 1839, el artículo 20 de la Constitución de 1856, el artículo 21 de la Constitución de 1860, el artículo 20 de la Constitución de 1867, el artículo 34 de la Constitución de 1920, el artículo 63 de la Constitución de 1933 y los artículos 2.4 y 278 de la Constitución de 1979. En: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op. cit.

deliberantes. Así, a tenor del artículo antes referido: “(l)as Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”.

Por otro lado, manifestación de los límites impuestos al ejercicio de la libertad de expresión de los militares es, por ejemplo, el artículo 99 del Código de Justicia Militar que dice literalmente:

“Artículo 99.- Incurrirán en el mismo delito previsto en el artículo anterior y sufrirán la misma pena, los militares que de palabra o por escrito, cualquiera que sea el medio de publicidad de que se haga uso, o de obra, injurien y ofendan públicamente a las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, con el fin de socavar su prestigio, minar su disciplina o provocar su desintegración”. Cuestión similar es lo señalado en el artículo 86 del mismo Código y donde se estipula que cometerán el delito de infidencia aquellos militares que proporcionen informes o datos de que se tenga conocimiento por razón de empleo y que estén obligados a mantener reserva.

En el Perú, a dos años de la promulgación de la nueva Carta Magna, el 6 de junio de 1995, se expidió una resolución mediante la cual se declaraba como culpables de los delitos de infidencia y ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas a oficiales en retiro. Así por ejemplo el General de División Ejército Peruano en situación de retiro Carlos Mauricio Agurto fue condenado por los delitos de infidencia y ultraje a la nación y a las Fuerzas Armadas en agravio del Estado. Para tal cometido el tribunal militar interpretó el artículo 321 inciso 1, de manera extensiva pues así era la única manera de que encajen dentro del supuesto los oficiales en retiro. El precepto señalado otorga la calidad de militares a: “(l)os que de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que rigen al personal de las distintas armas y servicios, tienen el grado militar o prestan servicio militar” (entre otros tres incisos que no conviene analizar para los fines de este trabajo). En la medida que el oficial en retiro aún ostenta el grado con el que dejó el servicio activo, se entendió, a criterio del tribunal militar, que estaban

dentro de su competencia según lo señalado en el artículo 321 inciso 1, antes citado.

Los hechos materia de la *litis* surgen a raíz de que el General de División Ejército Peruano en situación de retiro Carlos Mauricio Agurto, el día 12 de febrero de 1995, se presentó en el programa *La Revista Dominical* de Canal 4 (América Televisión). En aquella oportunidad, a decir del tribunal “(...) divulgó informaciones de carácter secreto, relacionadas con el Teatro de Operaciones del Norte, en circunstancias que nuestras Fuerzas Armadas enfrentaban un conflicto armado provocado por el Ecuador, indicando direcciones de aproximación, número de Grandes Unidades y Unidades así como de funcionamiento del sistema de alerta y vigilancia de nuestras fuerzas”. Además, en el Canal 11 (Red Bicolor de Comunicaciones), en otro programa televisivo, en una entrevista declaró “(...) que en el interior del Ejército, hay oficiales que están completamente en desacuerdo con lo que se está vislumbrando como una reelección y que de producirse un fraude electoral, sólo se produciría en complicidad de las Fuerzas Armadas (...)”. La imputación de este tipo de delitos a los oficiales en retiro es, a nuestro modesto parecer, bastante discutible⁽⁵¹⁾. Además, este caso es una constatación más de las implicancias en sus derechos fundamentales que tal consideración les podría acarrear.

5.4 El derecho a la igualdad y no discriminación en las Fuerzas Armadas.

Sin duda que el tema del derecho a la igualdad y no discriminación en las Fuerzas Armadas ha sido, al menos en el Perú, un tema relativamente reciente dada la incorporación de la mujer a los institutos armados. Como veremos a continuación, en España la cuestión no ha sido distinta.

En España va ser a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional que se va a introducir en el ordenamiento una nueva regulación en la que se comprendía a las mujeres como personal militar. El recurso de amparo interpuesto se debió a la negativa de admitir a una mujer como aspirante en unas pruebas

(51) Las razones de dicha afirmación son básicamente porque: en primer lugar, de acuerdo al artículo 70 de la Ley de Situación Militar, Decreto Legislativo No. 752, señala expresamente que “al pasar un Oficial a la Situación de Retiro, ejercerá sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú sin limitación alguna”. En segundo lugar, y como correlato del punto anterior, no configuraría el tipo de dichos delitos. Para que una conducta sea considerada un acto delictivo, deben concurrir tres elementos: que sea típica, antijurídica y culpable. En este caso la tipicidad no se configuraría pues no hay concurrencia del sujeto activo del delito que se le imputa, es decir no es militar. Por tanto, nosotros consideraríamos que el supuesto no encajaría dentro del tipo penal antes referido. Ahora bien, que la conducta pueda ser reprochable o no, es otra cuestión que no conviene analizar para los fines del presente trabajo.

selectivas para el ingreso en una Academia Militar, y se resolvió en Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre (sentencia antes referida). En consecuencia, se dictó el Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero y luego le sucedería la Ley de 19 de julio de 1989. De esta manera se procuraba concretar al interior de las Fuerzas Armadas el derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente en España en el artículo 14. A lo largo de esta Ley, se evidenciará lo últimamente señalado. Es decir, en el artículo 10.4 se estableció que en lo que se refiere a las denominaciones de empleo

“(…) no existirá distinción terminológica alguna entre el hombre y la mujer”, el artículo 44.3 prevenía como única posible razón para hacer distinciones en los procesos de selección es la que surja de las condiciones físicas, en cuanto a la exigibilidad de las mismas.

De otro lado, el artículo 74.5 establecía que podrían establecerse ciertas particularidades en la provisión de destinos para las mujeres como consecuencia de sus condiciones físicas. Así por ejemplo, en el período de embarazo se le podrá asignar otro puesto orgánico, distinto al que donde se desempeñaba y en los supuestos de parto o adopción se tendrá derecho a los permisos que correspondan tanto el padre como la madre. Sin embargo, luego de la Ley de 19 de julio de 1989 vendría la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, semejante a la que hemos venido comentado y en cuyo artículo 132 se reconoce precisamente el supuesto de las mujeres embarazadas y su destino correspondiente⁽⁵²⁾.

A su vez, debemos destacar, tal como todos sabemos, que al interior de las Fuerzas Armadas las funciones se encuentran jerarquizadas y, por tanto, comportan diversos grados jerárquicos (valga la redundancia). Asimismo, a cada grado le corresponden diversas funciones, distintas a las otros miembros de mayor o menor gradación. Cuestión similar sucede con el régimen retributivo: a igual grado, igual sueldo o remuneración. Y no debemos dejar de lado que al interior de los institutos armados, la antigüedad del

personal también juega un papel preponderante. Así se encuentra contemplado en los artículos 11 y 16 de la Ley 17/1999 ya antes citada⁽⁵³⁾

“Artículo 11.- Categorías y empleos militares. En el caso peruano la cuestión no deja de ser muy diferente. El derecho a la igualdad contemplado también en nuestra “Constitución histórica”⁽⁵⁴⁾, se encuentra hoy en día reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Carta de 1993. Respecto al tema de la mujer en las Fuerzas Armadas, y tal como señalamos líneas arriba, en el Perú hay un reconocimiento a su participación en dicha institución. Para ello nos remitimos a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley del Servicio Militar, Ley 27178: “(1)a presente ley es aplicable a los peruanos, de nacimiento o nacionalizados, varones y mujeres de diecisiete a cuarenta y cinco años de edad, a quienes se les considera en edad militar”. Por otro lado, en el artículo 7 de la mencionada Ley, se establece que los peruanos que presten el servicio militar serán agrupados por clases, según el año de la inscripción y separando varones de mujeres.

Con relación a esta diferenciación debida a la gradación producto de la jerarquía militar. En principio, el artículo 3 de la Ley de Situación Militar, Decreto Legislativo No. 752 reconoce que “(c)ategoría es el nivel, dentro de la escala jerárquica establecida por las Leyes Orgánicas del Ejército, de la Marina de Guerra y de la Fuerzas Aérea que agrupa determinados grados para el tratamiento diferenciado que la ley define”. Y lo propio sucede en el artículo 15 de esta Ley que en su segundo párrafo establece que las remuneraciones serán fijadas en una escala adecuada de acuerdo al grado y al tiempo de servicios.

Sin embargo, debemos señalar también que el derecho a la igualdad y no discriminación en los institutos armados, no encuentra aún plena vigencia. Dicha afirmación la fundamentamos citando el artículo 269 del Código de Justicia Militar, Decreto Ley 23214 del 24 de julio de 1980, cuyo tenor dice:

“Artículo 269.- El militar que practicase actos deshonestos o contra natura con persona del mismo

(52) “Artículo 132.- Atención a la Familia Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico, adecuado a las circunstancias de su Estado, distinto del que estuviere ocupando. En los supuestos de parto o de adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos, de la madre o del padre, en su caso, conforme a la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones Públicas. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino”. (Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen Personal de las Fuerzas Armadas).

(53) “Artículo 11.- Categorías y empleos militares
1) La estructura orgánica de las Fuerzas Armadas se basa en la ordenación jerárquica de sus miembros por empleos militares y, dentro de éste, por antigüedad. (...)”. (Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas).

(54) Por ejemplo, en las Bases de la Constitución (1822) en el artículo 9; el artículo 193 inciso 9 de la Constitución de 1823, el artículo 142 de la Constitución de 1826; los artículos 149 y 157 de la Constitución de 1828; el artículo 158 de la Constitución de 1834; el artículo 160 de la Constitución de 1839; y el artículo 2 inciso 2 de la Carta de 1979.

sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armado si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa.

Si se ejerciere violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción para perpetrar el delito, será reprimido, además, si fuese Oficial, con pena de prisión, aplicándose la pena de expulsión como accesoria. En los individuos de tropa se tendrá en circunstancia como atenuante”.

Sin duda que sorprende la redacción de este artículo, pues en nuestra opinión ella presenta dos vulneraciones con respecto al derecho a la igualdad y no discriminación. En primer lugar, estaría tipificando la homosexualidad como un acto delictivo, lo cual, dado el contexto actual, resultaría atentatorio a la libertad sexual. Y en segundo lugar, es evidente la violación a este derecho desde que el delito de coacción sexual, que es un delito común, sería penado y sancionado de manera distinta atendiendo a la calidad del sujeto, siendo un agravante que el sujeto activo sea Oficial y atenuante si fuese individuo de tropa. Ello en lo que se refiere al derecho a la igualdad, ahora pasemos a analizar el derecho de reunión en las Fuerzas Armadas.

5.5 El derecho de reunión en las Fuerzas

Armadas: algunos breves apuntes sobre el particular.

En España este derecho está reconocido en el artículo 21 de la Constitución de 1978. Sin embargo, puede resultar paradójico aplicar literalmente lo establecido en dicho precepto a las Fuerzas Armadas y cuestión similar ocurre en el Perú con este derecho consagrado en el artículo 2.12 de la actual Constitución. Ambas normas reconocen expresamente este derecho pero establecen un parámetro o pauta a tener en cuenta al momento de ejercerlo: sin armas. Obviamente que se estarían excluyendo a los militares de esta última precisión siempre y cuando se traten de reuniones propias de la función. En todo caso tal pauta podría resultar exigible en reuniones extramilitares.

Con respecto al recorte que sufren los militares en este derecho, en el caso español nos remitimos a lo estipulado en el artículo 8 de la Ley 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas

Armadas, en sus incisos 33 (constituye falta leve participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito), 34 cuando considera falta leve “(s)in haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida (...) asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical (...)”⁽⁵⁵⁾, entre otros.

En el Perú, el artículo 111 del Código de Justicia Militar, contemplaría ciertos supuestos que limitarían el ejercicio de este derecho, así por ejemplo no se puede reunir para exigir la separación de algún superior, el pago o aumento de propina⁽⁵⁶⁾, entre otros.

Por último, en el Derecho Comparado encontramos diversas alternativas para el ejercicio de este derecho por parte del personal militar. En países como Alemania, Francia, Austria, Israel, Italia y Australia se permite a los militares asistir a reuniones incluso de carácter político o sindical, siempre que no lleven el uniforme cuando lo hagan, ni exterioricen su condición de tal. En Dinamarca y Gran Bretaña sólo se sanciona a los militares que asistan a reuniones hostiles a la defensa nacional y con uniforme⁽⁵⁷⁾. De lo anterior, puede bien deducir el lector que el tratamiento de asuntos tanto políticos como sindicales presentarían ciertas peculiaridades en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, entremos entonces con más detalle al tratamiento de esta cuestión.

5.6 La libertad sindical en las Fuerzas Armadas: alternativas a considerar sobre el particular para el caso peruano.

El tema de la libertad sindical de los miembros de los institutos armados, ha sido un tema bastante recurrente en la doctrina, sin embargo, han sido pocos los países que han logrado conciliar los intereses del Estado con la necesaria existencia de un mecanismo de defensa de los derechos laborales del personal militar. En España, por ejemplo, en el año 1917 surgen las Juntas de Defensa, las mismas que, en un principio, por tratarse de un movimiento antigubernamental gozarían de apoyo ciudadano e intelectual -y no precisamente por empatía o solidaridad que los intereses y derechos que buscaban hacer prevalecer⁽⁵⁸⁾.

(55) Nosotros nos preguntamos con respecto a este artículo si podría entenderse que si el militar asiste a tales reuniones ni de militar, ni haciendo uso de tal condición, a las mencionadas reuniones: ¿incurriría en falta leve?. Indudablemente el tema es discutible.

(56) Sobre este punto entraremos en mayor detalle cuando hagamos referencia al derecho a la huelga de los miembros de las Fuerzas Armadas.

(57) CASADO BURBANO, Pablo. Op. cit.; p. 144.

(58) El antecedente de dichas Juntas de Defensa lo constituye la llamada “Comisión de Militares” del año 1910. Dicha entidad criticó, en un primer momento, por escrito la política de ascensos adoptada por el Gobierno Moret. Fue por el apoyo a esta comisión y ante la redacción de La Correspondencia Militar que se produjo una manifestación de jóvenes el 12 de enero en Madrid. A pesar de que los

Hoy en día el artículo 28 de la Constitución española de 1978 regula tanto la libertad sindical como el derecho de huelga. En el inciso 1 del citado artículo se hace referencia a la posibilidad de limitar o exceptuar a los miembros de las Institutos Armados del ejercicio de la libertad sindical. En el caso de los funcionarios públicos debemos señalar que el artículo 103.3 al parecer establece modulaciones para el ejercicio de este derecho como veremos inmediatamente. Y en el caso de los jueces, magistrados y fiscales, si bien el artículo 127 de la Constitución antes señalada prohíbe su afiliación a sindicatos; la parte final del inciso primero de este artículo remite a la Ley el sistema y modalidades de asociación profesional para estos supuestos.

Ahora bien, la legislación posterior a la Constitución y que se encarga de desarrollar este derecho (Ley Orgánica de Libertad Sindical) ha optado por la prohibición absoluta de toda actividad sindical para el personal militar en situación de actividad. Sin embargo, posteriormente se va a modular esta prohibición permitiendo la sindicalización pero cuando el sujeto no se encuentre en una situación que implique servicio activo, es decir, una situación administrativa distinta. Así lo ha contemplado también el artículo 3 inciso 34 de la Ley Orgánica 1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, artículo ya antes citado.

Por otro lado, en el país germánico como consecuencia de la doctrina o concepción de la *Innere Führung* -ya explicada precedentemente- se modifica en el año 1956 la Ley Fundamental de Bonn para crear el Ejército Federal y equiparar los derechos de sus miembros con los de los demás ciudadanos. Por tanto, también se les reconoció el derecho a sindicalizarse, así en su artículo 9.3 establece: "(q)ueda garantizado a toda persona y a todas las profesiones el derecho de formar asociaciones destinadas a defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios tendentes a restringir o impedir este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin (...)". Y a manera de ejemplo podemos citar los siguientes sindicatos de militares en dicho país: Asociación Alemana de las Fuerzas Armadas (*DBwV Deutscher Bundeswehr Verband*) creada en 1956 cuyos afiliados

abarcan aproximadamente el 60 por ciento de los militares (dentro de éstos: oficiales, suboficiales y el personal que presta el servicio militar obligatorio⁽⁵⁹⁾). Asimismo, tenemos la Unión de Empresas y Transportes Públicos (OTV, *Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, Transport und Verkehr*) cuyos miembros son empleados de la Administración Pública (tanto civiles como militares)⁽⁶⁰⁾.

En Francia se ha buscado, de alguna manera, conciliar el ejercicio de la libertad sindical con las exigencias de la disciplina. Así, si bien se encuentra prohibida la posibilidad de que no sólo los militares sino también aquellos funcionarios que se encuentran en íntima vinculación con las instituciones del Gobierno puedan constituir y/o afiliarse a sindicatos, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 10 de la Ley de 13 de julio de 1972. No obstante, ello ha implicado, a su vez, a que se imponga a los jefes de las unidades militares, el deber de velar por los intereses de sus subordinados; que se cree un Consejo Superior de la Función Militar -similar al de la Función Civil-; y el principio de que aquellos beneficios que obtengan los funcionarios civiles también beneficiarán a los militares⁽⁶¹⁾.

En Estados Unidos no hay una prohibición expresa pero sí se les ha vedado la posibilidad de negociar colectivamente o dialogar con grupos profesionales y/o sindicales. En Italia también se prohíbe pero en el supuesto de los que se encuentran prestando servicio militar obligatorio se admite que continúen afiliados pero se les prohíbe el ejercicio de toda actividad sindical durante el tiempo que demande el servicio. En Bélgica existe la opción de que los militares se afilien a organizaciones sindicales representativas de otro funcionarios públicos. En Gran Bretaña no se admiten sindicatos o asociaciones profesionales militares pero sí se les permite adherirse a sindicatos ordinarios. En Holanda también está permitido el ejercicio de este derecho⁽⁶²⁾.

Cosa muy distinta ocurre en el Perú, donde ya en la Constitución de 1979, previa a la actual, en sus artículos 51 y 52 reconocía este derecho. Pero a su vez excluía a los militares de su ejercicio en el artículo 61 donde decía: "(s)e reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta

Oficiales que participaron fueron arrestados cayó el gobierno de Moret como consecuencia de este movimiento. A mayor abundamiento sobre las Juntas de Defensa y sus implicancias políticas las encontramos en: PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Op. cit.: pp. 207-208.

(59)

(60) Ibid.; pp. 205 y ss.

(61) Ibid.; pp. 419 y ss.

(62) CASADO BURBANO, Pablo. Op. cit.: pp. 148-149.

disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza, ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales”. Actualmente, la Constitución de 1993, contempla una redacción bastante similar en su artículo 42, excluyendo, por tanto, del ejercicio de este derecho a los sujetos señalados líneas arriba. En el Código de Justicia Militar, se podría entender que esta prohibición se encuentra también regulada en su artículo 117 donde sanciona con la pena de prisión o reclusión militar la constitución de asociaciones de carácter secreto y con el objeto de “(...) alterar el orden social o las instituciones, obstaculizar la acción de sus superiores y obtener beneficios de carácter personal o colectivo, serán penados con prisión o reclusión militar”.

Ahora bien, un derecho íntimamente relacionado con el que acabamos de comentar es el derecho de huelga, por cuanto constituye el principal medio de presión por parte de los trabajadores para hacer prevalecer o defender sus derechos, y como veremos a continuación, en el caso de los militares en actividad, también se encuentra recortado y/o hasta excluidos de su ejercicio.

5.7 El derecho de huelga en los Institutos Armados.

Entre las razones que usualmente se aducen para negar o restringir el ejercicio del derecho de huelga a los funcionarios del Estado tenemos: la necesidad de que el servicio que prestan se mantenga de manera continua, sin interrupciones; y, el hecho de que, para algunos, iría en contra de la tan propugnada, y ya antes referida, subordinación y obediencia jerárquica. Este derecho reconocido en el segundo inciso del artículo 28 de la Constitución española de 1978, originó, en un principio, dudas sobre sus aplicación para los funcionarios públicos. Es así que luego se les ha reconocido jurisprudencialmente (STC 11/1981, de 8 de abril) el ejercicio de este derecho implícitamente reconocido en la Ley 30/1984, de 2 de agosto y la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1989, debido a la ausencia de una prohibición expresa para esta categoría de ciudadanos.

En el caso del personal militar sí se ha excluido la posibilidad de que ejerza este derecho. Se trata de una prohibición legal, no contemplada en el texto constitucional; a no ser que consideremos que la prohibición respecto a la libertad sindical también opere para el derecho de huelga. La Ley de Reales Ordenanzas consagra en su artículo 181 la prohibición de que los militares puedan ejercer la huelga. Y dicha prohibición también se deduce del artículo 8, inciso 34 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y su inciso 18. Así como del artículo 91 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar⁽⁶³⁾.

En Francia, antes del año 1946 la huelga ejercida por parte de los agentes públicos era considerada ilícita. Sin embargo, luego de dicho año, el estatuto de los funcionarios públicos no hizo alusión alguna al derecho de huelga, lo mismo ocurrió con el estatuto de 1959. No obstante, sí se admitiría el ejercicio de este derecho jurisprudencialmente, puesto que la Constitución remitía a las leyes la regulación del mismo por parte de los funcionarios del Estado, y ante la ausencia de su tratamiento en éstas (“nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”), no quedó más que su reconocimiento en parte legal y en parte jurisprudencial.

Pero posteriormente, si bien se va a reconocer el derecho de huelga de los agentes públicos, también se establece la posibilidad de limitar este derecho en virtud de la necesidad de que el servicio público que se encarga de prestar continúe funcionando. Luego, las leyes francesas prohibirían la huelga a la policía (Ley de 28 de setiembre de 1948), la magistratura (“*ordonnance*” de 22 de diciembre de 1958), servicios exteriores de la Administración Penitenciaria (“*ordonnance*” de 6 de agosto de 1958), los militares (artículo 11 del “Estatuto General de los militares” de 1972⁽⁶⁴⁾), entre otros⁽⁶⁵⁾.

En el Perú, al igual que en el caso de la libertad sindical, los militares se encuentran excluidos del ejercicio de este derecho (tienen la titularidad de este derecho suspendida). Para ello nos remitimos al artículo 61 de la Constitución de 1979, ya antes señalado y al artículo 42 de la Constitución de 1993, que a cuyo tenor dice: “(s)e reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están

(63) “Artículo 91.- Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, rehusaren obedecer las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieron o ultrajaren a un superior, serán castigados con la pena de uno a diez años de prisión, cuando se trate de los mejores ejecutores, y con la de dos a quince cuando se trate de los promotores, del cabecilla que se ponga al frente de la sedición y, en todos los casos, si se trata de oficiales o suboficiales”. (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar).

(64) “Article 11.-“*L'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire*”. (Estatuto General de los Militares de 1972).

(65) PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Op.cit.: pp. 214-215.

comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargo de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. Además el artículo 108.5 del Código de Justicia Militar, Decreto Ley No. 23214, reconoce como delito de sedición en los militares en servicio: “(...) confabularse y alzarse tumultuariamente en guarnición en campaña o frente al enemigo, para cualesquiera de los fines siguientes: (...)”

5. Oponerse al cumplimiento de las leyes y órdenes superiores o al del actos del servicio”.

Supuestos similares los encontramos en los artículos 109.1 y 111.1 del mismo instrumento legal.

Una vez reseñado muy brevemente la problemática de los derechos de sindicación y huelga en el caso de los militares; revisemos, finalmente, las implicancias del tratamiento de asuntos políticos por parte de ellos, poniendo especial énfasis en lo que concierne al derecho de sufragio en sus dos acepciones tanto activa como pasiva; por cuanto constituye el medio de participación política por excelencia, en todo Estado Democrático de Derecho.

5.8 El Derecho a elegir y ser elegido de los militares: ¿Las Fuerzas Armadas son un órgano no deliberante?

El derecho de sufragio es entendido desde dos perspectivas: una activa y una pasiva. La primera, en el

caso español sí se encuentra plenamente garantizada por lo expuesto en el artículo 23 de su Constitución, así como en el artículo 184 de las Reales Ordenanzas. En lo que concierne al segundo aspecto de este derecho, debemos señalar dos cuestiones: en primer lugar, que el ciudadano militar se encuentra dentro de las categorías profesionales a las que la ley determinará su régimen de inelegibilidad e incompatibilidad con cargos como los de diputado o senador (artículo 70.1 de la Constitución española de 1978)⁽⁶⁶⁾. Hasta la Ley 17/1989 el personal militar debía pasar obligatoriamente a la situación de retiro si deseaba ser candidato a un cargo público⁽⁶⁷⁾.

Sobre lo señalado líneas arriba el Tribunal Constitucional español argumentó que: “(l)a Ley pueda sujetar a determinados requisitos el acceso a los cargos públicos, es algo expresamente reconocido en el artículo 23.2 de la CE. Y que entre esos requisitos se cuente la petición de baja en el servicio activo de las Fuerzas Armadas para quienes se integren en ellas, es una decisión del legislador que no afecta a ningún derecho constitucionalmente garantizado”⁽⁶⁸⁾.

Luego sería la Ley 17/1989 que en su artículo 100, apartado primero, literal b) señalaría que el militar que desee ser candidato pasará a la situación de “excedencia voluntaria”. Sin duda que esta es una situación más favorable para la condición militar ya que así ya no debe

(66) Resulta importante conocer la evolución en el reconocimiento del derecho de sufragio en su acepción pasiva en dicho país, por cuanto puede servir de utilidad para, eventualmente, introducir esos cambios en el Perú, aunque sin duda que es tal asimilación. En España el problema del sufragio pasivo de los militares se planteó en un principio con la cuestión del régimen de incompatibilidades e inelegibilidades. Así por ejemplo, el artículo 57 de la Ley Electoral de 1837 declara inelegibles para diputados o senadores a los capitanes generales y comandantes de provincia. Asimismo, la Ley de 1846 declarará incompatible con el empleo activo de funcionarios tales como capitanes generales de provincia y los comandantes generales de departamento de marina, el cargo de diputado. Lo propio ocurrió con la Ley de 1865, es decir la inelegibilidad de funcionarios que ejerzan autoridad y mando político o militar.

Luego, con la Constitución de 1845, los capitanes generales y tenientes generales del Ejército y la Armada empiezan a encontrar escaños en el Senado. Posteriormente, el Decreto de 9 de noviembre de 1868, sobre el sufragio universal pondrá límites a los militares en servicio activo al ejercicio de su derecho de sufragio tanto activo como pasivo, que se traduce en que sólo podrán participar en las elecciones de diputados a Cortes y no en otros procesos electorales.

Seguidamente, al parecer, dichos límites se dejarían de lado con la Constitución de 1 de julio de 1869 pues en su artículo 16 señalaría: “(n)ingún 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”. Y a simple vista parecía que la Ley Electoral de 20 de agosto de 1870 acogía el mismo sentido en su artículo 16. Pero el artículo 35 daría a entender lo contrario: “(l)os electores del ejército y armada en servicio activo no votarán en las elecciones provinciales ni municipales (...). 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”.

La Constitución de 1876 permitiría el acceso de los militares a la Cámara Alta. Las leyes electorales tanto de 1890 como la de 8 de agosto de 1907 y la del 7 de julio de 1933 irían en la misma línea y así los militares pudieron presentarse a elecciones en los sucesivos años sin perder ni la carrera ni el destino. A mayor abundamiento recomendamos: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo de los militares de carrera tras la Ley de Régimen de Personal Militar Profesional*. En: RAP. No. 120. Setiembre-Diciembre, 1989. pp. 7 y ss.

(67) NEVADO MORENO, Pedro T. *Op. cit.*; pp. 107 y ss. A su vez, CASADO BURBANO criticando el antiguo régimen electoral para con los militares en el que se les exigía pasar a la situación de retiro para ser candidato señala: “(v)emos por tanto, que en este punto la legislación española sigue el criterio restrictivo a ultranza que carece de parangón en el Derecho extranjero y en nuestro propio Derecho histórico, obligando a aquellos militares que pretendan ostentar una candidatura a renunciar irreversiblemente a su carrera, lo que da pie para cuestionar la proporcionalidad de tal restricción”. En: CASADO BURBANO, Pablo. *Op. cit.*; p. 137.

(68) Sentencia 77/1988, de 26 de abril.

pasar a la situación de retiro de manera irreversible y determinante, sino que pierde la condición de servicio activo por el lapso que dure o bien las elecciones o el mandato para el que fue electo. Decimos esto por cuanto dicho militar pasará a la situación de actividad, al día siguiente de que culmine el proceso electoral, si es que no fue elegido, o de que culmine su gestión si es que fue electo.

No obstante, en este aspecto también resulta necesario hacer notar que la decisión de ejercer el derecho de sufragio en su sentido pasivo perjudica en cierta manera al personal militar ya que el tiempo que o bien dura su campaña electoral o, en todo caso, su gestión (en este último caso pueden ser años), no se computa para efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. Cuestión que sí ocurre con el resto de servidores públicos de acuerdo a lo estipulado en el artículo 29 de la Ley 30/1984 de Medidas de Reforma de la Función Pública.

En Francia, la Ley francesa 72-662, de 13 de julio de 1972, se encarga de regular el Estatuto General de los Militares y en su artículo 9 establece que la función de militar de carrera resulta siendo incompatible con el mandato parlamentario de miembro de la Asamblea Nacional, con los cargos de consejeros generales y municipales. Además dicho artículo establece: “(s)alvo los casos de inelegibilidad previstos en la ley, los militares pueden presentarse como candidatos al desempeño de cualquier función pública electiva; en este caso no se aplicarán las disposiciones de los tres últimos párrafos del artículo 7 ni la prohibición de adherirse a partidos políticos prevista en el primer párrafo de este artículo, que queda en supuestos durante la campaña electoral.

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

Entonces, a excepción de cuando se trate de los cargos antes referidos, los militares en Francia pueden postular en los distintos procesos electorales, además, su situación administrativa no se altera, siempre y cuando no resulte elegido ya que en ese caso pasan a la baja en el escalafón. Culminada su gestión se reintegran a sus actividades normales⁽⁶⁹⁾.

En Italia, el artículo 6 del Decreto de la Presidencia de la República de 30 de mayo de 1957 (Decreto No.

361) considera elegibles a “*gli elettori che abbiano compiuto il venticinquesimo anno di eta entro il giorno delle elezioni*”. Y el precepto que le sigue dentro del conjunto de personal que considera elegibles señala a los oficiales generales, almirantes y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas del Estado, en la circunscripción de su mandato territorial. La Ley No. 382, de 11 de julio de 1978, complementaría la anterior reconociendo el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas. Pero en seguida regula el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de ellos. Podrán realizar libremente actividad política y propaganda fuera de los ámbitos militares y de civil (sin uniforme ni utilizando su condición de militar). Además en el lapso que dura su campaña pasan a la situación de licencia especial⁽⁷⁰⁾.

Ahora bien, con respecto al derecho de sufragio en su acepción activa, Casado Burbano, creemos con toda razón, señala: “(a)unque en determinadas circunstancias históricas se privó del derecho de votar a los militares, hoy, ciertamente, es difícil encontrar justificaciones para restringirles el ejercicio de este derecho, siempre que se garantice que la pugna electoral queda al margen de la vida castrense”⁽⁷¹⁾. Por ello, ya en algunos países de América Latina, como vamos a tener oportunidad de comprobar inmediatamente, se les ha reconocido este derecho a los militares.

En Brasil, por ejemplo, el tratamiento del derecho al voto de los militares lo encontramos básicamente en dos preceptos, en el artículo 14.2 que señala: “(n)o pueden alistarse como electores los extranjeros y, durante el período del servicio militar, los reclutados”. Y el artículo 14.8 estipula además sobre el sufragio en su parte pasiva de los militares que “(e)l militar es elegible pero a condición de que se separe de la actividad si tiene menos de diez años, si tiene más de diez de años de servicio pasa a la reserva y a la inactividad si es elegido”.

En Cuba, los miembros de las Institutos Armados no sólo votan sino que también pueden ser elegidos. Ello se deduce literalmente del artículo 134 de su Constitución: “(l)os miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y demás institutos armados tienen derecho a elegir y a ser elegidos, igual que los demás ciudadanos”. En Uruguay encontramos un tratamiento peculiar al problema de la participación política de las Fuerzas Armadas y es que el artículo 77 de su texto constitucional señala: “(t)odo ciudadano es miembro

(69) Léase al respecto: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. Cit.; pp. 22 y ss.

(70) Ibid.; pp. 24 y ss.

(71) CASADO BURBANO, Pablo. Op. cit.; p. 132.

de la soberanía de la Nación; como tal es electo y elegible (...) los militares en actividad, cualquiera sea su grado y los funcionarios policiales de cualquier categoría deberán abstenerse (...) de ejecutar cualquier otro acto público o privado de carácter político, salvo el voto”.

Recientemente, en Venezuela los militares han ejercido su derecho de sufragio en su perspectiva activa (el 28 de mayo del 2000) ya que su Constitución en el artículo 330 prevé tal posibilidad: “(l)os integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que le esté permitido optar a cargo de elección popular, ni de participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.

En el Perú, desde los inicios de la República, los militares ejercían su derecho de sufragio tanto en su parte activa como pasiva⁽⁷²⁾. Sin embargo, luego verían limitado su derecho hasta la actualidad en que los militares no pueden participar en política, ni mucho menos hacer declaraciones de esa índole (como ya señalamos cuando tratamos la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas). Ello se debe, en líneas generales, a su consideración desde antaño como órganos no deliberantes. Sin embargo, y a pesar de ello, resulta sorprendente que aproximadamente el 70 por ciento de nuestros gobernantes hayan sido militares (los golpes militares de Estado en el Perú han sido una constante). La Constitución de 1993 reconoce este derecho en su artículo 2.17 de manera plena y general. Pero luego el artículo 34 limitaría este derecho a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad tanto en su perspectiva activa como pasiva. Y agregaría que “(n) existen ni pueden crearse otras inhabilitaciones”. Además, en concordancia con ello, la Ley Orgánica de Elecciones, Ley 26859, establecería la misma prohibición en su artículo 11. No obstante, ya en nuestro país parece acogerse la posibilidad de que los militares puedan votar sin limitación alguna. No podrán ser elegidos, pero sin duda que este ya es un avance. Léase al respecto el

segundo párrafo del proyecto de Constitución, presentado en julio del presente año:

“Artículo 46.- (...)”

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional tienen derecho al voto y a la participación ciudadana. No pueden postular a cargos de elección popular ni participar en actividades partidarias mientras no hayan pasado a la situación de retiro

(...)”.

Podríamos afirmar que existen hasta cinco maneras de abordar la problemática del derecho de sufragio de los militares. En primer lugar, tenemos países en los que el voto de los miembros de los institutos armados es de suma relevancia por lo que sí pueden elegir. Sin embargo, no pueden ser elegidos (derecho de sufragio pasivo) mientras estén en situación de actividad. En segundo lugar, en otros países no sólo los militares pueden elegir sino también ser elegidos. A manera de ejemplo tenemos a Cuba, Francia, Italia y el caso español, todos ellos ya comentados en este trabajo. En tercer lugar, Estados donde sólo los oficiales pueden votar mas no los subalternos no profesionales. En cuarto lugar, tenemos Estados que no tienen Fuerzas Armadas y por tanto sólo la Policía. En este caso, los policías pueden votar pero no participar en actividad política. Este es el caso de Panamá (artículo 306 de su Constitución). Por último, países donde no pueden ejercer el derecho de sufragio ni en su parte activa, ni en su parte pasiva⁽⁷³⁾.

Por otro lado, cabe señalar con respecto al derecho de sufragio activo que si bien en países de Europa este se encuentra plenamente reconocido en el ámbito militar (sin limitación alguna). Inicialmente se presentaron serias dificultades para superar el problema de que el militar, por razón del servicio, se encuentre residiendo en lugares distintos de la circunscripción territorial electoral que le corresponde por su domicilio habitual. Hoy en día, encontramos en el derecho comparado alternativas de solución a esta cuestión. Ya verá el lector cuál resultaría más idónea de acuerdo a la realidad nacional de cada Estado.

(72) Para evaluar la evolución de este derecho a lo largo de nuestros textos constitucionales recomendamos revisar entre otros preceptos los siguientes: el artículo 7 de las Bases de la Constitución (1822); el artículo 22 en concordancia con los artículos 17, 18, 19 y 20 de la Constitución de 1823; los artículos 14, 15 y 16 en concordancia con los artículos 13 y 19; los artículos 4, 20.4, 30, 146 y 158 de la Constitución de 1828; los artículos 3, 5, 6, 21, 31, 139 y 159 de la Constitución de 1834; los artículos 11, 13 y 14 de la Ley de 1837; los artículos 8, 10, 11, 26, 33, 39 y 146 de la Constitución de 1839; los artículos 36, 37, 38, 40 y 47 de la Constitución de 1856; los artículos 37, 38, 39, 41, 50 y 51 de la Constitución de 1867; los artículos 62, 65, 76 y 77 de la Constitución de 1920; los artículos 84, 87, 99 y 218 de la Constitución de 1933; y, los artículos 65, 67, 172, 204 y 278 de la Constitución de 1979. En: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op. Cit..

(73) RAMÍREZ PRADO, Fidel. *El voto de los militares*. En: *Serie Ciencias Sociales y Políticas*. No. 2. Lima: Universidad Alas Peruanas, 2002. p. 102.

En Suiza, por ejemplo, los militares pueden usar el “correo militar”. En Bélgica se ha previsto la instalación de colegios electorales, por cada mil electores de los que allí presten servicio al interior de los establecimientos militares. En países como Italia y Alemania los miembros de los institutos armados pueden hacer ejercicio de este derecho en los colegios electorales donde se encuentren por razón del servicio. Finalmente tenemos los casos de Francia y Gran Bretaña donde los militares deben inscribirse anualmente en la respectiva “lista” para participar en las elecciones de ese año, lo mismo sucede con los ciudadanos comunes⁽⁷⁴⁾.

6 Reflexiones finales.

Sin duda que el tema de los derechos fundamentales y su ejercicio pleno por parte de los funcionarios del Estado, sobre todo por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, es una cuestión a todas luces discutible y se presta para largos e interminables debates. Ello no impide -como hemos pretendido hacer con el presente trabajo- el indagar respecto a las razones que se argumentan para ello y si ciertas limitaciones resultan estrictamente necesarias o responden a temores

infundados del legislador, o en todo caso, son consecuencia del devenir histórico.

Ahora bien, tal como hemos podido constatar, hay argumentaciones que, en nuestra modesta opinión, carecerían de sustento, así como también otras que hoy en día ya habrían sido desestimadas. Ello, creemos, es producto de los cambios que ha recibido el tratamiento de la materia en el Derecho comparado. Nuevas corrientes sobre el particular harían suponer que nos encaminamos hacia un reconocimiento pleno de los derechos de los militares, con ciertas peculiaridades en su ejercicio. Países como Alemania donde ya existen sindicatos de militares, o como España, donde los miembros de los institutos armados pueden elegir y ser elegidos sin perder su condición de militar, son claras evidencias de ellos.

En el Perú, la cuestión no deja de ser muy distinta. El propio texto de Proyecto de Constitución ampararía la posibilidad de que los militares puedan participar políticamente a través del sufragio activo. Elementos como éste nos permiten avizorar, entonces, una pronta armonización entre el respeto y ejercicio de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas y las funciones que les han sido encomendadas; esperemos que ello sea así, salvo mejor parecer. 卐

ESTUDIO

JAVIER DE BELAUNDE ABOGADOS

SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Miguel de Cervantes N° 280, San Isidro, Lima 27 - Perú
Central Telefónica: 442-8896 Fax 441-4741
E-mail: estudio@debelaunde-abogados.com