

OPINIÓN

ESTUDIO COMPARADO DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES Y SU INCIDENCIA SOBRE EL FUERO MILITAR

Para desahogar la problemática de la libertad de expresión de los militares es necesario hacer un planteamiento preliminar sobre los derechos fundamentales de los integrantes de las fuerzas armadas, así como la técnica y alcances de las restricciones que se les imponen a sus derechos, en razón de su pertenencia a la institución castrense. Por otro lado, es preciso exponer el contenido y la extensión del principio de fuero militar, con referencia al artículo 13 constitucional.

En lo que concierne al principio de fuero militar consagrado en el artículo 13 de la Carta Magna, cabe puntualizar que debe entenderse en el sentido de la instauración de un orden especial de jurisdicción, de manera tal que se exprese mediante el establecimiento de Tribunales Castrenses, provistos de una competencia especializada y exclusiva para el conocimiento, substanciación, y resolución de controversias vinculadas a "delitos y faltas contra la disciplina militar" (artículo 13 const.). El fuero militar se perfecciona con un elemento subjetivo, en el sentido de que solamente se hace extensivo a los miembros de las fuerzas armadas, por lo que, un civil no podrá ser sometido a la jurisdicción militar. En síntesis, el fuero militar del artículo 13 es un fuero de carácter mixto que incluye un elemento material (faltas y delitos contra la disciplina militar) y un elemento subjetivo (integrante de las fuerzas armadas).

El anterior concepto de fuero militar supone o implica que el artículo constitucional referido no predetermina cuáles son las faltas y los delitos que vulneran la disciplina militar, sino simplemente, indica que aquellos actos o hechos tipificados en el supuesto constitucional genérico de hechos o faltas contra la disciplina militar, serán sometidos a la jurisdicción castrense. Consecuentemente, una restricción o ampliación de los derechos fundamentales de los miembros de las fuerzas armadas, por sí mismas no violenta el principio de fuero militar, en tanto que, no modifiquen la institución de competencia jurisdiccional exclusiva de los tribunales marciales. Asimismo, se deja a la apreciación del legislador tipificar mediante ley las "faltas y delitos contra la disciplina militar", esto es el legislador ejerce una libertad de configuración legítima al desarrollar el concepto genérico del artículo 13 constitucional.

Derecho Comparado

En el ámbito del derecho comparado es una tendencia consistente y generalizada la de expansión y garantía de los derechos fundamentales de los miembros de las fuerzas castrenses. En el transcurso del siglo XX progresivamente se ha afianzado un conjunto de salvaguardas a las libertades de los soldados, incluso mediante técnicas de tutela constitucional.

En el ámbito de la doctrina jurídico-militar se han construido diversas teorías para justificar el estatuto restrictivo de los derechos humanos de los soldados. En ese orden de ideas, simplemente procedemos a enunciarlas con alguna breve referencia a su significado:

- **Teoría de la comunidad separada elaborada en Estados Unidos con resoluciones de la Corte Suprema.** En esta concepción se consagra que lo militar "constituye una comunidad especializada gobernada por una disciplina separada de la de los civiles", por lo que, la jurisdicción civil debe abstenerse de intervenir en actos internos de las fuerzas armadas por la diversidad de las disciplinas.
- **Teoría del ordenamiento interno.** Esta teoría, de origen italiano, postula que el ordenamiento militar esta separado del orden general de la sociedad civil y posee principios propios y especiales de los del resto de la sociedad civil y aunque las fuerzas armadas sean un sector mas de la administración pública requieren un tratamiento excepcional.
- **Teoría de la sujeción especial.** La doctrina alemana que elaboró esta teoría destaca que el ciudadano se relaciona con el gobierno desde una distinta posición; puede relacionarse como un administrado simple en relaciones de una sujeción general o indiferenciada; pero cabe también la posibilidad de que se relacionen con una mayor intensidad, la que justificaría un cierto grado de restricción de sus derechos humanos y fundamentales que es lo que sucede con los militares.

Todas las teorías tienen mas éxito en justificar las restricciones de derechos que en ponerles límites a las restricciones, dejando al ciudadano soldado en una situación de detrimento de sus libertades, que no siempre están justificadas por una tutela concreta del principio de seguridad nacional o de necesaria disciplina.

Se ha abierto paso la tendencia jurisprudencial, legislativa y doctrinal de ampliar y asegurar institucionalmente las libertades de los miembros de las fuerzas armadas. En el derecho comparado sobresalen tres técnicas o métodos de tutela:

- La garantía constitucional expresa, en la que la propia carta magna garantiza de forma explícita la igualdad de derechos entre los ciudadanos y los militares, como es el caso de la constitución austríaca de 1920 que estatuye en su artículo 7 punto 2 "se garantiza a los empleados públicos, incluyendo a los individuos pertenecientes al ejército federal, el ejercicio sin restricción de sus derechos políticos".
- El silencio constitucional y los límites implícitos. Esta técnica seguida por Francia, Italia, Portugal, Bélgica y Suecia, entre otros países, se caracteriza por no establecer ninguna peculiaridad respecto a la condición del soldado, si bien tolerando genéricamente restricciones cuando exista una eventual colisión con las necesidades institucionales de las fuerzas armadas.

Por ejemplo, el artículo 52 de la Constitución italiana señala que la prestación del servicio militar no perjudica la posición del ciudadano, ni el ejercicio de sus derechos políticos.

- Precisión en la Constitución de los límites a los derechos de los soldados. La técnica es especialmente aplicada por Alemania que mediante reformas a su Constitución (promulgada en 1949) en 1956, en el artículo 17 a) puntualiza que: "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 período de servicio el derecho fundamental de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, el derecho fundamental de reunirse libremente y el derecho de

petición en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones de forma colectiva."

"Las leyes referentes a la defensa con inclusión a la protección de la población, podrán determinar que sean restringidos los derechos fundamentales de la libertad de movimiento y de residencia y de la inviolabilidad del domicilio".

El Tribunal Constitucional Alemán, interpretando la reforma constitucional ha señalado que "la *ratio legis* del artículo 17 es –además de la garantía efectiva de los derechos fundamentales para los soldados– que, en interés de la eficacia del ejército, algunos derechos fundamentales de los soldados estén sometidos a una mayor limitación que la que está permitida para las personas civiles", por lo que los límites a los derechos son calculables y previsibles.

De una manera general se puede decir que las limitaciones a los derechos fundamentales de los soldados, a su vez han sido sujetas a restricciones, de forma que es legítimo hablar de la limitación de los límites a los derechos de los soldados. Como mera referencia se enuncian los medios empleados para contener las limitaciones a los derechos de los soldados:

- Legalidad y motivación tanto de las decisiones judiciales como de las leyes.

Por ejemplo el Tribunal Constitucional Español puntualiza en una sentencia de 1981 que en una restricción al libre ejercicio de los derechos constitucionales debe explicitarse el fin por el cual se sacrificó o limitó el derecho. En otra sentencia el mismo Tribunal señala que "no basta que el límite que constriñe los derechos fundamentales tenga una justificación, sino que esta debe ser expresada por el legislador cuando lo establece".

- Proporcionalidad de la limitación. Debe existir una concordancia entre la severidad de la limitación impuesta a los derechos fundamentales y el fin perseguido de mantenimiento de los intereses de la institución castrense.
- La limitación a los derechos fundamentales del soldado debe ser indispensable para la preservación de otro bien constitucional tutelado. Tal y como lo expresó el Tribunal Constitucional Español en sentencia de 1981.
- La limitación debe ser de la mínima intensidad posible, protegiéndose la cláusula de "*favor libertatis*", tal y como lo estableció la Corte Constitucional Italiana en resolución de 1990.
- Garantía de contenido esencial de los derechos. Conforme a este criterio, nunca las restricciones impuestas a un derecho pueden llegar hasta el extremo de desnaturalizarlo o privarlo de contenido.

Derecho de libertad de expresión.

Ha habido cambios radicales en el reconocimiento y tutela de la libertad de expresión de los militares. Está muy distante aquella afirmación hecha por Alfredo de Vigny cuando en 1835 señalaba que "el ejército debe ser ciego y mudo". En la actualidad las restricciones a la libertad de expresión de los militares se concretan solamente en el respeto del secreto militar.

Con respecto al secreto oficial se ha establecido en algunos regímenes el límite de la censura previa. Así la Corte Suprema de Estados Unidos ha declarado la admisibilidad de la censura previa únicamente para el caso del secreto oficial, pero aún en ese caso no basta invocar genéricamente razones de seguridad o de defensa nacional para limitar la libertad de expresión de un militar, sino que se deben concretar las razones y someterlas a un tribunal de justicia.

En Alemania mediante la "*soldaten gesetz*" o ley del soldado de 1956, así como la Ley Austríaca de 1990 establecen régimen de autorización previa, pero solo en materia de secretos militares. Es de señalarse que en Alemania el ombusman militar ha considerado que la autorización previa atenta contra la Ley Fundamental de Bonn.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante sentencia de 1991, ha declarado que los peligros de una previa restricción de la libertad de expresión pueden dañar a la prensa puesto que las noticias son una mercancía perecedera y no se debe demorar injustificadamente la publicación de información proporcionada por un militar.

Algunos países han optado por prohibir constitucionalmente la censura previa, cual es el caso de España.

En cuanto al contenido del ejercicio de la libertad de expresión, no es objeto de restricción alguna ni siquiera en el ámbito político, afirmándose que la disciplina militar exige obediencia en los actos, pero no unanimidad en las opiniones. En Alemania se suaviza la obligación de sigilo por la Ley de 1956 al autorizarse la difusión de información que sea evidente, de público conocimiento o de escasa relevancia.

Adicionalmente, se debe mencionar que el abuso de la secrecía por parte de las autoridades también ha sido objeto de un estrecho escrutinio, como es el caso de Inglaterra mediante la "Official Secrets Act" de 1989 que se propone reducir la cantidad de información protegida.

Por último, la libertad de expresión de los militares incluye destacadamente el derecho a criticar, incluso las instituciones políticas. Es de mencionarse la sentencia del Tribunal Supremo de España emitida 1993, en la que subraya que "el problema consiste en determinar los límites a la libertad de expresión de modo que, garantizadas por una parte la disciplina y la neutralidad política de las fuerzas armadas por otra, no se reduzca a sus miembros al puro y simple silencio".

La Corte Constitucional Italiana en sentencia de 1985 señala que "la pacífica manifestación del disenso de los militares con respecto a la autoridad militar... promueve el desarrollo en sentido democrático del ordenamiento de las fuerzas armadas".

Se observa en consecuencia que la libertad de expresión detenta cierta primacía con respecto al principio de disciplina militar, incluye de manera natural la expresión de opiniones y hechos, limitándose acaso en lo que respecta a ciertos valores fundamentales de la Constitución como las libertades del régimen democrático según la Ley Alemana de 1956.