

REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL

Por

FABIO PASCUA MATEO
Letrado de las Cortes Generales

«Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar su esfuerzo con los de sus semejantes para obrar en común. El derecho de asociación me parece, pues, casi tan inalienable por naturaleza como la libertad individual. El legislador no podría tratar de destruirlo sin atacar a la sociedad misma.»

Alexis DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS ESPECIALIDADES DEL ESTATUTO PERSONAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL.—3. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN: 3.1. *La pertenencia a un partido político*. 3.2. *El derecho de sindicación*. 3.3. *El derecho de asociación en sentido estricto: las asociaciones con finalidad reivindicativa: a) Regulación legal. b) Su reconocimiento por la jurisprudencia constitucional. c) Límites para su ejercicio: c.1) En tiempo de paz. c.2) En tiempo de guerra. d) Medidas de fomento del derecho de asociación*.—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que el nieto de MALESHERBES escribiera estas palabras en una obra tan elegante de estilo como lúcida en su contenido (1), pocos han sido los autores que hayan puesto en duda la relevancia del derecho de asociación para la consolidación de la democracia liberal, hasta tal punto que se ha llegado a definir, si bien con un sentido algo diverso al aquí empleado, al Estado surgido tras el constitucionalismo de la segunda postguerra como Estado de asociaciones (2).

Estas páginas, a pesar de lo reciente de la aprobación de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, no están destinadas a ofrecer una visión general de este derecho, al que la doctrina ha dedica-

(1) A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. 1, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 181.

(2) Véase M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 130.

do, y dedicará previsiblemente dada la novedad legislativa, muchas y buenas páginas (3), sino a esbozar algunas reflexiones sobre un aspecto muy concreto del mismo como es su aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, sobre los que, como es notorio, pesa un régimen personal especial que introduce ciertas restricciones en su ejercicio. El objetivo de tales reflexiones, honrado es adelantarlo ya, es demostrar que, aun admitiendo la licitud de tales restricciones en no pocos casos, es preciso defender con claridad la titularidad última que aquéllos también ostentan respecto de tal libertad y, en consecuencia, la «limitación de los límites» a los extremos imprescindibles para salvar otros principios e intereses constitucionalmente legítimos. Para ello será necesario un análisis de principio de algunos contornos del estatuto propio del régimen militar a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (4) y del Tribunal Constitucional, para pasar a continuación a analizar las distintas manifestaciones concretas en que puede desplegarse el derecho de asociación, tales como el derecho a pertenecer a un partido político o un sindicato, así como a asociaciones *sensu stricto* (5).

2. LAS ESPECIALIDADES DEL ESTATUTO PERSONAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL

La delimitación específica del haz de facultades y aun derechos autónomos del derecho de asociación que vamos a ir trazando en el ámbito castrense tiene como punto de partida la premisa de que el estatuto de los militares se inserta en el marco de las relaciones de sujeción especial, con mayor intensidad aún que el resto de servidores públicos (6). En efecto, es

(3) Entre ellas pueden citarse J. GONZÁLEZ PÉREZ y G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Derecho de asociación: comentarios a la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002. Sin incluir la nueva legislación, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y constitución (estudio específico del artículo 22 de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1987; É. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996; L. AGUIAR DE LUQUE y A. ELVIRA PERALES, *Artículo 22. El derecho de asociación. Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1997, págs. 607 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Comentario al artículo 22», en *Comentarios a la Constitución*, dir. por Fernando GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 2001, págs. 492 y ss.

(4) Los extractos de las Sentencias de este órgano que aparecen más adelante son traducciones de elaboración propia de los textos auténticos en inglés y francés.

(5) De la actualidad de este tema da cuenta la presentación por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados de una proposición de ley orgánica sobre derechos fundamentales y libertades públicas de los militares, cuya toma en consideración ha sido, no obstante, rechazada por el Pleno. El curso del debate puede seguirse en «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 162, págs. 8176 y ss., y el contenido de la iniciativa se ha publicado en el «BOCG», Congreso de los Diputados, serie B, núm. 207-1, de 22 de febrero de 2002.

(6) Sobre las relaciones especiales de sujeción, véase M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994. Pone de manifiesto este autor que, a pesar de que el contexto en que nace esta categoría —la monarquía constitucional alemana de fines del siglo XIX— es notoriamente distinto del que rige en los modernos Estados democráticos, las relaciones especiales dan respuesta a una necesidad real de sistematizar aquellos supuestos en que es necesario acomodar los

doctrina generalmente admitida en el Derecho comparado y en España que determinados servidores del Estado (no sólo militares, sino también jueces, fiscales o policías, aunque sólo vamos a ocuparnos de los primeros), en atención a razones como la extraordinaria relevancia de sus potestades o su derecho a llevar armas, deben estar sometidos a una restricción de sus derechos, fundamentalmente políticos, pero incluso disciplinarios, que se justifica por la necesidad de proteger ciertos fines o intereses constitucionalmente reconocidos, ello, claro está, con las debidas garantías que aseguren que dicha restricción sea la estrictamente imprescindible y no se extienda de forma arbitraria o innecesaria (7).

Dos grupos de razones justifican la pertinencia de un estatuto especial: la voluntariedad de ingreso y el respeto a determinados principios que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se centran sobre todo en los de neutralidad política y de jerarquía. Ante todo, el ingreso en el ejército como militar profesional es una decisión libre y quien la asume sabe de antemano que sus derechos personales van a quedar en cierta medida limitados. Este argumento, muy presente en el origen de la dogmática sobre relaciones especiales de sujeción (8) y sometido a fuertes críticas en la actualidad (9), ha sido, sin embargo, utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (10) en su Sentencia dictada en el caso *Kalaç contra Turquía*, de 1 de julio de 1997, donde declara ajustada al Convenio una sanción im-

derechos generalmente reconocidos a los ciudadanos con las necesidades organizativas de la Administración. Asimismo, R. GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

(7) Además de los autores a los que se hará referencia para cuestiones más específicas, sostienen esta posición J. M. SERRANO ALBERCA, *La protección de las libertades públicas del militar*, núm. 103 de esta REVISTA, enero-abril 1984, págs. 49 y ss., y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado*, núm. 134 de esta REVISTA, mayo-agosto 1994, pág. 47, esta última con una alusión específica a la situación de sujeción especial como categoría en la que se encuadran estas situaciones, una vez adaptada a la realidad constitucional.

(8) Así, lo encontramos como sustitutivo de la necesaria habilitación legal a la restricción de un derecho propia del Estado liberal en O. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, vol. IV, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, pág. 44.

(9) Entre ellas, el decidido rechazo al viejo principio *volenti non fit iniuria* contenido en J. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, op. cit., págs. 340 y ss. En cualquier caso, y sin los efectos atribuidos por la doctrina tradicional, que son incompatibles con la indisponibilidad general de los derechos fundamentales derivada de la dimensión objetiva que les atribuye la STC 25/1981, de 14 de julio, la voluntariedad en la entrada en la relación de sujeción especial añade un plus de legitimidad a las constricciones que aquélla comporta.

(10) Sobre el valor en España de las sentencias del TEDH se ha pronunciado la STC 245/1991, de 16 de diciembre, la cual, aun asumiendo la jurisdicción obligatoria del Tribunal, les niega «eficacia ejecutiva», limitando sus efectos, en principio, a los meramente declarativos. No obstante, matiza esta postura añadiendo que los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes ante esa declaración de violación de un derecho reconocido en el Convenio (FJ 2). El propio Tribunal Constitucional es el primero en no «permanecer indiferente», hasta el punto de haberse afirmado que «la sensibilidad hacia la jurisprudencia de Estrasburgo a la hora de interpretar las normas españolas sobre derechos humanos se ha convertido en una constante que informa con carácter habitual la filosofía del Tribunal Constitucional». L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 260.

puesta a un juez militar acusado de prácticas que revelaban que había adoptado opiniones fundamentalistas, puesto que «al optar por seguir una carrera militar el Sr. Kalaç estaba aceptando voluntariamente un sistema de disciplina militar que por su propia naturaleza implicaba la posibilidad de establecer sobre ciertos derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas limitaciones no susceptibles de ser impuestas a los civiles» (11).

A ello se añade que la limitación de los derechos de los militares responde a fines adecuados a un Estado liberal-democrático. En particular, se han defendido dos principios básicos como son la conveniente despolitización de lo que, parafraseando a LOCKE, constituye «*the force of the Society*» (12) y la necesidad de mantener la disciplina y el principio de jerarquía que, si conveniente para todos los rincones de las Administraciones públicas, es imprescindible en el ámbito de la Administración militar (13).

Ambos fundamentos han sido desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de una jurisprudencia que ha ido delimitando los perfiles de este régimen en el marco geográfico europeo. Ya el propio Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), contiene alguna modulación de su declaración de derechos para militares, policías y funcionarios públicos, precisamente en el artículo dedicado al asunto que nos ocupa, la libre asociación. En efecto, tras declarar en su párrafo primero que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses», el párrafo segundo establece algunos límites, entre los que se encuentran las «restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos» que puedan imponerse «para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado». Por esta razón, la mayor parte de los casos que se irán citando en estas páginas se han planteado no en defensa del derecho de asociación, sino alegando infracciones de la libertad de expresión que consagra el artículo 10 del Convenio, producidas al restringirse las actividades concretas de las asociaciones implicadas (14).

(11) § 28, que cita también la STEDH en el caso *Engel y otros contra Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, § 57. Un fundamento muy similar se encuentra en la STEDH de 16 de diciembre de 1992, en el caso *Hadjianastasiou contra Grecia*, en el que se recurrió como contraria al artículo 10 del Convenio (libertad de expresión) una sanción impuesta a un ingeniero aeronáutico que prestaba servicios como oficial del Ejército del Aire por haber revelado datos clasificados como secretos (§ 46).

(12) «*For both of them [poderes ejecutivo y federativo] requiring the force of the Society for their exercise it is almost impracticable to place the Force of the Commonwealth in distinct, and not subordinate hands*»; J. LOCKE, *Two Treatises of Government, The Second Treatise*, 148, Cambridge University Press, 1967, pág. 384.

(13) Algún autor ha incluido tales deberes como principios básicos de la organización militar. J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, «Revista Española de Derecho Militar», núm. 77, enero-junio 2001, págs. 449 y ss.

(14) El propio Tribunal ha declarado en este sentido que «la protección de las opiniones personales [...] constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación consagrada en el artículo 11» (STEDH de 26 de septiembre de 1995, caso *Vogt contra Ale-*

Concretamente, el principio de neutralidad política aparece en términos bien significativos en la STEDH de 20 de mayo de 1999, caso *Rekvényi contra Hungría* (15). Así, su parágrafo 41 establece que «la obligación impuesta a ciertas categorías de funcionarios, notoriamente a los policías, de abstenerse de actividades políticas se dirige a despolitizar los servicios afectados y de este modo contribuir a la consolidación y al mantenimiento de la democracia pluralista en el país. El Tribunal entiende que el caso de Hungría no es un supuesto aislado dado que un gran número de Estados contratantes restringe ciertas actividades políticas de su policía». Más adelante (parágrafo 46) se añade que, vistas las circunstancias históricas de estos Estados (16), sus autoridades pueden establecer dichos límites en sus constituciones para «asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia». Se considera, asimismo, que «los policías están investidos de poderes coercitivos dirigidos a regular la conducta de los ciudadanos y están, en ciertos países, autorizados a llevar armas para el cumplimiento de su misión». En fin, «los policías están al servicio del Estado», de manera que los ciudadanos pueden legítimamente esperar que con ocasión de sus relaciones personales con la policía van a ser aconsejados por funcionarios «políticamente neutrales y en todo caso apartados del combate político» (17). Por todo ello se concluye que «el deseo de vigilar que el papel crucial de la policía en la sociedad no se vea comprometido por la erosión de la neutralidad política de sus funcionarios se concilia con los principios democráticos» (§ 41).

Estos argumentos, que se aplican a la alegada infracción de la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio, se extienden también al derecho de asociación para justificar que se trata de una limitación «legítima», conforme al artículo 11.2. El Tribunal interpreta que tal expresión implica una previsión legal y ausencia de arbitrariedad, condiciones ambas que, a su juicio, se dan en la reforma constitucional enjuiciada (18).

mania, § 58). En esta sentencia, el TEDH, por estrecho margen (diez votos contra nueve), condena a Alemania por la separación del servicio de una profesora de idiomas en un Liceo público por pertenencia al Partido Comunista Alemán, lo que se consideraba una vulneración del deber de lealtad política.

(15) El demandante, Sr. Lázsló Rekvényi, era policía y secretario general del Sindicato Independiente del Cuerpo, que recurre la reforma del artículo 40/B de la Constitución húngara hecha por Ley 107 de 1993, de acuerdo con la cual se prohíbe toda actividad política al personal de carrera de las Fuerzas Armadas, de la policía y de los servicios civiles de la seguridad nacional.

(16) Concretamente, «la experiencia que este país tiene de un régimen totalitario que dependía en gran medida del engarce directo de su policía con el partido en el poder» (§ 46). En un sentido similar, STEDH, caso *Vogt*, § 51, en relación con la experiencia de la República de Weimar, que obligó a la RFA nacida en 1949, «tras la pesadilla del nazismo», a establecer una «democracia apta para defenderse».

(17) Esta expresión aparece también en la STEDH de 2 de septiembre de 1998, caso *Ahmed y otros contra el Reino Unido*, relativo a la participación de altos funcionarios locales en diversas formas de actividad política (§ 53).

(18) El artículo 11.2 no justifica cualquier limitación en el derecho de asociación y ya en el caso *Vogt*, citado, existe un pronunciamiento en contra de la legitimidad de una medida adoptada a su amparo, por estimar demasiado amplio el concepto de Administración del Estado utilizado por las autoridades alemanas (§ 67 y 68). En el asunto *Rekvényi* existe un voto particular del juez Fischbach en el que se defiende el derecho a pertenecer a un partido político como un mecanismo que favorece la ascensión por un cuerpo de policía,

En cuanto al principio de jerarquía y disciplina, lo encontramos reconocido en diversas sentencias a partir de la conocida STEDH de 8 de junio de 1976, dictada en el caso *Engel y otros contra Países Bajos*, en la que se afirma que «el correcto funcionamiento de un ejército es difícilmente imaginable sin unas normas legales que tengan como fin evitar que sus miembros minen la disciplina militar» (§ 100) (19). Entre ellas destacan las ya citadas en el caso *Hadjianastassiou contra Grecia*, donde se hace referencia a las «particularidades de la vida militar» que implican «deberes» y «responsabilidades» específicos (§ 46), y *Kalaç contra Turquía*, en el párrafo antes transcrito. Asimismo, merece mención la STEDH, caso *Larissis y otros contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998, sobre la que más adelante nos detendremos, en donde se considera a esta «estructura jerárquica» como propia de la condición militar (§ 51).

No obstante, estos límites deben respetar a su vez varias garantías que impiden que los militares queden en una situación de absoluta indefensión frente a los poderes públicos, garantías que aparecen bien enumeradas en la citada STEDH en el caso *Rekvényi contra Hungría*, donde se reitera una jurisprudencia más que asentada en la práctica del Tribunal, como es la exigencia de una limitación prevista por la ley de modo que sea previsible y cierta, que responda a un fin legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática (§ 27). Además, debe tenerse en cuenta que el listado de derechos y libertades del Convenio está sujeto a una cláusula muy extendida en todos los instrumentos internacionales de protección de derechos, cual es la configuración de sus disposiciones como un estándar mínimo de protección, mejorable por los Derechos internos. Así lo establece el artículo 53, que dispone que «ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte». Este dato es importante pues, como se verá, la CE de 1978 establece un régimen más favorable al derecho de asociación de los militares que el que necesariamente se deriva de la jurisprudencia de Estrasburgo y no puede entenderse que ésta dé cobijo a una interpretación magra de las garantías que allí se consagran.

Con este sustrato común, no es de extrañar que los distintos países europeos hayan adoptado medidas similares en la regulación de los derechos políticos de su personal castrense, si bien no faltan algunas variantes entre Estados. La fórmula más garantista es aquella que establece una situación de equiparación básica, de la que se exceptúan sólo aquellas libertades tasadas en los términos que establezca la ley. En otros casos, las constitucio-

que ya no es de partido sino del Estado, de un espíritu de tolerancia y de pluralismo político.

(19) El caso, ya clásico en esta materia, guarda relación con diversos ciudadanos holandeses que prestaban servicio en el ejército, como suboficiales, tropa y como privados, a la vez que pertenecían a una asociación de militares de reemplazo, reconocida por el Gobierno y que reunía como afiliados a los dos tercios de ellos. La sentencia, aunque parcialmente estimatoria, negó cualquier violación del derecho de asociación de los demandantes.

nes respectivas se limitan a establecer una exigencia de ley formal para regular los derechos y obligaciones de los militares.

Dentro de la primera solución se pueden distinguir, a su vez, aquellas constituciones que han adoptado la técnica de incorporar en un único artículo las posibles limitaciones de los derechos de los militares y otros funcionarios y aquellas otras en las que éstas se encuentran dispersas a lo largo de la declaración de derechos. La primera variante, que tiene la ventaja de la claridad que aporta en cuanto a las libertades susceptibles de recorte, ha sido asumida por Alemania, Dinamarca y Portugal, mientras que la segunda se encuentra en los sistemas constitucionales de Grecia e Italia.

En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, reformada en 1990, permite en su artículo 17A.1 que por ley se limiten a los integrantes de las Fuerzas Armadas, durante su período de servicio, los derechos de libre expresión (exclusivamente en lo que se refiere a la manifestación de opiniones mediante la palabra, el escrito o la imagen), de reunión y de petición colectiva (20). A ello se añaden, aunque de forma general para toda la población por interpretación *a contrario sensu* del precepto, los derechos de libertad de circulación y residencia y de inviolabilidad del domicilio, que pueden restringirse por las leyes referentes a la defensa.

Por su parte, el artículo 85 de la Constitución danesa de 1953 declara aplicables a las fuerzas de la defensa nacional las disposiciones de los artículos 71, 78 y 79, «con las limitaciones establecidas en las leyes militares», lo que permite a éstas reducir el alcance de sus derechos de libertad frente a detenciones, asociación en sentido amplio, reunión y manifestación.

En Portugal, el artículo 27.3 de la Constitución de 1976-1982 admite la prisión disciplinaria para los militares, con la garantía del recurso ante el Tribunal competente, y el artículo 270 faculta a la ley para «establecer restricciones al ejercicio de los derechos de expresión, reunión, manifestación, asociación y petición colectiva y a la capacidad de sufragio pasivo de los militares y agentes militarizados de los cuadros permanentes en servicio activo, en la estricta medida en que así lo exijan las funciones propias». Es destacable la alta calidad técnica de esta regulación, que incorpora cuatro tipos de requisitos para que la limitación sea lícita: subjetivos, pues sólo afectan al personal de carrera mientras se halle en servicio activo; objetivos, de modo que quedan tasados los derechos susceptibles de modulación, la cual sólo recae sobre el ejercicio, no sobre la titularidad; formales, con la exigencia de ley, y teleológicos, con el inciso final que reclama una estricta sujeción a las necesidades de sus funciones propias (21).

(20) La regulación constitucional se desarrolla en la Ley de 19 de agosto de 1975, del estatuto de los militares, que, sobre una base de equiparación con los derechos de los demás ciudadanos, introduce, sin embargo, ciertas restricciones sobre la libre expresión (que obedecen a la necesidad de mantener el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas, así como las llamadas reglas de «buena camaradería», que imponen una consideración y respeto mutuos) y los derechos políticos de los militares. Respecto de éstos, se prohíbe toda actividad política durante el servicio, si bien fuera de éste pueden participar de páisano en manifestaciones, así como presentarse a las elecciones previa comunicación a sus superiores.

(21) Estos preceptos se desarrollan por medio de la Ley Orgánica 4/2001, de 30 de

La Constitución griega de 1975, por su parte, prohíbe directamente a magistrados, militares y miembros de cuerpos de seguridad la huelga bajo cualquier forma y la expresión a favor de partidos políticos (arts. 23.2 y 29.3) y permite que la ley establezca restricciones al derecho de asociación de los funcionarios públicos (art. 12.3). En fin, en Italia, la Constitución de 1947, tras fijar como principio de organización de las Fuerzas Armadas «el espíritu democrático de la República» y vetar todo perjuicio en sus derechos políticos a los ciudadanos que cumplan el servicio militar (art. 52), contiene como única limitación expresa la que pueda establecer el legislador respecto de la inscripción en partidos políticos de, entre otros funcionarios, los «militares de carrera en servicio activo» (art. 98). A ello debe, no obstante, añadirse la posible exclusión por ley del derecho de huelga, que admite el artículo 40 al reconocer su ejercicio sólo «en el ámbito de las leyes que lo regulan», así como aquellas obligaciones que puedan derivarse del deber de disciplina y honor que, como a todos los funcionarios públicos, les impone el artículo 54 (22).

El segundo grupo lo integran países como Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Finlandia, y se caracteriza por imponer menos cautelas para la delimitación de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas. El caso extremo es el de la Constitución belga, donde sólo se establece una reserva de ley como garantía para «regular los ascensos y los derechos y obligaciones de los militares» (art. 182), así como para privarles «de su graduación, honores y pensiones» (art. 186). Cobran aquí pleno sentido los requisitos que el TEDH exige para introducir modulaciones en los derechos del personal militar, puesto que, ante la ausencia de límites materiales en la Constitución, la obligación de que aquéllas respondan a un fin legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática se configura, junto, indudablemente, a una interpretación *pro libertate* de la propia Constitución belga, como el baluarte de los derechos de sus ciudadanos uniformados (23). Lo mismo puede decirse del artículo 96 de la Constitución luxem-

agosto. Con arreglo a sus disposiciones, los militares pueden hacer declaraciones de todo tipo, salvo que incidan sobre la dirección de la defensa nacional. Están autorizados a organizar y asistir de paisano a reuniones que no tengan contenido político o sindical, y a presentarse a las elecciones, previo permiso de sus superiores y sin representar a partido alguno. No pueden constituir sindicatos ni convocar huelgas, pero ostentan el derecho de asociación profesional, que se regula por Ley Orgánica 3/2001, de 29 de agosto.

(22) El régimen se completa con la Ley núm. 382, de 11 de julio de 1978, de principios de la disciplina militar, que amplía las restricciones al derecho de sindicación, en una decisión cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la Sentencia de la Corte Costituzionale 126/2000, que entiende que la existencia de sindicatos militares es incompatible con la cohesión interna y la neutralidad de la institución.

(23) De hecho, la legislación al respecto es muy generosa con los derechos del personal uniformado. Así, la Ley de 14 de enero de 1975, de disciplina de las Fuerzas Armadas, declara que los militares gozan de todos los derechos de los que disfrutaban los ciudadanos belgas. En particular, aunque no pueden desempeñar actividades políticas en el seno del ejército, tienen derecho a afiliarse a un partido político, siempre que no asuman cargos de responsabilidad, y a participar en reuniones políticas, fuera de servicio, de paisano y sin hacer ostentación de su condición. Por otro lado, la Ley de 11 de julio de 1978, que organiza las relaciones entre las autoridades públicas y los sindicatos del personal militar, desarrollada por sendas resoluciones de 25 de abril de 1996 y de 9 de junio de 1999, reconoce y regula su derecho de sindicación.

burguesa de 1868, que remite a la ley la reglamentación de «todo lo concerniente a la Fuerza Armada».

La Constitución de los Países Bajos de 1814, profundamente reformada en 1983, dispone la regulación por ley del estatuto de los funcionarios públicos (art. 109), que ha de comprender su protección en el trabajo y su cogestión; específicamente dirigido al ámbito que nos ocupa está el artículo 106.4, por el momento en vigor, el cual dispone el pase a la situación de excedencia de los militares en servicio activo que acepten la condición de miembro de una de las dos Cámaras legislativas, reincorporándose inmediatamente a su puesto una vez finalizado su mandato. Ello ha dado lugar a un régimen de derechos de los militares sumamente amplio en este país (24). El grupo concluye con Finlandia, donde el artículo 15 de la Constitución de 1919 va algo más allá de la simple reserva de ley al reducir las limitaciones a personas en servicio militar a las que «resulten necesarias en tiempo de guerra o insurrección», lo que, además de acotarlas temporalmente, introduce un criterio de proporcionalidad de importancia no desdeñable.

Queda, por último, hacer una referencia a los siempre peculiares Estados anglosajones. En los Estados Unidos, lo escueto de su Constitución de 1787, así como el espíritu de los padres fundadores, muy favorable a unas tropas que acababan de ganar la guerra contra Gran Bretaña (25), ha excluido casi toda limitación de este rango a los derechos de los militares como tales (26).

(24) Así, teniendo en cuenta tanto la Ley de 19 de diciembre de 1931, relativa al estatuto del personal militar —art. 12.a)—, como la Ley de 14 de junio de 1990, de disciplina militar, los miembros de las Fuerzas Armadas holandesas pueden sindicarse libremente y ostentan amplios derechos políticos, estando autorizados para participar en reuniones de esta índole, siempre de paisano, salvo que se celebren en recintos militares, en cuyo caso es necesario el permiso de la superioridad, y para presentar candidaturas para ejercer un mandato representativo.

(25) Además de que muchos de ellos habían estado al frente del ejército continental (es el caso de Washington, su comandante en jefe, elegido, además, el 25 de mayo de 1787, presidente de la Convención que redactó el texto constitucional), el prestigio de la institución era generalizado. Puede señalarse, a modo de prueba, una discusión durante los debates constituyentes en torno a lo que es hoy el artículo VI del Título I de la Constitución, que, de acuerdo con la rígida división de poderes propia del sistema de gobierno presidencialista, excluye del Congreso a quienes ostenten un empleo bajo la autoridad de los Estados Unidos. Esta prohibición generó una larga polémica, durante la cual G. Morris propuso no aplicar este precepto a los oficiales del ejército y la armada, dado que su exclusión les estimularía a despreciar al poder civil, a la par que privaría a las Cámaras de miembros valiosos en tiempo de guerra. «*Exclude the officers of the army & navy, and you form a band having a different interest from & opposed to the civil power: you stimulate them to despise & reproach those "talking Lords who dare not face the foe"*». Notas tomadas por James Madison sobre la Sesión de la Convención Federal del 14 de agosto de 1787. Dicha enmienda fue tomada en consideración, si bien posteriormente rechazada en fases ulteriores del procedimiento (concretamente en la Sesión del 3 de septiembre de 1787). El desarrollo íntegro de los debates constituyentes puede consultarse en *The Avalon Project at Yale Law School*, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/debates/debcont.htm>.

(26) No obstante, la quinta enmienda reduce alguna de las garantías penales en el ámbito militar cuando dispone que «ninguna persona estará obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de acusación suscrita por un gran jurado, *excepto en aquellos casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando ésta fuere llamada a servicio activo en tiempo de guerra o de peligro público*».

A pesar de ello, las normas legales matizan la liberalidad constitucional e imponen ciertas restricciones en el estatuto personal de los miembros de las Fuerzas Armadas norteamericanas, especialmente la prohibición de aceptar empleo alguno que implique separación de su unidad o interfiera con el cumplimiento de sus deberes o de ostentar, salvo autorización legal, un cargo público en el Gobierno de los Estados Unidos ni de los Estados miembros (27). Al margen de lo anterior, no sólo se permite que la tropa y la oficialidad cumplan sus deberes políticos, sino que las propias autoridades les animan específicamente en este sentido (28).

En el Reino Unido, la falta de Constitución, al menos en sentido racional-normativo, y las circunstancias históricas que rodearon la elaboración de los principales textos que diseñan el sistema político británico, nacidos en el curso de dos guerras civiles saldadas con el triunfo del bando parlamentario, cuyo ejército, al mando de Cromwell, da cobijo a las facciones que con el tiempo alumbrarán los grandes partidos políticos de la Isla (29), han impedido la aparición de restricciones de rango constitucional. A pesar de ello y de la sumisión tradicionalmente modélica del poder militar al civil, que excluye toda desconfianza entre ambos, la legislación vigente contiene ciertas restricciones sobre todo en lo referente a los derechos políticos. De este modo, son inelegibles, al igual que el resto de los funcionarios públicos, para las elecciones a la Cámara de los Comunes, conforme a la *House of Commons Disqualification Act* de 1975 (30), salvo abandono definitivo de la carrera militar. Sin embargo, respecto de otras actividades la legislación es más permisiva, puesto que pueden acudir a reuniones políticas fuera de servicio y pertenecer a un partido político, aunque sin de-

(27) Artículo 973 del Título 10 del *United States Code* (USC).

(28) En desarrollo de las disposiciones del USC, el Departamento de Defensa ha adoptado unas directrices sobre actividades políticas por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo. La actualmente en vigor es la núm. 1344.10, de 15 de junio de 1990, cuyo apartado 4 establece con carácter general que «It is DoD [Departamento de Defensa] policy that a member of the Armed Forces [...] is encouraged to carry out the obligations of a citizen». De manera más precisa, pueden registrarse, votar y expresar su opinión personal sobre los candidatos y su programa, realizar aportaciones económicas a una organización política y acudir a reuniones políticas, partidistas o no, siempre que no estén de uniforme.

(29) En este sentido, MACAULAY, *Estudios políticos*, Librería de la Viuda de Hernando y Cía., Madrid, 1893, págs. 120 y ss. Destaca este autor cómo la falta de ejército permanente en manos de la Corona había de facilitar la supervivencia de las libertades medievales en Inglaterra, pero que sólo con la acción decidida del Nuevo Ejército Modelo de Cromwell se logró el triunfo en una guerra civil que se venía alargando por la falta de decisión de Pym y del resto de jefes parlamentarios. La composición ideológica de las tropas de Cromwell puede verse en G. SABINE, *Historia de la teoría política*, FCE, Madrid, 1993, págs. 354 y ss., quien distingue la oficialidad, liderada por Cromwell y Ireton, de ideas aristocráticas, de la tropa, que nutría las filas de los *levellers* (niveladores) de Lilburne y Overton (influidos por el democratismo puritano), e incluso las de las tesis socializantes de los *diggers* (cavadores) dirigidos por Winstanley.

(30) Esta causa de inelegibilidad se ha extendido a la Asamblea de Gales (art. 12 de la *Government of Wales Act* de 1998), al Parlamento de Escocia (art. 15 de la *Scotland Act* de 1998) y a la Asamblea de Irlanda del Norte (art. 36 de la *Northern Ireland Act* de 1998), así como al Parlamento Europeo (art. 10 de la *European Parliamentary Elections Act* de 2002).

sempeñar un papel activo, e incluso, previa autorización del Ministro de Defensa, concurrir como candidato a una elección local, con la condición de presentarse «sin etiqueta» (31).

En España, la Constitución contiene algunas disposiciones que configuran el núcleo esencial del estatuto especial de los militares. Ante todo, respecto del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el ámbito militar, el artículo 15 permite que las leyes penales militares establezcan la pena de muerte para tiempo de guerra (32), mientras que el artículo 25.3 faculta a la Administración militar para imponer sanciones que impliquen la privación de libertad; el artículo 26, interpretado *a contrario sensu*, admite en su seno los tribunales de honor, sin olvidar el artículo 117.5, que incorpora una llamada al legislador a que regule una jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio. A su vez, quedan reducidos algunos derechos políticos, puesto que el artículo 28.1 habilita a la ley para limitar o excluir el derecho de sindicación de los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados y demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, y el artículo 29.2 les reconoce el ejercicio del derecho de petición sólo individualmente y de acuerdo con su legislación específica. Asimismo, el artículo 70.1 CE declara inelegibles como diputados o senadores a los militares profesionales y a los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad y policía en servicio activo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido perfilando algunas cuestiones ya implícitas en las disposiciones aludidas. Sólo dos aspectos nos interesan, sin embargo, en este momento, como son la recepción en dicha jurisprudencia de los principios de jerarquía —y sus correlativos de unidad y disciplina— y de neutralidad política como fundamento del estatuto de los militares y la extensión de éste a los miembros de la Guardia Civil.

Aunque el principio de jerarquía es de general aplicación al conjunto de las Administraciones públicas, según se deduce del artículo 103.1 CE, su impronta particular como fundamento de un régimen disciplinario específico para los militares ha sido acogido desde fecha temprana por el Tribunal Constitucional. Prueba de ello es la STC 21/1981, de 15 de junio, donde se reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar atendiendo a la consideración de la subordinación jerárquica y la disciplina como «valores primordiales» en el ámbito castrense que exigen pronta y rápida reacción frente a las infracciones (FJ 9) (33). La relación jerárquica se concibe de una manera amplia en la jurisprudencia constitucional, al no requerirse una posición de estricta dependencia entre los sujetos afecta-

(31) Ante el silencio de las distintas leyes que regulan el régimen disciplinario de los distintos ejércitos (*Army Act* y *Air Force Act* de 1955 y *Naval Discipline Act* de 1957), estas disposiciones se contienen en las llamadas *Statutory Instructions*, dictadas por el Ministro de Defensa.

(32) No está de más recordar que éstas han abolido la pena capital tras la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

(33) Asimismo, SSTC 371/1993, de 13 de diciembre (FJ 4), y 288/1994, de 27 de octubre (FJ 2).

dos, bastando en ocasiones la simple diferencia de grado (34). Por su parte, la disciplina se caracteriza como principio imprescindible de la organización militar hasta el punto de convertirse en un elemento configurador de la misma, susceptible de justificar límites en el ejercicio de derechos constitucionales de sus miembros (35). Ello no obstante, tales principios no permiten la regulación de un estatuto del militar que le conduzca a una situación de indefensión, puesto que éste debe incorporar el sistema de valores y principios que inspiran la Constitución (36). De modo más preciso, será necesario afrontar en cada caso una ponderación adecuada entre el derecho constitucional afectado (salvo que el propio texto constitucional imponga o dé vía libre a su restricción) y estos principios, de acuerdo con las exigencias de proporcionalidad y adecuación, para determinar la legitimidad de su eventual ablación (37).

Algo parecido puede decirse del principio de apartidismo o neutralidad política de las Fuerzas Armadas (38). Ligado a una exigencia de subordinación del poder militar al poder civil establecida en el artículo 97 CE, no ha de impedir necesariamente, al menos en tiempo de paz, toda participación política de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino tan sólo asegurar la objetividad de la Administración militar en el cumplimiento de sus funciones, así como excluir cualquier presión política de ésta sobre los ciudadanos y los poderes públicos (39). El Tribunal Constitucional no ha invocado con frecuencia de forma expresa este principio, aunque está sobreentendido en toda su doctrina en la materia. No obstante, es posible encontrar algún ejemplo, como es la STC 101/1991, en la que se refiere al principio de neutralidad política y sindical como medio necesario para el cumplimiento

(34) La STC 115/2001, de 10 de mayo, niega que la relación se rompa por el hecho de que las personas afectadas estén destinadas en unidades diversas, si existe «diversidad de empleo» (FJ 3). Por su parte, la STC 157/2001, de 2 de julio (FJ 3), añade que tampoco se quiebra «por el hecho de que el recurrente en amparo se encontrase, [...] en baja por enfermedad, pues, como señala el Abogado del Estado, tal circunstancia podría en su caso matizar, pero en modo alguno romper, la relación jerárquica de subordinación entre denunciante, quien continúa en la situación administrativa de servicio activo, y denunciados». En este sentido, véase J. C. ALLI TURRILLAS, *La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, INAP, Madrid, 2000, pág. 460.

(35) STC 115/2001, FJ 8. La jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo abunda en esa idea de principio configurador, así como de factor de cohesión de la disciplina. Un resumen de ella se encuentra en el voto particular a la citada STC 115/2001 redactado por el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhieren los magistrados Mendizábal Allende y Garrido Falla.

(36) STC 21/1981, FJ 10, reiterado en STC 115/2001. Un ejemplo específico de los límites de la relación jerárquica es la STC 177/1996, de 11 de noviembre, que declara que las Fuerzas Armadas están vinculadas al contenido negativo de la libertad religiosa del artículo 16 CE y no pueden imponer a un militar la participación en actos de contenido religioso ni aun cuando tenga ésta carácter institucional (FJ 10). Respecto de otros ejemplos de relaciones de sujeción especial reiteran esta doctrina las SSTC 2/1987 y 129/1995, entre otras.

(37) En este sentido, STC 102/2001, de 23 de abril, FFJJ. 2 y 3.

(38) Se ha defendido en los últimos tiempos este término frente al más general de apoliticismo. Véase J. M. SERRANO ALBERCA, «Comentario al artículo 8.2», en *Comentarios a la Constitución* (dir. por F. GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 2001, pág. 152.

(39) En este sentido, D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 507 y ss.

de las misiones que el artículo 8 CE atribuye a los tres ejércitos y como fundamento de posibles restricciones a los derechos de los individuos que los integran (40).

Por lo que respecta a la extensión de este régimen a los miembros de la Guardia Civil (41), es conocida la STC 194/1989, de 16 de noviembre, que resuelve sendos recursos de amparo interpuestos contra dos sanciones, dictadas en aplicación de la legislación disciplinaria militar, contra un cabo primero de la Guardia Civil en servicio activo, promotor de la asociación Unión Democrática de Guardias Civiles. El Tribunal, teniendo en cuenta la libertad de elección de un legislador que «no es un mero ejecutor de la Constitución» (42) dentro de los límites por ésta fijados, admite la corrección de la decisión de configurar al Instituto como un *tertium genus* incluido entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pero dotado de naturaleza militar. Esta naturaleza permite aplicar a la Guardia Civil el régimen disciplinario militar, tal y como ya había sentado el propio Tribunal Constitucional (43), aunque, a tenor del artículo 15 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSE), de manera transitoria en tanto no se aprobase un régimen disciplinario propio para el Cuerpo (44). En fin, siguiendo esta línea argumental, se admite la competencia de la jurisdicción militar sobre miembros de la Guardia Civil siempre que ello no la extienda más allá del ámbito estrictamente castrense a que se refiere el artículo 117.5 CE (45). Consecuentemente, aun con los matices que iremos viendo, los miembros de la Guardia Civil van a quedar incorporados a estos efectos al mismo régimen que los de las Fuerzas Armadas.

3. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

Pasando al objeto específico de estas páginas, esto es, las peculiaridades que el derecho de asociación reviste en el ámbito castrense, éstas com-

(40) STC 101/1991, de 13 de mayo (FJ 4), que rechaza un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la disposición adicional tercera de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

(41) Sobre este tema puede consultarse F. FERNÁNDEZ SEGADO, «Artículo 104. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998, págs. 425 y ss. Acerca de los orígenes históricos de la Guardia Civil, véase D. LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Crítica, Barcelona, 1982.

(42) STC 194/1989, FJ 3.

(43) SSTC 31/1985 y 93/1986, que admiten, incluso y a voluntad del legislador, la sujeción a este régimen disciplinario de los miembros de los Cuerpos de policía.

(44) El pronunciamiento del Tribunal se tradujo posteriormente en la aprobación de la LO 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, que venía a cumplir, y así lo hace constar su Exposición de Motivos, la exigencia de regular un régimen disciplinario específico.

(45) La Sentencia incorpora un voto particular discrepante, firmado por los magistrados De la Vega Benayas y Díaz Eimil, que rechaza la naturaleza militar de la Guardia Civil y admite sólo el sometimiento de sus miembros a disciplina militar, sin que por ello el Cuerpo se sustraiga a una naturaleza estrictamente policial.

prenden las distintas manifestaciones en que progresivamente se ha ido descomponiendo el derecho primigenio y que han alcanzado incluso relevancia constitucional, tales como los partidos políticos (46) (art. 6 CE), los sindicatos (arts. 7 y 28.1 CE) o las confesiones religiosas (art. 16 CE). Por ello resulta necesario dividir la exposición atendiendo a dichas modalidades, por lo que distinguiremos entre el derecho a pertenecer a un partido político, el derecho de sindicación y el derecho de asociación en un sentido más restringido, con atención preferente a las asociaciones profesionales o con finalidad reivindicativa.

3.1. *La pertenencia a un partido político*

El derecho de los militares y guardias civiles a afiliarse a un partido político plantea en España una interesante cuestión de hondo contenido constitucional. La razón es que, frente al silencio de la CE de 1978 (47), toda la legislación sectorial lo excluye de plano. Ante todo, el artículo 182 de las RR.OO. exige a los militares mantener su neutralidad política, a cuyo fin les impide participar en actividades políticas, tolerar aquellas que se desarrollen dentro de los recintos militares, afiliarse a organizaciones políticas, asistir a sus reuniones o expresar públicamente opiniones sobre ellas. Por su parte, el artículo 15 de la LOFCSE prohíbe a los miembros de la Guardia Civil pertenecer a un partido político, y la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, califica de infracción grave la afiliación a un partido político o sindicato o el ejercicio de toda actividad política o sindical (art. 8.34) (48); de muy grave, en fin, es la tipificación establecida en la LO 11/1991 para la Guardia Civil (art. 9.7).

(46) Ya durante el proceso constituyente se tuvo muy presente esta relación de género y especie entre el derecho de asociación y los partidos políticos. Prueba de ello es que la enmienda núm. 63 presentada en el Congreso al Anteproyecto de Constitución, que pretendía un reconocimiento específico en el artículo 22 del derecho a constituir partidos políticos y sindicatos, fue rechazada por la Ponencia, por considerar «incluido en el texto el derecho a constituir partidos políticos» («BOC», núm. 82, Congreso de los Diputados, pág. 1535). Más adelante, el Tribunal Constitucional se pronunció con prontitud en idéntico sentido. Así, la STC 3/1981, de 2 de febrero, afirma que «un partido político es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión». En el mismo sentido, STC 67/1985, de 25 de mayo, FJ 3.

(47) No puede entenderse implícita tal prohibición en la declaración de inelegibles como diputados o senadores de los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y policía en activo contenida en el artículo 70.1 CE y desarrollada por los artículos 6 y ss. de la LO 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general. La inelegibilidad es un elemento negativo para definir el derecho de participación y de acceso a cargo público del artículo 23 CE, mientras que la afiliación a un partido entronca con el derecho de asociación del artículo 22 CE.

(48) Dice este precepto que: «Son faltas graves: [...] 34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes».

Lo que debemos examinar es la legitimidad de que el legislador introduzca prohibiciones y restricciones de derechos fundamentales allí donde el silencio constitucional las excluye (49). En el caso que nos ocupa, un somero examen de la Constitución parece abonar la tesis de este silencio favorable a la libertad, puesto que cuando la Ley Fundamental ha querido restringir o permitir la restricción de un derecho a los militares o guardias civiles lo ha hecho expresamente —arts. 28.1, 29.2 y 70.1.e) CE—. La misma conducta ha seguido cuando lo que ha pretendido es vedar la facultad de afiliarse a un partido político, de la que quedan apartados los jueces y magistrados, así como los fiscales, mientras se hallen en servicio activo (art. 127.1 CE), y que se reduce a las actividades que no impliquen ejercicio de funciones directivas en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.4 CE) (50). Pudiera pensarse que la posible restricción del derecho de asociación política a los militares es implícita, a tenor del artículo 10.2 CE, en relación con la cláusula habilitante a las legislaciones nacionales, ya comentada, que contiene el CEDH. Sin embargo, como también hemos apuntado, las disposiciones del Convenio tienen carácter de estándar mínimo de protección y no se nos antojan propicias para hacer más gravosas las condiciones establecidas por los Estados (51).

El juez de la constitucionalidad ha fijado, de manera bastante sistemática, los requisitos necesarios para que el legislador introduzca en los derechos fundamentales límites no expresamente previstos en la Constitución, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra diversos preceptos de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Dicha Sentencia reconoce la facultad que ostentan las Cortes bien para establecer «restricciones directas al derecho constitucional mismo» a través de ley orgánica, bien para regular por ley ordinaria «restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio», por cuanto, aunque la Constitución no imponga límites específicos a un derecho ni remita a los poderes públicos para su determinación, éstos se han de encontrar en «los

(49) Sobre el valor del silencio constitucional como fuente del derecho, véase J. J. LAVILLA RUBIRA, «Las fuentes supralegales del Derecho parlamentario», en *Las fuentes del Derecho parlamentario*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1996, págs. 62 y ss. Aunque la tesis expuesta por este autor se circunscribe al Derecho parlamentario, no veo mayores problemas en extenderla a otras ramas del ordenamiento.

(50) En sentido similar, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional*, «REP», núm. 64, abril-junio 1989, págs. 105 y ss. Apunta este autor que, si bien las leyes ordinarias introducen límites adicionales, sólo los derechos de sindicación, petición y sufragio pasivo están afectados por una limitación de rango constitucional.

(51) Otro tanto ocurre con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 22.2, relativo al derecho de asociación, declara que «el presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas o de la policía». En efecto, el artículo 5.2 del Pacto introduce la cláusula del estándar mínimo de protección cuando dispone que «no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos» (FJ 11). Ahora bien, el ejercicio legítimo de dicha facultad se encuentra condicionado al cumplimiento de unos requisitos que la Sentencia enumera. Concretamente, y utilizando un esquema que recuerda inevitablemente, aun con variantes, a las exigencias establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente estudiadas, el supremo intérprete de la Constitución exige que tales restricciones se establezcan por ley, se justifiquen en la protección de un derecho, bien o interés constitucional, sean adecuadas y proporcionadas para garantizar dicha protección y respeten el contenido esencial del derecho regulado (FF.JJ. 11 y 15).

Precisando algo más esta enumeración, la reserva de ley implica, según el Tribunal, que el legislador debe «expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora», puesto que la fijación de los límites de un derecho fundamental «no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales». Todo ello de forma tal que se dote de certeza y previsibilidad a las limitaciones establecidas y a su modo de ejercicio (52). El juicio de adecuación y el de proporcionalidad deben, por su parte, estar presididos por el principio de una debida ponderación en el caso concreto de los derechos, bienes, intereses o valores constitucionales en juego, de manera que ninguno quede completamente preterido (53). En fin, el contenido esencial del derecho, como quedó de manifiesto desde la más temprana jurisprudencia constitucional, es aquel que hace reconocible al derecho concreto y que evita que el bien jurídico que trata de proteger quede reducido a un enunciado vacío y privado de eficacia (54).

Estos requisitos son, indudablemente, aplicables a la prohibición de afiliarse a un partido político o participar en sus actividades que contienen las leyes antes citadas, como ha afirmado la STC 219/2001, de 31 de octubre, respecto del derecho de asociación (FJ 7). Queda indudablemente cumplida la exigencia de previsión legal, ya que, a pesar de las dudas que suscita la naturaleza de ley ordinaria de las RR.OO., sobre las que más adelante volveremos, el resto de las normas enumeradas ostenta rango de ley orgánica y cubre perfectamente la prohibición que se pretende establecer, atribuyendo a su vulneración categoría incluso de infracción administrativa grave o muy grave y dando entrada, por tanto, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Tampoco es discutible, teniendo en cuenta lo apuntado anteriormente acerca del fundamento de las limitaciones al *status* personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, la corrección del fin perseguido por la prohibición (la neutralidad política de los órganos que han de aplicar la fuerza estatal), así como, aun con matices, su adecuación a éste.

(52) STC 292/2000, FF.JJ. 11, 15 y 16.

(53) STC 53/1985, de 11 de abril, que resuelve el recurso previo de inconstitucionalidad contra la que luego sería LO 9/1985, de 5 de julio, de modificación del Código Penal, que despenalizaba ciertas variantes de aborto.

(54) SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 15, sobre derecho de huelga, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra varios preceptos de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

Distinto es el caso de su proporcionalidad, que debe medirse atendiendo a la gravedad de la restricción en relación con el contenido esencial del derecho invadido, así como a si se encuentra justificada por razones de necesidad constitucional. No puede negarse que la limitación del derecho tiene una cualificación especialmente elevada, pues, como especie que es del derecho de asociación, el derecho a participar políticamente a través de un partido tiene como núcleo mínimo el expuesto por la STC 173/1998, que se desdobra en tres dimensiones complementarias: la libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las ya creadas, la libertad para no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, y la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas (55).

Por su parte, es obvio que los bienes constitucionales que se pretenden preservar han sufrido una transformación de alcance con el paso de los años. Si en los primeros pasos de la Constitución de 1978 era acuciante asegurar el predominio del poder civil sobre las Fuerzas Armadas y apartar a éstas del centro de la vida política (piénsese simplemente en el intento de golpe de estado de 1981), de modo que bien podía justificarse una reducción de los derechos políticos de los uniformados más allá del tenor literal de la Ley Fundamental (56), en la actualidad la situación es bien distinta, con un régimen constitucional que no es exagerado calificar de exitoso y una España integrada en ese amplio espacio de libertad y prosperidad que es la Unión Europea (57). Superadas las dificultades del inicio, las cautelas han de ser, prudente pero decididamente, levantadas y el estatuto militar ajustarse a los términos fijados por el texto en que la voluntad del constituyente queda

(55) STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8. En el mismo sentido, STC 56/1995; sobre libertad sindical, STC 98/1985. Asimismo, el artículo 1, aptdos. 1 y 2, de la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, contempla la libre creación y afiliación a un partido, así como el derecho a no afiliarse o dejar de pertenecer al mismo.

(56) De hecho, sobre todo el proceso constituyente sobrevuela de manera recurrente la necesidad de «civilizar» la vida política española. Ya en ese período que va desde la entrada en vigor de la Ley para la Reforma Política hasta el inicio de los trabajos de las Cortes surgidas de las elecciones de 15 de junio de 1977, durante el que se tomaron decisiones luego en buena medida incorporadas al texto final, el RD-L 10/1997, de 8 de febrero, de actividades políticas y sindicales por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, estableció serias cautelas al exigir el pase a retiro de los militares que pretendiesen ejercer lícitamente tales actuaciones. Posteriormente, los diarios de sesiones dan fe de la preocupación por la adecuada posición de la Institución y sus miembros en el orden constitucional. Es el caso, por citar un debate del Pleno de cada Cámara, de las intervenciones de los diputados Fraga Iribarne y Múgica Hertzog con ocasión de la discusión del que, a la postre, sería el vigente artículo 8 CE («Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Sesión plenaria de 5 de julio de 1978, págs. 3880 y ss.), así como las de los senadores Xirinaçs Damians, Gamboa Sánchez Barcaiztegui, Vidal Soria y Matutes Juan acerca del derecho de sindicación en el seno de las Fuerzas Armadas («Diario de Sesiones del Senado», Sesión plenaria de 28 de septiembre de 1978, págs. 3027 y ss.).

(57) Me permito citar en este sentido una anécdota referida públicamente en fecha reciente por el durante largos años Letrado Mayor del Senado, Manuel Alba Navarro, quien recordaba cómo el 23 de febrero de 1981, a distintas horas, entraban en el Congreso un opositor asustado (en aquellos días se estaban celebrando oposiciones al Cuerpo de Letrados de Cortes) y un guardia civil armado, y reflexionaba destacando que el distinto reconocimiento con el que ambos han sido pagados muestra bien a las claras el grado de asentamiento de las libertades en España.

objetivada (58), incluso por encima de su intención subjetiva. No se olvide que, conforme al artículo 3 de Código Civil, aunque las normas deben interpretarse en relación con los antecedentes históricos y legislativos, ello debe coheretarse con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, permitiendo, por tanto, la flexibilidad imprescindible para que el ordenamiento se acomode a una realidad en constante cambio, más aún en un campo siempre vivo como son los derechos fundamentales (59).

Partiendo de estas premisas, ofrece serias dudas la constitucionalidad de prohibir de plano a un militar o guardia civil afiliarse a un partido político. No me parece objetable, como ya he apuntado, que el libre ingreso en la carrera militar implique la aceptación de un régimen personal en el que el propio ámbito de libertad queda reducido, bien por efecto del principio de jerarquía, bien por el de neutralidad política. Sin embargo, la mera pertenencia a un partido político no implica daño relevante para dicha neutralidad, dado que es un acto que, aun pudiendo tener cierta relevancia pública, es más bien fruto de una adhesión privada (60).

Esta conclusión queda reforzada si se tiene en cuenta el modo en que

(58) STC 76/1983, de 5 de agosto: «la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico» (FJ 4).

(59) Aun así, es preciso aclarar que de los propios antecedentes de la elaboración de la Constitución no puede deducirse una voluntad de prohibir a los militares una pertenencia a partidos políticos. Es preciso traer a colación el debate en el Senado de la enmienda 322 al actual artículo 8.2 CE, presentada por el senador Sánchez-Agosta, quien pretendía que se habilitase al legislador para regular «los derechos y deberes específicos» de los miembros de las Fuerzas Armadas, «dentro de los principios de la presente Constitución». La justificación de la enmienda obedecía a que, de no aceptarse, las limitaciones que el ordenamiento contenía sobre derechos no expresamente mencionados en la Constitución, entre los que citaba «la afiliación a partidos políticos, a desempeñar cargos políticos de nombramiento directo, a ciertos contenidos de la libertad de pensamiento», «podrían denunciarse como inconstitucionales». Más adelante, durante el debate en Comisión y tras hacer repaso de ciertos preceptos del Proyecto de Ley de las Ordenanzas, que había sido ya publicado en el «BOC», núm. 138, de 1 de agosto de 1978, apuntó dos cuestiones relevantes: que las circunstancias históricas del momento eran las que en buena parte justificaban las restricciones a los derechos de los militares y, sobre todo, que si no se dotaba a éstas de un soporte constitucional, algún día podrían llevarse ante los Tribunales algunos textos legales que limitan tales derechos. Su enmienda, sin embargo, fue rechazada por veinte votos en contra, dos a favor y tres abstenciones («Diario de Sesiones del Senado», Comisión de Constitución, Sesión de 23 de agosto de 1978, págs. 1715 y ss.). Posteriormente, la enmienda decayó al no intervenir su autor en el debate del Pleno («Diario de Sesiones del Senado», Sesión Plenaria de 26 de septiembre de 1978, págs. 2941 y ss.).

(60) En sentido similar, aunque no tan rotundo y referido a los soldados de reemplazo, D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado*, op. cit., págs. 534 y ss., donde cita una interesante Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos [asunto *United States vs. Robel*, 88 S.Ct. 419, 1967] que declaró inconstitucional una ley que prohibía que se diese empleo en cualquier instalación vinculada a la defensa nacional a todo miembro de una organización comunista. Asimismo, J. M. SERRANO ALBERCA, «Comentario al artículo 8.2», en *Comentarios a la Constitución*, op. cit., pág. 154, quien afirma que «estas limitaciones [las de los derechos políticos de los militares] son en algunos supuestos demasiado severas, e incluso llegan a rozar el contenido esencial del derecho». En contra, J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española*, op. cit., pág. 465, y, de manera implícita, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 18 de mayo*, «Revista Española de Derecho Militar», núm. 74, julio-diciembre 1999, págs. 40 y 41.

se regula el derecho de sufragio pasivo de militares y guardias civiles, puesto que se permite la presentación de candidaturas sin otro requisito que el pase a la situación de excedencia voluntaria, con reingreso inmediato a la situación de servicio activo en el momento de proclamación de electos, si no ha resultado elegido, o al finalizar el mandato correspondiente, en caso contrario (61). Es un régimen menos favorable que el del pase a situación de servicios especiales previsto en la legislación de funcionarios civiles (62), pero que mejora el contenido en la normativa anterior (63) y el establecido para las carreras judicial y fiscal en la LOPJ tras la reforma introducida por la LO 5/1997, de 4 de diciembre (64). Teniendo en cuenta el protagonismo que asumen los partidos políticos a lo largo de todo el procedimiento electoral, de acuerdo con el artículo 6 CE (65), no resulta asumible la posibilidad de que alguien que puede ser legalmente incluido como candidato en una lista electoral no pueda *ope legis* pertenecer al partido político que la sustenta (66). Más aún, en atención a la cautela contenida en el citado artículo 8.34 de la LO 8/1998, conforme a la cual la infracción sólo se produce cuando no se ha solicitado el pase a excedencia, no es inimaginable el supuesto de un militar, incluido en una lista electoral y dado de alta en el partido que la promueve, quien, tras una larga carrera política, pide el reingreso en el servicio activo. Es evidente que el peligro para su imparcialidad política es notablemente mayor que el de un simple afiliado sin responsabilidades ulteriores pero en activo. Sin embargo, el primer caso es perfectamente ajustado a derecho según la legislación vi-

(61) La regulación se contiene en el artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del régimen de las Fuerzas Armadas, y en el artículo 83 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de régimen de personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

(62) Establecido, entre otros preceptos, por el artículo 29.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

(63) Artículo 100 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, al que remitía también el artículo 10 de la Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. La mejora consiste fundamentalmente en el reingreso inmediato al servicio activo, en lugar del pase a la situación de disponible que establecía la legislación derogada, con pérdida de ciertos derechos económicos al cabo de seis meses de permanencia en esta situación. Se ha destacado, si bien desde una posición distinta de la aquí defendida, que este alivio de las condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo no casa bien con los artículos 182 de las RR.OO. y 8.34 de la LO 8/1998, citados. Véase F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 18 de mayo*, op. cit., pág. 40.

(64) La reforma, en esencia, ha significado el pase de los jueces y magistrados que presenten candidatura u obtengan puestos en órganos representativos o sean nombrados como altos cargos de la Administración a la situación de excedencia voluntaria y su reingreso tras tres años de excedencia forzosa contados desde la finalización de su mandato o bien cuando hayan obtenido, mediante concurso, un puesto que no implique el ejercicio de potestad jurisdiccional.

(65) STC 107/1991, entre otras.

(66) La conclusión expuesta queda apuntalada por la libertad que tenía el legislador para dificultar en mucho mayor grado la posible participación de los militares en procesos electorales, puesto que, atendiendo al citado artículo 70.1 CE, la STC 77/1988 ha declarado constitucionalmente legítimo obligar a un miembro de las Fuerzas Armadas a pasar a la situación de retiro voluntario para poder acceder a cargos públicos, fundamentándolo en la «diferente posición en el Estado de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los funcionarios civiles» (FJ 4).

gente, mientras que el segundo se haría acreedor a una sanción disciplinaria que pudiera implicar incluso la pérdida del destino o la baja en el centro docente militar de formación (art. 9.2) (67).

Distinta es la conclusión que puede defenderse de otras actividades, tales como la participación de uniforme en actividades de una organización política, que son indudablemente peligrosas respecto de la neutralidad política de las Fuerzas Armadas. Otro tanto ocurre con la eventual asunción de funciones directivas en las mismas, concepto éste dotado de relevancia constitucional al estar recogido en el citado artículo 159.4 CE y que se antoja más adecuado para compaginar el legítimo ejercicio por el personal militar de un derecho constitucionalmente reconocido con las exigencias derivadas de su especial condición. Baste apuntar que la ablación de éste es menor y mayor la adecuación de la medida, pues es razonable pensar que la neutralidad política resulta mucho más comprometida por el activismo que entrafía la asunción de responsabilidades de dirección en un partido frente a la mera afiliación pasiva (68). Razones similares permiten respaldar otra opción que puede defenderse *de lege ferenda*, como es incluir una prohibición de crear un partido político en el que sólo los militares sean admitidos. Al margen de que tal partido tendría necesariamente que contar con militares en sus órganos de dirección, es factible aplicar al ejército por analogía un régimen de neutralidad similar al que rige, por ejemplo, para la bandera o el escudo nacionales, que no pueden ser incluidos como símbolo de partido alguno ni de una candidatura electoral (69), evitando que se patrimonialice por organización alguna a las Fuerzas Armadas. De hecho, en un marco algo distinto, como es la libertad sindical, ya existe alguna previsión que se fundamenta en razones similares, al admitirse la sindicación de personas pertenecientes a ciertas categorías definidas por la ley, pero no en un sindicato *ad hoc*, sino en los que funcionen para el común de los trabajadores (70).

(67) Una respuesta similar requiere la citada prohibición de acudir a las reuniones de estas organizaciones contenida en el propio artículo 182. Siempre que tengan lugar fuera del tiempo de servicio, sin uniforme y sin que se haga ostentación de la condición militar, son un derecho generalmente reconocido, como se ha visto, en otros Estados de la Unión Europea y amparado por el artículo 21 CE. Si se trata de reuniones públicas, es preferible, sin embargo, que se admita sólo la asistencia como espectador.

(68) Una posición no del todo distinta a la aquí defendida es la de D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado*, op. cit., pág. 534, al distinguir entre simple pertenencia a organizaciones políticas y el activismo en su favor.

(69) Artículo 46.5 de la LO 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general. No se contiene una mención de estas características en la LO 7/2002, de partidos políticos, pero la amplitud de la fórmula que emplea el segundo párrafo del artículo 3.1, sobre denominaciones no admitidas, permite entenderla implícita, sobre todo cuando se refiere a términos contrarios a las leyes o que se identifiquen con entidades preexistentes.

(70) Artículo 3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical. En concreto, se prohíbe que los trabajadores por cuenta propia sin personal a su servicio, los parados y quienes hayan cesado en su actividad laboral por incapacidad o jubilación funden sindicatos para la tutela de sus intereses específicos, sin perjuicio de la posibilidad de constituir asociaciones.

3.2. *El derecho de sindicación*

Menores dificultades se plantean con la regulación del derecho de sindicación de los militares en España. Ya la normativa internacional se muestra cautelosa a la hora de reconocer este derecho en el ámbito castrense y policial. Es el caso de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que regulan distintos aspectos de esta libertad, los cuales dejan en manos de las legislaciones nacionales la determinación de hasta qué punto se aplican a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías que los mismos establecen (71).

Sobre esta base, el artículo 28.1 CE contiene, a diferencia de lo que sucede respecto de la pertenencia a los partidos políticos, una habilitación al legislador orgánico para «limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar», habilitación de la que éste ha hecho uso en el artículo 1.3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), en virtud del cual se excluye del ejercicio de este derecho a «los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar». El marco legal se completa con otras referencias que conviene reproducir. Entre ellas se encuentran la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, cuyo artículo 2.1.a) deja fuera de su ámbito de aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas e Institutos Armados de carácter militar; el apartado 34 del artículo 8 de la LO 8/1998, que tipifica como falta grave la pertenencia a un sindicato o el ejercicio de cualquier actividad sindical a un miembro de las Fuerzas Armadas en los términos vistos anteriormente; el apartado 7 del artículo 9 de la LO 11/1991, que tipifica estas conductas como falta muy grave respecto de la Guardia Civil; el artículo 15 de la LOFCSE, que prohíbe a los miembros de la Guardia Civil pertenecer a un sindicato, y, en fin, el artículo 181 de las RR.OO., sobre el que más adelante nos detendremos, que dispone que «los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos ni en asociaciones con finalidad reivindicativa».

Semejante acumulación de normas no deja lugar a dudas sobre la ilicitud de cualquier actividad sindical que pueda desarrollarse en el ámbito militar o de la Guardia Civil, lo que nos libera de ulteriores consideraciones. Solamente cabe, por tanto, añadir dos precisiones muy ligadas entre sí. Ante todo, una constatación obvia: el artículo 28.1 CE no impone de forma automática ni la exclusión ni siquiera la limitación del derecho de sindicación al personal militar o de la Guardia Civil, sino que ello es fruto

(71) Se trata de los Convenios 87 (relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, de 1948), 98 (sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, de 1949) y 151 (que regula la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública, de 1978). Las cláusulas de salvaguardia aludidas se establecen, respectivamente, en sus artículos 9, 5.1 y 1.3.

de una opción libre del legislador, tan legítima como pudiera serlo otra diversa, de manera que sólo criterios de oportunidad y conveniencia, que por otro lado nunca han de desdeñarse en Derecho, han de impulsar su decisión.

En segundo lugar, y no exento de relación con lo anterior, las leyes de régimen de personal tanto de las Fuerzas Armadas como de la Guardia Civil (72) prevén la creación de los Consejos Asesores de Personal (arts. 151 y 92), en número de cuatro para aquéllas (uno por cada uno de los tres ejércitos y otro para los Cuerpos comunes) y de uno para ésta (73). Su composición y modo de elección deben determinarse reglamentariamente, si bien se exige que formen parte de los mismos personal en servicio activo de todas las categorías, cuerpos y escalas respectivos y, en el caso del Consejo Asesor de la Guardia Civil, que dicha elección implique la libre participación de los miembros del Cuerpo. Sus funciones son las de análisis y valoración de las propuestas o sugerencias planteadas por los militares profesionales o guardias civiles en relación con el régimen de personal y la condición de militar, así como, sólo en el caso de la Guardia Civil, todos los aspectos sociales que les afecten. Con un modesto precedente en el Consejo Superior de la Guardia Civil establecido en la hoy derogada Ley 28/1994 (74), como órgano colegiado, consultivo y asesor, sobre aspectos básicos de la carrera de los miembros del Cuerpo, los Consejos Asesores de Personal se inspiran, de forma evidente aunque con funciones muy recortadas, en los órganos de participación de los funcionarios públicos.

El desarrollo reglamentario de ambas Leyes se ha llevado a cabo por medio del RD 4/2002, de 11 de enero, respecto de la Guardia Civil, y el RD 258/2002, de 8 de marzo, para los Consejos Asesores de las Fuerzas Arma-

(72) Respectivamente, Leyes 17/1999 y 42/1999, ya citadas.

(73) En el Derecho comparado no son extrañas las instancias de concertación en el ámbito castrense, si bien es posible distinguir dos grandes modelos. Por un lado, los órganos integrados tanto por representantes de la Administración como del personal, que suelen asumir entre sus funciones algunas potestades decisorias; por otro, los que incluyen sólo representación de los militares, con competencias meramente consultivas. El primer modelo rige en Alemania y los Países Bajos, mientras que el segundo procede de Italia y ha sido importado en España. Así, en Alemania, la Ley de 15 de abril de 1997 prevé la elección de «personas de confianza», dotadas de derechos de información, propuesta y codecisión, que desarrollan sus funciones no sólo en las unidades locales, sino también en agrupaciones regionales y en un Consejo nacional. En los Países Bajos, un Reglamento de 25 de junio de 1993 regula los órganos nacionales de concertación, tanto comunes como para cada arma, que agrupan a representantes sindicales y del Ministerio de Defensa y deciden sobre cuestiones profesionales del personal militar, mientras que otro Reglamento, de 17 de julio de 1999, hace lo propio respecto de las comisiones descentralizadas de participación, que funcionan en cada unidad de mando (batallón, buque, escuadrilla aérea). En Italia, la citada Ley núm. 382, de 11 de julio de 1978, creó, con competencias consultivas, los Consejos de representación, de carácter electivo y organizados en tres niveles, nacional, intermedio y de base. Bélgica, por su parte, ha adoptado una solución ecléctica, pues la Ley de 11 de julio de 1978 dio lugar a un Alto Comité de concertación, de carácter mixto, pero con funciones consultivas, completado por un Comité de base por cada arma y tres Comités interarmas, sin olvidar a los, todavía pendientes de puesta en marcha, Comités especiales de carácter local, previstos en un *arrêté* real de 9 de junio de 1999.

(74) Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

das. Al margen del sistema de distribución de representantes de las distintas categorías y cuerpos, de las funciones que les corresponden (detalladas con cierta amplitud en el caso de las Fuerzas Armadas en el art. 3 del RD 258/2002) y de su régimen de funcionamiento, los aspectos más destacables son la posibilidad de exigir responsabilidad disciplinaria a los guardias civiles por actos realizados en el ejercicio de sus funciones como miembros del Consejo Asesor y el procedimiento de elección.

Por lo que se refiere al primero de ellos, deben criticarse los apartados 3 y 4 del artículo 8 del RD 4/2002. Aquél, por someter las funciones de sus miembros a un límite tan genérico como «el crédito y prestigio de la Guardia Civil y de sus miembros». Éste, por reconocer una genérica «potestad disciplinaria sobre los miembros del Consejo en el ejercicio de sus cometidos como componentes del mismo» que se atribuye al Director General de la Guardia Civil. No parece que una norma de rango reglamentario sea la más conveniente para crear una nueva potestad disciplinaria distinta de aquella a la que los miembros del Consejo quedan sometidos como guardias civiles, y menos aún que en ella no se tipifiquen las conductas concretas que pueden dar lugar a responsabilidad, así como las sanciones que conlleven. Ambas decisiones chocan contra las exigencias del principio de legalidad establecido por el artículo 25.1 CE para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, aun con los matices que pueden introducirse en el marco de las relaciones especiales de sujeción (75), que ha sido concretado por el Tribunal Constitucional en la reserva de ley y en que ésta sea previa y cierta, tanto respecto de las conductas infractoras como de la eventual sanción (por todas, STC de 9 de mayo de 2002, FJ 3, y las que en éste se citan) (76). Es indudable que la puesta en marcha de estos organismos ha de estar presidida por la prudencia y que la deseable participación de los guardias civiles en la fijación de las condiciones de desarrollo de su profesión no debe ir más allá, transformándose, por ejemplo, en una discusión que cuestione las líneas directrices del Instituto. Con todo, ello ha de hacerse con rigor y sin detrimento de las garantías establecidas por la Constitución en el ámbito del Derecho sancionador. Más benigno es el régimen de los Consejos Asesores de las Fuerzas Armadas, cu-

(75) Que no llegan a facultar al reglamento para tipificar *ex novo* y sin apoyo legal alguno nuevas conductas constitutivas de infracción administrativa. En este sentido, F. A. CASTILLO BLANCO y R. M.³ ILDEFONSO HUERTAS, *La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la Seguridad Social*, núm. 158 de esta REVISTA, mayo-agosto 2002, págs. 23 y ss., y M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, op. cit., págs. 317 y ss.

(76) Hasta tal punto esto es así que una proposición no de ley, presentada por el Grupo mayoritario el 17 de mayo de 2002, que pretende instar al Gobierno a enviar un proyecto de ley orgánica reguladora del régimen disciplinario de la Guardia Civil, destaca en su Exposición de Motivos la necesidad de incorporar a dicha iniciativa el «ejercicio de las competencias disciplinarias sobre los Vocales del Consejo Asesor de Personal en el desempeño de sus cometidos como tales al Director General». No parece, en cualquier caso, de recibo que el reglamento preceda a la ley orgánica, pues, al margen de que no se salvan los vicios producidos en el interregno, se da la equívoca sensación de que la norma legal es desarrollo del Real Decreto.

yos miembros no están sujetos a mandato imperativo ni sometimiento a dependencia jerárquica en el ejercicio de sus funciones (art. 2 RD 258/2002).

En cuanto a la segunda cuestión, el Consejo Asesor de la Guardia Civil se elige mediante un sistema de sufragio indirecto en virtud del cual en cada Comandancia y en el órgano central de la Dirección General se vota por los miembros del Cuerpo con la condición de electores un número de compromisarios determinado en la convocatoria, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 3, quienes, a su vez, nombran a los vocales del Consejo según su escala, categoría y situación (art. 5 RD 4/2002). Para los Consejos de las Fuerzas Armadas, el artículo 10.1 RD 258/2002 dispone un sistema de sorteo entre todos los militares profesionales que, reuniendo la condición de elegibles, no hayan solicitado en tiempo y forma su exclusión. Si la elección indirecta puede tener la virtud de equilibrar las exigencias de la representatividad con un desarrollo practicable del proceso electoral, no cabe decir lo mismo de la decisión de confiar al azar la composición de los Consejos Asesores de las Fuerzas Armadas. No es, en efecto, aceptable a estas alturas proveer a suertes un cargo de representación, salvo que, en un arrebato de entusiasmo por la arqueología jurídica, pretenda resucitarse el precedente ofrecido por la Antigüedad clásica y aun por los burgos medievales del recurso a la diosa Fortuna para cubrir sus órganos de gobierno, como aspiración de los sectores populares (77). En primer lugar, porque los miembros de los Consejos Asesores así elegidos no se representan más que a sí mismos y, en segundo, por la posible falta de interés de unos vocales cuya actitud manifestada ante la eventualidad de ser elegidos es la de un mero asentimiento pasivo. Por tanto, puede dudarse con fundamento de la eficacia de estos Consejos en su funcionamiento futuro.

Dicho esto, resulta indudable que los Consejos Asesores, al menos el de la Guardia Civil, constituyen una novedad destacable en la actitud que hasta la fecha se ha mantenido en relación con esta materia, novedad que no parece ser ajena al proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas. El propio legislador demuestra ser consciente de las adaptaciones requeridas por semejante cambio de modelo cuando requiere al Gobierno para que, antes del 31 de diciembre de 2002, remita al Congreso de los Diputados los proyectos de ley necesarios para adaptar el régimen

(77) La ironía no está reñida con el rigor: el nombramiento por sorteo de algunas magistraturas aparece como requisito de un gobierno democrático en la *polis* en Aristóteles y Plutarco. Véanse ARISTÓTELES, *Política*, libro VI, capítulo 2, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 246, y PLUTARCO, *Vida de Pericles*, IX, «Vidas paralelas», tomo I, pág. 248. En la época medieval la provisión aleatoria, generalmente por insaculación, de los cargos ciudadanos ha sido recordada por H. PIRENNE, *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1978, págs. 132 y 133. Las deficiencias que entrañaba este modo de organización no fueron totalmente ajenas a las crisis ulteriores que, no infrecuentemente, se saldaron con una pérdida de las libertades municipales, bien a favor de las nuevas monarquías nacionales, bien en beneficio de un tirano, cuyos contornos en la Italia de los siglos XIV a XVI estudiara J. BURCKHARDT, en *La cultura del Renacimiento en Italia*, Akal, Madrid, 1992, págs. 45 y ss.

de derechos y deberes de los militares al modelo de Fuerzas Armadas profesionales.

3.3. *El derecho de asociación en sentido estricto: las asociaciones con finalidad reivindicativa*

a) *Regulación legal.*

Las demás manifestaciones del derecho de asociación quedan reguladas por el artículo 3.c) de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), de acuerdo con el cual «los miembros de las Fuerzas Armadas o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación». Por su parte, las RR.OO. regulan el derecho de asociación en el artículo 181, ya parcialmente transcrito, cuyo tenor, a los efectos estudiados, es el siguiente: «Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. [...] Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social».

Al margen de la restricción material que se contiene en estos preceptos en cuanto a la extensión del derecho de asociación del personal militar y de la Guardia Civil, que ha sido objeto de una importante Sentencia constitucional, la STC 219/2001, sobre la que más adelante nos detendremos, es preciso con carácter previo abordar una cuestión formal no menor, cual es la restricción directa de un derecho fundamental en virtud de ley ordinaria y, por extensión, la eficacia jurídica de las RR.OO. de las Fuerzas Armadas.

En efecto, como ya se ha señalado, una restricción directa de un derecho fundamental tiene consideración de desarrollo del mismo a los efectos establecidos en el artículo 81.1 CE, de modo que está sometida a reserva de ley orgánica. Sin embargo, las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas han sido aprobadas por ley ordinaria, la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, y constituyen un supuesto límite en el derecho constitucional dado que, aprobada, sancionada y promulgada antes de la entrada en vigor de la Constitución (78), su publicación en el «BOE» data de 12 de enero de 1979, vigente ya aquélla, lo que determina su inconstitucionalidad por infracción de la reserva del artículo 81.1 CE (79). Es verdad que el Tribunal

(78) La entrada en vigor de la Constitución tuvo lugar el 29 de diciembre de 1978, el mismo día de su publicación en el «BOE», conforme al párrafo primero de su disposición final.

(79) Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha entendido que la exigencia de ley orgánica no puede exigirse retroactivamente (STC 53/1994, FJ 2). Sin embargo, si se considera que la sanción, promulgación y publicación forman parte del procedimiento legislativo, no es posible entender que una ley que completa su procedimiento de elaboración con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución sea preconstitucional. Sobre la inserción de la sanción, promulgación y publicación en el seno del procedimiento legislativo, véanse P. BIGLINO CAMPOS, *La publicación como fase del procedimiento legislativo*.

Constitucional ha admitido la posibilidad de una colaboración entre la ley orgánica y la ordinaria, para la que es requisito imprescindible la llamada expresa de la primera a la segunda (80) y que tal llamada se produce en el artículo 3.c) de la LODA. Sin embargo, no basta un simple reenvío a las RR.OO. y al resto de la regulación específica para cubrir las exigencias derivadas de la reserva de ley orgánica, sino que es necesario que ésta establezca por sí misma los elementos básicos que integren la limitación o restricción que se pretende introducir de modo que resulte plenamente identificable (81). En caso contrario se estaría vaciando de sentido la garantía de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, y vulnerando, en consecuencia, el texto constitucional (82).

Por otro lado, la compatibilidad con la ley fundamental de buena parte de las RR.OO. es más que discutible. Nada que objetar, antes al contrario, a que en ellas se establezca, según propia confesión, una «regla moral» (83),

El procedimiento legislativo, V Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 539 y ss., y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *La sanción y la promulgación*, ibidem, págs. 521 y ss. Sobre la necesidad de que las RR.OO. hubieran sido aprobadas por medio de ley orgánica, véanse D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado*, op. cit., págs. 297 y ss.; F. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, *Las Fuerzas Armadas en la Constitución española (Esbozo de una construcción institucional)*, «REP», núm. 10 (nueva época), julio-agosto 1979, pág. 129, y A. GUAITA MARTORELL, *Los derechos fundamentales de los militares. Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 2572.

(80) STC 254/1994, de 21 de septiembre, FJ 5, entre otras.

(81) En particular, la STC 173/1998 (FJ 8) dice que «corresponde al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetados siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas —es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar—, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas —militares, jueces, etc.— o en relación a la libertad de no asociarse».

(82) Lógicamente, el inciso final del artículo 3.c) de la LODA, que extiende la remisión al «resto de sus normas específicas», debe rechazarse de manera aún más enérgica, en cuanto da entrada a una regulación infralegal. La STC 292/2000, que hemos ido comentando, sostiene al respecto que la garantía de reserva legal se vuelve ineficaz cuando la ley «que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales» (FJ 11). De hecho, a lo largo de la tramitación parlamentaria se presentaron enmiendas que trataban de solventar estos problemas, a través de la supresión de la remisión a las Ordenanzas, rechazadas en las distintas fases del procedimiento legislativo. Destacan en particular las presentadas en el Congreso de los Diputados y el Senado por los Grupos de Coalición Canaria en ambas Cámaras [respectivamente, la núm. 43 («BOCG Congreso de los Diputados», VII Legislatura, Serie A, núm. 41-6, de 17 de octubre de 2001, pág. 49) y la núm. 67 («BOCG Senado», VII Legislatura, Serie II, núm. 44, 19 de diciembre de 2001, pág. 43)], cuyas extensas justificaciones inciden de manera expresa en las cuestiones aquí apuntadas.

(83) El artículo 1 de las RR.OO. dice que éstas «constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros». Es cierto que la distinción entre derecho y moral ya se conoció en el Derecho romano, según nos ha transmitido IHERING (R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 130 y ss.). Sin embargo, y con las precauciones que sean precisas, no está de más apelar al concepto de virtudes cívicas, acuñado por los propios romanos (de las que TÁCITO nos ha transmitido un elenco generoso en el emocionado panegírico de su suegro, Agrícola; véase TÁCITO, *Obras menores*, Gredos, Madrid, 1988, págs. 53 y ss.) y luego recuperadas por los primeros textos constitucionales. Es el caso del artículo 6 de la Decla-

incluso enfáticamente proclamada (84). Al margen de la influencia que en sus términos haya podido ejercer la lejanía, desde tiempos de Carlos III, de las Ordenanzas a las que se sustituye (85), debe reconocerse la necesidad que la profesión militar tiene de unas exigencias personales más allá de una simple preparación técnica, como pueden ser «el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la patria y en el honor, disciplina y valor» (art. 1) o el «respeto de la persona, al bien común y al derecho de las gentes» e incluso «la consideración y aun la honra del enemigo vencido» (art. 7), especialmente necesarias en quienes van a estar autorizados a portar armas (86).

Sin embargo, un buen número de los preceptos que integran las Ordenanzas se dedica a introducir modulaciones, siempre en sentido restrictivo (87), en derechos fundamentales del todo ajenos a la condición de militar. Se introduce por esta vía un *status*, con vocación de totalidad, que separa al militar de la condición de ciudadano dotado, salvo las excepciones necesarias para la protección de otros bienes constitucionales, de los mismos derechos, deberes y libertades que el común de los españoles y que, por utilizar la expresión que hemos visto en la jurisprudencia del TEDH, no es «admisibles en una sociedad democrática» (88).

ración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que declara a todos los ciudadanos igualmente admisibles a todas las dignidades, puestas y empleos públicos, «según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus defectos», o de la tan elogiada, por varias razones, Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, que en su artículo 6 disponía que «el amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, el ser justos y benéficos». Sobre la relación entre honorabilidad y el ejercicio de ciertas profesiones, véase un espléndido artículo en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades*, núm. 130 de esta REVISTA, enero-abril 1993, págs. 23 y ss.

(84) Algún autor ha señalado que las Reales Ordenanzas son «una hermosa pieza de gran valor literario, que expresa un hondo contenido emocional». F. SAINZ MORENO, «Lenguaje jurídico», en *La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar*, III Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 2000, pág. 103.

(85) La relación exhaustiva de las Ordenanzas sustituidas, que afectaban tanto al ejército como a la marina, puede verse en A. GUAITA MARTORELL, *Los derechos fundamentales de los militares. Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. 4, op. cit., pág. 2572.

(86) No debe, desde luego, desdeñarse la importancia que el factor vocacional de abnegación desempeña en las relaciones especiales, puesto ya de manifiesto por O. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, op. cit., pág. 3, por supuesto despojada del elemento personal de fidelidad al emperador, simbolizada en el juramento de servicio, que le atribuye el maestro alemán (págs. 5 y 7).

(87) No han faltado voces pronunciándose por la inconstitucionalidad de diversos preceptos de las RR.OO., tales como la regulación de la libre expresión, sometida en ciertos casos a autorización previa (art. 178). D. BLANQUER, *Ciudadano y soldado*, op. cit., pág. 402.

(88) Entre otros preceptos igualmente sorprendentes puede citarse el artículo 183, que permite al militar contraer matrimonio pero declara «preceptivo dar conocimiento a su jefe de haberlo efectuado». Asimismo, se reiteran innecesariamente derechos constitucionales que en nada afectan a la condición militar, como la garantía de no ser privado de sus bienes más que en los casos legalmente establecidos, establecida en el artículo 172. Al margen de su dudosa utilidad, ya que la repetición del contenido de una norma en otra de rango inferior nada añade a su eficacia jurídica, no dejan de plantear inconvenientes de cierta importancia, como son los derivados de una modificación de la norma reproducida. De hecho, el Tribunal Constitucional ha rechazado en diversas ocasiones su constitucionalidad; concretamente, respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales, en STC 76/1983, FJ 23.

b) *Su reconocimiento por la jurisprudencia constitucional.*

El bloque normativo constituido por el artículo 3.c) de la LODA y el artículo 181 de las RR.OO. no sólo es discutible desde un punto de vista formal, sino que su contenido es asimismo incompatible con el artículo 22 CE, en cuanto extiende la prohibición a ejercer el derecho de asociación no ya a la libertad sindical, operación plenamente válida, como se ha visto, sino también a lo que las Ordenanzas denominan «asociaciones con finalidad reivindicativa».

Así lo ha venido a declarar el Tribunal Constitucional en la STC 219/2001. Ya anteriormente, la STC 291/1993, de 18 de octubre, había estimado un recurso de amparo interpuesto contra la denegación por silencio administrativo de la inscripción en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior de la Unión Democrática de Guardias Civiles. Sin entrar en el fondo del asunto, el Tribunal entendió que denegar la inscripción sin resolución expresa y motivada implicaba «obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho fundamental al margen de toda razón discernible para su titular», lo que contravenía la doctrina asentada de que toda limitación de un derecho de este tipo «no sólo ha de estar amparada por la Constitución y articulada debidamente en norma con rango de ley, sino ser también aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad que exigen, inexcusablemente, una resolución expresa y motivada» (FJ 2).

En esta ocasión, el Tribunal en Pleno va a entrar a conocer sobre el fondo del asunto, la constitucionalidad de la interdicción de las asociaciones reivindicativas en el seno de las Fuerzas Armadas, y lo hace con ocasión, nuevamente, del rechazo de una solicitud de inscripción de una modificación estatutaria solicitada por la Hermandad de personal militar en situación ajena al servicio activo. Tras algunas consideraciones iniciales —entre las que destaca la caracterización de la inscripción registral no sólo como una carga de la asociación, sino también como una prestación administrativa cuya realización defectuosa puede resultar lesiva del derecho de asociación, de forma que su denegación sólo será lícita cuando «se refiera a una asociación no amparada por el art. 22 CE» (89)—, la Sentencia pasa a valorar el núcleo de la cuestión.

A tales efectos, los argumentos esgrimidos apuntan a la necesidad de evitar un fraude de ley consistente en, a través de la forma de asociación, ejercer actividades materialmente sindicales, prohibidas por el artículo 1.3 LOLS. Frente a ello debe sostenerse, como hace el Tribunal, que «más allá de la común pertenencia a ese género amplio [la asociación] nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparada al mismo» (90). Lo contrario implica una restricción indebida de la libertad por haberse aplicado un crite-

(89) STC 219/2001, FF.JJ. 5 y 6.

(90) STC 219/2001, FJ 10.

rio contrario al principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (91) y extender el concepto de sindicato más allá de los rasgos que lo caracterizan histórica y legalmente, entre los que destacan el ejercicio del derecho de huelga, de negociación colectiva y de adopción de medidas de conflicto colectivo.

En consecuencia, el fallo del Tribunal estima vulnerado el derecho de asociación. Lo que no se produce es la elevación al Pleno, conforme al artículo 55.2 LOTC 3/1979, de 3 de octubre, de la cuestión de inconstitucionalidad contra el primer párrafo del artículo 181 de las RR.OO., norma en la que se apoya la actividad administrativa contraria a la inscripción y cuyo contenido, a tenor de los razonamientos anteriores, choca contra el artículo 22 CE. Resulta una decisión de difícil intelección, pero desde luego plenamente consciente por parte del Tribunal, dado que existe un voto particular por parte de quien fue el ponente inicial de la Sentencia en que se hace constar su parecer favorable al planteamiento de aquélla (92). En todo caso, la situación creada obliga a una interpretación del artículo 181 de las Ordenanzas en un sentido compatible con la *ratio iuris* de la Sentencia, por lo que sólo cuando quede acreditado que la forma de asociación se pretende utilizar para ocultar el ejercicio efectivo de una actividad sindical prohibida, con arreglo a los parámetros fijados por el Tribunal, podrá entenderse ilegal dicha asociación (93).

Los efectos prácticos de esta Sentencia no se han hecho esperar. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, invocando de manera expresa la autoridad del Tribunal Constitucional (94), ha dado plena carta de naturaleza a la Asociación Nacional de Militares Españoles (AME). Ya antes de conocer su contenido, el propio Ministerio del Interior, a la vista también de la STC 219/2001, dio cumplimiento a lo solicitado y, por resolución de 17 de mayo de 2002, ha visado la modificación estatutaria practicada por la antigua HEPERMISA e inscrito a aquella entidad en el Registro Nacional de Asociaciones.

(91) STC 146/1999, de 27 de julio, FJ 6. Sobre el principio de máxima eficacia como criterio de interpretación constitucional puede verse K. HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983, págs. 35 y ss.

(92) El primer ponente, el magistrado González Campos, fue sustituido mediante Acuerdo de Presidencia de 16 de octubre de 2001 por el magistrado Cachón Villar (antecedente 15), sustitución que es razonable pensar que haya tenido su origen en una discrepancia respecto de esta cuestión, tal y como se deduce del voto particular incorporado a la Sentencia.

(93) Ya en otras ocasiones, el Tribunal Constitucional ha negado la validez de una interpretación de las RR.OO. que, en aras a mantener su tenor literal, «conduzca al resultado de recortar indebidamente la libertad [en este caso de expresión]» (STC 288/1994, FJ 3).

(94) StAN de 26 de abril de 2002, FJ 3. Esta sentencia resuelve el recurso interpuesto contra una resolución del Ministerio del Interior, de 5 de junio de 2000, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la denegación de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de la modificación estatutaria que transformó la Hermandad de personal en situación ajena al servicio activo en la Asociación de Militares Españoles.

c) *Límites para su ejercicio.*

Reconocida la legitimidad constitucional del libre ejercicio del derecho de asociación por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, así como el difícil encaje que éste encuentra en el artículo 181 de las RR.OO., procede, sin embargo, precisar algunos límites inevitables a los que va a estar sometido. A estos efectos conviene tener en cuenta una distinción esencial en el ámbito militar, cual es el régimen aplicable en tiempo de paz y en tiempo de guerra.

c.1) *En tiempo de paz.*

En tiempo de paz, los límites al asociacionismo militar derivan tanto de la necesidad de evitar el ya expuesto posible fraude de ley que supondría todo intento de utilizar las asociaciones militares legales para el ejercicio ilícito de actividad sindical, como de la de evitar que las asociaciones profesionales rompan el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas o de impedir que el propio régimen disciplinario castrense pudiera utilizarse como medio de presión para favorecer las actividades de una asociación concreta, sin olvidar los puramente funcionales que se siguen de la necesidad de no interferir en el buen funcionamiento de las unidades en su quehacer ordinario.

Respecto de la primera cuestión, la propia STC 219/2001, en su FJ 10, nos proporciona un criterio suficiente al enumerar las características que distinguen la actividad propia de un sindicato de la de una asociación ordinaria, a saber, el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y la posibilidad de adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Resulta obvio que tales actuaciones han de quedar vedadas a las asociaciones militares, aun cuando les sea reconocida la legitimidad de una finalidad reivindicativa.

Por otro lado, habrá de exigirse una estricta neutralidad política a las asociaciones militares, que impida la repetición del espectáculo poco edificante que, con demasiada frecuencia, se repite en el ámbito de las asociaciones profesionales de jueces y fiscales. En este sentido, la prohibición de que su denominación incluya cualquier tipo de referencia ideológica y la aplicación estricta de los límites a la libertad de expresión de las normas militares para todo aquello que exceda el ámbito puramente profesional (impidiendo prácticas como la petición de voto o, de modo más amplio, el apoyo a una fuerza política particular) pueden ser suficientes. Con todo, y sin defender eventuales imposiciones legales que no contarían con respaldo constitucional, no sería malo que la práctica se orientase en un sentido similar a la experiencia alemana, donde la gran mayoría de los militares pertenecen a la *Bundeswehrverband*, solución que garantizaría el derecho de asociación profesional a la par que alejaría los peligros de una deriva partidista de dichas asociaciones.

El tercer bloque de límites trata de evitar una eventual utilización ilícita de sus prerrogativas, en especial las disciplinarias, por parte de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil que ostenten un rango jerárquico superior para favorecer las actividades de la asociación a la que, en su caso, pertenezcan. No es difícil imaginar, en efecto, la compulsión que sobre la libre determinación de la voluntad de sus subordinados pudiera ejercerse por un superior convertido en decidido activista, con la consecuente infracción del derecho negativo de asociación que late implícito en el artículo 22 CE, según ha sostenido la jurisprudencia constitucional (95). En atención a ello es razonable enunciar, al menos, una prohibición de hacer uso de tal posición de superioridad para favorecer de cualquier modo las actividades de cualquier asociación. Dicha prohibición no se configura sólo como límite del derecho de asociación, sino también como auténtica garantía de los derechos fundamentales en el ámbito castrense, que no se verán, de esta manera, disminuidos respecto de quienes ocupen los últimos escalones de la pirámide jerárquica.

Esta conclusión se acomoda con facilidad a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha ocupado específicamente de los efectos que una relación de jerarquía tan acusada como la existente en el seno de las Fuerzas Armadas pueda producir en la libertad ideológica o de expresión de los subordinados. Así lo ha tenido en cuenta en la STEDH dictada en resolución del caso *Larissis y otros contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998, cuyo parágrafo 51 afirma que «la estructura jerárquica que constituye una característica de la condición militar puede dotar de una cierta coloración a todos los aspectos de las relaciones entre miembros de las fuerzas armadas, de suerte que un subordinado difícilmente podrá rechazar a un superior que lo aborda o sustraerse a una conversación por él iniciada. Lo que, en un medio civil, podría pasar por un intercambio inofensivo de ideas que el destinatario es libre de aceptar o de rechazar puede, en el marco de la vida militar, percibirse como una forma de acoso [...] Consecuentemente, si las circunstancias lo exigen, los Estados pueden estar autorizados para adoptar medidas particulares para proteger los derechos y libertades de los subordinados en las fuerzas armadas» (96).

Afirmado este principio, resulta difícil establecer *a priori* mayores niveles de precisión respecto de las limitaciones admisibles, de modo que habrá que estar, en su caso, a las medidas adoptadas en concreto para, atendiendo a las circunstancias particulares, determinar su corrección. En

(95) La STC 173/1998, de 23 de julio (FJ 8), incluye, según se ha apuntado, «la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas» dentro del contenido esencial del derecho de asociación del artículo 22 CE.

(96) Los demandantes del caso, tres oficiales del Ejército del Aire de Grecia adeptos a la Iglesia pentecostista, recurren contra una sanción por proselitismo basada en diversas conductas, entre las que se encuentra el ejercicio de presiones hacia soldados para obtener su conversión al pentecostismo. El TEDH ratificó la validez de las sanciones impuestas por su actividad en el ámbito militar, mientras que declaró vulneración del artículo 9 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 por las sanciones impuestas por su predicación entre los civiles.

cualquier caso, habrán de respetarse los requisitos anteriormente enunciados para el establecimiento de límites a los derechos fundamentales, fijados por la jurisprudencia de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional.

Por lo demás, el principio de no interferencia en las funciones corrientes que deben desempeñarse en los cuarteles y demás instalaciones castrenses exige que las actividades de las asociaciones se desarrollen al margen de éstas o, cuando menos, fuera del horario habitual y siempre de acuerdo con las instrucciones que resulten adecuadas para garantizar el mantenimiento de la integridad de los bienes públicos.

c.2) *En tiempo de guerra.*

Si es lícito establecer ciertas limitaciones al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil en tiempo de paz, con mayor razón son admisibles en tiempo de guerra. El concepto «tiempo o estado de guerra», que ha alcanzado relevancia constitucional en España (97), constituye la *summa divisio* en el ámbito de la vida militar con consecuencias jurídicas difícilmente exagerables: dirigida por el Presidente del Gobierno (98), basta una lectura somera del Código Penal Militar (99) para deducir el notable agravamiento de la pena que suele llevar aneja la realización de la conducta típica en caso de guerra. Se amplía el ámbito de la jurisdicción militar prevista en el artículo 117.5 CE, en los términos establecidos por la LO 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar, en su artículo 13, a la vez que la Guardia Civil pasa a depender exclusivamente del Ministerio de Defensa (100).

Nada se dispone en la legislación al respecto, pero no es aventurado afirmar no sólo la licitud de estas restricciones ulteriores para tiempo de guerra, sino también sus propios límites, pues nunca podrá llegarse a la suspensión ni menos a la disolución de las asociaciones constituidas, que sólo corresponde a la autoridad judicial, de acuerdo con las leyes (art. 22.4 CE). En consecuencia, estamos hablando únicamente de límites concretos, adecuados, proporcionados y previsibles a actuaciones específicas que puedan desarrollar tales asociaciones.

Por tiempo de guerra entiende el artículo 14 del Código Penal Mili-

(97) El estado de guerra determina *ope constitutione* la imposibilidad de iniciar una reforma constitucional (art. 169), y permite, si bien sólo hipotéticamente, como ya se ha apuntado, la imposición de penas de muerte (art. 15 CE). Toda otra restricción de los derechos y libertades, no imaginable en caso de guerra, requerirá la declaración de alguno de los estados de alarma, excepción o de sitio previstos en el artículo 116 CE y regulados por LO 4/1981, de 1 de junio, con los límites impuestos en el artículo 55.1 CE. El *dies ad quem* del tiempo de guerra lo determina la firma de la paz, que requiere las mismas formalidades que la declaración de guerra.

(98) Artículos 8.2 de la LO 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, y 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

(99) Aprobado por LO 13/1985, de 9 de diciembre.

(100) Artículo 39 de la LO 6/1980.

tar «el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra (101), al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen las hostilidades». Esta definición debe, de todos modos, ampliarse fuera del campo de los delitos militares, ya que, de acuerdo con el artículo 63.3 CE, no basta el simple cese de hostilidades, sino que es precisa la firma de la paz para una finalización plena de la guerra.

Un efecto limitador, si no idéntico, sí parecido, debe otorgarse a una situación constitucionalmente no prevista pero que se ha venido repitiendo con frecuencia creciente en los últimos años a medida que las Fuerzas Armadas españolas han ido estrechando sus vínculos con las tropas de las naciones aliadas de España, fundamentalmente en el marco de la OTAN, pero también en ese embrión de una auténtica política de defensa común de la Unión Europea que ha pretendido ser, sin demasiado éxito hasta la fecha, la UEO (102). Me refiero a la intervención de tropas españolas en funciones de apoyo logístico o de vigilancia en conflictos armados sin declaración formal de guerra, que puede encontrar acomodo jurídico como *tertium genus* intermedio entre la situación de paz y de guerra en el artículo 12.3 de la LO 4/1987, que extiende la competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz al conocimiento de los delitos o faltas «que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier ejército». Es ésta una situación parecida pero distinta de la mera participación en misiones de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales a las que se refiere el artículo 9 de las RR.OO. organizadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, caracterizadas por involucrar a personal militar pero sin poder to-

(101) Corresponde declararlo al Rey, previa autorización de las Cortes Generales (art. 63.3 CE).

(102) De hecho, el artículo 17 del Tratado de la Unión Europea, en la versión redactada por el Tratado de Amsterdam, preveía, con el fin de reforzar la política exterior y de seguridad común, la integración de esta organización en la Unión por decisión del Consejo Europeo. En desarrollo de esta disposición, el Consejo de Colonia de junio de 1999 acordó una disolución que ha sido parcial, puesto que, fuera del extinto Estado Mayor Militar, se mantienen ciertos órganos para desarrollar algunas funciones que aún no pueden ser asumidas por los Quince, básicamente la cláusula de defensa colectiva y el control parlamentario bajo la modalidad de un informe anual a la Asamblea, regulados respectivamente en los artículos V y IX del Tratado de Bruselas de 17 de marzo de 1948, modificado por los Acuerdos de París de 23 de octubre de 1954. La nueva redacción del artículo 17 TUE, proporcionada por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, en vigor desde el 1 de febrero de 2003, apunta al mantenimiento de este *status*, al configurar a la UEO como marco institucional para el desarrollo de una cooperación reforzada entre los Estados miembros. En el seno de la Convención para el futuro de Europa, encargada de proponer una amplia reforma de los Tratados constitutivos de la UE, los debates han sido intensos dentro del Grupo de trabajo VIII «Defensa», de manera que en su Informe final se recomienda que la cláusula de defensa colectiva se asuma como una cooperación reforzada por los Estados que lo deseen, pero preferiblemente dentro de la Unión, de donde surge el problema institucional que estamos planteando. El Informe final puede consultarse en el documento CONV 461/02, de 16 de diciembre, apartados 61 a 63, por lo que respecta a esta cuestión.

mar la iniciativa de utilizar la violencia salvo en ejercicio del derecho de propia defensa (103).

El supuesto estudiado implica, en cambio, la imposición de la paz por la fuerza, asumiendo incluso la iniciativa en la conducción de una guerra abierta, actuaciones del tipo que en el ámbito de la diplomacia se conoce como *peacemaking*, frente a las de simple *peacekeeping* en las que intervienen los célebres cascos azules. Las operaciones de uso de la fuerza en el ámbito internacional encuentran sólido fundamento en el capítulo VII de la Carta de San Francisco, de 26 de junio de 1945 (104), así como en el artículo 5 del Tratado de Washington, de 4 de abril de 1949, que sanciona el mecanismo de defensa colectiva de los socios de la OTAN (105). Lo que ahora nos interesa es que, junto a formas de participación plena con envío de tropas destinadas a entrar en combate, esta clase de campañas permite una colaboración auxiliar a través del apoyo logístico o de bloqueo, entre otras variantes, y que este apoyo es susceptible, en principio, de prestarse sin declaración de guerra. Pues bien, parece evidente que en estas zonas grises también pueden ser aplicables restricciones concretas a la capacidad de actuación de las asociaciones de militares con el fin de no interferir en el correcto desarrollo de las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas (106).

(103) No se suscitan problemas de constitucionalidad respecto de estas misiones en relación con el artículo 8 CE, puesto que se entiende que la enumeración de misiones que éste atribuye a las Fuerzas Armadas no es exhaustiva (en este sentido, F. LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987, págs. 328 y ss.). Una exposición somera pero precisa de las condiciones en que se realizan se encuentra en F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Artículo 8. Las Fuerzas Armadas. Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo 1, Edersa, 1996, pág. 456; asimismo, sobre estas «nuevas» misiones de las Fuerzas Armadas, M. C. PÉREZ VILLALOBOS, *La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas*, «Revista Española de Derecho Militar», núm. 78, julio-diciembre 2001, págs. 173 y ss.

(104) Que atribuye al Consejo de Seguridad la facultad de declarar la pertinencia de esta medida de fuerza para frenar un acto contrario a la paz y seguridad internacionales, como fue el caso de la Guerra del Golfo de 1991.

(105) Este precepto ha sido invocado, como es sabido, tras los atentados de Nueva York y Washington de 11 de septiembre de 2001 para justificar jurídicamente la Guerra de Afganistán.

(106) Aunque en principio pudiera ser lícito prescindir de la autorización parlamentaria para participar en estas misiones de apoyo, una prudencia elemental aconseja no dejar de lado la intervención de las Cortes Generales, toda vez que la línea divisoria entre dicho apoyo y la participación en combate no es siempre precisa y, en este último caso, la Constitución exige que se apliquen los procedimientos del artículo 63.3. Piénsese, por ejemplo, en la participación de aviones españoles en acciones de bombardeo durante la Guerra de Kosovo de 1999, que no estuvo cubierta por autorización expresa de las Cámaras, aunque éstas fueran puntualmente informadas por el Gobierno en debates específicos: al margen de diversas comparencias de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa ante las Comisiones correspondientes del Congreso, el Presidente del Gobierno compareció ante el Pleno de la Cámara para informar sobre la intervención. El debate puede seguirse por «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 226, págs. 12017 y ss. En este sentido, destaca favorablemente el debate en torno a la, en estos momentos, posible intervención en Iraq, precedido por varias comparencias del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso de los Diputados, de las que merece especial mención la identificada con el núm. expte. 200/3, que se ha sustanciado de acuerdo con el procedimiento previsto en los ar-

d) *Medidas de fomento del derecho de asociación.*

Para concluir esta incursión por el derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil resta sólo una breve referencia al régimen legalmente previsto para el fomento del asociacionismo militar. Con carácter general, la LODA recoge técnicas de esta índole en su capítulo VI (arts. 31 y ss.), donde se incluyen subvenciones económicas con cargo a los presupuestos y campañas de difusión de sus actividades para todo tipo de asociaciones, que se amplían a la concesión de beneficios fiscales o asistencia jurídica gratuita, entre otras facilidades, para las asociaciones declaradas de utilidad pública.

El artículo 168 de la Ley 17/1999 habilita la aplicación de un régimen similar en el ámbito militar, o al menos en una parte del mismo. Dice, en efecto, este precepto que «las Administraciones Públicas apoyarán y facilitarán la constitución de asociaciones de reservistas que ayuden a mantener relaciones entre sus propios miembros, de la sociedad con sus Fuerzas Armadas y de las que se constituyan con otras de carácter similar de otros países, con el objetivo de difundir los valores de seguridad y defensa en el marco de la solidaridad y del mantenimiento de la paz».

Con independencia de la posición que en línea de principio pueda adoptarse frente a la concesión de subvenciones a las asociaciones (107), en el caso de que se decida fomentarlas desde el Estado, las ayudas deberán asignarse de acuerdo a criterios reglados, previamente establecidos y sin incurrir en discriminación, ya que en caso contrario se estaría produciendo una interferencia ilegítima por parte de un poder público en el ejercicio de una libertad ciudadana mediante el expediente de favorecer las asociaciones afines a éste (108).

Esta misma conclusión ha sido defendida por el TEDH en su Sentencia *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria*, de 19 de diciembre de 1994. Ésta resuelve una denuncia interpuesta por una asociación con sede en Viena que publicaba una revista mensual, titulada «Der Igel» (El Erizo), dirigida a los soldados del ejército austríaco, con información y artículos, frecuentemente críticos, sobre la vida militar. La asociación había solicitado sin éxito al Ministro federal de Defensa la dis-

títulos 196 y 197 de su Reglamento, de 10 de febrero de 1982, lo que, además de ampliar las posibilidades de intervención de los Grupos, ha permitido la presentación y votación de propuestas de resolución. El debate puede seguirse por el «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 227, págs. 11528 y ss. Una referencia a este problema en los Estados Unidos puede verse en F. LÓPEZ RAMÓN, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, CEC, Madrid, 1987, pág. 250.

(107) No debe al efecto olvidarse, como ha señalado algún autor, que «la Administración no puede dilapidar los dineros públicos ni hacer de ellos un uso indebido». L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales. La Europa de los derechos humanos*, op. cit., pág. 294.

(108) Recuérdese que el artículo 81.6 de la Ley General Presupuestaria, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, obliga a que las subvenciones se otorguen «bajo los principios de publicidad, concurrencia y objetividad».

tribución gratuita de su revista por los cuarteles, en las mismas condiciones que las otras dos revistas militares publicadas por asociaciones privadas, las cuales venían siendo enviadas alternativamente a costa del Ministerio junto con el boletín oficial de información entregado a los soldados de reemplazo. El segundo demandante, Gubi, era un miembro de dicha asociación a quien se había prohibido la venta de la revista en el cuartel donde prestaba servicio, por carecer de la autorización exigida por las ordenanzas.

El Tribunal, a los efectos que ahora nos interesan, tras dejar sentado que «la libertad de expresión es también aplicable a informaciones o ideas que ofenden, chocan o molestan al Estado o una parte de la población» (§ 36), concluye que la negativa a distribuir gratuitamente la revista «redujo considerablemente sus posibilidades de incrementar su difusión entre el personal de servicio» (§ 37). Semejante discriminación carecía de justificación puesto que «a pesar de su tenor frecuentemente polémico, no se acredita que se hayan sobrepasado los límites de lo que es permisible en el contexto de una mera discusión de ideas, que deben ser toleradas en el ejército de un Estado democrático del mismo modo que en la sociedad a la que el ejército sirve» (§ 38).

4. CONCLUSIÓN

Baste añadir como cierre de estas páginas una reflexión que el lector que haya tenido la benevolencia de llegar hasta aquí habrá, sin duda, adivinado tras las tesis expuestas: la defensa, prudente pero firme, del derecho del personal sometido a disciplina militar a asociarse libremente, lejos de poner en peligro la democracia (109) o de contribuir a la disolución del

(109) Conviene recordar que no sólo el ejército no ha sido siempre contrario al régimen constitucional, sino que en no pocas ocasiones ha llegado a ser uno de sus baluartes, como ocurriera durante el difícil alumbramiento del Estado liberal en España, con personalidades como El Empeinado, Riego, Espartero o Prim. Son aleccionadoras las palabras que durante la génesis de la Constitución de 1978 pronunciara el diputado Múgica Hertzog en el Pleno del Congreso acerca de la Constitución de 1812 y la memoria histórica de las Fuerzas Armadas, «las cuales surgieron a la modernidad en la Guerra de la Independencia cuando, destruido por el impacto de la invasión extranjera un ejército cuyos mandos requerían para serlo títulos de hidalguía o blasones de aristocracia, fue sustituido por otro, surgido del pueblo que, a la par que defendía el país, mantenía la honda exigencia de que quienes lo habitaban dejaran de ser un colectivo de súbditos para transformarse en una comunidad de ciudadanos» («Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Sesión plenaria de 5 de julio de 1978, pág. 3886). Algunos datos interesantes sobre la participación de los militares en la vida parlamentaria española pueden encontrarse en J. BUSQUETS, *Los militares en el legislativo español (1810-1979)*, «Revista de las Cortes Generales», núm. 5, segundo cuatrimestre 1985, págs. 7 y ss. Con todo, el posible ejercicio personal por los militares de derechos de participación no ha de significar una intervención de la Institución. No se olviden las palabras de uno de los políticos que en la historia de España más se esforzó por sustraer la vida política al juego de los «espadaños», Cánovas del Castillo, cuando diagnosticaba que «la enfermedad está en que no hay prudencia [...] en que nadie quiere esperar el desenvolvimiento lento de las ideas, de la predicación y del convencimiento, el triunfo de sus principios, y en que a todo el mundo se le hace tarde para esperar, fiando la resolución de todos los problemas al triste recurso de la fuerza». Discurso en el Senado, 5

imprescindible principio de jerarquía en el seno de las Fuerzas Armadas, contribuye a una más plena identificación de sus miembros con el sistema constitucional a cuyo servicio se hallan, puesto que la práctica les demostrará que sus garantías y franquicias también a ellos les protegen. La condición militar siempre ha ido pareja a la de ciudadanía en todas las sociedades sanas, y la expulsión de los militares como individuos de la vida política sólo serviría para reducirlos al rango de aquellos mercenarios que ya MAQUIAVELO (110) rechazaba por ser tropa poco fiable.

Sin embargo, para que este efecto beneficioso pueda producirse es también preciso recalcar que el ejercicio de este derecho debe mantenerse dentro de términos razonables, concepto éste cuya concreción he intentado ir precisando. No debe olvidarse, con el fin de no falsear el pensamiento del escritor con quien he abierto estas consideraciones, que el derecho de asociación mal ejercido entraña también peligros para que la libertad de una sociedad sea sostenible (111). La experiencia europea durante el siglo xx, en el que millones de personas se vieron sometidas a la represión de regímenes totalitarios que disponían de un partido político y de las organizaciones a él asociadas como elemento de movilización para destruir la democracia primero y más adelante asegurar su poder sofocando todo impulso social espontáneo, debe ser una lección constante. La libertad no es una premisa dada del orden social, sino, como apuntara LORD ACTON, un fruto delicado, que requiere cuidados constantes para mantenerse en sazón, y ésa es tarea que a todos nos compete.

de junio de 1876, tomado de L. Díez DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, CEC, Madrid, 1984, pág. 651.

(110) N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, XII, Feltrinelli, Milán, 1993, págs. 76 y ss.

(111) «Es, pues, un peligro que se opone a otro peligro más de temer». A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, op. cit., pág. 180.