

SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN
PROFESIONAL DEL MILITAR. ¿HACIA UNA LIBERTAD
SINDICAL?

PREMIOS DEFENSA 2011

PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO

ÍNDICE:

	Págs.
Abreviaturas y acrósticos utilizados.....	3
I. La naturaleza del derecho de asociación profesional del militar.....	4
II. El régimen jurídico del derecho de asociación profesional:.....	21
a) Su regulación en la Guardia Civil.....	21
b) El proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.....	30
III. La problemática planteada por el ejercicio de algunos derechos fundamentales conexos:.....	36
a) El derecho de reunión de los militares asociados profesionalmente	36
b) La libertad de expresión de los representantes asociativos y el régimen disciplinario.....	62
IV. Las posibilidades de desarrollo del artículo 28.1 CE: ¿hacia una libertad sindical del militar?.....	78
Bibliografía.....	98

ABREVIATURAS Y ACRÓSTICOS UTILIZADOS

- Art.: artículo
- AUGC: Asociación Unificada de la Guardia Civil
- CE: Constitución española de 27 de diciembre de 1978
- CEDH: Convenio Europeo de Derecho Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950
- Cit.: obra citada
- Coord.: coordinador
- CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal
- CPM: Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que aprueba el Código Penal Militar
- CSE: Carta Social Europea, aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos, firmada en Nueva York el 10 de diciembre de 1948
- Ed.: editor
- *Ibidem*: allí mismo
- LEBEP: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
- LODA: Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación
- LODDGC: Ley Orgánica 11/2007, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil
- LODR: Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, del Derecho de Reunión
- LOFCS: Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- LOLS: Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
- LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- LOPP: Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos
- LORDFAS: Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas
- LORDGC: Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil
- LORDGC 1991: Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (derogada)
- LROFAS: Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966
- PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966
- PLODDFAS: Proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 23 de julio de 2010
- Secc.: Sección
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ (Madrid): Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma
- UO: Unión de Oficiales de la Guardia Civil
- *Vide*: Véase

I. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL DEL MILITAR

La STC 219/2001, de 31 de octubre, admitió la constitucionalidad del ejercicio por los militares del derecho fundamental de asociación profesional, cuya legitimidad había sido cuestionada históricamente, y sobre el que existían escasas referencias legales¹ y jurisprudenciales, aparte de la expresamente contenida en el artículo 127.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE)². Ni siquiera se refería expresa y específicamente a esta especie asociativa profesional el artículo 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, LROFAS),³ cuando prohíbe al militar, junto al ejercicio de la libertad sindical, el del derecho a asociarse con fines reivindicativos («asociaciones con finalidad reivindicativa»). Este concepto jurídico indeterminado, directamente enraizado en la experiencia de las Juntas de Defensa, está formalmente dirigido a impedir la constitución de *parasindicatos* de militares, pero también permitiría a la Administración la proscripción de otras manifestaciones del derecho fundamental amparado por el artículo 22 CE, como acertadamente señaló en el voto particular formulado a la STC 219/2001, de 31 de octubre, el magistrado González Campos⁴ —aunque no impediría,

¹ Solamente las contenidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), fundamentalmente en su artículo 401, que desarrolla el derecho de asociación profesional constitucionalmente reconocido a jueces, magistrados y fiscales. Con posterioridad a la misma la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, LEBEP) reconoció este derecho para el resto de empleados públicos y funcionarios en su artículo 14 p), considerándolo uno de los «derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio».

² «Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales».

³ Artículo que mantiene actualmente su vigencia.

⁴ En su FJ 4º: «[...] su enunciado tampoco cumple otra exigencia establecida por este Tribunal: que la limitación que introduce del derecho fundamental sea cierta y previsible, pues en otro caso la restricción del derecho queda al arbitrio de quien ha de aplicar la Ley. Y a este fin cabe apreciar que los términos con los que el citado precepto enuncia la prohibición respecto a la segunda categoría son tan indefinidos e imprecisos que permiten, en detrimento del derecho de asociación que el art. 22 CE reconoce, subsumir sin dificultad dentro de las «asociaciones con finalidad reivindicativa» a muchas asociaciones creadas por

en principio, las de tipo «religioso, cultural, deportivo o social», por considerar legítimo su ejercicio el propio artículo 181 párrafo 2º LROFAS—.

Debe reconocerse que la experiencia de «sindicalismo militar» que el fenómeno de las Juntas de Defensa⁵ supuso⁶ justificó las prevenciones introducidas por la LROFAS al ejercicio del derecho fundamental de sindicación que el texto fundamental que se acababa de aprobar⁷ reconocía a «todos» sin excepción⁸. Y además hace preciso realizar una breve referencia histórica, siquiera muy somera, a las causas que originaron aquél y a las consecuencias que el mismo produjo no sólo en el Ejército, sino en la sociedad española en general y en la vida política del país. El primer hito formal en la constitución de un movimiento *parasindical* fue formalizado en 1888, año en que se creó una *Junta de Artillería* por los oficiales de este arma, con el objeto de defender la tradicional y característica escala cerrada de ascenso de los artilleros⁹ frente a las pretensiones de imponerles la escala abierta de ascensos que regía en el resto del Ejército. Esta lucha finalizó en 1916, cuando por Real Orden de 4 de enero se establecieron pruebas de aptitud para los oficiales¹⁰, medida que pretendía combatir el estado de letargo (físico e intelectual) en que se encontraba parte de la oficialidad, y que se extendió posteriormente al resto de escalas, lo que provocó una reacción airada de los

miembros de las Fuerzas Armadas, como así se ha hecho respecto a la Hermandad que solicita el amparo».

⁵ De «sindicatos encubiertos» las califican F. de Salas López y F. Laguna Sanquirico: «Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 36, 1986, p. 129.

⁶ Según C. P. Boyd: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 95: «A partir del 1 de junio de 1917, las juntas se convirtieron, en palabras del conde de Romanones, en “los amos de España”. Con todo, su poder obedecía más al apocamiento del gobierno y a la favorable acogida que dispensó la opinión pública a la rebelión que a cualquier amenaza seria de empleo de la fuerza».

⁷ Debe recordarse que la CE entró en vigor el 28 de diciembre de 1978 (día de su publicación en el BOE), día en que sancionaba por el Jefe del Estado la LROFAS, que fue publicada en el BOE del 14 de enero de 1979 y entraron en vigor, por aplicación del artículo 2.1 del Código Civil, a los veinte días de la misma.

⁸ El artículo 28.1 CE reconoce la titularidad de este derecho a todas las personas, sin establecer excepciones subjetivas, permitiendo que el legislador orgánico decida si priva o limita el ejercicio del derecho a los militares.

⁹ Los ascensos se producían por estricto orden de antigüedad.

¹⁰ Las pruebas de aptitud eran una de las novedosas medidas que el proyecto de ley de reforma del Ejército, del ministro de la Guerra Luque presentó en septiembre de 1916 en el proyecto de ley del Ejército, y que fueron aplicadas sin esperar a la aprobación del texto legal.

uniformados, que alcanzó una especial virulencia en Barcelona¹¹. La guarnición barcelonesa, plenamente consciente de su importancia, dado el carácter extremadamente conflictivo de la ciudad en materia de orden público (una de cuyas muestras fue la de la llamada *Semana Trágica*) constituyó una (la primera) Junta de Defensa de Infantería, presidida por el Coronel Benito Márquez. La expansión del fenómeno juntero fue fulgurante, y puede afirmarse que en 1917 ya existían juntas de infantería y de caballería en la mayoría de guarniciones españolas, si bien las pretensiones de estas organizaciones no puedan calificarse sino como de difusas, según relata la doctrina historiográfica:

Los objetivos de las juntas eran bastante vagos; en general, las juntas se oponían a los africanistas, a los ascensos por méritos de guerra, a la camarilla palaciega y a los generales. Los miembros de las juntas pedían mayor justicia en las recompensas, salarios más elevados y facilidades de acceso hasta el rey. Se oponían hostilmente a los políticos parlamentarios quienes, según ellos, eran responsables en gran medida de los males del gobierno y del ejército. Creían que el gobierno y el pueblo debían tener mayor respeto a los militares, cuya misión era servir de columna vertebral del país, ser el árbitro nacional. Los problemas profesionales tales como lo inadecuado de la instrucción militar y del material venían después en la lista de las quejas de las juntas y a veces ni siquiera eran mencionados.¹²

Este «sindicalismo militar»¹³ se constituyó, por tanto, como medio de protección de la posición de los militares peninsulares en el escalafón, exigiendo a los oficiales integrantes de las mismas jurar un pacto de solidaridad por el cual se comprometían no sólo a no aceptar ningún ascenso que no fuera por estricta antigüedad (con el objetivo

¹¹ Fue en esta capital donde el capitán general Alfau ordenó a tres jefes de infantería que se sometieran a las pruebas físicas. Aunque todos las superaron, se consintió la presencia de civiles durante su realización, mofándose los asistentes de los tres examinandos. C. P: Boyd: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, cit., pp. 79 a 81

¹² S. G. Payne: *Los militares y la política en la España contemporánea*, Ruedo Ibérico, Buenos Aires, 1967, pp. 110 y 111.

¹³ M. Alpert: *El Ejército Popular de la República, 1936-1939*, (3ª edición), Crítica, Barcelona, 2007, p. 7.

de lograr la escala cerrada dentro del arma de Infantería), sino también a excluir de la Junta tanto a los generales como a la tropa, persiguiendo la mejora de las condiciones económicas de las clases medias del Ejército (los oficiales de empleos intermedios).¹⁴

La estructuración de un mando nacional juntero en Barcelona (con la creación de la Junta Superior de Infantería) configuraba, en realidad, un mando militar fantasma en la ciudad condal, integrado fundamentalmente por oficiales de empleos intermedios. Tras el arresto de los integrantes de la misma, ante la negativa de éstos a cumplir la orden de disolución dictada por el nuevo Ministro de la Guerra (general Aguilera) y los consiguientes disturbios protagonizados por los junteros, que nombraron una nueva Junta, se procedió al reconocimiento de las juntas por el Gobierno, *de facto*, el 3 de junio de 1917¹⁵. El 8 del mismo mes, las Juntas fueron reconocidas jurídicamente dentro de la estructura del Ejército, aprobándose el Reglamento de la Junta de Infantería el 12 de junio de 1917 por el nuevo gobierno de Eduardo Dato¹⁶.

Alfonso XIII inicialmente reaccionó con aprensión al fenómeno juntero, temeroso de que tras estas reclamaciones profesionales iniciales las juntas atacaran la propia institución monárquica. Sin embargo, y tras plantear el Ministro de la Guerra (general Luque) la posibilidad de infiltrar dentro de las mismas a oficiales monárquicos para dirigir sus actividades en provecho de los intereses reales —sustituyendo en su función, de paso, a los tradicionales tribunales de honor—, obtuvieron la aquiescencia real.¹⁷ Pero no sólo la monarquía intentó controlar políticamente a las juntas. Grupos radicales y republicanos pretendieron infiltrarse en las mismas para manipularlas y

¹⁴ C. P. Boyd: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, cit., p. 81.

¹⁵ La resistencia de los junteros ocasionó el cese del capitán general de Cataluña, general Alfau, al no haber podido cumplir el encargo del Ministro de la Guerra de disolver las Juntas.

¹⁶ Durante los disturbios de junio de 1917 los junteros realizaron una serie de peticiones al gobierno, entre las cuales la principal era la aprobación de este reglamento. C. P. Boyd: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, cit., pp. 91 y 92.

¹⁷ Aunque no llegó a fructificar, pese a que el presidente del gobierno, Romanones, estaba de acuerdo con ella, ya que casi simultáneamente se había constituido una Junta Superior de Infantería en Barcelona, seguida por la de Caballería, ambas de ámbito nacional, que provocaron con su actividad la dimisión del gabinete en mayo de 1917.

utilizarlas en interés de sus respectivos proyectos políticos¹⁸. Sin embargo, no llegaron a ser controladas por ningún partido, dada su naturaleza esencialmente sindical; los junteros no tenían objetivos políticos, sino que simplemente perseguían la mejora de las condiciones económico-sociales de la oficialidad¹⁹. Es más, fueron estos intentos de manipulación política los que decidieron a la Junta Superior de Infantería a intervenir en política de manera independiente, a través del general Marina, lo que provocó como contramedida gubernamental el nombramiento de un hombre de la denominada *línea dura* (de la Cierva) como Ministro de la Guerra, quien enarboló una actitud claramente beligerante, provocando un pulso con el coronel Márquez (director de la Junta de Infantería) que marcó el inicio del fin para las mismas: el ministro, para restarles protagonismo, ordenó la creación de una Junta Central de Defensa, que aglutinaba a representantes de las tres Juntas superiores de las tres armas (infantería, caballería y artillería), provocando indirectamente la caída del Gobierno Nacional de Maura el 6 de noviembre de 1918.

Aunque el fenómeno juntero fue inicialmente corporativo y exclusivo de la oficialidad —que veía con abierta oposición los movimientos obreros sindicales—, provocó inconscientemente la introducción del sindicalismo en el Ejército, con la creación de la *Unión de clases de Tropa*, como reacción ante el incipiente sindicalismo de los mandos. La respuesta de la oficialidad no se hizo esperar, siendo esta Unión disuelta tanto por motivos disciplinarios (el peligro que suponía que los soldados

¹⁸ Se atribuye vinculación de las Juntas de Defensa de suboficiales con el fundador del PSOE, Pablo Iglesias. J. M. Manrique García y L. Molina Franco: *Las armas de la Guerra Civil española* (1ª edición), La Esfera de los libros, Madrid, 2006, p. 24.

¹⁹ Muestra de esta naturaleza sindical y no política es la lista de reivindicaciones enumerada por C. P. Boyd (*La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, cit., pp. 91 y 92): 1. Supresión de ascensos por méritos de guerra. 2. Disolución de la camarilla militar del rey. 3. Aumentos salariales. 4. Paridad de las amortizaciones militares con las civiles. 5. Cese del Alto Comisario de Marruecos. 6. Reposición como capitán general de Cataluña del general Alfau.

estuvieran agrupados en entidades organizadas), como por los contactos políticos habían establecido con el fundador del PSOE, Pablo Iglesias²⁰.

El conflicto de la juntas con los alumnos de la Escuela Superior de Guerra, a los que se exigió una renuncia al retorno a sus armas de procedencia si ingresaban en el Estado mayor —y que finalizó con la victoria de los junteros, tras ser expulsados varios alumnos del Ejército por un tribunal de honor, al negarse a tal compromiso— supuso el momento de mayor influencia y poder político de las juntas²¹, y motivó la sustitución (puramente nominal) de las juntas por las Comisiones Informativas²², creadas por el RD de 30 de diciembre de 1919 del gobierno *maurista* de Allendesalazar. Estas Comisiones²³ tenían asignadas funciones de recogida de datos u opiniones que afectaran a las condiciones de vida de los militares.

A partir de este momento, el fenómeno de las Juntas se extinguió progresivamente debido al descrédito que acarreó al propio Ejército, motivado no tanto por la actividad u objetivos que las propias Juntas en su origen se habían fijado, sino por la utilización que tanto por parte de la monarquía como de los diversos grupos políticos se hizo de las mismas en la contienda política. Finalmente, por Real Decreto de 13 de noviembre de 1922 se procedió a su disolución.

²⁰ Uno de los grandes objetivos de los partidos marxistas españoles era conseguir influencia dentro de la clase de tropa. Dicho interés se justificaba por una doble vía: en primer lugar, el sistema de leva hacía que el sector de población proclive a aceptar el ideario marxista (el proletariado obrero, y en menor medida, el campesinado) se agrupara en los cuarteles durante la prestación del servicio militar obligatorio, lo que simplificaba enormemente las labores proselitistas, al concentrar en los cuarteles a los potenciales afiliados; por otro lado, el Ejército era el baluarte de la burguesía, el defensor del sistema conservador y reaccionario, por lo que cualquier cuña que se pudiera introducir en el engranaje del mismo facilitaría el objetivo final de instaurar una dictadura del proletariado.

²¹ Un relato pormenorizado de estos hechos se encuentra en C. P. Boyd: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, cit., pp. 173 a 178.

²² La organización y composición de las mismas se reguló por Real Decreto de 16 de enero de 1920, y se desarrolló por Real Orden de 24 de enero de ese año. Se integraban en las secciones de personal del Ministerio de la Guerra, siendo presididas por un Coronel e integradas por un número de vocales que representaban a todas las gradas del escalafón militar.

²³ Tanto por su composición como por sus funciones puede considerárselas como un antecedente directo de los actuales Consejos Asesores de Personal establecidos por el derogado artículo 151 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, la Ley 17/1999, de 18 de mayo.

Parece explicable, por tanto, que el legislador democrático, cuando afrontó la tarea de establecer el código deontológico de la milicia en 1978²⁴, excluyera de raíz la cobertura legal de cualquier forma de organización sindical en el ámbito castrense. Pero estos reparos al reconocimiento del derecho de sindicación no son una peculiaridad española, sino que han sido comunes en el Derecho comparado europeo no sólo dentro de los Ejércitos, sino en el ámbito de la función pública civil —basta recordar como los textos internacionales equiparan en la imposición de restricciones al ejercicio del derecho a militares, policías y al resto de la Administración pública, arts. 8.2 PIDESC y 11.2 CEDH—, pues solamente con la transformación social del empleo público, producto de la mutación de unas labores administrativas que suponían cada vez más una mayor participación en actividades prestacionales o industriales —transformándose, al tiempo, la composición del personal administrativo, que pasó de ser elitista a admitir a servidores públicos procedentes de las capas sociales más bajas— se empezaron a reconocer determinadas modalidades asociativas²⁵. Así en Francia e Italia se admitió a principios del siglo XX el sindicalismo mutualista (con la Ley de Asociaciones francesa de 1901 y en Italia durante la época *giolittiana*²⁶), que ya era aceptado en España por la Ley de asociaciones de 1887, pero se rechazaba de plano el sindicalismo reivindicativo, que en Francia quedaba regulado por la Ley de 1884 y era proscrito del empleo público en 1885 por un *arrêt* del Consejo de Estado.

En el período de entreguerras va a extenderse la preocupación por los derechos colectivos de los empleados públicos, siendo rechazada la sindicación reivindicativa y

²⁴ Como así definía a las Ordenanzas de las Fuerzas Armadas el derogado artículo 1 LROFAS: «Estas Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. Tienen por objeto preferente exigir y fomentar el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor».

²⁵ Seguimos en este punto las explicaciones de L. Ortega: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 52 y ss.

²⁶ Así llamada por la figura del político liberal Giovanni Giolitti, quien llegó a ocupar durante cinco períodos el cargo de primer ministro durante los primeros veinte años del siglo XX. D. Sassoon: *Mussolini y el ascenso del fascismo*, Crítica, Barcelona, 2008, pp. 83-92.

admitida la mutualista (prueba de ello son la *Ley Lloyd-La Fayette* estadounidense de 1912, los *Whitley Councils* británicos²⁷ o el sindicalismo corporativo italiano de la Ley Rocco²⁸ de 1926 y la posterior Ley de 1937). La única excepción a esta tendencia conservadora la constituyó el Estatuto de los Funcionarios belga de 1937, obra del gobierno socialista que reconoció a este colectivo la libertad sindical e instauró unos consejos de personal al estilo de los británicos.

En España se siguió la línea conservadora mayoritaria, prohibiéndose la sindicación y reconociéndose un asociacionismo profesional de carácter corporativo (Ley de Bases sobre funcionarios civiles, de 22 de julio de 1918, y su Reglamento de desarrollo, de 7 de septiembre de ese mismo año). Esta tendencia se confirmaría en la Constitución republicana de 1931 (art. 41.4), en la que se reconoció el asociacionismo profesional de los funcionarios civiles, siempre que no interfiriera su ejercicio en la prestación del servicio público, con lo que en la práctica se alejaba al empleado público del régimen ordinario de asociación y sindicación del artículo 39. Aprobada la Ley de asociaciones profesionales, de 8 de febrero de 1932, aplicable solamente a patronos y obreros, el derecho de asociación profesional de los funcionarios se vio desarrollado por dos Órdenes Ministeriales (de 11 de enero y 18 de febrero de 1936) que remitían, en cuanto al ejercicio del derecho, a las Leyes de 1887 (de asociación) y 1918.

Tras la II Guerra mundial se reconoció de manera general la libertad sindical en el empleo público en las diversas Constituciones que se fueron aprobando (francesa de 1946, italiana de 1947 y alemana de 1949), aunque también aparecieron las primeras restricciones en cuanto a su ejercicio por los funcionarios asignados a la defensa del orden público. Así ocurrió en Francia, como atestiguan diversas decisiones del Consejo de Estado, como el *arrêt Fédération Nationale des syndicats de police de France et*

²⁷ Se trataba de unos consejos de personal creados para intentar contener las incipientes demandas de sindicación de los empleados públicos.

²⁸ Que suprimió los sindicatos tradicionales por su carácter reivindicativo.

d'outrre-mer (29 de enero de 1960) y el *arrêt Fédération Generale des syndicats de police CGT* (28 de enero de 1972), en los que se admitió la sindicación policial, pero siempre que su ejercicio no afectara al servicio público comprometiendo la independencia del servicio de policía. Pero en la España de los años cuarenta del siglo XX se produjo, en cambio, una recesión en materia de libertad sindical, al quedar desterrado del Ordenamiento jurídico este derecho, admitiéndose únicamente el mutualismo y la colegiación profesional de los llamados profesionales liberales. Esta proscripción del derecho motivó que durante la transición democrática las diversas normas que se fueron aprobando en materia asociativa (RD 1836/1976, de 16 de julio, de derecho de asociación profesional de funcionarios; Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical; RD 1522/1977, de 17 de junio, de asociación sindical; RD 3624/1977, de 16 de febrero de 1977, sobre derecho de asociación de los funcionarios de los Servicios de Seguridad; RD-Ley 10/1977, de 8 de febrero, sobre actividades políticas en las Fuerzas Armadas) iniciaran un proceso de apertura que concluyó en el pleno reconocimiento de la libertad sindical en sede constitucional (art. 28.1)²⁹ a todas las personas, previéndose expresamente solamente dos posibles especialidades: por un lado, la posibilidad de excepción o limitación del ejercicio del derecho para los militares (sean éstos miembros de las Fuerzas Armadas o integrantes de Cuerpos policiales militares, como la Guardia Civil)³⁰, —decisión que se residenció en última instancia en el criterio del poder legislativo, quién optó por la prohibición del ejercicio para estos colectivos en el artículo 1.3 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

²⁹ «Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados, a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato».

³⁰ Existen autores que sostienen que esta referencia incluye en su seno también a los funcionarios de policía civiles (Cuerpo Nacional de Policía, Policías autonómicas y locales). Así, J. A. Santamaría Pastor: «Artículo 28», en F. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, (3ª edición ampliada), Civitas, Madrid, 2001, pág. 659.

(en adelante, LOLS)—; por otro, la obligada existencia de un régimen de libertad sindical *peculiar* («peculiaridades» en la terminología del constituyente) para los funcionarios públicos, que necesariamente sería regulado por la Ley³¹. Ahora bien, la fórmula elegida inicialmente por el legislador planteó serias dudas de constitucionalidad, pues la prohibición de afiliación sindical trenzada por el juego de los artículos 181 y 182 LROFAS³² parecía vulnerar el mandato del artículo 81.1 CE (dada la naturaleza legal ordinaria de la LROFAS)³³ que establecía la necesidad de desarrollo por ley orgánica del contenido de los derechos fundamentales, si bien la ya mencionada aprobación del artículo 1.3 LOLS solventó la cuestión al dar cumplido desarrollo a la previsión contenida por el artículo 28.1 CE.

Pero si la LOLS materializaba la opción abierta por el constituyente, decidiendo la exclusión de los militares de la defensa sindical de sus intereses profesionales, — salvando, de paso, los defectos formales apreciados en la normativa ordenancista—, lo que no zanjó fue la duda abierta *ex* artículo 181 párrafo 1º LROFAS de articular una defensa de esos intereses recurriendo al genérico derecho fundamental de asociación³⁴, que este artículo parecía prohibir a los militares al referirse a la exclusión del ámbito

³¹ Sobre la diferencia entre titularidad y libre ejercicio, y el reconocimiento del derecho a todos los trabajadores y funcionarios sin excepción véase E. De la Villa Gil, G. García Becedas e I. García-Perrote Escartín: *Instituciones de Derecho del Trabajo* (2ª edición), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 318 y ss.

³² En un curioso régimen en el que el artículo 181 prohíbe la participación en sindicatos y el ejercicio del derecho fundamental de huelga o de alguna de las formas sustitutivas de la misma, y el artículo 182 excluye la posibilidad de afiliación sindical y de colaboración en actividades sindicales.

³³ Sobre la ubicación temporal de la LROFAS frente a la CE y las dudas de inconstitucionalidad que acechan sobre alguna de las excepciones y restricciones impuestas por aquélla a los derechos políticos y sindicales de los militares, así como sobre las diferentes posiciones adoptadas en la doctrina sobre la ubicación temporal de la LROFAS respecto a la CE, *vide* J. J. Herbón Costas: *Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 114-129. También son de interés F. de Salas López y F. Laguna Sanquirico: «Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 36, 1986, págs. 119 a 139, R. Martínez Martínez: «Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?», en M. Ramírez Jiménez (ed.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 508-509 o J. M. Peñarubia Iza: *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 146-149.

³⁴ Reconocido en el ámbito internacional como de titularidad universal por los artículos 20.1 DUDH, 22.1 PIDCP, 8.1 PIDESC y 11.1 CEDH.

castrense de las «asociaciones con finalidad reivindicativa». Pero, ¿qué debe entenderse por «asociaciones con finalidad reivindicativa»? Desde una interpretación literal del precepto, la utilización de este *nomen iuris* («asociación»³⁵) dirige las pesquisas al ámbito del artículo 22 CE que, como se sabe, contempla el hecho asociativo de forma genérica³⁶, dando cobijo en su seno a la pluralidad de especies que el mismo presenta y estableciendo una normativa supletoria, junto con su legislación de desarrollo (Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación, en adelante, LODA) para las especies que, como la libertad sindical, cuentan con un desarrollo normativo propio. Ahora bien, ¿qué tipo de asociaciones son ajenas al ámbito de esta prohibición por no ser «reivindicativas»?; o visto desde una perspectiva positiva de ejercicio del derecho: ¿qué asociaciones, dentro del elenco de especies que tienen cabida en el derecho fundamental de asociación (deportivas, culturales, sociales, profesionales, religiosas, políticas, sindicales...) son accesibles para ser participadas por los militares? El legislador ordenancista parece guiarnos en este punto, al excluir expresamente la posibilidad de afiliación a partidos políticos y sindicatos —que, por tanto, no serían a los efectos legales incardinables dentro del concepto jurídico indeterminado objeto de análisis—, y al reconocer expresamente, por otro, que «Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones *legalmente autorizadas* de carácter religioso, cultural, deportivo o social»³⁷ (art. 181 párrafo 2º ROFAS), con lo que estas asociaciones no son consideradas reivindicativas por expreso mandato legal —sin perjuicio de que deba

³⁵ Las principales referencias bibliográficas sobre el mismo son las siguientes: E. Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996; G. Fernández Farreres: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987; J. M. Bilbao Ubillos: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997 y J. González Pérez y G. Fernández Farreres: *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.

³⁶ Como señaló el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 5/1996, de 16 de enero, FJ 6º: «El art. 22.1 C.E. reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones y modalidades (SSTC 67/1985, 23/1987 y 56/1995)».

³⁷ Las cursivas son nuestras.

plantearse la duda acerca de qué signifique esa *autorización legal*, dada la eficacia meramente declarativa de la inscripción registral de la asociación, *ex* artículo 22.3 CE³⁸, y la plena libertad asociativa reconocida por el constituyente a los ciudadanos—³⁹.

Llegados a este punto, sigue sin saberse qué es para el legislador una «asociación con finalidad reivindicativa». La interpretación histórica ayuda a aclarar la *mens legislatoris*, pero al mismo tiempo enmaraña aún más, si cabe, el problema apuntado, pues resulta que esta prohibición se encontraría íntimamente ligada con la tradicional prohibición de las actividades asociativas proletarias (los incipientes movimientos obreros reivindicativos desarrollados antes de la consolidación de la libertad sindical como derecho del trabajador y especie separada del tronco común asociativo)⁴⁰ durante el siglo XIX⁴¹, que desde las incipientes coaliciones obreras,

³⁸ Atrás quedaron los debates abiertos sobre la eficacia declarativa o constitutiva del sistema de inscripción registral establecido por la Ley de Asociaciones de 1964 tras el advenimiento de la Constitución española, siendo unánime actualmente en la jurisprudencia (SSTS de 1 de octubre de 1979, de 23 de septiembre y de 4 de noviembre de 1981, por citar algunas de las más próximas temporalmente a la entrada en vigor de la Carta magna) la admisión de la eficacia declarativa *ex* artículo 22.3 de la Carta magna. Apoyan la tesis declarativa E. Lucas Morillo de la Cueva: *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 182-193, y J. A. Montilla Martos: «La inscripción registral de Asociaciones en la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 92, Abril-Junio 1996, p. 178; la matiza G. Fernández Farreres: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 105-111, quien sostiene que el hecho asociativo es previo a cualquier registro o inscripción, pero que es esta última la que termina de dotar de personalidad jurídica diferenciada de la de sus asociados a la asociación. En su posterior obra sobre este tema junto a González Pérez (J. González Pérez y G. Fernández Farreres: *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 182-186) continúa criticando la redacción del artículo 22.3 CE, aunque ya admite la consolidación de esta jurisprudencia, asentada legalmente por el mandato contenido en el artículo 5.2 LODA.

³⁹ Conformado por las declaraciones de voluntad tanto de los miembros fundadores (en el pacto fundacional) como de los posteriores asociados (en el momento de su afiliación). La legislación orgánica de desarrollo ha solucionado el problema planteado por la doctrina ante el silencio de la Constitución al respecto, sobre el número mínimo de miembros necesarios para entender constituida una asociación [E. Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho de asociación*, cit., pp. 122-124, sostenía que ante el silencio constitucional tan válida era una solución al estilo belga (bastando dos asociados) o la opción tradicional del Derecho romano y que el legislador vasco de asociaciones de 1988 recogió en su texto, que determinaba la necesidad de al menos tres asociados para entender la asociación válidamente constituida], exigiendo la LODA un mínimo de tres voluntades individuales (que en el caso del derecho de asociación profesional entendemos que deben corresponder a personas físicas) con lo que cualquier relación jurídica establecida entre dos personas deberá ser reconducida al ámbito puramente negocial o contractual, pero no reconocida como ejercicio de este derecho fundamental.

⁴⁰ J. A. Ivorra Limorte: *Los orígenes del derecho de asociación laboral en España (1800-1869)*. Facultad de Derecho, Valencia, 1978, pp. 83 y 84; J. García Abellán: *Curso de Derecho Sindical* (2ª edición revisada y puesta al día), Universidad de Murcia, 1986, pp. 42.

⁴¹ Así entienden esta vinculación de lo reivindicativo con lo sindical, por ejemplo, F. de Salas López y F. Laguna Sanquirico: «Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española», cit., p. 135: «Las Ordenanzas, siguiendo en la línea de normas anteriores y después de analizar los resultados que han

pasando por las sociedades de resistencia o defensa y las asociaciones, desembocan en los sindicatos de trabajadores ya en el siglo XX⁴². Por tanto, para el legislador ordenancista las «asociaciones con finalidad reivindicativa» serían asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE (y, por lo tanto, formalmente asociaciones y no sindicatos) que perseguirían la defensa de fines económicos, sociales o profesionales del militar: es decir, sindicatos del artículo 28.1 CE encubiertos bajo la máscara de asociaciones del artículo 22 CE. Es decir, asociación reivindicativa sería toda asociación profesional de militares, al entenderse que los fines perseguidos por la misma son los de todo sindicato. Por ello, si está vedada la libertad sindical para el uniformado, también lo debe estar esta otra vía de defensa de intereses profesionales.

Esta fue la posición mantenida por el Tribunal Supremo en el caso de la denegación de la inscripción en el Registro de Asociaciones del Ministerio de Defensa⁴³ de la modificación estatutaria de la Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en situación de Reserva Transitoria, que se transformaba por la misma en Hermandad de Personal Militar en situación ajena al Servicio Activo. En la Sentencia de 30 de junio de 1997 (Secc. 7ª), que resuelve el recurso de casación interpuesto por la asociación frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que conoció del primigenio recurso contencioso-administrativo, el alto Tribunal aclara el sentido de lo que deba entenderse por «asociaciones con finalidad reivindicativa», negando que estas controvertidas asociaciones puedan ser consideradas ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 22 CE, e insertándolas como ejercicio de la libertad sindical reconocida por

tenido países cercanos, optan por la prohibición total, incluyendo las manifestaciones de carácter reivindicativo, que en muchas ocasiones son la forma encubierta de una organización sindical».

⁴² Una descripción pormenorizada de estas formas de organización y defensa de los intereses obreros puede encontrarse en J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical* (2ª edición), Comares, Granada, 2006, pp. 12-15.

⁴³ Por resolución de 21 de marzo de 1991 de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior adoptada por delegación del Ministro, confirmada por éste en reposición el 30 de diciembre de 1991. Esta resolución fue objeto de un primer recurso contencioso-administrativo, rechazado por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Secc. 1ª) de 26 de septiembre de 1992.

el artículo 28.1 CE, « [...] ya que debe entenderse que el artículo 28 no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también cualquier tipo de asociación que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material de sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege, que es lo que aquí sucede al asumir la Hermandad recurrente la defensa de intereses económicos y sociales [...] Si, por el contrario, se entendiera que el artículo 28 de la Constitución sólo permite excluir del ámbito de las Fuerzas Armadas la acción de sindicatos formalmente constituidos como tales, se propiciaría un fraude que, según señala la sentencia recurrida, sería no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del artículo 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación de sindical para soslayar la previsión del artículo 28.1 del mismo Texto Constitucional, en relación con el artículo 1.3 de la LOLS y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato» (FJ 6º). «Asociación con finalidad reivindicativa» sería, por tanto, toda asociación profesional de militares, toda asociación militar constituida conforme a las exigencias del artículo 22 CE que utilice dicha forma asociativa para ejercer actividades prohibidas como son la defensa o «reivindicación» de intereses profesionales, al estilo de las planteadas por las históricas Juntas de Defensa⁴⁴.

El Tribunal Supremo soslayaba en su interpretación la diferencia principal que existe en el genérico derecho fundamental de asociación y su manifestación de «especial relevancia constitucional» que es la libertad sindical, que no se encuentra en los fines

⁴⁴ El uso de la expresión «reivindicaciones» se encuentra ya en el Manifiesto del 12 de junio de 1917 de la Junta Central de Suboficiales, Brigadas y Sargentos: «...si, lo que no esperamos, los hechos vinieran con el tiempo a convencernos de lo fallido de estas esperanzas, roto en adelante el lazo de nuestro afecto, habrá llegado el amargo momento de pensar y de *creer* que nuestros jefes y nuestros oficiales iban a ser el primer muro de contención que tendríamos que allanar, cuando a su vez sonase para nosotros la hora solemne de las suspiradas reivindicaciones», como señala C. P. Boyd: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, cit., p. 103. Las cursivas se encuentran en el original.

perseguidos por la concreta organización establecida por los asociados⁴⁵, sino en los privilegiados medios de presión laboral de que disfruta el sindicato frente al resto de especies asociativas (desde asociaciones empresariales hasta partidos políticos⁴⁶, pasando por el resto de manifestaciones del derecho de asociación). Esta confusión puede venir derivada del seguimiento de algunos planteamientos esbozados por la doctrina laboralista, en la que algunos autores⁴⁷ destacan como diferencia entre los derechos de asociación y de sindicación el fin lucrativo indirecto de este último, así como los objetivos propios y específicos con lo que el artículo 7 CE caracteriza a los sindicatos, mientras otros⁴⁸ centran la diferencia en un triple factor: en primer lugar, la distinta composición y origen del sindicato, que está compuesto por trabajadores (a pesar de que la Constitución le reconoce el derecho a «todos», trabajadores o no), por la «clase obrera», y tiene su origen en la posición de debilidad de la misma frente al empresariado; en segundo lugar, en su distinta naturaleza, pues solamente pueden conceptuarse como sindicatos las organizaciones de trabajadores asalariados (debiendo integrarse dentro de las asociaciones profesionales todas las demás formas de defensa de intereses colectivos)⁴⁹; por último, también difieren en los fines, porque el sindicato

⁴⁵ Toda asociación precisa de un fin asociativo que actúe como *leit motiv*, justificando su creación y dirigiendo posteriormente sus actividades, siendo sustancialmente distinto para algunas asociativa. El artículo 1.3 LODA delimita algunas de ellas, y las excluye de la aplicación del régimen general establecido por la Ley remitiéndolas a su normativa específica: «Se regirán por su legislación específica los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales».

⁴⁶ Los cuales también son considerados por el Tribunal Constitucional como asociaciones de «especial relevancia constitucional» desde su STC 85/1986, de 25 de junio.

⁴⁷ M. Rodríguez Piñero (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Tecnos Madrid, 1986, p. 40. E. de la Villa Gil, G. García Becedas e I. García-Perrote Escarpín: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, cit., p. 324, consideran, citando a Sagardoy, que también se diferencia al sindicato del partido político, debido al carácter sociopolítico de sus reivindicaciones, así como al diferente componente humano de ambas organizaciones: mientras que el partido se caracteriza por la heterogeneidad, tratando de aglutinar a una pluralidad de personas pertenecientes a diferentes estratos sociales en torno a un objetivo político unitario, el sindicato se caracteriza por la homogeneidad de su composición, por su sentido de clase.

⁴⁸ A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y J. García Murcia: *Derecho del Trabajo* (10ª edición), Tecnos, Madrid, 2001, pp. 249 y 250.

⁴⁹ Según E. de la Villa Gil, G. García Becedas e I. García-Perrote Escarpín, cit., p. 323, «[...] el Tribunal Constitucional parece optar por una noción estricta del sindicato en virtud del cual el art. 7 CE no estaría

tiene como objetivo la defensa de las condiciones de trabajo, de vida y los intereses profesionales de los trabajadores, frente a los objetivos no directamente reivindicativos de otras formas asociativas. Siguiendo estos planteamientos, la Sala III del Tribunal Supremo en la referida sentencia equiparaba la asociación profesional con el sindicato, considerando, como se hace en el Derecho francés,⁵⁰ que la forma de la organización colectiva es indiferente, puesto que la prohibición legal desarrollada por el artículo 1.3 LOLS se dirige a prohibir unos fines determinados: la defensa de los intereses profesionales de los militares.

Sin embargo, la STC 219/2001, de 31 de octubre, rectificó la errónea postura mantenida por el Tribunal Supremo, afirmando una de sus posiciones más asentadas en materia sindical: la de la integración dentro del contenido esencial del derecho fundamental de los llamados medios de acción sindical. Sobre este pilar considera el Tribunal Constitucional que la diferencia entre un sindicato de trabajadores y una asociación profesional de militares no se encuentra en el carácter reivindicativo de los intereses que cada una de estas organizaciones defiende —que vienen a ser en ambos casos los mismos: la defensa socio-económica (llámese, si se prefiere, profesional) de sus afiliados frente al empresario-Administración que los emplea—, sino que estriba en los reforzados medios de acción que se integran dentro del contenido esencial de la libertad sindical (posición sostenida explícitamente desde la temprana STC 70/1982, de

refiriéndose a cualquier organización de los trabajadores “que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de aquéllos” (*ex art. 10 Conv. 87 OIT*), ni dejando a estos la iniciativa de decidir cuál será su estructura más adecuada, sino identificando jurídicamente una particular forma organizativa cual es la asociativa (sindicato-asociación)».

⁵⁰ La vinculación entre libertad sindical y asociación profesional vuelve a ser una nueva influencia (negativa) del Derecho francés, en la que el sindicato sería una asociación más, caracterizada por los fines que persigue. El artículo 2 de la Ley de 21 de marzo de 1884, que regula por primera vez este derecho, define al sindicato por sus fines: «el estudio y la defensa de los intereses profesionales». En el mismo sentido se manifiesta C.-A. Colliard: *Les libertés publiques*, cit., p. 800: «La libertad sindical significa, en primer lugar, la facultad reconocida por la ley de constituir una asociación profesional o de afiliarse a ella».

29 de noviembre⁵¹, que supuso el primer hito de la jurisprudencia extensiva del contenido esencial de la libertad sindical⁵²), por la posición de debilidad en la que el trabajador por cuenta ajena se encuentra frente a su patrono, y que son puestos a disposición de los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores (el derecho fundamental de huelga y los derechos constitucionales de negociación colectiva y de conflicto colectivo), medios completamente inidóneos dentro de la relación de sujeción especial que une al militar con la Administración General del Estado.

El Tribunal Constitucional, por tanto, enmarca este derecho de asociación profesional militar en el seno del derecho fundamental de asociación, desechando la posibilidad de que el ejercicio del mismo pueda ser considerado como ejercicio de la libertad sindical —a pesar de que los fines perseguidos puedan ser idénticos—, y por tanto prohibido y perseguido por la Administración, pues « [...] 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 equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE»⁵³.

⁵¹ FJ 3º: «Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el art. 28 CE es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñan el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 CE de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores. De aquí se desprende que su función no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la ley les invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulis* sean de necesario ejercicio colectivo. Por eso, ya reconoció la STC 8 Abr. 1981 que los derechos de huelga y de declaración de conflicto colectivo, de titularidad individual y de ejercicio colectivo pueden ser hechos efectivos por los grupos de trabajadores y por los sindicatos en cuanto medio de participación de los trabajadores como conjunto».

⁵² Y que han sido consagrada legislativamente por el artículo 2.2 LOLS.

⁵³ STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL:

A) SU REGULACIÓN EN LA GUARDIA CIVIL

El BOE del 23 de octubre de 2007 publicó la primera normativa en la historia de la Guardia Civil específicamente dedicada a regular los derechos de sus miembros, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, de Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil (LODDGC), que presenta como más destacada novedad la regulación legal del derecho de asociación profesional militar en la Benemérita. La nueva norma, partiendo de la confirmación de la naturaleza militar del Cuerpo⁵⁴, se estructura en dos partes diferenciadas: por un lado, lo que puede definirse como el Estatuto profesional de los guardias civiles (Títulos II a V, arts. 2 a 35) y, por el otro, el régimen jurídico del asociacionismo profesional (Títulos VI y VII, arts 36 a 57).

En lo que hace al ejercicio del derecho fundamental de asociación dedica la LODDGC su artículo 9 a detallar los términos en que podrá ser ejercido, destacando que el mismo se reconoce libre «de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 104.2 de la Constitución [...]» (art. 9.1). Clasifica la LODDGC las modalidades de ejercicio del derecho de asociación permisibles a los guardias civiles en dos categorías: por un lado, aquéllas que por su carácter genérico nada que tengan que ver con el ejercicio profesional, que quedarán amparadas por lo dispuesto en este artículo y por las normas generales de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación (LODA); y por otro, las asociaciones profesionales del Cuerpo, que seguirán el régimen jurídico inaugurado por la Ley —siendo supletoria la normativa general de la LODA— proscribiendo en ambos supuestos cualquier tipo de conexión (directa o indirecta) de

⁵⁴ Desde su mismo Preámbulo zanja la polémica existente acerca de la naturaleza del Cuerpo, optando por confirmar su naturaleza militar, reafirmada en su articulado por la expresa declaración realizada al respecto en el artículo 1.1 *in fine*: «[...] con las particularidades derivadas de su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar».

estas asociaciones con partidos políticos o sindicatos, o con las actividades de los mismos (art. 9.5).

La gran novedad de la LODDGC es, por tanto, la regulación del asociacionismo profesional reconocido a los guardias civiles, como militares que son, por la STC 219/2001, dedicando al mismo su Título VI (arts. 36 a 51), en un intento de dar cauce al incipiente movimiento asociativo *parasindical* experimentado en el seno de la Benemérita, alejándolo de cualquier conexión con actividades sindicales. La LODDGC entiende por «asociación profesional» aquella de ámbito estatal, formada exclusivamente por guardias civiles, sin ánimo de lucro⁵⁵, y que tenga por finalidad « [...] la satisfacción de los intereses sociales, económicos y profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales que favorezcan la eficiencia en el ejercicio de la profesión y la deontología profesional de sus miembros» (art. 36).

Introduce la LODDGC alguna matización a la jurisprudencia constitucional que en

⁵⁵ Debe tenerse en cuenta que la referencia a intereses económicos no supone que las asociaciones profesionales puedan tener fines lucrativos, pues es la ausencia de ánimo de lucro (art. 1.2 LODA) lo que distingue a las asociaciones del artículo 22 CE de una sociedad civil o mercantil. E. Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho de asociación*, cit., pp. 126-134, admite el criterio tradicional de la legislación española (leyes de 1887 y 1964) de diferenciar asociación de sociedad civil o mercantil sobre la base del ánimo de lucro o de distribución de ganancias presentes en estas últimas, aunque opina, siguiendo la doctrina mercantilista y civilista —que niega que toda sociedad mercantil se distinga por el ánimo de lucro o que toda sociedad civil se distinga por el objeto público (asociación y corporación) o privado (sociedad) que describen los artículos 35 y 36 del Código Civil—, que la raíz de la diferencia no es tal, sino el interés económico y el intercambio de productos, bienes o servicios, que persigue la sociedad, ya que en la asociación también pueden presentarse, tangencialmente, intereses económicos. Por su parte G. Fernández Farreres: *Asociaciones y Constitución*, cit., pp. 159-174, aunque mantiene una postura discrepante respecto a la diferenciación asociación-sociedad sobre la base del lucro («El fin altruista *versus* fin lucrativo, no me parece, sin embargo, que pueda configurarse como un criterio definitivo de diferenciación entre asociaciones y sociedades, sobre todo por la indefinición misma del concepto “fin altruista”», *ibidem*, nota 19, p. 165), acaba admitiendo que legislación y jurisprudencia se remiten al fin lucrativo como frontera infranqueable entre ambos supuestos. En su posterior obra de 2002 junto con González Pérez sobre la LODA mantiene las dudas planteadas en 1987 [«El sentido y finalidad de la distinción (fin lucrativo-fin altruista) parece, en definitiva, suficientemente clarificado. Desde la perspectiva civilista, interés público viene a equivaler a falta de ánimo de lucro, aunque no por ello deba negarse a las asociaciones toda posibilidad de realizar o desarrollar actividades de carácter económico. Una conclusión —se ha dicho— que queda reafirmada a la vista del propio artículo 22 CE, pues “de acuerdo con (dicho artículo) parece preferible entender que las asociaciones sólo pueden constituirse para alcanzar unos fines de interés público, aunque aquí el concepto de interés público deba entenderse en sentido lato»], aunque admite sin ambages que el elemento lucrativo es el criterio delimitador: «Y ese fin de lucro, con las precisiones efectuadas anteriormente, es propio y característico de las entidades regidas por las disposiciones relativas al contrato de sociedad (sociedades civiles y mercantiles en sus diversas formas)» (en J. González Pérez y G. Fernández Farreres: *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, cit., pp. 65 y 75 respectivamente).

materia de derecho fundamental de asociación se ha ido consolidando a lo largo del tiempo, en concreto respecto a la posibilidad de que la suma de voluntades precisas para consolidar el pacto asociativo y originar la persona jurídica en que toda asociación consiste puedan participar personas jurídicas⁵⁶. Por ello, solamente podrán ser miembros de estas organizaciones los guardias civiles que se encuentren en alguna de las situaciones en que se conserven los derechos y obligaciones inherentes a la condición (por tanto, en servicio activo o en reserva), quedando excluidos los que se encuentren en el resto de situaciones administrativas, así como los alumnos de centros docentes por no ostentar todavía la condición de guardia civil, pudiendo estar afiliados exclusivamente a una sola asociación profesional (art. 39 LODDGC), limitación ésta que parece heredada del régimen sindical del Cuerpo Nacional de Policía establecido por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS),⁵⁷ ejemplo de sindicato nacional y de «oficio»⁵⁸.

El ejercicio del derecho se ve constreñido por dos límites (art. 40 LODDGC): no puede entorpecer el cumplimiento de las funciones que en materia de protección de la seguridad ciudadana la Guardia Civil tiene asignadas y no debe vulnerar los principios de actuación fijados por la LOFCS⁵⁹. Además, se deslinda cualquier veleidad

⁵⁶ Exige el artículo 5.1 LODA un mínimo de tres voluntades individuales (con independencia de que pertenezcan a personas físicas o jurídicas, siempre que estén legalmente constituidas) para entender constituida la asociación, con lo que cualquier relación jurídica establecida entre dos personas deberá ser reconducida al ámbito puramente negocial o contractual, pero no reconocida como ejercicio de este derecho fundamental.

⁵⁷ Y que J. Barcelona Llop: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 163, considera una asimilación del establecido en Italia en 1981 para la *Polizia di Stato*.

⁵⁸ Entendiendo por tal al sindicato que agrupa a todos aquellos que trabajan en la misma actividad. M. Alonso Olea y M^a E. Casas Baamonde: *Derecho del Trabajo* (20^a edición revisada), Civitas, Madrid, 2002, p. 570.

⁵⁹ Contenidos en su artículo 5: «Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: 1. Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente: a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. b) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión. c) Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente. d) Sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso la obediencia debida

sindical a las asociaciones profesionales de guardias civiles, siendo excluidos expresamente por el artículo 41 LODDGC (en consonancia con la obligación de neutralidad sindical establecida en el artículo 18.2 LODDGC) el ejercicio de los derechos de acción sindical (la huelga, la negociación colectiva y el conflicto colectivo) que forman parte del contenido esencial del derecho de sindicación.

De lo hasta ahora visto, y a la luz de la faceta positiva del derecho fundamental de asociación⁶⁰ —es decir de la libertad de toda persona, y del militar como tal, de elegir la asociación profesional que desee para ejercitar su derecho⁶¹— que integra el

podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes. e) Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley. 2. Relaciones con la comunidad. Singularmente: a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas. c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior. 3. Tratamiento de detenidos, especialmente: a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención. b) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas. c) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona. 4. Dedicación profesional. Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana. 5. Secreto profesional. Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información, salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera. 6. Responsabilidad. Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas».

⁶⁰ STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 3º A): «De acuerdo con el art. 10.2 CE, las normas relativas al derecho de asociación han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Este criterio interpretativo permite afirmar que el derecho de asociación comprende tanto la libertad positiva como la negativa de no asociarse».

⁶¹ Esta faceta venía expresamente reconocida en artículo 20. 1 DUDH, y fue recogida por el artículo 11.1 CEDH, siendo objeto de reiterada jurisprudencia del TEDH, sobre todo en materia de afiliación a partidos políticos. Así, SSTEDH de 30 de enero de 1998, *caso Partido Comunista Unificado contra Turquía*; de 25 de mayo de 1998, *caso Partido Socialista contra Turquía*, de 8 de diciembre de 1999, *caso Partido de la Libertad y de la Democracia contra Turquía*. La más emblemática de estas sentencias la constituye el

contenido esencial del derecho, se plantean diversas cuestiones. La primera versa sobre si la libertad de elección de asociación supone el automático ingreso de cualquier ciudadano (en este caso, cualquier guardia civil) en cualquier asociación, cumpliendo los requisitos mínimos exigidos para el acceso por los Estatutos de la misma. La contestación a esta pregunta debe ser negativa, ya que de aceptarse esa automaticidad en la afiliación se estarían vulnerando el derecho de libre asociación del resto de asociados, que quedarían excluidos de dar su consentimiento a la idoneidad o no del nuevo socio⁶², al contrario de lo que ocurre para los colegios profesionales, en los que la colegiación determina la habilitación para prestar las labores propias de dichas profesiones, por lo que no cabe en ellas el rechazo a la afiliación, pues sería discriminatorio y, por ello, contrario al artículo 14 CE —salvo que el rechazo de la colegiación se sustente en el no cumplimiento de los requisitos objetivos para la admisión del nuevo colegiado—. ⁶³

La segunda cuestión abierta afecta al derecho a permanecer en la asociación ante la adopción por los órganos estatutariamente competentes de medidas disciplinarias de expulsión. El Tribunal Constitucional ha reconocido un control formal de dichas

caso Vogt, STEDH de 26 de septiembre de 1995, que reintegró a una profesora alemana que había sido expulsada de la función pública por pertenecer al Partido Comunista Alemán. Respecto de la faceta negativa del derecho fundamental de asociación, reconocida expresamente por el artículo 20.2 DUDH (la imposibilidad de obligar a ninguna persona a afiliarse a una asociación, la jurisprudencia del TEDH ha versado fundamentalmente sobre la imposibilidad de obligar a la afiliación obligatoria a sindicatos para ejercer determinadas profesiones, siendo algunas de las sentencias más destacadas las SSTEDH de 13 de agosto de 1981, *caso Young, James y Webster contra el Reino Unido de la Gran Bretaña*, y la de 30 de junio de 1993, *caso FRAMI contra Islandia*.

⁶² J. M. Bilbao Ubillos: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., p. 23.

⁶³ ¿Existe un derecho de admisión a sindicatos? ¿Puede un sindicato negar la afiliación a futuros asociados? Esta polémica ha sido resuelta en favor de la libertad de afiliación de cualquier trabajador al sindicato de su elección por algún órgano jurisdiccional (Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Valladolid, de 9 de septiembre de 1991) siendo rechazada por parte de la doctrina por considerar que esta interpretación vulnera el derecho del resto de sindicatos a decidir con quienes quieren estar asociados en defensa de sus intereses laborales y sociales. Trataba el caso de la integración de dos trabajadores procedentes de un sindicato de calificación política conservadora (FNT) en la UGT (de adscripción socialista), organización que negó la afiliación de los mismos por razones ideológicas. El Juzgado resolvió a favor de los trabajadores, concediéndoles la cualidad de afiliados. J. M. Bilbao Ubillos (*Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., pp. 173 y 174) relata con minuciosidad este debate y las posiciones existentes al respecto.

medidas, que alcanzaría al respeto a los derechos fundamentales del asociado⁶⁴, a las formas del procedimiento y a la competencia de los órganos encargados de adoptar la medida. Si el perjuicio que la expulsión causa al socio llega a considerarse «significativo», se reconoce por el Tribunal Constitucional la posibilidad de realizar un examen de fondo de la resolución cuestionada (STC 96/1994, de 21 de marzo)⁶⁵.

La libertad asociativa profesional va a ser contemplada por la LODDGC no sólo en la doble vertiente positiva-negativa, sino también en el doble aspecto individual-colectivo, ya consagrado por el Tribunal Constitucional en materia sindical. Así, junto a estos derechos del guardia civil asociado profesionalmente, la asociación en sí misma va a disfrutar de otros —algunos pendientes en su concreción de un futuro desarrollo reglamentario—, entre los que se encuentran (art. 38 LODDGC): realizar propuestas y dirigir peticiones relacionadas con sus fines a las autoridades competentes en los términos que reglamentariamente se establezcan; asesoramiento, apoyo y asistencia a sus asociados, así como representación legítima de los mismos ante los órganos de la Administración en las materias que afecten a la profesión, salvo que esta representación esté expresamente excluida⁶⁶; promoción de candidaturas a las elecciones al Consejo de la Guardia Civil o de otros órganos en que su participación se prevea.

También se va a reconocer el derecho a disponer de un tablón de anuncios en los centros de trabajo para difundir información de las asociaciones (art. 46 LODDGC), así como a convocar y celebrar reuniones en centros oficiales del Cuerpo para desarrollar el ejercicio del derecho, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar el servicio, previa

⁶⁴ STC 218/1988, de 22 de noviembre.

⁶⁵ El Tribunal Supremo (STS de 2 de febrero de 1996) sí reconoce en todo caso el control material de la resolución, que alcanzaría a los hechos imputados, a la fundamentación jurídica de la misma y a la proporcionalidad de la sanción adoptada. En este sentido también parte de la doctrina. Así, J. M. Bilbao Ubillos: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., págs. 82 y ss.

⁶⁶ Queda excluido el ejercicio de acciones disciplinarias en representación de la Asociación, por excluirse la representación en el régimen disciplinario de la Guardia Civil y por estar obligado todo miembro del Cuerpo a dar parte de las acciones antidisciplinarias de que tuviere conocimiento.

solicitud por escrito al jefe del centro con una antelación de setenta y dos horas, concretando lugar, fecha y hora, orden del día y datos de los convocantes que acrediten su representatividad asociativa, siendo éstos responsables del desarrollo de la reunión. El jefe del centro podrá denegar la autorización cuando considere que el servicio puede verse afectado. Se establece un silencio administrativo positivo de esta solicitud, considerándose que si en las veinticuatro horas anteriores a la reunión el jefe del centro no ha contestado la misma puede celebrarse sin ulterior requisito (art. 47 LODDGC).

La representación asociativa solamente va a ser reconocida a los guardias civiles en servicio activo (art. 42 LODDGC) que sean designados según lo establecido en los estatutos por la respectiva asociación profesional, produciendo efectos la designación a partir del día siguiente de su inscripción en el Registro de Asociaciones Profesionales del Ministerio del Interior, con lo que se deduce que el paso a cualquier situación administrativa distinta supone, *ipso iure*, la pérdida de esta condición. Sin embargo, es usual observar como en reiteradas ruedas de prensa, antiguos miembros del Cuerpo que ya no ostentan la condición profesional se presentan como cargos de una asociación profesional realizando quejas y reclamaciones, y a veces ataques *ad hominem* contra determinados mandos de la Benemérita, que una vez exceden del ámbito competencial reconocido a las asociaciones a las que dicen representar, y otras adolecen de las mínimas normas de respeto que deben imperar entre militares⁶⁷.

Se va a implantar, heredado del régimen sindical común, el concepto de representatividad asociativa, considerándose como asociaciones profesionales representativas a aquéllas que obtengan un miembro en el Consejo de la Guardia Civil o

⁶⁷ Caso paradigmático es el de una carta enviada por un antiguo guardia civil (que se presentaba a sí mismo como Secretario de Organización provincial de una asociación profesional) a un Coronel Jefe de Comandancia, en la que se dirigía al mismo tuteándole y llamándole compañero, como si hubieran sufrido ambos las mismas penalidades y hubieran salido ambos de la misma promoción de la Academia General Militar.

un diez por ciento de los votos en las elecciones al mismo al menos en dos de las escalas en que el Cuerpo se estructura a efectos electorales (art. 43 LODDGC). Estas asociaciones gozan de un *plus* de protección jurídica sobre el resto, ya que sus derechos básicos van a verse incrementados con los reconocidos por el artículo 44 LODDGC: derecho a ser informadas y consultadas en la elaboración de proyectos normativos que afecten a la condición profesional de los guardias civiles; posibilidad de participación en los grupos de trabajo o comisiones que se constituyan para tratar sobre aspectos profesionales; posibilidad de formular propuestas, elevar informes, dirigir peticiones y formular quejas a las autoridades competentes.

Los representantes de estas asociaciones representativas también van a gozar de un estatus privilegiado (art. 45 LODDGC), que ha de ser objeto de desarrollo reglamentario, y en el que se va a integrar tanto el derecho de acceso a los acuartelamientos del Cuerpo para desarrollar su labor asociativa (previa comunicación al jefe de unidad y sin menoscabo del desarrollo normal de las actividades y servicios del mismo), como el reconocimiento de un derecho a disponer de tiempo (horas mensuales y permisos no retribuidos) para desarrollar su actividad —aunque este derecho solamente es reconocido para los representantes de asociaciones que dispongan de miembros en el Consejo de la Guardia Civil—.

Respecto al régimen de constitución e inscripción de las asociaciones profesionales (arts. 48 a 51 LODDGC), la regulación es muy parca⁶⁸, aplicándose por ello supletoriamente la LODA por disposición expresa del artículo 9.3 LODDGC y de la disposición final segunda LODA. Como en el caso de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP), parece establecerse un sistema de inscripción

⁶⁸ Se refiere exclusivamente a la validez de la inscripción registral y su procedimiento y requisitos (art. 48), al contenido de los estatutos (art. 49), la responsabilidad de la asociación por los actos de sus órganos estatutarios o por los de sus representantes (art. 50) y la suspensión y disolución de las asociaciones conforme al régimen general previsto en la LODA (art. 51)

constitutiva⁶⁹, que iría en contra del sistema constitucionalmente establecido de inscripción declarativa (art. 22.3 CE) seguido por el artículo 10.1 LODA⁷⁰. Aunque parece inconstitucional que una especie asociativa del artículo 22 CE, como es el asociacionismo profesional de la Guardia Civil, tenga un régimen distinto y más restrictivo que el constitucionalmente establecido, ya se vio como el sistema instaurado por la LOPP fue validado por la STC 48/2003, de 12 de marzo⁷¹. Sea como fuere, la LODDGC establece un plazo para esta inscripción de tres meses, tras los cuales el silencio de la Administración debe considerarse positivo y la asociación válidamente constituida (art. 48.4 LODDGC). Destaca también la introducción de un apartado específico, desconocido tanto en la LODA como en la LOPP⁷², en el que se detallan las causas por las que podrá denegarse la inscripción en el Registro de Asociaciones Profesionales del Ministerio del Interior, que sucintamente son: el incumplimiento de las condiciones de su composición establecidas en el artículo 39 LODDGC; el incumplimiento por los Estatutos de los requisitos exigidos por el artículo 49 LODDGC; y cualquiera de los supuestos previstos en la LODA⁷³.

⁶⁹ Así lo confirma el apartado 2º de la propia Orden INT/3939/2007, de 28 de diciembre.

⁷⁰ Vide nota 37.

⁷¹ FJ 20º: «[...] hemos de partir de la idea de que la *ratio* de la prohibición de que el registro sirva a otros efectos que los de la publicidad reside en la tutela de la libertad de creación de asociaciones y partidos, con la que ninguna relación guarda el hecho de que se adquiera o no la personalidad jurídica. Por lo tanto, el legislador es libre de asociar o no el nacimiento de la personalidad jurídica a la inscripción en el Registro sin que del artículo 22.3 derive ningún impedimento para ello».

⁷² La LODA (art. 24) contempla la posibilidad de denegar la inscripción de una asociación, aunque sin citar específicamente causa alguna; la LOPP (art. 5) refiere el control formal de defectos subsanables, así como el examen de legalidad previo a instar de la Fiscalía las acciones para su ilegalización pero, nuevamente, sin hacer referencia expresa a las circunstancias que lo motiven, que se reflejan a lo largo del texto.

⁷³ El artículo 24 LODA establece una causa genérica: procederá la denegación de la inscripción cuando no se cumplan cualquiera de los requisitos exigidos por la LODA.

B) EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

El 23 de julio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, PLODDFAS), que a pesar de la amplitud de su título, viene a ser la Ley Orgánica que desarrolla el derecho de asociación profesional de los militares de las Fuerzas Armadas, como se ha reconocido sin ambages tanto por los comparecientes como por los miembros de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, en las sesiones de esta última celebradas los días 9 y 10 de febrero de 2011.

El PLODDFAS parte de un principio fundamental, que ya reconocía el artículo 169 LROFAS: el de la plena titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas por el militar. Pero introduce, quizá fruto de una mala conciencia por la irregular fórmula utilizada para limitar y excepcionar, durante toda nuestra democracia, algunos derechos y libertades a los uniformados, una referencia expresa al necesario respeto al «límite de los límites» que el contenido esencial consagrado por el artículo 53.1 CE supone⁷⁴, y a la precisa ponderación en la imposición de límites a aquéllos que el juicio de proporcionalidad utilizado en materia de limitación de derechos fundamentales por la jurisprudencia constitucional exige (Exposición de Motivos I). Sin embargo, esta declaración de intenciones presenta, en nuestra opinión, una doble quiebra: por un lado, no es transcrita literalmente al articulado (art. 3), aunque quizá se trate de una mera cuestión de estilo, dando por asumida la eficacia del artículo 53.1 CE y del juicio de proporcionalidad *también* en el ámbito militar; pero por otro, obvia aludir

⁷⁴ En nuestra opinión, la mejor exposición del funcionamiento del contenido esencial de los derechos fundamentales como «límite de los límites» a los derechos fundamentales y libertades públicas es la realizada por I. de Otto y Pardo en L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp.125-150.

a una realidad que se presenta como persistente en el régimen estatutario de los militares y que es desconocida respecto del resto de colectivos profesionales, y que no es otra que la existencia de una categoría jurídica nueva, que excede y rebasa el espectro de facultades de limitación del contenido del derecho fundamental reconocidas a legislación orgánica al desarrollar el derecho o libertad⁷⁵ por el artículo 81.1 CE y por la jurisprudencia constitucional, como es la completa excepción de ejercicio, la prohibición absoluta de ejercicio de algunos derechos fundamentales cuya titularidad es reconocida⁷⁶ al militar por la Carta magna⁷⁷, y en concreto del derecho fundamental de asociación política⁷⁸ (art. 7.1)⁷⁹.

El PLODDFAS dedica su artículo 13 al derecho de asociación, y sentada la exclusión de asociacionismo político y sindical (art. 7), que reitera este artículo en su número 3º, establece la sumisión al régimen general de la LODA para el resto de manifestaciones asociativas, salvo para la variante profesional que queda sujeta al régimen jurídico establecido por el Título III PLODDFAS y al que se aplica sólo supletoriamente la LODA (para las cuestiones relatadas en el art. 36.2). Este derecho de asociación profesional es reconocido para la «promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados» y se permite que pueda ser

⁷⁵ Aunque como muy bien apuntaba I. de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (2ª edición, 2ª reimpresión), Ariel, Barcelona, 1991, p. 117, « [...] es obvio que lo que se desarrolla no es el derecho a [sic] la libertad, sino la *norma* que lo reconoce. Lo que el art. 81.1 encomienda a la ley orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma constitucional [...]»

⁷⁶ El constituyente reflejó expresamente en el texto constitucional, dada la gravedad de la operación jurídica que en democracia suponen al privación completa del ejercicio de un derecho fundamental, los supuestos en que el ejercicio de uno de ellos quedaba radicalmente excluido, siendo reflejo de ellos la prohibición de asociación política y sindical que padecen los jueces, magistrados y fiscales en activo (art. 127.1 CE), extensible a los magistrados del Tribunal Constitucional por mor del artículo 159.4 CE, en ambos casos por la especial importancia de la función jurisdiccional que encarnan o que colaboran a impartir.

⁷⁷ Vide J. J. Herbón Costas: *Los derechos de asociación política y sindicación...*, cit., pp. 97-153.

⁷⁸ Sobre el que varios de los comparecientes ante la Comisión de Defensa propugnaron su permisión en lo referente a la mera afiliación al partido político, quedando excluido solamente el activismo partidista.

⁷⁹ El TEDH se pronunció en su STEDH de 25 de mayo de 1999, *caso Rekvényi contra Hungría*, sobre la legitimidad de la excepción del derecho de asociación política sobre ciertos funcionarios públicos, en este caso los policías, con fundamento en la previsión contenida en el artículo 11.2 CEDH, que permite la restricción de estos derechos a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado.

ejercido para «realizar actividades sociales que favorezcan el ejercicio de la profesión, la deontología militar y la difusión de la cultura de seguridad y defensa», prohibiéndose que interfieran «en las decisiones de política de seguridad y defensa, en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza» (art. 32.1 y 2). En cuanto a la estructura de las asociaciones, se sigue el sistema italiano de organización cerrada o de «oficio», inaugurado por la LOFCS para los sindicatos del CNP y por la LODDGC para las asociaciones profesionales de guardias civiles: asociación de ámbito nacional, cerrada a los miembros de otras profesiones, sin posibilidad de contactos con otro tipo de asociaciones o sindicatos de otros colectivos profesionales (aunque sí puede afiliarse internacionalmente a organizaciones de su mismo carácter, art. 33.2 *in fine*), y sujetas a una estricta neutralidad política y sindical en sus actividades, debiendo tener fines no lucrativos⁸⁰ (art. 32.3, 4 y 5). Se permite la afiliación exclusivamente a los militares en situación de servicio activo y reserva, pudiendo estarse afiliado solamente a una asociación profesional.

La legítima constitución de la asociación exige el depósito del acta fundacional, de sus estatutos⁸¹ (en cuyo contenido destaca la referencia expresa a los procedimientos de admisión y expulsión de sus socios)⁸² y de una relación de los promotores y de los representantes de la asociación en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa, abriendo el mismo un plazo de inscripción de tres meses con silencio positivo, y un plazo de subsanación de

⁸⁰ *Vide* nota 54.

⁸¹ A los que el artículo 36 exige como contenido: a) Denominación. b) Domicilio y ámbito nacional de su actividad. c) Fines y actividades, «descritos en forma precisa». d) Requisitos de sus miembros y régimen de admisión, expulsión y sanción de los mismos. e) Derechos y obligaciones de los miembros. f) Criterios que garanticen su funcionamiento democrático. g) Órganos de gobierno y representación, sistema electoral, atribuciones, forma de deliberar... h) Régimen de administración, contabilidad y documentación, así como la fecha de cierre del ejercicio asociativo. i) Patrimonio inicial y recursos de los que puede hacer uso. j) Causas de disolución y destino del patrimonio en ese supuesto.

⁸² Que la STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 3º considera parte del contenido esencial del derecho de asociación: «Ese contenido esencial o núcleo comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización, que a su vez se extiende con toda evidencia a regular estatutariamente las causas y el procedimiento para la admisión y expulsión de socios».

los errores observados de veinte días, pudiendo denegar la inscripción el Ministro de Defensa por resolución motivada «cuando el acta fundacional de la asociación o sus estatutos no se ajusten a los requisitos establecidos en esta ley orgánica» y en la LODA (art. 35). La naturaleza declarativa de la inscripción registral de las asociaciones en España⁸³ supone, por tanto, la absoluta limitación de la actividad fiscalizadora del Registro, que carece de discrecionalidad alguna para impedir el acceso al mismo de la asociación controvertida, convirtiendo la inscripción en una actividad prestacional de la Administración (STC 291/1993, de 18 de octubre) a favor del público reconocimiento de efectos del hecho asociativo, evitándose el control administrativo de los fines sociales, que queda postergado a un momento posterior en sede judicial, diferencia sustancial con el sistema francés, en el que el formalismo de la comunicación a la Prefectura de la constitución de la asociación y el correspondiente depósito de los estatutos son requisitos *sine qua non* para el reconocimiento de capacidad jurídica del nuevo ente⁸⁴.

A estas asociaciones legítimamente constituidas (inscritas) se les reconocen los derechos de realizar propuestas y dirigir solicitudes y sugerencias relacionadas con su fines, asesorar y apoyar a sus asociados y representarlos legítimamente⁸⁵ ante la Administración en materias que afecten a la profesión, y a recibir información del Ministerio de Defensa (art. 39), y se les excluye el ejercicio de los medios de acción sindical (huelga, negociación colectiva y conflicto colectivo) así como toda acción que

⁸³ *Vide* nota 37.

⁸⁴ En Francia se distingue entre asociaciones no declaradas, que siendo lícitas carecen de capacidad jurídica para actuar en el tráfico ordinario (solamente pueden percibir las cuotas de los asociados), asociaciones declaradas, que sí disponen de capacidad jurídica, pudiendo adquirir a título onerosos, litigar en tribunales, y recibir las cuotas y también subvenciones públicas, y, finalmente, asociaciones de utilidad pública, así reconocidas por Decreto cuando cumplan los requisitos legalmente exigidos, que tienen una capacidad jurídica ampliada que les permite adquirir a título gratuito y una mayor capacidad patrimonial inmobiliaria, que les permite incluso poseer bosques. C.-A. Colliard: *Libertés publiques*, 7ª edición, Dalloz, París, 1989.

⁸⁵ Salvo que la representación esté excluida, como ocurre en el ámbito del procedimiento disciplinario.

exceda los límites que el PLODDFAS establece para el ejercicio individual de las libertades de expresión, reunión y petición, además del ejercicio de actividades paramilitares (art. 41).

Los representantes asociativos son designados por las propias asociaciones entre aquellos miembros en situación de servicio activo o reserva (art. 42), pero quedan desprovistos de facultades en el texto del PLODDFAS. Sí se regula, en cambio, la facilitación en las sedes de Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa de dependencias para que las asociaciones puedan desempeñar su labor, así como medios en los cuarteles y telemáticos para que las asociaciones difundan sus informaciones (art. 43).

Las reuniones, que deberán celebrarse fuera del horario de trabajo y sin perjudicar la prestación del servicio, podrán celebrarse en las propias sedes de las asociaciones o en las dependencias habilitadas por el órgano central (Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa) previa identificación, por motivos de seguridad, de sus asistentes, amén de reuniones informativas por parte de las asociaciones con representación en el Consejo de Personal en estas mismas sedes o en otras facilitadas por las Delegaciones o Subdelegaciones, pero que no pertenezcan a unidades de la fuerza o del apoyo a la fuerza. Deberán ser solicitadas (constando en la solicitud lugar, fecha y horas, duración prevista, objeto y acreditación de la representación de la asociación convocante por los firmantes de la misma) con una antelación mínima de setenta y dos horas, existiendo silencio positivo si en las veinticuatro horas anteriores no se ha pronunciado el Delegado o Subdelegado de Defensa correspondiente (art. 44). Debe recordarse que el artículo 12.1, párrafo segundo PLODDFAS, prohíbe a los militares asistir vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, en lugares

de tránsito público, a reuniones reivindicativas o a manifestaciones⁸⁶, por lo que *sensu contrario* se entiende legítima la asistencia a estas reuniones reguladas por el artículo 44 portando el uniforme, pues todas ellas se celebran bien en dependencias privadas, bien en organismos oficiales o facilitados por al propia Administración. En todo caso queda prohibida la asistencia de militares a reuniones de carácter político o sindical (art. 12.1 primer párrafo), permitiéndose el ejercicio de este derecho fundamental respecto del resto de reuniones o manifestaciones conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de reunión (en adelante, LODR).

⁸⁶ Ampliando la prohibición contenida en el artículo 8.34 LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante, LORDFAS), que la restringía a la asistencia de uniforme o haciendo uso de la condición militar a reuniones públicas o manifestaciones de carácter político o sindical.

III. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL EJERCICIO DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONEXOS:

A) EL DERECHO DE REUNIÓN DE LOS MILITARES ASOCIADOS PROFESIONALMENTE

El derecho manifestación en la vía pública, consagrado por el artículo 21 CE como una especie⁸⁷ del derecho de reunión⁸⁸ y como uno de los fundamentales que asisten a las personas⁸⁹, ha sido objeto en fechas recientes de una acerada polémica,

⁸⁷ Calificada por J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 202, como una reunión que «por su propia naturaleza, siempre tiene lugar en el tránsito público», aunque cita la posición de J. A. Santamaría Pastor: «Comentario al artículo 21», en F. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 489, quien sostiene lo siguiente: «En el lenguaje usual, el término manifestación era considerado como equivalente al de reunión al aire libre, significado éste que, aparte de su notoria imprecisión terminológica, no resulta válido en el contexto del artículo 21 de la Constitución, desde el momento en que se oponen como realidades distintas las reuniones en lugares de tránsito público (en las que entran una buena parte de las celebradas al aire libre) y las manifestaciones. Esta oposición hace pensar que el concepto de manifestación no gira en torno al carácter del lugar donde se celebra, sino a las características propias de la reunión: la hipótesis más verosímil sería la tipificación de la reunión por el dato de su movimiento. La manifestación sería, por tanto, una reunión en marcha, que englobaría lo que el artículo 3 de nuestra Ley de Reuniones de 1880 denominaba “procesiones cívicas, séquitos y cortejos” [...]».

⁸⁸ Aunque muchos trabajos doctrinales se titulen «derecho de reunión y manifestación», de la regulación internacional, constitucional y legal debe concluirse que el derecho fundamental es el de reunión, que presentaría tres modalidades de ejercicio: la reunión en lugar cerrado, la reunión en lugar de tránsito público y la manifestación o reunión en lugar de tránsito público en el que se produce en desplazamiento físico de las personas reunidas. En este sentido D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997, p. 59; J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, p. 130, o la obra citada en la nota anterior de J. Pérez González. F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 84, julio-diciembre 2004, p. 16, citando a N. Pérez Serrano (*Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1989, p. 668), describe la teoría británica sobre el derecho de reunión, que distingue entre el *meeting*, que se caracterizaría por su carácter estático, y la *demonstration*, que vendría a ser «la reunión puesta en marcha recorriendo lugares públicos».

⁸⁹ El Tribunal Constitucional reconoció la titularidad de este derecho a los extranjeros, en su STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2º: «El art. 21. 1 CE afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Tít. I, donde se menciona expresamente a los “españoles”, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos». Sin embargo, en su previa STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 4º, pareció reducir su titularidad a los españoles, al vincular el derecho con la ciudadanía: «Por una parte, el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21 de la Constitución) corresponde a todos los ciudadanos y es un derecho que puede ejercitarse con cualquier finalidad lícita (art. 1, de la Ley 17/1976, de 29 May., reguladora del derecho de reunión)».

reflejada incluso en los medios de comunicación, al ser ejercido el mismo por asociaciones profesionales de guardias civiles legalmente constituidas conforme a lo prescrito por la LODDGC. Y quizá haya sido la parca regulación otorgada por esta norma al ejercicio de este derecho fundamental por los guardias civiles⁹⁰ —limitada a la regulación del régimen jurídico de la reuniones a celebrar por estas asociaciones en locales oficiales—, unida a la todavía difusa frontera existente entre sindicación y asociacionismo profesional (o mejor dicho, entre qué facultades deben entenderse contenidas en cada uno de estos derechos fundamentales), las causas del mencionado litigio.

Este derecho fundamental, reconocido por el artículo 21 CE⁹¹ y desarrollado por la LODR, que reconoce en su Preámbulo su naturaleza de «derecho público subjetivo»⁹², fue perfilado por la Jurisprudencia constitucional anterior a la aprobación de la LODR en sus caracteres esenciales, configurando el mismo como un derecho de ejercicio libre (al menos en su variante de reunión en lugar cerrado⁹³), aunque sujeto a límites dado el carácter no absoluto e ilimitado de los derechos fundamentales⁹⁴, que

⁹⁰ Parquedad normativa criticada genéricamente por F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 84, julio-diciembre 2004, p.16, quien considera, acertadamente en nuestra opinión, que «su incidencia en la vida pública y cuyos perfiles —ocupación, por ejemplo de lugares abiertos al tránsito ciudadano— aconsejan un tratamiento específico para quienes visten uniforme».

⁹¹ Con el siguiente texto: «1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio del derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

⁹² Matizando el Tribunal Constitucional, en su STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º, que se trata de un «derecho subjetivo de ejercicio colectivo».

⁹³ Algún sector de la doctrina científica considera que la exigencia de comunicación previa a la autoridad gubernativa para la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones es, en el fondo, una forma de autorización. Así, J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 201.

⁹⁴ STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5º: «En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 Abr. 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 Abr.) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos». Repite el Tribunal este argumento en la STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º.

configura un ámbito de protección de la persona no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente al empresario cuando el ejercicio del derecho viene vinculado con una relación laboral⁹⁵, y que estaría sujeto a un límite intrínseco al mismo, que no es otro que el de que su ejercicio no altere el orden público⁹⁶, exigiéndose por ello a los convocantes de las reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones una comunicación previa a la autoridad gubernativa para controlar el desarrollo de la misma⁹⁷, sin que pueda entenderse que dicha comunicación se transforme en una autorización previa para ejercer el derecho⁹⁸.

Ahora bien: ¿qué es una reunión? Se ha vinculado a este derecho con las libertades de expresión y de asociación⁹⁹, considerándose por este estrecho nexo con ambas libertades muy adecuada su ubicación constitucional entre los artículos 20 y 22

⁹⁵ STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 4º: «Además de lo anterior, debe hacerse notar que si bien el derecho de reunión se tiene en principio frente a los poderes públicos, es admisible y lógico que, con sujeción a la Constitución y sin perjuicio de su regulación general, se puedan contemplar también especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la medida en que puede afectar en alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate y en que requiere además normalmente la colaboración de la empresa privada o de la Administración para hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa)».

⁹⁶ En este sentido se posiciona J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., pp. 56-63, quien sostiene —creemos que acertadamente— que la alteración del orden público se configura, junto con el respeto a los derechos de otros ciudadanos o a valores constitucionalmente relevantes como verdaderos límites al ejercicio del derecho fundamental de reunión, sometibles al control a través del juicio de proporcionalidad —el famoso triple juicio, importado de la jurisprudencia Tribunal Constitucional Federal alemán: necesidad de la limitación introducida al derecho o libertad, adecuación de la medida adoptada a la finalidad perseguida y, finalmente, estricta proporcionalidad de la medida limitadora adoptada sobre el derecho o libertad— utilizado por el Tribunal Constitucional usualmente como parámetro de constitucionalidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales y libertades públicas.

⁹⁷ STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º: «Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado, incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público. El carácter preeminente de estos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la CE conceda poderes a la autoridad, para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión para poder conocer su alcance, y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar o modificar su emplazamiento, y tomar las medidas de seguridad que fueren precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan».

⁹⁸ STC 32/1982, de 16 de junio.

⁹⁹ Así, F. L. Ruiz Piñero y R. Saiz Fernández, *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 20-21, siguiendo a E. Peralas, a quien citan expresamente: «El derecho de reunión se configura como un derecho del que participan elementos de la libertad de expresión y del derecho de asociación [...]». En un sentido muy similar F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», cit., p. 21.

CE. Pero no se ha aportado ni por doctrina¹⁰⁰ ni por la legislación una definición concreta del mismo¹⁰¹. El Tribunal Constitucional sí a ha aportado una definición del derecho: «El derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo —agrupación de personas—, el temporal —duración transitoria—, el finalista —licitud de la finalidad— y el real u objetivo —lugar de celebración— (por todas STC 85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho “cauce del principio democrático participativo” posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones»¹⁰².

La doctrina científica ha identificado, de manera casi unánime, estos cuatro elementos caracterizadores del derecho fundamental de reunión,¹⁰³ que han sido

¹⁰⁰ F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», cit., p. 21, y *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 288, utiliza las definiciones aportadas por la doctrina francesa, considerando como reunión (siguiendo a C. A. Colliard: *Libertés Publiques*, cit, p. 720) «la agrupación de personas organizada, discontinua y momentánea, destinada a la defensa de intereses, el intercambio de ideas o la publicidad de problemas», y como manifestación (citando a G. Burdeau: *Les libertés publiques*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudente, París, 1972, p. 216) «el hecho de un grupo de hombres que utiliza la vía pública para expresar su opinión, por su presencia, sus gestos y sus gritos».

¹⁰¹ Pues como se verá a continuación el concepto dado por la LODR en su artículo 1.2 es meramente un concepto legal de lo que se entiende por reunión sujeta al régimen jurídico desarrollado por la propia LODR.

¹⁰² STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º.

¹⁰³ Así los identifican F. L. Ruiz Piñeiro y R. Saiz Fernández: *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit, pp. 23-24; D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, cit., pp. 48-49 o J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit., pp. 135-141, o F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», cit, p. 21.

reconocidos reiteradamente por el propio Tribunal Constitucional¹⁰⁴: un elemento subjetivo o personal (se trataría de un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo¹⁰⁵), un elemento objetivo (se celebra en un espacio público¹⁰⁶), un elemento finalista (existe siempre un objetivo común a los reunidos¹⁰⁷) y, finalmente, un elemento temporal (la reunión tiene un carácter transitorio, elemento que lo diferencia del derecho de asociación, que sería una reunión permanente de personas).

La LODR asumió esta caracterización jurídica del derecho de reunión, al que definió legalmente como «conurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada» (art. 1.2) —aunque debe aclararse que el artículo 21 CE ampara todo tipo de reuniones, incluidas aquellas que se celebren por menos de 20 personas¹⁰⁸—, considerando como manifestaciones ilegítimas del derecho las tipificadas como delito por el Código Penal (art. 1.3 LODR)¹⁰⁹. La doctrina¹¹⁰ ha criticado este

¹⁰⁴ Uno de los últimos ejemplos del mismo lo constituye la STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2º.

¹⁰⁵ Que además sería de «ámbito político», como sostiene J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 98, quien añade que esta función política es producto del escaso tejido asociativo existente en España, a diferencia de los Estados Unidos de América en la que la fortaleza del hecho asociativo en sus más diversas manifestaciones resta importancia a la reunión como modo de expresión de opiniones políticas frente a las decisiones del legislador. *Ibidem*, pp. 104-105. D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 41, siguiendo a Sánchez Agesta, también destaca su vertiente de «derecho político de participación».

¹⁰⁶ En este sentido se manifiesta D. Pérez Castaño: *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 49, quien considera que las reuniones en un lugar privado no son amparadas por el derecho de reunión, sino por el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18 CE. J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit., expone la polémica al respecto existente en la doctrina, describiendo las posiciones de quienes, como Pérez Castaño, consideran que las reuniones en domicilios quedan amparadas por el artículo 18 CE (Fernández Segado, Alzaga), y quienes consideran que siguen siendo ejercicio del derecho de reunión del artículo 21 CE (Santamaría Pastor). J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 29, considera que el artículo 21 CE ampara todo tipo de reuniones, y no solamente las reguladas por la LODR.

¹⁰⁷ J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 35, apunta que no existen límites sobre el objeto de la reunión, siempre que el mismo sea lícito, debiendo ser en todo caso específico. Por su parte, J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 136, considera (siguiendo a la STC 85/1988, de 28 de abril) que el elemento finalista es el que permite diferenciar una reunión de cualquier otra clase de agrupación espontánea de personas.

¹⁰⁸ Como apunta acertadamente J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 29.

¹⁰⁹ En sus artículos 513 y 514 describe las conductas consideradas como delitos de reunión o manifestación ilícita. En concreto, el artículo 513 CP tipifica como delito de reunión ilícita las siguientes conductas: «Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración: 1. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito. 2. Aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso».

posicionamiento legal, considerando que no solamente son ilícitas las reuniones o manifestaciones consideradas delictivas por el Código Penal, sino también aquéllas que celebrándose en lugares de tránsito público no cumplan lo ordenado por los artículos 8 a 11 LODR, las que persiguieren una finalidad ilícita, las que no tuvieren carácter pacífico, y finalmente, aquéllas en las que se porten uniformes paramilitares¹¹¹.

Pero no toda reunión va estar sujeta al régimen jurídico desarrollado por la LODR, pues la misma excluye de su aplicación determinados manifestaciones del derecho¹¹², entre las que se encuentran las convocadas por asociaciones y sindicatos con sus miembros, a celebrar en locales cerrados y para sus propios fines, y las realizadas en el ámbito de las Fuerzas Armadas, que quedan sujetas a la legislación castrense, aplicándose supletoriamente la LODR como ordena su disposición final 1^a¹¹³, aunque parte de la doctrina ha discrepado abiertamente de esta interpretación, considerando que en ningún caso ninguna reunión puede quedar exenta de aplicación de las prescripciones del artículo 5 LODR, que permite a la autoridad gubernativa suspender una reunión ilícita¹¹⁴.

¹¹⁰ J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., pp. 48-56.

¹¹¹ En este sentido resulta paradigmática la STS de 16 de marzo de 1982, que consideró como paramilitares los uniformes de la Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista.

¹¹² Artículo 2 LODR: «Se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica, cuando se trate de las reuniones siguientes: a) Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios. b) Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad. c) Las que celebren los Partidos políticos, Sindicatos, Organizaciones empresariales, Sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas. d) Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión. e) Las que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica».

¹¹³ La disposición final 1^a PLODDFAS contempla la modificación del texto del artículo 2 e) LODR en el siguiente sentido: «Las que se celebren en unidades buque y demás establecimientos militares, que se regirán por su legislación específica».

¹¹⁴ En este sentido se posiciona J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit. p. 128.

En cualquier caso, la LODR confirma la prohibición constitucional (art. 21.1 CE) de exigir una autorización previa para ninguna reunión —principio sobre el que el Tribunal Constitucional volvió a pronunciarse en relación al derecho de reunión de los extranjeros en España¹¹⁵—, precisando el plazo de preaviso (entre diez y treinta días, salvo en los casos de urgencia, en los que el plazo se reduce a 24 horas) de la comunicación previa¹¹⁶ prevista por el artículo 21.2 CE para que los organizadores (o por los representantes en el caso de las personas jurídicas) anuncien a la autoridad gubernativa la celebración de reuniones en lugares públicos y manifestaciones (art. 8 LODR). El respeto de este plazo fue objeto de discusión ante el Tribunal Constitucional con anterioridad a la aprobación de la LODR, determinándose la necesidad de respetar el mismo por ser el único medio de control por parte de la Administración del cumplimiento de los requisitos exigidos para que la manifestación pueda considerarse legal por no generar riesgo de alteración el orden público, por lo que admitió la constitucionalidad de la prohibición de una manifestación¹¹⁷ en la que los organizadores

¹¹⁵ En la STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2º: «La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra CE ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (art. 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria “para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito” (TC S 1 1/1981 de 8 Abr. 1981); al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión consagrado en la CE “sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración” (TC S 32/1982 de 16 Jun.,).

Cuando ese acto habilitante es preciso en todo caso, se condicionan hasta el punto las facultades que lo integran, que el pretendido derecho, muda de naturaleza y no puede ser reconocido como tal. Las eventuales restricciones al derecho de reunión que se mencionan en el último inciso del precepto pueden ser válidas por sí mismas desde la perspectiva de mera limitación de los derechos fundamentales, pero la tutela de otros bienes constitucionales no puede justificar la introducción, como paso previo al ejercicio del derecho de reunión, de una autorización preceptiva previa».

¹¹⁶ Debiendo contener el escrito de comunicación, por exigencia del artículo 9 LODR, los siguientes datos: a) Nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante, caso de personas jurídicas, consignando también la denominación, naturaleza y domicilio de éstas. b) Lugar, fecha, hora y duración prevista. c) Objeto de la misma. d) Itinerario proyectado, cuando se prevea la circulación por las vías públicas. e) Medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa.

¹¹⁷ Posición sobre la que discrepa J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit. p. 197, apoyándose en la STSJ (CAV) 1/84, de 7 de enero, pues considera que el principio *favor libertatis* obliga a la Administración a, si dispone de tiempo suficiente para resolver y la manifestación cumple los requisitos legales, autorizarla aunque se haya infringido el plazo mínimo de diez días establecido para el preaviso.

no lo habían respetado, al considerar que en tales circunstancias el ejercicio del derecho fundamental no era legítimo¹¹⁸. Por ello, la LODR incorporó esta facultad administrativa prohibitiva (o modificadora de las condiciones de desarrollo) de la manifestación en su articulado¹¹⁹, pudiendo parecer que esta comunicación previa se convierte así en una especie de requisito para el ejercicio del derecho fundamental en el caso de las manifestaciones o reuniones en lugares de tránsito, cuyo ejercicio no será considerado legítimo salvo que haya recibido el correspondiente *placet* administrativo¹²⁰ —añadiéndose un nuevo requisito al explicitado por la CE en su

¹¹⁸ En la importante STC 36/1982, de 18 de junio, FJ 6º: «El incumplimiento de plazo de preaviso -o su falta-, como auténtica condición o presupuesto para la utilización constitucional del derecho de reunión, puede conducir a la prohibición de éste por la autoridad gubernativa, puesto que el único derecho de reunión que en lugar público se reconoce en el art. 21.2 es el que necesariamente se ha de ejercer comunicándolo previamente a la autoridad; prohibición que está implícita dentro de la posible alteración del orden público, porque se impide a la Administración ejercer la finalidad preventiva que tiene encomendada, al no tener a su alcance el necesario y exclusivo medio legal, para ponderar o valorar si el posterior ejercicio del derecho repercutiría en la seguridad ciudadana. Tales defectos no pueden autorizar a realizar la reunión a ultranza, dando carácter ilimitado al derecho de reunión, pues con tal conducta se incumpliría una exigencia constitucional trascendente, y se realizaría una defraudación de la potestad de prohibir que el art. 21.2 regula, posibilitando la actuación antijurídica, abusiva, e incluso al margen de la buena fe, del ciudadano infractor, que debe conducir racional y jurídicamente a la misma sanción que tal norma establece para la presumible alteración del orden público, esto es, a la prohibición previa en evitación de más graves medidas de disolución o represión de la reunión, que siempre deben evitarse; por lo que ha de entenderse, que tales circunstancias son fundamento constitucionalmente lícito para prohibir la reunión, ya que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, como determinó la sentencia 54-1961 de la Corte Constitucional Italiana. Esta posición no supone adición alguna de prohibición a la que por motivo de orden público señala el texto constitucional, por estar implícita en éste la posibilidad de prohibir la reunión por tan importantes defectos procesales imputables a los promotores, con el incumplimiento esencial del deber de comunicar, sin que la expresión que emplea el art. 21.2 de que la autoridad “sólo podrá prohibirlas” por las razones indicadas de alteración de orden público y riesgo, cohíba tal interpretación, al referirse a señalar exclusivamente un límite al derecho de reunión con esa inmisión en la seguridad ciudadana, eliminando otras causas de oportunidad política o de similar alcance, que existían en la legislación precedente, sin que pueda considerarse dicha limitación tan restrictivamente que elimine de consecuencias prohibitivas las infracciones de la comunicación a la autoridad ya que ésta quedaría sin sentido, y se evitaría la anticipada defensa de previsibles consecuencias dañosas para el orden público, sin que todo ello conduzca a declarar una mera responsabilidad administrativa del promotor, posterior a la reunión porque se dejarían indefensos los intereses generales superiores, que por primarios pueden salvaguardarse con la preventiva prohibición, único medio adecuado para que sean respetados».

¹¹⁹ Artículo 10 LODR: «Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

¹²⁰ Sobre la que J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 201 sostiene que, en el fondo, no es otra cosa que una forma de autorización: «Rechazada rotundamente la necesidad de

artículo 21: el carácter pacífico de la manifestación o reunión¹²¹—. Así parece entenderlo el Tribunal Constitucional: «De la exégesis del art. 21 de la Constitución queda suficientemente claro que dos son los límites o requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos que decidan manifestarse en una vía pública: que la reunión sea pacífica y que anuncien a la autoridad el ejercicio de su derecho»¹²². Lo que resulta indudable es que este plazo de preaviso tan amplio tiene por finalidad permitir que, en caso de que la manifestación sea prohibida, dé tiempo a que la decisión administrativa pueda ser controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa¹²³.

Ahora bien, ¿pueden existir otros límites al derecho de manifestación en las vías públicas? El Tribunal Constitucional considera que sí, en concreto señala al derecho fundamental de libre circulación de las personas contemplado por el artículo 19 CE como uno de los más significados¹²⁴, aunque niega que dicho derecho fundamental sea suficiente, por sí mismo, para denegar el ejercicio del derecho de reunión, pues el único límite expreso que así lo legitima es el de la alteración del orden público, y no puede considerarse que toda limitación al derecho de libertad de circulación constituya, *per se*, una alteración del orden público (habrá de demostrarse que esa limitación al derecho reconocido por el artículo 19 CE que toda manifestación en lugares públicos produce

autorización previa en el art. 21.1 CE, el propio artículo, en su número 2, exige la comunicación previa a la autoridad, “que podrá prohibirla”. Lo que, en definitiva, como se señaló al comentar el artículo 3, viene a ser una forma de autorización, que se presumirá otorgada si en el plazo fijado no se prohíbe la celebración o se propone la modificación».

¹²¹ Como los dos requisitos de ejercicio del derecho los consideran F. L. Ruiz Piñeiro y R. Saiz Fernández: *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit, p. 37.

¹²² STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5º.

¹²³ En este sentido, J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit., pp. 195-196 y también J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 211.

¹²⁴ STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 7º: « [...] el ejercicio del derecho de reunión pacífica puede ser objeto de medidas restrictivas siempre que sean “necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos y libertades ajenos”, de entre los que hay que estimar incluido el derecho “a la libre circulación de los ciudadanos por el territorio nacional” (art. 19 C.E.)».

causa, además, una alteración del orden público concretada en una situación de violencia física o moral para terceros)¹²⁵.

Sentados estos principios generales tanto por la LODR como por la jurisprudencia constitucional, y establecido un régimen jurídico diferenciado para las reuniones en lugares cerrados o las reuniones en lugares públicos y manifestaciones, la LODDGC (y el PLODDFAS) ha procedido a regular exclusivamente las primeras, y amparándose en la exclusión de aplicación de la LODR respecto a las reuniones celebradas en recintos militares¹²⁶ [art. 2 e) LODR], establece un régimen de autorización previa¹²⁷, atribuido al jefe de unidad, centro u organismo, a quien se faculta para denegar la autorización «cuando considere que el servicio pueda verse afectado»¹²⁸. No se está en presencia de una comunicación, al estilo de la prevista para

¹²⁵ STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 8º: «En efecto, como único límite a la prohibición de dicho derecho establece el art. 21.2 de la Constitución las “razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes”. Naturalmente toda reunión en “lugar de tránsito” ha de provocar una restricción al derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación; pero esta restricción, conforme a lo preceptuado por el art. 21.2, no legitima por sí sola a la Autoridad a prohibir la reunión pacífica, sino que se hace preciso que dicha reunión en el lugar de tránsito público altere el orden público y ponga en peligro la integridad de las personas o de los bienes. Aun admitiendo que la alteración al orden público se produce cuando injustificadamente se limita el derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes, situación de peligro que, tal y como ya se ha indicado, hay que estimar cumplida cuando de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia “física” o, al menos, “moral” con alcance intimidatorio para terceros».

¹²⁶ Mientras que en la LODDGC se autoriza las reuniones asociativas en las dependencias de los acuartelamientos de la Guardia Civil, el PLODDFAS excluye la posibilidad de que las mismas se celebren en las instalaciones de unidades de la fuerza o del apoyo a la fuerza, designando como dependencias adecuadas las de las Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa (arts. 43.2 y 44 PLODDFAS).

¹²⁷ Artículo 47 LODDGC: «1. Las asociaciones profesionales de Guardias Civiles tendrán derecho a convocar y celebrar reuniones en centros oficiales de la Guardia Civil como parte del ejercicio del derecho de asociación profesional. Estas reuniones se realizarán fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la marcha de los servicios. Su celebración requerirá solicitud previa al jefe de la unidad, centro u órgano, quien podrá denegarla, cuando considere que el servicio pueda verse afectado. 2. La autorización deberá solicitarse por escrito, con una antelación mínima de setenta y dos horas y en la misma se hará constar la fecha, hora y lugar de la reunión, y los datos de los firmantes que acrediten ostentar la representación de la asociación, conforme a sus estatutos, para convocar la reunión. Si antes de las veinticuatro horas anteriores a la fecha de la celebración de la reunión la autoridad competente no formulase objeciones a la misma mediante resolución expresa, podrá celebrarse sin otro requisito posterior. 3. Los convocantes de la reunión serán responsables de su normal desarrollo».

¹²⁸ Que también es exigida para las asociaciones profesionales militares, aunque no se especifica por el PLODDFAS los motivos concretos por los que las solicitudes de reuniones pudieran denegarse, hablando

las manifestaciones o reuniones en lugares públicos, sino de una auténtica autorización en la que la autoridad administrativa valorará el posible daño que la reunión pudiere causar al servicio, denegando la misma cuando estimare la existencia de riesgo alguno de afectación del normal discurrir del mismo¹²⁹. Esta disposición parece entrar en franca contradicción¹³⁰ —a pesar de la exclusión de aplicación del régimen jurídico establecido con carácter general por la LODR, y en concreto de la prohibición de autorización previa para celebrar reuniones en lugares cerrados por su artículo 4— con la jurisprudencia constitucional que consagra la integración, dentro del contenido esencial del derecho fundamental de asociación, de la libertad de reunión asociativa (de convocar la asociación a sus afiliados a una reunión, y la de éstos de asistir a la misma)¹³¹. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional sostuvo la legitimidad de esta autorización previa cuando la reunión asociativa pretende celebrarse en locales oficiales, considerando la misma un límite legítimo al ejercicio del derecho fundamental de reunión¹³², siendo aceptada la constitucionalidad de esta medida por la doctrina¹³³.

genéricamente de «objeciones» (art. 44.2 *in fine*), concepto jurídico indeterminado que puede abrir el campo a denegaciones litigiosas.

¹²⁹ Debe destacarse que el derecho de reunión con fines sindicales fue considerado inicialmente como parte constitutiva del contenido esencial del derecho fundamental (STC 91/1983, de 7 de noviembre), para ser luego rectificadas esta jurisprudencia y ubicar dicha manifestación del derecho dentro del contenido adicional del mismo (SSTC 39/1986, 61/1989, 127/1989, y 173/1992), como señala P. Menéndez Sebastián: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ibidem Textos Universitarios, Madrid, 1997, p. 72.

¹³⁰ J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit., p. 100, sostiene que no debe «confundirse la autorización para celebrar la reunión y la autorización para utilizar determinados lugares cerrados [...] No estamos aquí ante una autorización previa al ejercicio del derecho de reunión, sino de una autorización para que se celebre en un determinado local».

¹³¹ STC 91/1983, de 7 de noviembre, FJ 2º: «Pues bien, forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al Sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio Sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible; *consideración que es asimismo aplicable al derecho de asociación que reconoce el art. 22 CE*, si bien entendemos que tratándose de una Asociación sindical, el derecho fundamental en juego es el de sindicación. Desde esta perspectiva, el derecho de reunión sindical existe, con independencia del derecho de reunión que, con el carácter de fundamental, reconoce el art. 21 CE, aun cuando la interpretación sistemática de la misma sea especialmente necesaria en un momento en que todavía no se ha dictado la Ley antes aludida, reguladora de las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación por los funcionarios públicos» (las cursivas son nuestras).

¹³² En esta citada STC 91/1983, de 7 de noviembre. El supuesto de hecho lo constituyó la resolución denegatoria del Director General de la Policía a una solicitud de autorización para una reunión en las dependencias de la comisaría de Madrid-Barajas convocado por el Presidente regional del Sindicato Profesional de Policía y a la que estaban convocados miembros del extinto Cuerpo Superior de Policía.

En cuanto al ejercicio por los guardias civiles del ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos y del derecho de manifestación, la LODDGC guarda silencio al respecto (al igual que lo hace el PLODDFAS para los miembros de las FAS), aunque se muestra tajante prohibiendo expresamente en su artículo 8.1 la organización por los miembros del Benemérito Instituto de reuniones políticas y sindicales¹³⁴, como también lo hace el artículo 12.2 PLODDFAS, coherentemente con la excepción para estos militares de los derechos de asociación política y sindicación que la normativa vigente establece¹³⁵. Con lo que, *sensu contrario*, deberían entenderse permitida la asistencia a cualquier otro tipo de manifestaciones (como prevé expresamente el art. 12.1 PLODDFAS). Sin embargo el artículo 180 LROFAS —actualmente vigente y aplicable a los guardias civiles según el número 2 de la disposición derogatoria única LODDGC, *sensu contrario*, que excluye de aplicación para los mismos solamente el apartado 1 del artículo 181 en lo que hace al ejercicio del derecho de asociación profesional—, que permite la libre reunión de los militares, en lugares públicos o privados, para fines lícitos de acuerdo con la legislación vigente (y condiciona a la autorización expresa del jefe las que pretendan celebrarse en unidades, buques y dependencias), prohíbe de raíz («en ningún caso») tomar parte en manifestaciones de

En el FJ 3º razona el Tribunal los motivos de la constitucionalidad de la autorización previa a este tipo de reuniones: «La Sala no puede compartir la tesis de la parte actora. Los derechos fundamentales reconocidos en la CE, y entre ellos el de reunión, no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, según hemos reiterado en diversas ocasiones. Por ello no puede afirmarse, de forma absoluta e incondicionada, que el derecho de reunión comprende el de que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad, ni que la Entidad donde prestan su servicio deba soportar, en la misma forma absoluta e incondicionada, el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo».

¹³³ F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», cit., p. 49: «No plantea ningún problema la introducción de esta técnica administrativa, a pesar de que *prima facie* pueda chocar con el régimen diseñado con la CE y la LO 9/1983 [...] lo que se está solicitando no es sólo la celebración de una reunión, sino una utilización privativa de un bien de dominio público sin realizar instalaciones permanentes, lo que tradicionalmente, y con buen sentido, se ha sometido al régimen de autorización previa».

¹³⁴ «Los Guardias Civiles no podrán organizar manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical».

¹³⁵ En los artículos 181 y 182 LROFAS, 6.8 y 15.2 LOFCS y 9.5, 11, 12 y 18.1 LODDGC.

tipo político¹³⁶, sindical y reivindicativo¹³⁷. La interpretación del alcance de la prohibición contenida en el artículo 180 LROFAS ha dividido a la doctrina entre quienes sostienen que la misma impide las reuniones en defensa de los intereses del militar como tal¹³⁸ —con lo que los militares podrían asociarse profesionalmente, y los guardias civiles reunirse para asuntos profesionales en los términos permitidos por la LODDGC, pero no manifestarse públicamente en reivindicación de los intereses socioeconómicos para los que aquel derecho de asociación les es reconocido—¹³⁹, y quienes sostienen que lo único que queda prohibido es la asistencia de uniforme o haciendo ostentación de la condición profesional a estas manifestaciones, pero no la asistencia como mero ciudadano¹⁴⁰.

¹³⁶ A. Morales Villanueva: «Derechos y libertades del militar profesional», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 37, enero-febrero 1984, pp. 97-98, sostenía, considerando que la letra y espíritu de la ley era contraria a la Constitución, que « [...] la simple asistencia de un militar profesional a un mitin político, sin intervención de ninguna clase, ni dando a conocer su condición castrense, constituye una falta militar». El mismo argumento es repetido exactamente en «Los derechos políticos del militar profesional», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 357.

¹³⁷ Que en el artículo 12.2 PLODDFAS quedan prohibidas, en lo que hace a las reivindicativas, solamente si se acude a ellas portando uniforme o haciendo uso de la condición militar.

¹³⁸ J. González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, cit. p. 124: «La prohibición de tomar parte en manifestaciones “de tipo reivindicativo” ha de relacionarse con la “defensa de sus intereses económicos y sociales”. Lo que se prohíbe es la reunión en defensa de sus derechos e intereses como tales militares, manifestaciones que traten de que se satisfagan intereses propios de la “profesión militar”, cualquiera que sea el tipo de los intereses».

¹³⁹ J. L. López González: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 164, ha clasificado los distintos regímenes jurídicos a los que estarían sometidas las diferentes modalidades de ejercicio del derecho de reunión por los militares: a) Las reuniones para fines lícitos en locales públicos o privados quedarían sujetas al régimen general de la LODR. b) Las reuniones en unidades buques o dependencias militares quedarían sujetas a la autorización expresa del Jefe del mismo, *ex* artículo 180 LROFAS. c) Las manifestaciones políticas, sindicales o reivindicativas quedarían prohibidas *ex* artículo 180 LROFAS, con independencia del modo de asistencia a la misma (como militar, usando el uniforme o significándose como tal, o como ciudadano). López González, antes de que el Tribunal Constitucional abriera una vía a las reivindicaciones profesionales del militar en su Sentencia 219/2001, criticó la prohibición establecida por la LROFAS para las manifestaciones reivindicativas, y siguiendo a Pellón proponía una interpretación restrictiva del término «[...] si no queremos dar lugar a una verdadera negación injustificada del derecho tal y como sucedería, por ejemplo, si se impidiese la asistencia a actos en los que solicite la construcción de escuelas o la dotación de centros deportivos en determinado municipio». *Ibidem*.

¹⁴⁰ F. Pascua Mateo: «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», cit., p. 52, considera que « [...] la interpretación conjunta de las dos últimas leyes [se refiere al art. 4.4 LODR y al art. 8.34 LORDFAS] permite limitar la prohibición contenida en la Ordenanzas sólo a los supuestos de reuniones

Resulta difícilmente sostenible, en nuestra opinión, que, tras el reconocimiento del ejercicio del derecho de asociación profesional por los militares por la STC 219/2001, de 31 de octubre, que entiende constitucional y legítima la reivindicación de sus intereses socio-económicos, pueda prohibírseles la asistencia a manifestaciones convocadas por asociaciones profesionales con fundamento en el dudosamente constitucional mandato contenido en el artículo 180 LROFAS. Esta polémica es una de las consecuencias previstas en su voto particular a la STC 219/2001 por el Magistrado González Campos, quien subrayó que la limitación del alcance dado al pronunciamiento contenido en la misma, no planteando la autocuestión de inconstitucionalidad al Pleno del Tribunal sobre la prohibición de constituir asociaciones reivindicativas por los militares contenida en el artículo 181 LROFAS podría ser causa de futuros problemas. En cualquier caso, la naturaleza ordinaria y postconstitucional de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre¹⁴¹ impide que este cuestionado mandato tenga eficacia alguna para limitar el derecho fundamental de reunión por motivos profesionales de los militares, al carecer la norma prohibitiva de la naturaleza orgánica exigida por el artículo 81.1 CE, conclusión que han admitido (si bien indirectamente) algunos órganos jurisdiccionales, como veremos a continuación.

Directamente conectado con este asunto está el de la posibilidad de que la autoridad gubernativa prohíba una manifestación o reunión en la vía pública convocada por una asociación profesional de guardias civiles por entender que en la misma se va a hacer ejercicio del derecho de sindicación, que tienen prohibido. La STSJ Madrid nº 444 (Sección 9ª), de 13 de abril de 2010, conoció la presunta vulneración del derecho fundamental de reunión de los guardias civiles convocados a una manifestación el 18 de

públicas o manifestaciones de contenido político o sindical en que se haga uso de uniforme u ostentación de la condición de militar».

¹⁴¹ Vide J. J. Herbón Costas, *Los derechos de asociación política y sindicación...* cit., pp. 114-129.

octubre de 2008 causada por una Instrucción del Director General de la Policía y de la Guardia Civil de 16 de ese mes y año, en la que consideraba dicha manifestación como un acto sindical y recordaba la prohibición de los guardias civiles de acudir a dichos actos por constituir una falta disciplinaria muy grave. La sentencia, partiendo de que «[...] podría entenderse vulnerado ese principio [de neutralidad política y sindical] cuando la asistencia a la reunión o manifestación tenga por finalidad apoyar actividades puramente sindicales, como son las relativas a la negociación y los conflictos colectivos laborales» (FJ 3º), y aceptando que la manifestación que daba origen al litigio tenía un objetivo claramente sindical (había sido convocada por cuatro sindicatos policiales en relación con dos conflictos colectivos abiertos contra el Ministerio del Interior), y que los guardias civiles solamente tienen prohibido acudir, en su condición de tales, a manifestaciones que puedan vulnerar la neutralidad exigida a «la Guardia Civil como institución» —puesto que interpretar esta prohibición en sentido lato y privarles de acudir de paisano constituiría una limitación injustificada de su derecho fundamental de reunión—, consideró que el hecho de que las dos asociaciones profesionales de guardias civiles que inicialmente habían compartido convocatoria con los sindicatos policiales citados, al renunciar a convocar la misma no excluyeran también la de los fines inicialmente reivindicados (que constaban en los anuncios de la manifestación), hace que no estemos ante la «eventual participación de los Guardias Civiles [*sic*] como ciudadanos por intereses inherentes a su condición de tales, sino en la asistencia a una manifestación que, formalmente convocada por terceros, tiene por finalidad reivindicar derechos de naturaleza sindical cuya titularidad se atribuye, entre otros, a los propios Guardias Civiles [*sic*]. Es inconcebible que la asistencia de un Guardia Civil [*sic*] a ese acto no lo fuera en su condición de tal y sí en la de simple ciudadano, pues eran sus derechos e intereses corporativos el objeto de la manifestación [...]» (FJ 4º). Por tanto,

los guardias civiles no pueden acudir a manifestaciones convocadas por sindicatos o que persigan finalidades sindicales para ellos vedadas, pero pueden asistir legítimamente a reuniones reivindicativas de sus intereses profesionales convocadas por sus asociaciones.

Esta línea de interpretación ha sido complementada por la aparentemente contradictoria¹⁴² STSJ Madrid nº 847 (Sección 8ª), de 16 de septiembre de 2010, en la que dos asociaciones profesionales de guardias civiles (la Unión de Oficiales y la Asociación Unificada de la Guardia Civil, en adelante UO y AUGC, respectivamente) recurrieron por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales la resolución del Subdelegado del Gobierno en Madrid de 7 de septiembre de 2010, que prohibió la manifestación convocada por estas dos asociaciones para el 18 de septiembre de 2010 considerando que encubría el ejercicio de actividades sindicales, exceptuadas para los miembros del Cuerpo y para las asociaciones por ellos constituidas. El TSJ, tras sentar el principio de que los guardias civiles son titulares del derecho fundamental de reunión, quedándoles excluidas solamente aquéllas que tengan naturaleza política o sindical, conecta el ejercicio de este derecho con la libertad de expresión, dada la naturaleza instrumental del primero, y sostiene la titularidad también de esta libertad por los miembros de la Benemérita, que *ex lege*, solamente puede sufrir tres límites: los que fije su régimen disciplinario, los marcados por el deber de secreto profesional y la necesidad de respetar, en el uso de esta libertad, la dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos¹⁴³ (FJ 2º). Y tras sentar esta doble titularidad, y admitir que los guardias civiles, como

¹⁴² En el FJ 6º el TSJ Madrid señala la diferencia fundamental que da lugar al aparente cambio de criterio: mientras que en el caso precedente la convocatoria se efectuaba desde sindicatos policiales y con eslóganes claramente sindicales, en el caso enjuiciado por la Sala 8ª se está en presencia de un legítimo ejercicio del derecho de asociación profesional reconocido por la LODDGC.

¹⁴³ Sobre el prestigio de las instituciones del Estado (en concreto, de la Administración de Justicia) se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 107/1988, de 8 de junio.

militares que son, tienen vedadas las actividades sindicales, entra a conocer del objeto de la convocatoria planteada por las dos asociaciones profesionales organizadoras, sosteniendo que « [...] el término sindical no abarca toda la realidad profesional, pues de lo contrario resultaría que la normativa [la LODDGC] entraría en una contradicción interna insalvable en la medida que reconoce la posibilidad de actuar para promocionar unos derechos profesionales pero considera ilegal dicha actuación al tener siempre carácter sindical. Resulta por lo tanto evidente, a juicio de esta Sala, que profesional y sindical son dos realidades distintas, al menos a efectos de la normativa que examinamos», y tomando como punto de partida la crucial STC 219/2001, concluye que « [...] la actividad sindical prohibida a los guardias civiles y que no pueden promocionar sus asociaciones profesionales abarca, de una parte, la formación o integración en sindicatos, o agrupaciones o federaciones de tales organizaciones, y de otra el ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de las mismas, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo», sin que esta interpretación de la Sala pueda considerarse, en su opinión, que vulnera la neutralidad e imparcialidad que el artículo 18 LODDGC exige a los miembros del cuerpo « [...] neutralidad que lógicamente sólo puede predicarse de la adhesión a la actuación o a las proclamas de una organización de esta naturaleza [política o sindical], pero no respecto de la defensa de los propios intereses profesionales, que son los únicos que alientan el ejercicio del derecho de reunión en los términos solicitados por los actores» (FJ 4ª).

Las sentencias comentadas del TSJ Madrid parecen sostener la legitimidad de la prohibición gubernativa de celebración de manifestaciones organizadas por asociaciones profesionales que defiendan objetivos sindicales, y la plena viabilidad de la asistencia del guardia civil a reuniones meramente reivindicativas (no sindicales) convocadas por asociaciones profesionales. Esta conclusión permite plantear, a la luz tanto de la

jurisprudencia constitucional como del entramado legal que sostiene el ejercicio del derecho asociativo reivindicativo por los guardias civiles, diversas cuestiones. La primera de ella versa sobre la constitucionalidad de la prohibición gubernativa de la celebración de una manifestación organizada por una asociación profesional con fundamento en la presunta vulneración de la neutralidad política o sindical, si se tiene en cuenta la vigencia en la jurisprudencia constitucional del principio *favor libertatis* sobre las posibles limitaciones a este derecho¹⁴⁴. Recuérdese que el artículo 21.2 CE establece como límite al ejercicio del derecho de manifestación «razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes»¹⁴⁵, aunque la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de imponer límites al ejercicio del derecho de manifestación para proteger el ejercicio de otros bienes o derechos constitucionales¹⁴⁶. El Tribunal Constitucional no da una solución definitiva, sino que resuelve casuísticamente, otorgando el amparo en unos supuestos y denegándolo en otros, valorando caso por caso la proporcionalidad de la medida gubernativa que prohíbe la manifestación¹⁴⁷.

¹⁴⁴ STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 7º *in fine*: « Pero, como ya hemos advertido, se ha de tener presente que, además del límite establecido expresamente en el art. 21.2 CE en el que insiste el demandante, el ejercicio del derecho de reunión pacífica en lugar de tránsito público puede verse eventualmente sometido a restricciones necesarias para preservar otros derechos o bienes constitucionales, debiendo recordarse asimismo que si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquéllas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados».

¹⁴⁵ STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 8º: « [...] es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes, situación de peligro que, tal y como ya se ha indicado, hay que estimar cumplida cuando de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia “física” o, al menos, “moral” con alcance intimidatorio para terceros».

¹⁴⁶ Reiterada jurisprudencia de la que es la muestra más reciente la STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3º: «Sobre el contenido del derecho de reunión (art. 21 CE) y los límites a su ejercicio que forzosamente impone la protección de otros bienes o derechos constitucionales [...]».

¹⁴⁷ Un ejemplo del razonamiento empleado por el Tribunal Constitucional se encuentra en la STC 38/2009, de 9 de febrero (FJ 4º), en la que conoce del recurso de amparo interpuesto por un sindicato de estudiantes que había convocado una manifestación reclamando mejoras en la educación en período electoral al Parlamento de Cataluña contra la resolución que prohibía la misma por considerar que tenía

La segunda cuestión afecta a la posibilidad gubernativa de modificar las condiciones de celebración de la manifestación si entiende que alguna de sus condiciones no respeta lo exigido constitucional y legalmente. ¿Hubiera sido posible que en alguno de los supuestos resueltos por el TSJ Madrid la autoridad gubernativa hubiera condicionado la celebración de la manifestación a la retirada de los lemas considerados vulneradores de la neutralidad sindical exigida a los guardias civiles? En la STC 195/2003, de 27 de octubre, que conoció el recurso de amparo interpuesto por un ciudadano que convocó una reunión en lugar de tránsito público (en concreto la plaza de la Candelaria en Santa Cruz de Tenerife, donde se encuentra la Basílica del mismo nombre) en apoyo del pueblo saharauí y en la que pretendía, entre otras medidas, disponer de una megafonía para difundir la convocatoria, la autoridad gubernativa autorizó la reunión pero modificando el uso de la misma en atención a que se encontraba en las proximidades de un lugar dedicado al culto y que debía apagar aquella

contenido electoral y vulneraba lo dispuesto por la legislación en la materia, consideró vulnerado el derecho de reunión al entender insuficiente la justificación argumentada por la autoridad administrativa de que el lema de la convocatoria podía coincidir con los planteamientos electorales de determinadas formaciones políticas que se presentaban a las elecciones y suponer un apoyo a las mismas, vulnerando lo dispuesto por la legislación electoral: «En consideración a lo expuesto, resulta contrario al art. 21 CE que la manifestación convocada por el *Sindicat D'Estudiantes de Catalunya* con el lema “Por una enseñanza pública de calidad” se prohíba la misma puede tener contenido electoral (“per considerar que la mateixa pot tenir contingut electoral”). No sólo por las dudas que hace explícitas la Junta Electoral Provincial de Barcelona y, posteriormente, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Ciudadana de la Generalidad de Cataluña sobre el contenido electoral de la manifestación, sino porque tampoco puede reputarse motivo suficiente para limitar el derecho de reunión del recurrente, el que, como argumenta el órgano judicial, con la manifestación se esté favoreciendo “de forma indirecta o subliminal” a aquellas formaciones políticas que muestran mayor apoyo a dicha política. La mera posibilidad de que una reivindicación, en este caso un derecho relacionado con la enseñanza, pueda incidir de una u otra forma en el electorado, se muestra como una hipótesis insuficiente para limitar el derecho de reunión en período electoral. En efecto, extender el carácter de acto de campaña electoral a todo aquél que de forma indirecta o subliminal pudiera incidir en la voluntad de los electores por coincidir con alguna de las ideas defendidas por las opciones políticas que concurren en el proceso electoral, sujetándolo por ello a la regulación de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG), supondría, en aras de la protección de la “pureza de la campaña electoral” permitir que se prohíban, con la consiguiente vulneración del derecho a la libertad de expresión, todas aquellas manifestaciones públicas realizadas durante la misma que no hubieran sido efectuadas por candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones. Siendo así que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión queda, incluso, legalmente liberado de las restricciones establecidas para el período de campaña en el art. 50.3 LOREG. Y ello incluso cuando fuera conocida la preferencia de sus convocantes por una determinada opción política o su posición crítica con el resto de las opciones presentes en la contienda electoral. No se aportan, por tanto, razones fundadas ni por parte de la Administración ni por el órgano judicial que conduzcan a entender que la intención de la convocatoria era la captación de votos».

en las horas en las que se celebrase misa, y el Tribunal Constitucional consideró adecuada esta limitación para salvaguardar la libertad religiosa de los fieles que acudieran a dicho lugar de culto, y además proporcionada por no restringir indebidamente el derecho fundamental de reunión¹⁴⁸. Parece por tanto factible que si la autoridad gubernativa que recibe la comunicación previa de una asociación profesional militar para celebrar una manifestación en la que constara algún eslogan (evidentemente no todos, pues entonces debería prohibirse) que entendiera entra en conflicto con la neutralidad política o sindical exigida a los guardias civiles, podría condicionar la celebración de la misma a la retirada de los cuestionados lemas.

Una tercera cuestión aparece relacionada con esta exigencia de neutralidad política y sindical exigida al guardia civil por el artículo 18 LODDGC¹⁴⁹ (y a sus asociaciones profesionales por el art. 9.5 LODDGC¹⁵⁰), y no es otra que la posibilidad de sancionar disciplinariamente a los guardias que, durante el transcurso de una manifestación, pudieren transgredir esta prohibición. Existe jurisprudencia constitucional respecto de otro de los colectivos que tradicionalmente se han entendido sujetos a una relación de sujeción especial, como es el de los presos, y en los que el Tribunal Constitucional valida la sanción disciplinaria impuesta al considerar que el derecho fundamental de reunión no ampara cualquier comportamiento del recluso que se reúne pacíficamente en el patio de la prisión, justificando en este caso que la

¹⁴⁸ FJ 8º: « [...] la proscripción del uso de la megafonía impuesta por la autoridad gubernativa, circunscrita al tiempo de la celebración de los “oficios religiosos” y no absolutamente impeditiva del uso de aquel vehículo material de expresión para los congregados de la plaza, sino temporalmente limitativa de dicho uso, supuso una limitación adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa, amparado por el art. 16.1 CE como manifestación religiosa de culto. Tal limitación observó igualmente las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto, pues los términos de la prohibición gubernativa no comprometieron el ejercicio del derecho de reunión en mayor intensidad de la que tendía a favorecer el ejercicio concurrente de otro derecho fundamental».

¹⁴⁹ Y al militar de las FAS por el artículo 7 PLODDFAS.

¹⁵⁰ Y a las asociaciones profesionales de las FAS por el artículo 32.2 PLODDFAS.

vulneración de la comunicación previa a la autoridad penitenciaria permite la aplicación del régimen disciplinario por impedir a ésta controlar la legalidad de la reunión¹⁵¹, lo que invita a concluir que la aplicación del régimen disciplinario militar a los comportamientos reseñados no presentaría problemas aparentes de constitucionalidad.

En este mismo sentido, y sentada por el artículo 50 LODDGC la responsabilidad de las asociaciones profesionales por los actos de sus órganos estatutarios adoptados en el ejercicio de sus respectivas competencias, cabe preguntarse si es posible exigir responsabilidades disciplinarias a los convocantes de una manifestación asociativa por permitir usar el estrado —desde el que tradicionalmente se lanzan los mensajes reivindicativos por los distintos oradores— a personas que, por su condición representativa político-sindical ponen en cuestión el respeto debido a la neutralidad en estas materias que obliga tanto a los guardias (art. 18.1 LODDGC) como a sus asociaciones (art. 9.5 LODDGC). Y no nos referimos a supuestos de laboratorio, puesto que la prensa del 19 de septiembre de 2010 relata como, en el transcurso de la manifestación convocada por UO y AUGC y que fue autorizada por la STSJ Madrid de 16 de septiembre de 2010, líderes políticos y sindicales¹⁵² utilizaron la tribuna para

¹⁵¹ STC 71/2008, de 23 de junio, FJ 5º: «En relación con el ejercicio de este derecho dentro de los centros penitenciarios por parte de los condenados a prisión, debe incidirse en que, estando previsto en el art. 25.2 CE que los derechos fundamentales de los internos queden expresamente limitados por la condena, el sentido de la pena o la ley penitenciaria, ya este Tribunal ha destacado que el ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones puede quedar limitado por razones de orden y de seguridad constitucionalmente legítimas (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2). A partir de ello, no cabe admitir la afirmación del recurrente de que las reuniones y concentraciones realizadas por internos dentro de centros penitenciarios no requieren de autorización previa, toda vez que no puede privarse a la administración penitenciaria de que determine y pondere en cada caso si el pretendido ejercicio de este derecho resulta compatible con la condición de presos en general, con el cumplimiento de su pena privativa de libertad, con la seguridad y buen orden del establecimiento, con la libertad de los demás presos con los que obligadamente conviven los peticionarios y con la correcta prestación por los funcionarios del centro penitenciario de sus restantes servicios y funciones. Por tanto, habida cuenta de que el recurrente, junto con otros presos, se limitó a comunicar por medio de instancia entregada poco antes de su celebración que participaría en una concentración, pero sin posibilitar que la administración determinara y ponderara las razones de orden y de seguridad del centro que pudieran verse afectadas, no cabe afirmar que fuera una conducta amparada por el legítimo ejercicio de este derecho».

¹⁵² En concreto el líder de la formación Izquierda Unida, D. Cayo Lara, el eurodiputado de esta misma formación Willy Meyer y la vicesecretaria general del Sindicato unificado de Policía D^a. Mónica Gracia, como relata la edición sevillana del *ABC* del 19 de septiembre de 2010 en su página 56.

dirigir diversos mensajes al público compareciente. Las dudas sobre la politización del acto, y la mancha que a la neutralidad política y sindical causaron esos discursos, queda resumida en el titular de la edición de Sevilla de diario *ABC* de 19 de septiembre de 2010, en su página 56: «Las asociaciones de la guardia civil usan a la izquierda para pedir su desmilitarización». Curiosamente la posible responsabilidad individual de los convocantes de la manifestación y de los órganos representativos de la asociación resultaría inexigible en vía disciplinaria por vulneración de la neutralidad política o sindical (porque aunque no son ellos quienes realizan las manifestaciones partidistas, sí son quienes convocan, permiten y facilitan que el cargo político o sindical se dirija a los congregados), dada la redacción otorgada por el legislador a la falta muy grave prevista por el artículo 7.2 LO 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en adelante, LORDGC), que condiciona la sanción de las conductas que vulneren la neutralidad política o sindical a que las mismas se produzcan «en el desarrollo de su actuación profesional»¹⁵³, lo que parece circunscribir la aplicación de este tipo disciplinario a las conductas políticas y sindicales desarrolladas estando el guardia civil de servicio, con ocasión del mismo, portando uniforme o haciendo uso de su condición profesional —aunque el TSJ Madrid apuntó que cuando un guardia civil asiste a un acto político o sindical no acude como ciudadano, sino en su condición profesional, *ergo* quizá sí fuera conforme al principio de tipicidad incardinar el comportamiento de los convocantes y de los representantes asociativos implicados dentro de dicha falta muy grave—, lo que obligaría al intérprete a buscar otras vías en las cuales pudiera encajarse una conducta que parece, a primera vista, no conforme con las exigencias de la disciplina militar que por mandato legal impera en el Cuerpo.

¹⁵³ Como se señala en A. N. Marchal Escalona (coord.): *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 356: «Comete esta infracción el guardia civil que, en su condición de tal y no como simple ciudadano, lleva a cabo actos dirigidos a colocar en situación de ventaja o de desventaja a alguna organización política o sindical o a sus miembros, simpatizantes, votantes o candidatos, dentro o fuera de procesos electorales».

¿Podría considerarse este comportamiento como la promoción de un partido o sindicato, o como desarrollo de actividades de naturaleza política o sindical (falta muy grave *ex art. 7.3 LORDGC*)? Ambas faltas son consideradas por la doctrina como intencionales, que requieren el dolo específico de, o bien favorecer o perjudicar a una determinada opción política o sindical (art. 7.2 LORDGC) o de desarrollar actividades políticas o sindicales prohibidas para los guardias civiles¹⁵⁴. Y ahondando un poco más en estas conductas: ¿qué decir de la tradicional repetición de eslóganes¹⁵⁵ (como ejemplos los que relata el diario *ABC* del día citado: «Zapatero, embustero» o «Rubalcaba el que no bote») contra las personas que encarnan las más altas instituciones de la Nación? ¿Solamente son sancionables a título individual en la persona del guardia que sea sorprendido clamando dichas consignas¹⁵⁶ (lo cual plantea un serio problema de prueba cuando la concentración congrega a varios miles de personas, como ha ocurrido con las últimas manifestaciones de miembros de la Benemérita), o pueden imputarse a los organizadores de la manifestación la promoción de las mismas¹⁵⁷?

Esta aparente imposibilidad de reprimir el comportamiento presuntamente antidisciplinario de los representantes asociativos, llevaría a plantear, como modo de controlar el respeto al mandato de neutralidad que las asociaciones profesionales reciben de la ley (art. 9.5 LODDGC), la posibilidad de suspensión o disolución de las asociaciones profesionales infractoras, más en el supuesto de que la afección a dichos bienes constitucionalmente relevantes fuera reiterada o de extraordinaria gravedad —

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 356 y 360.

¹⁵⁵ De todo el mundo es conocido que en toda manifestación, dada su naturaleza dinámica que implica el desplazamiento desde un punto de partida hasta el lugar en que los organizadores desgranar sus discursos a la masa congregada, se galvaniza a los comparecientes a través de la megafonía proponiendo cánticos reivindicativos relacionados con el objeto de la manifestación

¹⁵⁶ El artículo 7.1 LORDGC considera falta muy grave «[...] la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional o al Rey y a las demás instituciones por ella reconocidas».

¹⁵⁷ El artículo 7.28 LORDGC considera falta muy grave «Inducir a la comisión de alguna de las faltas previstas en los apartados anteriores».

basta imaginar el supuesto de una asociación profesional que decidiera que la estrechez del cauce asociativo obstruye su labor y acudiera a la utilización de medios de acción sindical prohibidos para desarrollarla, convocando formalmente una huelga, por ejemplo—. El artículo 51 LODDGC remite la suspensión o disolución de las asociaciones profesionales al régimen general de la LODA, que en su artículo 17 considera que una asociación podrá disolverse por las causas previstas en sus Estatutos, y en su defecto, por la voluntad de sus socios expresada en asamblea general convocada al efecto, por las causas previstas en el artículo 39 del Código Civil¹⁵⁸ y por sentencia judicial firme¹⁵⁹. Se echa en falta en la LODDGC, dada la importancia que para el buen funcionamiento de cualquier estructura militar comporta el respeto a la disciplina que rige su funcionamiento por todos sus miembros —y frente a quien pudiera sostener que las asociaciones profesionales constituidas por guardias civiles son personas jurídicas externas a la organización castrense, creadas para defender los derechos de sus miembros, y por ello están exentas de determinadas obligaciones, recuérdese que a esas asociaciones externas la LODDGC (Tít. VII, arts. 52 a 57) les otorga una participación capital en la determinación de las condiciones de servicio de todos los guardias civiles, mediante la participación, a través de los resultados electorales, en el nuevo Consejo de la Guardia Civil, participación que debiera exigirles, en contrapartida, un mínimo respeto de las reglas del juego—, un régimen específico de suspensión o disolución de

¹⁵⁸ Que son la siguientes: expiración del plazo durante el que funcionaban legalmente, haber realizado el fin para el que se constituyeron, imposibilidad de aplicar a éste los medios y la actividad de que disponían.

¹⁵⁹ El artículo 515 CP tipifica los supuestos de asociación ilícita: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. 2. (derogado). 3. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4. Las organizaciones de carácter paramilitar. 5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello. 6. (derogado)».

las asociaciones profesionales por la infracción de algunos principios considerados esenciales para el correcto desempeño de sus funciones (tendientes a garantizar «la satisfacción de los intereses sociales, económicos y profesionales de sus asociados y la realización de actividades sociales que favorezcan la eficiencia en el ejercicio de la profesión y la deontología profesional de sus miembros», art. 36 LODDGC), al estilo del inaugurado por los artículos 10¹⁶⁰ y 11 de la LOPP¹⁶¹, contemplando como causa de disolución la vulneración reiterada de los bienes constitucionalmente relevantes que la neutralidad política y sindical de la Guardia Civil y las Fuerzas Armadas encarnan *ex* artículo 103.1 CE.

En este sentido, el artículo 38 PLODDFAS prevé la suspensión y disolución de las asociaciones profesionales de militares por la autoridad judicial, «cuando incumplan lo dispuesto en esta Ley o incurran en supuestos tipificados como de asociación ilícita de acuerdo con las leyes penales», permitiendo la posibilidad de suspensión o disolución por vulneración, entre otras causas, del mandato de neutralidad política y sindical anteriormente referido. Ahora bien, este artículo parece pecar de cierta indeterminación e imprecisión, porque no especifica qué infracciones (¿todas?, ¿sólo las más relevantes?, y en este caso, ¿cuáles?) van a permitir la disolución o si va ser precisa

¹⁶⁰ Que en su número 2 contempla como causas de disolución judicial, además de las previstas por el CP para el delito de asociación ilícita, la vulneración de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y funcionamiento democráticos (derivado del art. 6 CE) y que «de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a las que se refiere el artículo 9».

¹⁶¹ Y declarado constitucional por la STC 48/2003, de 12 de marzo, ante la alegación de los recurrentes, sostenida en la casi unánime opinión doctrinal hasta ese momento, de que «[...] la disolución de los partidos, como la de las asociaciones, sólo podría producirse mediante resolución judicial (art. 22.4 CE) y traer causa de su ilicitud penal (art. 515 CP) o, en vía civil, de la inobservancia del deber de organización y funcionamiento democráticos (art. 6 CE)» (FJ 4º), y de que constituía una vulneración del principio de *non bis in idem*, por constituir una pena alternativa a la prevista por el artículo 515 CP, alegación rechazada por el Tribunal en su FJ 10º: «En el caso de los preceptos recurridos no se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones».

una reiteración en la conducta infractora para considerar el motivo como suficiente, lo que va a dar lugar a un excesivo casuismo jurisprudencial, si es que alguna vez llega a utilizarse este instrumento de control del correcto ejercicio del derecho por las organizaciones profesionales.

En cualquier caso, parece evidente que los mecanismos legales articulados para la expulsión del tráfico jurídico de las asociaciones resultan insuficientes para controlar el respeto a determinados valores constitucionales —recuérdese que el mandato de neutralidad política o sindical para las Administraciones públicas, que se traslada a los funcionarios y empleados públicos mediante los que aquéllas actúan a través la aplicación del correspondiente régimen disciplinario, no es más que un derivado del principio constitucional de objetividad de la actuación de las Administraciones Públicas consagrado por el artículo 103.1 CE—, especialmente relevantes en el ámbito de las relaciones de sujeción especial castrenses. Debe tenerse en cuenta que la infracción de dichos principios, a pesar de ser imputable a la persona jurídica, es materialmente ejecutada por los miembros que la integran, y especialmente por sus representantes (*societas delinquere non potest*), por lo que debería articularse algún mecanismo represivo para evitar que, amparándose en el constitucional ejercicio del derecho fundamental de asociación en materia profesional, determinados funcionarios públicos eludan el cumplimiento de las obligaciones que el Ordenamiento jurídico les impone, y utilicen la personalidad jurídica para socavar la disciplina militar a la que todo guardia civil y militar está sujeto.

La STJ Madrid nº 444 de 13 de abril de 2010 parece abrir, como hemos apuntado anteriormente, una vía para la reprensión disciplinaria del comportamiento de los guardias civiles que en el ejercicio de su derecho de manifestación vulneren la neutralidad política o sindical, al considerar que cuando se acude a una manifestación

convocada por un sindicato o por un partido político, o por una asociación profesional pero bajo eslóganes políticos o sindicales, el hecho de que no se esté de servicio activo o no se porte uniforme no permite considerar que se acude como ciudadano: «El desistimiento de la convocatoria que hicieron esas asociaciones no se acompañó de la correlativa renuncia a los fines que afectaban a los integrantes del Cuerpo, por lo que la reivindicación de sus derechos continuaba siendo un objetivo del acto. No nos hallamos, entonces, ante la eventual participación de los Guardias Civiles [sic] como ciudadanos por intereses inherentes a su condición de tales, sino en la asistencia a una manifestación que, formalmente convocada por terceros, tiene por finalidad reivindicar derechos de naturaleza sindical cuya titularidad se atribuye entre otros, a los propios Guardias Civiles [sic]. Es inconcebible que la asistencia de un Guardia Civil [sic] a ese acto no lo fuera en condición de tal y sí en la de simple ciudadano, pues eran sus derechos o intereses corporativos el objeto de la manifestación, de manera que, además, difícilmente puede decirse que esa asistencia, aun cuando fuera aparentemente a título individual, dispusiera de naturaleza anónima» (FJ 5º).¹⁶²

B) LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS REPRESENTATES ASOCIATIVOS Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El reconocimiento del derecho de asociación profesional en el seno de la Guardia Civil ha otorgado cobertura legal al ejercicio de sus funciones representativas

¹⁶² Ahora bien, esa asistencia de un guardia civil «en su condición de tal» a una manifestación convocada por un partido político o por un sindicato, ¿puede ser calificable como constitutiva de una vulneración de la «neutralidad o independencia política o sindical en el desarrollo *de la actuación profesional*» (art. 7.2 LORDGC, las cursivas son nuestras)? En nuestra opinión, resulta muy dudoso el cumplimiento de ese elemento objetivo del tipo. Parecería más ajustado al principio de tipicidad calificar estas conductas como constitutivas de la falta muy grave prevista por el artículo 7.3 LORDGC de «desarrollo de actividades políticas y sindicales».

por los cargos directivos de las diversas asociaciones constituidas e inscritas en el Registro habilitado en el Ministerio del Interior, funciones que en la actualidad los representantes de las asociaciones profesionales de miembros de las FAS ejercitan *de facto*. Sin embargo, la protección y facultades¹⁶³ que la LODDGC otorga a los representantes asociativos, reforzada en el caso de que los mismos ostenten la condición de vocales del Consejo de la Guardia Civil¹⁶⁴, choca con diversos preceptos contenidos en la LORDGC, que restringen, fundamentalmente, el ejercicio de la libertad de expresión por los miembros del Instituto armado. Curiosamente, estos tipos disciplinarios [la falta muy grave del art. 7.1 (y quizá también la del art. 7.2) y las faltas graves de los apartados 21 y 22 del art. 8] no realizan distinción alguna en lo que respecta a la autoría de los mismos, entendiendo que sujeto activo de la falta disciplinaria puede ser todo miembro del Cuerpo sujeto al régimen disciplinario —con independencia de que se trate de un representante asociativo, de un vocal del Consejo de la Guardia Civil o de un mero guardia civil sin representación alguna y esté o no afiliado a una asociación profesional—, que efectúe manifestaciones contrarias a la disciplina o reclamaciones o peticiones a través de medios de comunicación social o con publicidad.

¹⁶³ Artículo 45 LODDGC: «1. Reglamentariamente se regulará el acceso de los miembros de las asociaciones que formen parte del Consejo de la Guardia Civil y un representante designado por las asociaciones profesionales representativas que no formen parte de dicho Consejo, a los acuartelamientos e instalaciones para participar en actividades propias del asociacionismo profesional, que, en cualquier caso, exigirá previa comunicación al jefe de la unidad, centro u órgano, no pudiendo tales actividades interrumpir o menoscabar el normal funcionamiento de los servicios. 2. Igualmente, se regulará reglamentariamente el derecho de los representantes de las asociaciones que cuenten con vocales en el Consejo de la Guardia Civil a disponer de tiempo, horas mensuales y permisos para el desarrollo de actividades relacionadas con su condición».

¹⁶⁴ Artículo 57 LODDGC: «Los vocales del Consejo de la Guardia Civil, en representación de los miembros de la Institución, tendrán los siguientes derechos: 1. Libre circulación por las dependencias de su unidad electoral, sin que entorpezca el normal funcionamiento de las correspondientes unidades. 2. Libre distribución de publicaciones referidas a cuestiones profesionales o asociativas. 3. Acumulación en uno de los miembros de la candidatura de los créditos de tiempo, horas mensuales y permisos, previa comunicación a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. 4. No discriminación en su promoción profesional en razón del desempeño de su representación».

La libertad de expresión, definida por la doctrina como «la posibilidad de dar a conocer las propias ideas a los demás»¹⁶⁵ —y que la propia CE define como el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», como recuerda la STC 2/1982, de 29 de enero (FJ 4º)—, presenta una naturaleza jurídica discutida, a pesar de tratarse *prima facie* de un derecho fundamental (autónomo de la libertad de información)¹⁶⁶ de los reconocidos por la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE, y ante todo un derecho de libertad¹⁶⁷, pues ha llegado a afirmarse que junto a este carácter, que no le es negado, se añade el de tratarse de una garantía institucional¹⁶⁸ que teniendo por objeto asegurar « [...] la existencia de una opinión pública libre y plural, resulta obvio que estos derechos sólo actúan como garantía institucional cuando su ejercicio sirva efectivamente a la formación de una opinión pública libre y plural, base del pluralismo político y, en consecuencia, del sistema democrático»¹⁶⁹, lo que

¹⁶⁵ M. C. Llamazares Calzadilla: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, p. 41.

¹⁶⁶ M. C. Llamazares Calzadilla: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, cit., p. 41. En el mismo sentido, A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pp. 93-99. El Tribunal Constitucional no abogó inicialmente por esta naturaleza independiente de los dos derechos reconocidos por el artículo 20 CE. Así, la tempranísima STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4º: «El derecho a comunicar, que en cierto sentido puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica, el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social».

¹⁶⁷ A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 70.

¹⁶⁸ Sobre el concepto de garantía institucional y su aplicabilidad a los derechos fundamentales se pronuncia A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 72-82.

¹⁶⁹ M. C. Llamazares Calzadilla: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, cit., p. 46.

determina una naturaleza dual (como derecho fundamental subjetivo y como garantía institucional) de la libertad de expresión¹⁷⁰.

Las manifestaciones realizadas por militares a medios de comunicación social han sido objeto de una abundante jurisprudencia de la Sala V del Tribunal Supremo, que ha proclamado como principio fundamental en esta materia el carácter más restringido posible de los límites exigibles a la libertad de expresión del militar¹⁷¹. Uno de los supuestos que más veces ha afrontado la Sala V ha sido el del control de la legalidad de las sanciones disciplinarias impuestas a representantes asociativos que realizaron reivindicaciones a medios de comunicación social, defendiendo vehementemente los sancionados, en sede de recurso de casación, que «se formulan tales manifestaciones “aludiendo a intereses legítimos de la Asociación de la que forma parte”»¹⁷².

El Tribunal Supremo ha rechazado en diversas ocasiones que determinadas extralimitaciones en el uso de la libertad de expresión¹⁷³ por estos representantes

¹⁷⁰ Doble naturaleza sobre la que diserta A. Magdaleno Alegría: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 82-91, citando la aceptación de la misma por el Tribunal Constitucional.

¹⁷¹ Así, STS (V) de 6 de julio de 1998 (rec. 69/97), FJ 6º: «El derecho a la libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) CE debe ser interpretado para los militares de la forma más amplia posible, y solo puede limitarse por exigencias ineludibles de la propia eficacia de las Fuerzas Armadas en cumplimiento de sus misiones constitucionales, en atención a fines de valor superior, cuyas limitaciones vienen establecidas, no solo en las Reales Ordenanzas (art. 178), sino también en las propias normas que tipifican como infracciones disciplinarias hechos que pueden afectar a dicha libertad de expresión. Por eso la interpretación de los tipos disciplinarios que se refieren a esa materia ha de efectuarse de tal manera que quede a salvo la mayor porción posible del derecho constitucional, lo que nos autoriza, porque así viene impuesto por la propia CE, a interpretar ese concreto tipo de formular manifestaciones a los medios de comunicación social circunscribiéndolas a aquéllas que afecten al servicio y, además, representen una vulneración de la obligación que el art. 45 de dichas Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por L 85/1978 de 28 Dic., impone a todos los militares de guardar discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio. De manera que el tipo apreciado, como hemos dicho de carácter complejo, presupone la apreciación del Mando de que las manifestaciones formuladas por el encartado en los medios de comunicación social, de que se ha hecho mérito, se referían a asuntos del servicio y conculcaban la disciplina que debía observar en cualquier caso».

¹⁷² STS (V) de 31 de marzo de 2003, FJ 6º. Este mismo planteamiento se repite en la STS (V) de 29 de octubre de 2004 FJ 4º: « [...] el inculpaado razona que, en cualquier caso, el contenido de sus manifestaciones estaría amparado por el derecho a la libertad de expresión “ligada en todo caso... a la libertad de asociación y al ejercicio de defensa de los derechos e intereses legítimos del colectivo al que representa” [...]».

¹⁷³ Sobre el que el Tribunal Constitucional ha determinado su delimitación en el ámbito de las relaciones laborales, como muestra la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2º: «La emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en

asociativos quedaran amparadas por la defensa de intereses asociativos: «Tampoco puede admitir la Sala, la argumentación de que las manifestaciones emitidas “aluden a intereses legítimos de la Asociación de la que forma parte”, pues independientemente de que se hacen consideraciones relativas a aspectos puramente personales del encartado, es lo cierto que el contenido de los mismos suponen imputaciones y aseveraciones que en nada pueden afectar a los “intereses legítimos” de tal Asociación»¹⁷⁴. Pero debe analizarse, a la luz de la nueva LODDGC que reconoce el legítimo ejercicio de la libertad asociativa por estos representantes, si dicha condición se constituye como una especie de causa de justificación (de causa de exclusión de la antijuricidad de la conducta) de las posibles extralimitaciones que el mismo cometa en el ejercicio de su libertad de expresión, en el ámbito disciplinario¹⁷⁵. La Sala V del Tribunal Supremo ha negado tradicionalmente tal extremo: «En la sentencia impugnada, no sólo no se admite la condición de Secretario General de Coproper del interesado como causa de exclusión de antijuricidad sino que se pone de manifiesto que la pertenencia a la citada entidad en modo alguno desvincula al miembro de la Guardia Civil de sus obligaciones y de las normas deontológicas y mesura que han de presidir su comportamiento. Acierta la sentencia a nuestro juicio al afirmar que la condición de Secretario de cualquier otro órgano representativo de la Asociación Coproper no supone ni representa causa de

ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales».

¹⁷⁴ STS (V) de 31 de marzo de 2003, FJ 6º. El Tribunal consideró en este mismo FJ 6º que las imputaciones proferidas por el representante asociativo en los diversos medios de comunicación en los que trasladó sus pensamientos rebasaban con mucho el lícito ejercicio de la libertad de expresión: «Pues bien, en el supuesto examinado ha de concluirse que tales límites se han rebasado ampliamente en los juicios emitidos por el recurrente que, como certeramente apunta el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, “tienen como denominador común la imputación a los mandos de la Guardia Civil de actuaciones no sólo arbitrarias, sino ilegales”, y en consecuencia, la sanción de los mismos no resulta vulneradora del citado derecho a la libertad de expresión que se ha ejercido por el encartado —como queda dicho— fuera de sus razonables límites».

¹⁷⁵ Ya ha habido dentro de la doctrina quien sostuviera que estos comportamientos eran reprimibles no como uso de la libertad de expresión, «sino porque la intención y el resultado de ello ha sido provocar un conflicto interno», como F. Laguna Sanquirico: «El militar, ciudadano de uniforme (Deberes y derechos del soldado)», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 56, abril-junio 1987, p. 128.

exclusión de la antijuridicidad en las declaraciones que se profieran, si —como en el presente caso— resultan antijurídicas en sí mismas, en tanto han de valorarse como insultantes, vejatorias y genéricamente difamatorias para un colectivo indeterminado al que se alude como “grupo de mandos”. Ha de reconocerse a los representantes de la expresada Asociación legalmente constituida el derecho a cumplir sus funciones precisadas en el art. 8 de sus Estatutos, siempre con el límite del nº 10 de dicho artículo de quedar excluida “cualquier tipo de finalidad reivindicativa”, aunque pudiendo “ejercer la representación de los asociados... en aquellas cuestiones justificadas y que fueran por el bien y defensa de sus intereses sociales como funcionarios y como ciudadanos...” u otros objetivos para el interés de sus componentes [orientación, formación, asesoramiento, relación con Instituciones, etc.]»¹⁷⁶.

Esta línea de interpretación no fue unánime,¹⁷⁷ pues un sector de la Sala ha discrepado abiertamente de la posición mayoritaria, admitiendo la legalidad de las manifestaciones públicas de los representantes siempre que no fueren injuriosas o calumniosas o vulneraran el deber de secreto o afectan a materias protegidas¹⁷⁸.

¹⁷⁶ STS (V) de 29 de octubre de 2004, FJ 5º.

¹⁷⁷ La propia STS (V) de 29 de octubre de 2004 presenta un voto particular, formulado por el Magistrado J. L. Calvo Bello, en el que discrepa parcialmente (en su FJ 6º) de esta línea interpretativa de la mayoría de la Sala: « [...] la sentencia dice que: “[...] en ningún caso puede admitirse que, a sabiendas de la relevancia pública que pueden alcanzar las opiniones que en ellas se expresan, se utiliza la misma precisamente como vehículo para llegar a la opinión pública y que por la misma se perciba como cierta una situación descriptiva de la actitud de “un grupo” de mandos del Cuerpo”. No comparto esta afirmación porque entiendo que es acorde con los Estatutos de la mencionada asociación la denuncia pública de un determinado estado de cosas en el seno del Instituto de la Guardia Civil. Una cosa es que una denuncia se haga en términos irrespetuosos (los atribuidos al recurrente claramente lo eran) y, por lo tanto, sancionables, y otra bien distinta que, expresada en términos correctos, sea merecedora de una respuesta disciplinaria. La asociación Coproper, de la que el recurrente era representante, es una asociación legal, que tiene como finalidad, entre otras, “La realización de los actos y acciones necesarios tendentes al pleno alcance y disfrute por parte de sus asociados de los derechos y beneficios reconocidos en la Constitución Española” (artículo 11 de los Estatutos). En consecuencia, denunciar que determinadas acciones de algunos mandos vulneran derechos fundamentales de los guardias civiles es una acción que no merece reproche disciplinario, con independencia de que los términos que se utilicen puedan justificarlo (la falta de respeto no estará en el hecho de atribuir la vulneración, sino en los términos que se utilicen para denunciarla)».

¹⁷⁸ Voto particular formulado por los Magistrados J. L. Calvo Bello y A. Juanes Peces a la STS (V) de 9 de mayo de 2005 (FJ 4º): «Así las cosas, es claro que no toda manifestación pública es sancionable, y menos si es hecha en la condición de portavoz de una asociación legalmente reconocida. Las

La libertad de expresión de los militares (y de los policías) y el alcance que pueden tener las restricciones impuestas a la misma¹⁷⁹ ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia constitucional desde sus más tempranas sentencias, estando en muchos casos el debate de fondo sobre esta libertad vinculado con el ejercicio de la representación sindical/asociativa ostentada por los uniformados, dándole a estos límites una mayor extensión o, si se quiere, una eficacia limitadora del contenido de la libertad mayor que la que reciben los funcionarios civiles, diferencia de trato justificada en el carácter no tan reforzado de la relación de sujeción especial¹⁸⁰ que une a éstos con la Administración, de la que es ejemplo la STC 6/2000, de 17 de enero¹⁸¹, aunque

manifestaciones del recurrente no debieron ser sancionadas porque ni afectan a materias objeto de protección, ni atacan a la disciplina. Es cierto que en conjunto suponen una exposición crítica de una determinada actuación: la consistente en realizar un determinado número de identificaciones. Pero mediante ellas el recurrente, contestando a las preguntas de los periodistas, no hizo más que exponer el dilema interno de muchos servidores públicos: la obediencia, aunque la norma o la orden sean difíciles de comprender, o la sanción por desobediencia. Pero al hablar en tales términos el recurrente no cuestionó las órdenes, sino que afirmó que, en el caso a que se referían los medios de comunicación, podía presentarse en la conciencia de algunos guardias civiles el referido dilema [...].

¹⁷⁹ Cuyo fundamento jurídico lo encuentra A. García Noriega: *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 57, en el deber de neutralidad exigido a la Administración, «que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se halla reforzado por la peculiar posición de los militares como custodios de las herramientas que materializan la capacidad coercitiva del Estado — las armas—».

¹⁸⁰ STC 6/2000, de 7 de enero, FJ 6º: «Como ya se ha dicho con cita de la STC 81/1983, ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos poseen el mismo grado de jerarquización o de disciplina interna. Y en el presente caso es indudable, de una parte, que se trata de un funcionario del Ministerio del Interior que solo lleva a cabo funciones examinadoras en una Jefatura Provincial de Tráfico y, además, que en el Cuerpo al que pertenece no existe una especial jerarquización o disciplina interna. De suerte que en este concreto ámbito de la Administración Civil del Estado el criterio relevante ha de ser el de que, pese a la existencia de una relación especial de sujeción y el deber de respeto hacia el superior por parte del funcionario, éste se encuentra respecto al ejercicio de la libertad de expresión en una situación mucho más próxima a la del simple ciudadano, según se declaró en la decisión últimamente mencionada y se ha reiterado en la STC 69/1989, de 20 Abr. Sin que de otra parte pueda apreciarse, en atención a la doctrina allí expuesta, que en el presente caso el ejercicio de la libertad de expresión por parte del recurrente haya puesto “públicamente en entredicho” la autoridad de su superior jerárquico dado el cauce a través del cual se le hizo llegar el escrito por el que fue sancionado. Ni tampoco que su actuación haya comprometido “el buen funcionamiento del servicio”, por quedar circunscrita a la comunicación con su superior».

¹⁸¹ Esta Sentencia suaviza muchísimo los límites que estos funcionarios reciben en su libertad de expresión, considerando que llamar «incapaz» a un jefe directo no excede del legítimo ejercicio del mismo al verterse dicha expresión en el ejercicio de la legítima crítica sindical, FJ 7º *in fine*: « [...] si exceptuamos, como se ha dicho, la frase con la que dicho escrito se cierra, cabe apreciar que las expresiones empleadas por el recurrente, pese a que pudieran ser estimadas como molestas o incluso hirientes para su destinatario, no desbordan en modo alguno esa finalidad de crítica al superior. De otro, que tal crítica iba referida exclusivamente a las condiciones en las que se prestó en la tan citada fecha un servicio público a los ciudadanos. Pues bien, atendidas estas dos últimas circunstancias ha de estimarse que también en el ámbito de una relación funcional es relevante la doctrina de este Tribunal respecto a aquellos supuestos, referidos al ámbito laboral, en los que se ha tenido en cuenta el criterio de “la

finalmente considerara el Tribunal Constitucional objetivamente vejatorio que un funcionario acusara a un superior de «falta de vergüenza»¹⁸². Frente a esta interpretación laxa de los límites al derecho, la libertad de expresión de los representantes sindicales policiales ha sido objeto de tratamiento desde la STC 81/1983, de 10 de octubre, que resolvió el recurso de amparo presentado por un Inspector del Cuerpo Superior de Policía que ostentaba un cargo representativo por la emisión de una nota de prensa en radio, en la que denunciaba su traslado a la Comunidad Autónoma vasca, por la que fue sancionado disciplinariamente, y en la que el alto Tribunal dejaba sentado que la libertad sindical de los cargos representativos venía limitada tanto por la estructura jerarquizada del Cuerpo como por las misiones que la CE atribuía a las Fuerzas de Seguridad¹⁸³.

relevancia pública de la materia sobre la que versan las manifestaciones del actor” para considerar como legítimo por los trabajadores el ejercicio de la libertad de expresión (SSTC 6/1988, de 21 Ene., y 143/1991, de 1 Jul.). Y es significativo además que se llegase a la misma conclusión en el caso de la STC 1/1998, de 12 Ene., en atención al «interés público» en la prestación del servicio de transporte municipal, pues allí se declaró en el fundamento jurídico 4 A) que es “la presencia de este interés» lo que «viene a dar su máximo sentido al ejercicio de la libertad de expresión” más allá de su dimensión subjetiva de ese derecho. Por lo que ha de llegarse a la conclusión de que las manifestaciones críticas del recurrente hacia su superior jerárquico aquí consideradas se hallaban amparadas por la libertad de expresión que el art. 20.1 a) CE reconoce y garantiza».

¹⁸² FJ 8º: «Ahora bien, si se atiende a la frase final del escrito del recurrente en respuesta al requerimiento de su superior jerárquico (“Ya que le falta vergüenza, si, al menos, tuviera capacidad no sucederían estas cosas”), la conclusión a la que ha de llegarse ha de ser distinta de la anterior. En efecto, en el contexto de la frase que aquí consideramos, la valoración personal sobre la capacidad se halla unida a la vertida en primer lugar manifestando que “le falta vergüenza”, expresión que según los usos sociales se estima como injuriosa para cualquier persona. Sin que esta valoración, de otra parte, guarde relación alguna con los hechos o circunstancias que fueron objeto de la crítica del recurrente, por lo que resulta, además, totalmente innecesaria a tal propósito. A lo que cabe agregar, en segundo término, que ni la existencia de una situación de anormalidad en la Jefatura Provincial de Tráfico donde el recurrente prestaba sus servicios ni tampoco la representación que ostentaba o su participación en el desarrollo de dicha situación pueden modificar esta conclusión» (FJ 8º).

¹⁸³ FJ 3º: «La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía al que pertenece como inspector el recurrente y la misión que el art. 104.1 de la C. E. atribuye entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial». La STC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 3º, vuelve a reiterar este planteamiento en el ámbito sindical policial: «Las libertades de expresión y sindical tienen sus límites, derivados de la condición de funcionario y, concretamente, de funcionario del Cuerpo Superior de Policía de quien ejercita dichas libertades, de suerte que el funcionario que rebasa tales límites puede ser legítimamente sancionado en vía disciplinaria, sin que ello constituya violación de las libertades referidas».

Estos límites son mucho más reforzados, si cabe, en el caso de los funcionarios públicos sujetos a disciplina militar, como muestra la STC 371/1993, de 13 de diciembre, en los que entra a conocer el Tribunal Constitucional del recurso de amparo frente a una sanción disciplinaria interpuesto por un Teniente Coronel de Infantería que dirigió una carta al diario *Ya* en la que criticaba la política económica del Gobierno de la Nación sobre los soldados de reemplazo¹⁸⁴: «A la luz de lo expuesto, no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares. Por lo tanto, y aun partiendo siempre del reconocimiento de la libertad de expresión por el art. 20.1 C.E., debe aceptarse la legitimidad y corrección constitucionales del apartado 28 del art. 8 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas¹⁸⁵, cuando califica como falta leve “emitir o tolerar expresiones contrarias o realizar actos levemente irrespetuosos” contra —entre otros— determinados órganos constitucionales y autoridades civiles y militares. La protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y

¹⁸⁴ El texto de la carta viene recogido en el Antecedente de hecho 2º b) de la Sentencia: «Se ha aprobado una mejora en las pensiones de 40.000 funcionarios y 70.000 militares de la II República, y se dan facilidades para que otros 30.000 se acrediten como militares profesionales: Unos 45.000 millones de pesetas extrapresupuestarias a añadir a los 90.000 del presupuesto; total, unos 135.000 millones que se regalan, ya que no perfeccionaron las prestaciones reglamentarias. Además son compatibles con otras pensiones. Entre tanto se mantiene a nuestros soldados forzosos con un haber en mano inferior a 1.000 ptas. En tiempo de guerra todos debemos participar en la defensa de la libertad e independencia de la nación, pero en tiempo de paz no es necesario que los ciudadanos vayan obligados a los cuarteles. Pero ya que se hace, lo menos es compensarles como a otros que prestan sus servicios al Estado como profesionales o con carácter temporal. Es de justicia y hay dinero, pues se regala. Si se pagara a nuestros soldados lo que les corresponde por su dedicación, el costo sería de unos 70 a 80.000 millones de pesetas, bastante menos de lo que se va en pensiones políticas. Resulta poco ético regalar dinero a los amigos y regatear unas retribuciones a quienes las ganan sobradamente. Si la sociedad lo admite, es responsable de esta falta de justicia. Después no puede quejarse y menos tratar de pasar su tanto de culpa a las Fuerzas Armadas. José María P. B., Teniente Coronel de Infantería, DEM. Madrid».

¹⁸⁵ Se refiere a la Ley Orgánica 13/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, derogada

reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones “levemente irrespetuosas”, en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares» (FJ 5°).

La aprobación de la LODDGC, al desarrollar el derecho de asociación profesional de los guardias civiles, ha modificado la posición mayoritaria de la Sala V en lo hace a la libertad de expresión de los representantes asociativos, pasando a ser la posición minoritaria de la Sala, que anteriormente se manifestaba en los votos particulares de las Sentencias, la posición actualmente consagrada respecto al ejercicio de la libertad de expresión por guardias civiles en los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, considerando legítimo el ejercicio de la misma por el representante asociativo siempre que respete los límites establecidos por la propia LODDGC al ejercicio del derecho: «Es cierto que al recurrente, como portavoz o representante de la Asociación Unificada de la Guardia Civil y contemplando su actuación con la nueva perspectiva aportada por la citada Ley Orgánica Reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil, que reconoce el derecho de asociación, se le debe conceder un amplio margen de libertad de expresión en las actuaciones dirigidas a la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de sus compañeros. Pero, en todo caso, dentro de las limitaciones propias del respeto a la disciplina debida en la prestación del servicio, por lo que esta libertad no puede, en ningún caso, alcanzar al anuncio y justificación de actuaciones concertadas que manifiestamente alteran el normal funcionamiento del servicio o

pueden generar un incremento relevante del riesgo para el conjunto de los ciudadanos»¹⁸⁶.

Esta equiparación de la posición de los representantes asociativos militares con la posición reconocida por el Tribunal Constitucional a sus homólogos sindicales policiales, permite ya desbrozar la aplicabilidad del régimen disciplinario a los mismos y aclarar los ámbitos de actuación permitidos y la manera de corregir los posibles extralimitaciones cometidas en el uso de tal libertad. Así, los excesos verbales cometidos por portavoces asociativos en los que se ataque a la Jefatura del Estado, a la Constitución o a las instituciones que derivan de ella, entendiéndose incluidas en estas acciones las ofensas personales (injuriosas, calumniosas) a las personas que las encarnan, podrían ser corregidas mediante la aplicación del tipo disciplinario previsto como falta muy grave por el artículo 7.1 LORDGC¹⁸⁷. En este artículo, que contiene un tipo disciplinario residual (el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución)¹⁸⁸ y uno específico (la irrespetuosidad hacia el ordenamiento constitucional o sus instituciones), y en concreto, en este segundo tipo disciplinario, cabría ubicar las conductas de aquellos guardias civiles que durante la celebración de una manifestación proceden a proferir proclamas —del estilo de las ya vistas («Zapatero, embustero» y «Rubalcaba el que no bote»¹⁸⁹ y que el ABC del 19 de septiembre de 2010 recogía en sus páginas— contra el Gobierno de la Nación o las instituciones del Estado (o las

¹⁸⁶ STS (V) de 3 de marzo de 2010, FJ 7º. Este razonamiento ha sido repetido en la STS (V) de 13 de septiembre de 2010, FJ 5º.

¹⁸⁷ Que califica como falta muy grave la siguiente conducta: «El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de sus funciones y la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional o al Rey y a las demás instituciones por ella reconocidas».

¹⁸⁸ A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., p. 353, considera que dentro de este tipo deben incluirse todas las conductas no expresamente contempladas en el resto de tipos específicos de la LORDGC.

¹⁸⁹ Aunque la STS (V) de 13 de septiembre de 2010, que conoció de la sanción impuesta a un representante asociativo que en una entrevista con un periódico realizó, entre otras manifestaciones, las de que «De todas formas, llamar embustero a Zapatero no es un insulto, es la verdad», la sanción impuesta fue la del antiguo artículo 8.17 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, (en adelante, LORDGC 1991) como falta grave de realizar manifestaciones contrarias a la disciplina.

personas que las encarnan), siempre que las mismas no resulten constitutivas de delitos o faltas de amenazas, injurias o calumnias¹⁹⁰, en cuyo caso deberá sustanciarse la responsabilidad derivada en la vía penal ordinaria.

Las declaraciones que vulneraren la neutralidad política o sindical impuesta a los guardias civiles y a las asociaciones por ellos constituidas, podrían tener acomodo en el tipo disciplinario muy grave descrito por el artículo 7.2 LORDGC¹⁹¹. Esta falta disciplinaria, que configura otro tipo residual,¹⁹² precisaría que las declaraciones fueran efectuadas por el guardia civil en su condición de tal y no como ciudadano además de un «dolo específico de favorecer o perjudicar alguna opción política o sindical»¹⁹³.

Las manifestaciones en las cuales se acusa injustificadamente a mandos de prácticas corruptas o en las que se falta al respeto debido a los mismos, tendrían su encaje en el tipo descrito como falta grave por el artículo 8.21 LORDGC¹⁹⁴, en concreto en el primero de los tres subtipos que dicho artículo contiene (hacer cualquier reclamación, petición o manifestación contraria a la disciplina debida en la prestación del servicio¹⁹⁵). Considera la doctrina el ejercicio de la libertad de expresión como una posible causa de justificación de la conducta del expedientado¹⁹⁶. Más problemas plantea, en relación con el principio de tipicidad en materia disciplinaria, la vinculación de la infracción en que la manifestación, petición o reclamación consiste con «la

¹⁹⁰ A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., p 354.

¹⁹¹ Que considera falta muy grave: «La violación de la neutralidad o independencia política o sindical en el desarrollo de la actuación profesional».

¹⁹² A A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., p. 356.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Que considera falta grave: «Cualquier reclamación, petición o manifestación contrarias a la disciplina debida en la prestación del servicio o basadas en aseveraciones falsas, o formularlas con carácter colectivo».

¹⁹⁵ En el cual la STS (V) de 13 de septiembre de 2010 ha encontrado la presencia de un dolo específico en el autor, concretado en « [...] que la comisión de los mismos se produjo de forma deliberada, con la voluntad inequívoca de quebrantar la disciplina que los integrantes de la Guardia Civil deben observar en la ejecución o desempeño del servicio, puesto que, objetivamente, los términos, frases juicio y valoraciones por el Sr. Eugenio —cuyo significado y alcance es obvio que éste conocía perfectamente— conculcan gravemente dicho bien jurídico».

¹⁹⁶ A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., pp. 259-260.

disciplina debida en la prestación del servicio», pareciendo que el legislador quiere excluir la persecución de todo ejercicio de la libertad de expresión del guardia civil que no tenga relación alguna con los servicios que presta¹⁹⁷. ¿Es una causa de exclusión de la antijuricidad la condición representativa de la persona que realiza las declaraciones que atentan contra la disciplina? La doctrina niega tal extremo¹⁹⁸, conclusión que ha sido ratificada por la Sala V en su sentencia de 3 de marzo de 2010 al conocer de la imposición de una sanción por la antigua falta grave del artículo 8.17 LORDGC 1991, , precedente del actual artículo 8.21 LORDGC, al conocer el caso de un guardia civil representante asociativo que realizó unas manifestaciones a un medio de comunicación en las que anunciaba una huelga de los agentes de tráfico, por considerar que la libertad de expresión del mismo «[...] no puede, en ningún caso, alcanzar el anuncio y justificación de actuaciones concertadas que manifiestamente alteran el normal funcionamiento del servicio o pueden generar un incremento relevante del riesgo para el conjunto de los ciudadanos» (FJ 7º)¹⁹⁹.

Finalmente aparece la falta prototípica bajo la cual se han sancionado tradicionalmente las declaraciones a los medios de comunicación social de los guardias civiles: «Hacer reclamaciones o peticiones con publicidad o a través de los medios de comunicación social» (art. 8.22 LORDGC). La doctrina ha planteado la dificultad de sancionar las meras manifestaciones que no constituyan ni reclamaciones ni peticiones, criticando la exclusión de dicho término por la LORDGC, el cual sí estaba contenido en el tipo precedente de la LORDGC 1991 (art. 8.18)²⁰⁰. Se ha sostenido la existencia de tres elementos en este tipo disciplinario: en primer lugar, la existencia de una petición o

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 261.

¹⁹⁸ «La condición de miembro de una Asociación o representante cualificado de la misma, no otorga una patente de corso para desligarse del debido acatamiento a la disciplina inherente a cualquier miembro del mismo, cualquiera que sea su empleo y escala», *ibidem*, p. 262.

¹⁹⁹ Conclusión confirmada posteriormente por la STS (V) de 13 de septiembre de 2010.

²⁰⁰ A. N. Marchal Escalona (coord.): *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., p. 270.

reclamación; en segundo lugar, la publicidad dada a la misma; finalmente, que «por su contenido [la petición o reclamación] incida en la esfera de lo prohibido para un Guardia Civil [sic]»²⁰¹. Este último elemento abre una seria duda sobre la correcta aplicación del principio de tipicidad a determinadas conductas, que puede ser fácilmente explicado con un ejemplo real. En la edición del diario *El Mundo* para la Comunidad Autónoma vasca apareció en portada, el 17 de agosto de 2009, la fotografía de dos guardias civiles destinados en el Acuartelamiento de Inchaurren, que denunciaban determinados defectos y desperfectos en las instalaciones del mismo, e intercalaban entre ellas dos manifestaciones de gran calado: uno de ellos informaba públicamente a todos los lectores (incluidos los proclives a la causa del terrorismo de ETA) que no todos los vehículos oficiales disponibles en esa unidad disponían de inhibidores de frecuencia; el otro realizaba un llamamiento a la «huelga general». La tipificación de estas conductas dentro de la falta grave del artículo 8.22 presenta varios problemas. El primero ya fue apuntado por la doctrina: difícilmente puede calificarse a estas acciones como reclamaciones o peticiones, pues se trata de simples manifestaciones, todo lo inadecuadas que se quiera, pero manifestaciones al fin y al cabo, con lo que el respeto al principio de tipicidad quedaría seriamente cuestionado. Pero es de mucha mayor trascendencia el segundo problema, directamente relacionado con ese tercer elemento del tipo ya referido que identifica la doctrina en esta falta grave. Y es que el facilitar información de la que se tiene conocimiento por el ejercicio profesional —recuérdese que el secreto profesional se configura como uno de los límites a la libertad de expresión previstos expresamente por el artículo 7.1, al que añade el apartado 2º de dicho artículo el deber de reserva en asuntos de servicio²⁰²— en un medio de comunicación social, y que afecta directamente a la seguridad ciudadana (la de los

²⁰¹ *Ibidem*, p. 273.

²⁰² Deber que les es también exigido por el artículo 5.5 LOFCS.

compañeros que desempeñan sus servicios en esos vehículos oficiales, y la de los ciudadanos que transitan en sus proximidades y que se pueden ver afectados por la explosión de cualquier artefacto que los terroristas colocaran al paso de estos vehículos), o en su caso, el realizar un llamamiento público a un huelga general, cuando el artículo 11 LODDGC priva al guardia civil del derecho de sindicación y el artículo 12 LODDGC del derecho de huelga, quedando obligados a una estricta neutralidad sindical por mandato del artículo 18 LODDGC, pueden ser mucho mejor calificadas conforme a las exigencias del principio de legalidad y de su derivado de tipicidad dentro de las faltas muy graves previstas por los artículos 7.17 LORDGC («Violar el secreto profesional cuando afecte a la defensa nacional o a la seguridad ciudadana, perjudique el desarrollo de la labor policial o cause daños a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas») y 7.2 (ya visto) o 7.3 LORDGC («La promoción o pertenencia a partidos políticos o sindicatos, así como el desarrollo de actividades políticas o sindicales»), pues parece evidente que si la huelga es uno de los medios característicos y fundamentales que configuran el contenido esencial de esa libertad sindical que los guardias civiles tienen vedada, un llamamiento público al ejercicio de este derecho fundamental realizado por quien es representante asociativo puede suponer un indebido ejercicio de esas actividades sindicales.

La ubicación de estas conductas en estos tipos cualificados permitiría, además de soslayar los problemas técnicos encontrados por la doctrina en el texto del artículo 8.22 para reprimir « [...] las cada vez más frecuentes apariciones en la prensa de personajes buscando su minuto de gloria [...]»²⁰³, circunscribiendo su aplicación a las conductas para las que parece estar previstas y que nada tienen que ver con el legítimo ejercicio de la representación asociativa: las reclamaciones o peticiones sobre asuntos de servicio

²⁰³ A. N. Marchal Escalona (coord.), *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, cit., p. 270.

que se trasladan del ámbito que les es propio —el procedimiento administrativo y su conocimiento por los mandos competentes por razón de la materia, controlables posteriormente por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando aquéllas no fueren atendidas— al del conocimiento del público en general, por ser dicho comportamiento totalmente contrario a las exigencias de la disciplina militar que impera en el Benemérito Instituto.

IV. LAS POSIBILIDADES DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 28.1 CE: ¿HACIA UNA LIBERTAD SINDICAL DEL MILITAR?

El artículo 28.1 CE configura la titularidad del derecho fundamental de sindicación de manera abierta²⁰⁴, considerando amparados por la misma a todas las personas, incluidos los militares. Pero el constituyente no consideró la posición jurídica del militar como una más, sino que, dentro de los tres regímenes que la doctrina identifica en la regulación constitucional (de plena titularidad, de peculiaridades, y de limitación o exclusión²⁰⁵) hizo una referencia expresa al posible régimen de ejercicio de este derecho fundamental, delegando en el legislador la decisión última sobre la plenitud, limitación o total exclusión del ejercicio de este derecho para los uniformados, decisión legislativa que actualmente explicita el artículo 1.3 LOLS en sentido excluyente o prohibitivo²⁰⁶. Y en compensación por esta privación tan importante en su esfera jurídica, el Tribunal Constitucional ha considerado constitucional la articulación de otras organizaciones por parte de los militares que, sin tener carácter sindical,

²⁰⁴ En consonancia con lo dispuesto por los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, artículos 20.1 y 22.4 DUDH, 22.1 PIDCP, 8.1 PIDESC y 11.1 CEDH.

²⁰⁵ P. Menéndez Sebastián: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ibidem Textos Universitarios, Madrid, 1997, p. 26 identifica estos tres regímenes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 13 de marzo de 1991), considerando que la plena titularidad corresponde al trabajador en general, el de peculiaridad para la función pública en general, y el de limitación o exclusión aplicable a los militares. Por su parte, J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical* (2ª edición), Comares, Granada, 2006, distingue tres regímenes de ejercicio dentro de la función pública, considerando que los funcionarios públicos sufren modalizaciones en el ejercicio del derecho que no pueden « [...] afectar a su contenido esencial. Las modalizaciones deben entenderse como alternativas de ejercicio, pero nunca como restricciones o límites, aunque en la práctica legislativa y sindical en esta opción el riesgo, a veces actualizado, de aparición de un “germen de solapada restricción” (STS 13.5.1986)» (p. 116); los policías tienen una régimen peculiar en el que «[...] se introducen determinadas limitaciones que se justifican por las especiales características de la función policial y por el carácter de instituto armado que legalmente tienen estos Cuerpos» (p. 71); finalmente los militares quedan sujetos al régimen de exclusión por decisión expresa del legislador orgánico (art. 1.3 LOLS).

²⁰⁶ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prevé la posibilidad de restricciones al ejercicio de estos derechos para los militares. Así, los artículos 22.2 PIDCP, 8.2 PIDESC y 11.2 CEDH.

protejan los derechos socio-profesionales de los uniformados²⁰⁷, al estilo de las reconocidas por el constituyente (art. 127.1 CE) para los jueces, magistrados y fiscales: las asociaciones profesionales.

Sin embargo, la cada vez mayor equiparación del estatuto profesional del funcionariado civil y militar (en cierto sentido inexplicable, puesto que si en algo deben diferenciarse ambas clases de empleados públicos es en el respectivo régimen estatutario, más limitado en el ámbito castrense debido a la disponibilidad permanente para el servicio del militar), unido a la existencia de variados ejemplos en el Derecho comparado que permiten el ejercicio en las Fuerzas Armadas de la libertad sindical²⁰⁸, y sumado a la redacción abierta dada por el artículo 28.1 CE al régimen sindical del militar, permite plantear las dudas de si en un futuro cabría modificar la decisión del legislador y permitir un cierto ejercicio, pleno o limitado, de este derecho fundamental²⁰⁹.

Considera alguna doctrina²¹⁰ que no debe confundirse sindicato y asociación profesional, porque que ambos «son instituciones diversas se podría evidenciar a tenor de los arts. 36 y 52 CE, incluso del art. 127.1 CE, de manera que sólo los sindicatos tendrían una finalidad —política e institucional— que va más allá de los intereses profesionales». Porque si bien el sindicato sería una «asociación permanente para la representación y defensa de los intereses socioeconómicos de los trabajadores asalariados, en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores o de

²⁰⁷ Que ha sido duramente criticado por considerarse que diversas manifestaciones del mismo, en concreto las manifestaciones de guardias civiles, convierten el mismo en su sindicalismo de facto. *Vide*, F. Almendros Alfambra: «El confuso asociacionismo en la Guardia Civil», Tribuna abierta en el diario *ABC* del 10 de octubre de 2010, p. 3.

²⁰⁸ *Vide* G. Nolte: *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlín, 2003.

²⁰⁹ Planteada como posibilidad, en su comparecencia ante la Comisión de Defensa el 10 de febrero de 2011, por el presidente de la Asociación de Suboficiales de las Fuerzas Armadas, el Sr. D. Pedro Amador Romero.

²¹⁰ J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, cit., p. 129.

cualquier otro sujeto público o privado (STCo. 94/1995)»²¹¹, la jurisprudencia constitucional ha señalado una diferencia sustancial entre ambas personas jurídicas, que no es otra que la naturaleza compleja del derecho fundamental de sindicación, que integra en su seno los tres medios característicos de la llamada acción sindical que no están al alcance de las asociaciones profesionales²¹²: el derecho fundamental de huelga y los derechos constitucionales a la negociación colectiva y del conflicto colectivo:

Si se parte de la idea válida de que el sindicato, en cuanto sujeto de la libertad sindical, se justifica primordialmente por el ejercicio de la actividad sindical, y que ésta se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita, siendo una su expresión una serie de derechos como los de huelga, de negociación colectiva y de conflicto (reconocidos por los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 de la CE) [...] (STC 98/1985, de 29 de julio).²¹³

Aunque algún autor haya llegado a negar explícitamente la vinculación entre libertad sindical y derecho de huelga²¹⁴, parece una cuestión no discutida actualmente por la jurisprudencia constitucional (p. ej., la STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º) y la doctrina que el contenido esencial de la libertad sindical integra en su seno los medios de acción sindical. Esta integración del derecho fundamental del huelga dentro del

²¹¹ J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, cit., p. 15.

²¹² STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º.

²¹³ Esta sentencia culmina una serie que encumbra, antes de la publicación de la LOLS, lo que podría definirse como teoría extensiva del contenido esencial de la libertad sindical. Entre otras, SSTC 70/1982, de 29 de noviembre; 37/1983, de 11 de mayo; 59/1983, de 6 de julio y 74/1983, de 30 de julio. Frente a ésta, existe otra línea jurisprudencial que matiza la inclusión dentro de la libertad sindical de algunos de los derechos laborales reconocidos por el constituyente fuera del artículo 28.1 CE, negando la admisibilidad del amparo a la negociación colectiva en determinados casos (cuando es ejercitada por el comité de empresa y no por el sindicato). Así, SSTC 57/1982, de 27 de julio; 4/1983, de 28 de enero; 12/1983, de 22 de febrero; 118/1983, de 13 de diciembre; 45/1984, de 27 de marzo; 51/1984, de 25 de abril y 73/1984, de 27 de junio.

²¹⁴ T. Sala Franco: *La libertad sindical y los empleados públicos (Un estudio del Derecho italiano)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972, pág. 58: «Aunque reducida posteriormente la acción del primitivo sindicalismo revolucionario hasta límites de participación “dentro del sistema”, quedaba planteado el problema de la huelga como derecho “indisolublemente unido” al derecho sindical que atacaba el intocable principio de la “continuidad en el servicio”. Este punto de vista, no obstante, resulta teóricamente equivocado, siendo el derecho de huelga y la libertad sindical cosas netamente diversas histórica, jurídica y económicamente. Confundir el derecho sindical con la huelga es no querer conocer del sindicalismo otra cosa que su origen de reivindicación violenta».

contenido esencial del derecho fundamental de sindicación hace que, en nuestra opinión, el aparentemente legítimo debate sobre la posible modificación en el futuro de la redacción prohibitiva dada por el legislador al artículo 1.3 LOLS, planteado como una cuestión de mera legalidad dado el amparo que el artículo 28.1 CE otorga al reconocimiento del ejercicio de este derecho al militar, quede seriamente cuestionado por la flagrante contradicción entre la esencia de la huelga [la cesación de la obligación de trabajar como medio de presión ante el patrono para obtener mejoras socio-económicas²¹⁵, y el «el arma más importante que detenta el movimiento obrero para la defensa de los intereses y valores que le son propios (...) que tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual (STCo. de 8 de abril de 1981, fj.22)»²¹⁶] y las exigencias de la disciplina castrense, cuya máxima fundamental es el cumplimiento incondicionado de las órdenes legítimas recibidas de los superiores jerárquicos. Porque como sostiene la doctrina laboralista, la libertad sindical, dentro de la que se incluye la huelga, « [...] se inscribe en general en un discurso sobre el poder y la nivelación de la desigualdad económica y social a la que el sindicalismo debe servir [...] “No puede olvidarse —dirá la STC 134/1994— que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y que la defensa de sus objetivos *no se basa en fórmulas de composición de intereses o de*

²¹⁵ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10º: «Una primera aproximación podría hacerse a través de los significados que a la palabra se le atribuyen en el lenguaje espontáneo, tal y como aparecen por ejemplo fijados en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (cfr. 19.ª edición, Madrid, 1970, pág. 722), donde se dice que huelga (de holgar) es “espacio de tiempo en que uno está sin trabajar” y también “cesación o paro del trabajo de personal empleado en el mismo oficio, hecho de común acuerdo con el fin de imponer ciertas condiciones a los patronos”. Al lado de ese concepto es posible detectar otro más amplio, que de algún modo recogen ya los textos legales (v. gr., cuando prohíben las llamadas huelgas de celo) y el propio lenguaje espontáneo (p. ej., cuando se habla de huelga de hambre). En este concepto más amplio, huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos».

²¹⁶ J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, cit., p. 293.

colaboración, sino de autodefensa»²¹⁷, «una acción destinada a causar un “perjuicio” a otros (perjuicio por omisión si se quiere) [...] hasta el punto que hoy tiende a ser concebida como un fenómeno de “no colaboración” en el funcionamiento de casi todas las instituciones sociales»²¹⁸, por lo que ataca frontalmente el cerrado sistema jerárquico sobre el que todos los ejércitos del mundo se organizan desde siempre, al ser uno de sus efectos principales la suspensión del poder disciplinario del empleador, siendo nulas de pleno derecho las sanciones, incluida el despido, adoptados por el mismo durante una huelga legal, además de reducir los poderes de dirección («anestesiados», según la STC 123/1992, de 28 de septiembre) del empresario²¹⁹.

Todo ello explica que dentro de los tres modelos históricos de regulación del ejercicio del derecho de huelga²²⁰, que en orden cronológico son el de la *huelga-delito* o *huelga-prohibición* (en el que su ejercicio se prohíbe mediante normativa penal), el de *huelga-libertad* (la huelga no se prohíbe penalmente, acaso se hace como un ilícito civil o como un incumplimiento contractual de los trabajadores) y el de la *huelga-derecho* (la huelga es considerada un derecho subjetivo del trabajador), los Ordenamientos Militares del Derecho comparado, incluso el de los países que reconocen el ejercicio de la libertad sindical del soldado, responden al esquema de huelga-delito [en el que la huelga es regulada a través de «normas punitivas de naturaleza penal (...) (que) llega a la calificación de la huelga no sólo como un acto prohibido, sino indefectiblemente como delito de carácter político (ello porque va contra las bases ideológicas de esos sistemas)»²²¹] dada la radical incompatibilidad entre ella y la disciplina castrense.

²¹⁷ A. Baylos Grau: *Sindicalismo y Derecho Sindical* (3ª edición), Bomarzo, Albacete, 2006, p. 5. Las cursivas son nuestras.

²¹⁸ J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, cit., p. 293

²¹⁹ A. Baylos Grau: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, cit., pp. 67 y 70.

²²⁰ Seguimos a J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, cit., pp. 293-294.

²²¹ *Ibidem*.

Así ocurre en el Reino Unido de la Gran Bretaña, en el que se reconoce la libertad sindical en sus Fuerzas Armadas debido a la tradicional naturaleza exclusivamente profesional del servicio militar en ese país y los recelos políticos hacia el sistema de reclutamiento por leva,²²² tradición que ha originado un curioso sistema de libertad sindical, preñado de sentido común: el militar británico va a poder afiliarse exclusivamente a sindicatos civiles, prohibiéndosele tanto la constitución o afiliación a sindicatos militares como el ejercicio del derecho de huelga. ¿Por qué se permite la afiliación del militar a organizaciones sindicales civiles, qué nada tienen que ver con la problemática laboral en el ámbito de la Defensa nacional? ¿Y por qué se prohíben, si se permiten la vinculación con organizaciones civiles, la constitución (y afiliación) a organizaciones profesionales militares? Lo que pretende el legislador británico, dada la naturaleza profesional de la relación militar, es bien sencillo: equilibrar las necesidades de un asesoramiento y apoyo laboral del soldado con el necesario respeto y mantenimiento de la disciplina militar. Por ello, se permite el vínculo de los profesionales de las Fuerzas Armadas con organizaciones sindicales externas para facilitar la reinserción del soldado en el mercado de trabajo en el supuesto de que decida romper su vínculo contractual con el Ejército y reconducir su vida laboral. Pero se prohíbe, en cambio, la existencia de organizaciones de clase que actúen en el ámbito de la Defensa por considerar este tipo de asociaciones esencialmente contrarias a la disciplina militar²²³, la cual debe ser mantenida y respetada a toda costa, motivo por el que la convocatoria de una huelga de militares es inimaginable.

²²² Solamente en dos ocasiones han tenido que acudir los británicos a la leva forzosa: las dos guerras mundiales del siglo XX. Así lo relata M. Howard: *La primera guerra mundial*, Crítica, Biblioteca de bolsillo, Barcelona, 2008, pp. 88 y 89, respecto del primero de estos conflictos: «El reclutamiento era un anatema para el gobierno liberal, así que se pusieron paños calientes hasta que en mayo de 1916 se introdujo a regañadientes el servicio militar obligatorio para todos los hombre de edades comprendidas entre dieciocho y cuarenta y un años».

²²³ La razón de la proscripción de la sindicación puramente militar fue expuesta por el *Special Report of the Select Comitee on the Armed Forces Bill 1985-1986*: «Las Fuerzas Armadas son un cuerpo

Alemania constituye el ejemplo paradigmático de régimen abierto y de pleno reconocimiento de los derechos ciudadanos del militar en materia sindical. Se reconoce legalmente a la *Bundeswehrverband* (Asociación de las Fuerzas Armadas de la República Federal Alemana²²⁴), sindicato creado en 1956 en el que está afiliado el 75% de la oficialidad y el 60% del total de los militares alemanes (oficiales, suboficiales y tropa²²⁵): este sindicato es política y financieramente independiente, y vela por las expectativas sociales y de carrera de sus miembros. Se garantiza su neutralidad política, así como las excelentes relaciones con los mandos, asegurándose de este modo lo sustancial: las mejoras en las condiciones profesionales y de vida del militar, quedando prohibido el ejercicio del derecho de huelga.

En Bélgica también se reconoce la libre sindicación de los militares. La Ley de 29 de julio de 1978, de Organización de las relaciones entre las autoridades públicas y los sindicatos del personal militar de las Fuerzas Terrestres, Aéreas y Navales y del Servicio médico, reconoce en su artículo 1 la posibilidad del militar belga de afiliarse tanto a sindicatos militares como a otros civiles que estuvieren representados en el Consejo Nacional del Trabajo. No obstante, esta libertad sindical tiene excluida, por expreso mandato del artículo 16 del Reglamento de Disciplina Militar, la posibilidad de ejercitar el derecho de huelga en cualquiera de las formas que ésta pueda presentar. Esta

disciplinado. Un militar individual retiene sin dudas su derecho como ciudadano en una sociedad democrática. Debe prevenir activamente participar en una organización que tenga objetivos que no sean factibles a su propia función, o para la que él está allí. Su deber es defender la Nación. Por ello, se ha mantenido por largo tiempo la política de que las Fuerzas Armadas como un todo no formen asociaciones dentro de ellas o se unan a cuerpos externos como los sindicatos, excepto en las circunstancias en que se les designa para la eventual recolocación de los militares en la vida civil. Los militares pueden afiliarse a sindicatos que aceptarán a los mismos como miembros mientras formen parte de las Fuerzas Armadas ... Los miembros de las Fuerzas Armadas que pertenezcan a los sindicatos no pueden asumir más obligación que pagar regularmente la cuota, de modo que no pueden participar en huelgas, por ejemplo, o en otras formas de participación activa en ellos». El texto original en inglés se encuentra en G. Nolte (ed.): *European Military Law Systems*, cit., p. 849.

²²⁴ También actúa en el ámbito del Ejército Federal alemán la *Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, Transport und Verkehr* (Unión de Empresas y Transportes Públicos), sindicato de empleados de la Administración Pública, en la que se afilian funcionarios tanto civiles como militares.

²²⁵ Nolte cifra la afiliación en 250.000 miembros. G. Nolte (ed.): *European Military Law Systems*, cit., p. 374.

prohibición se compensa con la obligación para la Administración belga de negociar determinados grupos de materias con los sindicatos militares —regulando la condición de representativos de los mismos y los procedimientos de negociación el *Arrête royal* de 25 de abril de 1996, de ejecución de la ley—. En el Derecho militar belga queda excluida, consecuentemente, la representación institucional de los soldados, pues ésta ya es realizada por los sindicatos.

Luxemburgo prohíbe en el artículo 13 de la Ley de 16 de abril de 1979, sobre Disciplina de las Fuerzas Públicas, cualquier tipo de ejercicio profesional alternativo y simultáneo en el tiempo con el militar, salvo que hubiere sido autorizado por el Gobierno. No obstante, la actividad sindical no es calificada como incompatible, por lo que es de libre ejercicio, aunque el artículo 1.2 impide el ejercicio del derecho de huelga.

En los Países Bajos se prohíbe, por el artículo 33 de la Ley de Disciplina Militar, la convocatoria de reuniones en locales militares sin autorización del mando competente o si hubiera sido prohibida por razones de orden público o circulación, así como la asistencia de uniforme a reuniones o manifestaciones que no tengan por exclusivo objeto la reivindicación de condiciones de trabajo. En el resto, goza el militar holandés de plena libertad sindical, planteando problemas la admisibilidad del derecho de huelga, al no estar regulado por la legislación holandesa. Esta laguna ha motivado el reconocimiento jurisprudencial (en el caso *Hoge Raad*) de la aplicabilidad directa de la regulación de dicho derecho contenida en el artículo 6.4 CSE, ratificado por los Países Bajos en 1980 introduciendo la reserva de su inaplicabilidad a sus funcionarios civiles (y curiosamente no a los militares). Esta reserva —que tenía por objeto dar tiempo a legislar internamente el derecho de huelga y sus manifestaciones, objetivo no cumplimentado hasta la fecha debido fundamentalmente a la satisfactoria protección

que ha otorgado al ejercicio del derecho de huelga la jurisprudencia holandesa— ha sido extendida en su aplicación a los militares. Sin embargo, el reconocimiento del ejercicio de la huelga a diversos grupos de funcionarios civiles, incluidos los policías, no ha supuesto su extensión a los militares, quienes en realidad no están directamente afectados por la reserva holandesa al artículo 6.4 CSE. Los infructuosos proyectos legislativos que sobre regulación del derecho de huelga se han tramitado han incluido todos ellos previsiones específicas para la prohibición del ejercicio de este derecho a los policías, bomberos y militares, con fundamento en los requisitos que para el establecimiento de restricciones al derecho prevé el artículo 31 CSE. Esta situación de ausencia de legislación interna y de aplicación a los militares de una reserva a un tratado internacional que expresamente no les afecta, ha permitido que algún sector doctrinal haya defendido el reconocimiento de este derecho a los militares²²⁶.

En este debate abierto sobre la posibilidad de articular una libertad sindical de los militares en España, debe destacarse la posición defendida desde 1988 por la Asamblea del Consejo de Europa, que en este año publicó su Resolución 903, en la que trataba del asociacionismo profesional de los militares de carrera y en la que, recordando el mandato del artículo 11 CEDH, instaba a los diferentes gobiernos nacionales a articular cauces para el reconocimiento de dicho derecho en tiempos de paz²²⁷. En esta misma línea, esta Asamblea ha dictado una nueva Resolución (11 de abril de 2006) en la que acepta como propia la teoría germana del *ciudadano de uniforme*, reconociéndose al militar los mismos derechos y libertades que al resto de

²²⁶ La exposición de este debate se encuentra en L.F.M. Besselink en G. Nolte (ed.), *European Military Law Systems*, cit., p. 604, a quien seguimos en la exposición del sistema sindical holandés.

²²⁷ M. A. Recio Jaraba: *Estudio sobre el derecho de asociación profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas*. Monografía correspondiente a la II Fase del Curso de Derecho Administrativo Militar, Madrid, 1 de octubre de 2007 (inédita), p. 46.

ciudadanos, con los únicos límites exigibles que se deriven del cumplimiento de sus obligaciones profesionales.²²⁸

Pero no sólo el Derecho castrense comparado ha visto con extremado recelo el reconocimiento del derecho de huelga²²⁹. La huelga de funcionarios públicos ha sido rechazada durante muchísimo tiempo, y cuando ha sido finalmente reconocida para el empleo público, ha sido excluida para determinadas categorías funcionariales, en concreto para aquellos cuerpos que encarnan la coacción legítima del Estado. En Italia fue proscrita por el Código Zanardelli, que tipificó penalmente la misma cuando fuere realizada por más de tres empleados públicos. Igual posición adoptaría, durante el fascismo, la Ley Rocco, en la que la huelga era considerada delictiva con independencia de que en su desarrollo se hubieren desplegado actos violentos o vandálicos (a diferencia del tipo general que preveía el art. 166 del Código Zanardelli de 1889, que exigía dichos requisitos para la penalización de la huelga). Tras la II Guerra Mundial la Constitución italiana de 1947 reconoció el derecho de huelga (art. 40), pero con arreglo a lo dispuesto en las leyes que la regularen; es decir, que el ejercicio real y efectivo del derecho dependía de su desarrollo legal. Sin embargo, dicho desarrollo no se ha producido para los funcionarios públicos,²³⁰ salvo para los militares (art. 8 de la Ley nº 382/1978, de Disciplina militar) y los policías (y art. 84 de la Ley nº 121/1981, de 1 de abril, de Ordenación de la Policía), a los que se ha prohibido su ejercicio.

En Francia el Código Penal tipificaba como delito, bajo la rúbrica «*Coalición de funcionarios*», una variedad de conductas entre las que se encontraban las huelguísticas,

²²⁸ *Ibidem*, p. 47.

²²⁹ El cual es reconocido por el artículo 8.1 d) PIDESC, aunque se admite su restricción legítima para los militares.

²³⁰ El desarrollo de este derecho ha sido obra de la Corte constitucional italiana. Un análisis del mismo se encuentra en L. Ortega: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, cit., pp. 124 a 132.

aunque la indefinición de los tipos penales llevó a reputados autores como Duguit²³¹ a cuestionar si, sentada su incuestionable naturaleza de falta disciplinaria, realmente la huelga funcional podían ser castigada además como delito²³². El Preámbulo de la Constitución de la IV República reconoció el derecho de huelga según lo previsto por las leyes sin que esta remisión al legislador fructificase hasta que, tras seis proyectos, se aprobase una Ley de huelga, el 31 de julio de 1963, que regula su ejercicio en los servicios públicos, aplicándose por ello indistintamente a funcionarios o a los trabajadores que presten servicios en los mismos, con independencia del régimen administrativo o laboral de su relación profesional. Esta ley ha exceptuado el ejercicio del derecho para determinados grupos de funcionarios:²³³ así, y en lo que respecta a cuerpos de seguridad, a los miembros de las Compañías Republicanas de Seguridad (CRS, por Ley nº 47-2384, de 27 de diciembre de 1947), a los de la Policía Nacional (Ley nº 48-1504, de 28 de diciembre de 1948) y a los militares (por el Estatuto Militar aprobado por Ley de 13 de julio 1972 y confirmada por el Estatuto de 2005 y, actualmente, por el vigente art. L4121-4, párrafo 1º del Código de la Defensa)²³⁴.

En España la tradicional proscripción de las actividades huelguísticas de los funcionarios públicos arrancó con el Código Penal de 1870, que prohibía con carácter universal cualquier actividad huelguística (art. 556)²³⁵, y tipificaba expresamente el

²³¹ L. Duguit: *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. III, 3ª edición, Ancienne Librairie Fontenoing & Cíe Editeurs, París, 1930, p. 233.

²³² *Arrêt Winkell* de 7 de agosto de 1909 y *arrêt Delle Minaire et autres* de 22 de octubre de 1937.

²³³ Por el *arrêt Dehaene* de 7 de julio de 1950 el Consejo de Estado reconoció el derecho de huelga a los funcionarios a la luz de la previsión constitucional, estableciéndose dos límites: la continuidad de los servicios públicos y el mantenimiento del orden público, criterio ratificado por el Consejo Constitucional al analizar la constitucionalidad de la Ley de huelga en radio y televisión de 26 de julio de 1979, por considerar a estos dos límites como principios de valor constitucional.

²³⁴ En otros muchos Ordenamientos jurídicos la huelga de los funcionarios públicos está proscrita, caso de Bélgica, Alemania, Estados Unidos de América o Suiza. Relación tomada de J. J. Díez Sánchez: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos* (1ª edición), Civitas, Madrid, 1990, pp. 180 a 182.

²³⁵ El Código de 1848 ubicó en su artículo 450 (pasó a ser el 461 tras la reforma de 1850) la coligación para encarecer el precio del trabajo o para determinar sus condiciones, aunque no se refería expresa y exclusivamente a la huelga.

abandono de sus funciones por el funcionario con daño a la causa pública (art. 387)²³⁶. La liberalización del sistema con la aprobación de la Ley de Huelgas (Ley de 27 de abril de 1909) derogando el citado artículo 556 CP 1870, no supuso su admisión para los empleados públicos, desarrollándose por RD de 1 de octubre de 1912 la posibilidad de militarizar determinados servicios para evitar los daños que pudiera ocasionar este cese de actividades al orden público. Ya con la dictadura de Primo de Rivera el Código Penal de 1928 castigó la huelga de funcionarios en su artículo 459.

Durante la Guerra Civil la Junta de Defensa Nacional constituida en Burgos por los alzados prohibió, por medio de una Orden Presidencial de 28 de julio de 1936, cualquier tipo de huelga, paro o cese de actividades productivas. Por ello, cuando este bando obtuvo la victoria en el conflicto y constituyó un nuevo régimen político basado, entre otros principios, en el de fidelidad al Movimiento Nacional, procedió, en consecuencia, a tipificar la huelga de funcionarios en el Código Penal (art. 222) como delito de sedición, delito que no desaparecería del sistema penal español hasta que en la fase de transición a la democracia fuera dotado de nueva redacción por la disposición adicional 4ª del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, despenalizando la huelga de los empleados públicos.

Frente a estas objeciones tradicionales al reconocimiento de la huelga funcional, diversos factores han ido equiparando el empleo público con el privado y, por ello, justificando el reconocimiento en el sector público del ejercicio de este derecho. Entre otros ocupa un lugar preponderante la progresiva inclusión de personal laboral en la prestación de servicios públicos, dada la transformación de la actividad administrativa, que cada vez más se dedica a una *labores de naturaleza prestacional*, suministrando determinados servicios a los ciudadanos con la consiguiente

²³⁶ En 1892 se produjo la primera huelga de funcionarios públicos en la historia de España: una huelga de empleados de Telégrafos.

contractualización (o privatización) de los mismos; en directa conexión con lo anterior, la inclusión de un número importante de funcionarios extraídos de las capas más bajas de la sociedad, dada la necesidad de disponer de un número suficiente de efectivos para afrontar esas nuevas actividades asumidas, introduciéndose la lucha de clases en el seno de la actividad administrativa; y, finalmente, la transformación de la propia teoría autoritaria del empleo público, reconociéndose la existencia y oposición de algunos derechos profesionales de los empleados públicos frente a la *potentior persona* que la Administración encarna.

Hoy día, dada la admisión legislativa del ejercicio de la huelga para los empleados públicos, son dos las posiciones que gozan de un mayor apoyo en la doctrina: de una parte, considerar la huelga de los funcionarios públicos como un derecho que encuentra su acomodo en el contenido esencial de la libertad sindical; por tanto, su ubicación constitucional se encuentra no en el artículo 28.2 CE, en el cual se reconocería solamente el derecho de huelga de los «trabajadores» —entendiendo por tales, según la acepción técnica del término, a los que lo trabajan insertos en una relación laboral por cuenta ajena— sino en el artículo 28.1 CE como parte integrante de la libertad sindical que sí tienen expresamente reconocida²³⁷; por otro lado, se defiende que la huelga goza de un reconocimiento conjunto, como derecho fundamental subjetivo y autónomo para todos los «trabajadores» (privados y públicos), en el artículo 28.2 CE. La indiscutible división en que la doctrina se encuentra en esta cuestión es consecuencia directa, en nuestra opinión, tanto del silencio del Tribunal Constitucional al respecto como del embrollado desarrollo legislativo que ha concluido en el reconocimiento legal de un derecho fundamental que, *ab initio*, y desde una interpretación histórica y literal del precepto y del término «trabajador», era de dudosa extensión al empleo público.

²³⁷ Posición mantenida por A. Martín Valverde: «Los límites del derecho de huelga en la Administración Pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 18, 1986, pp. 34-80

La consecuencia fundamental de la integración del derecho fundamental de huelga de los funcionarios públicos en el artículo 28.2 CE²³⁸ sería el reconocimiento de su autonomía como derecho fundamental de este colectivo respecto a la libertad sindical, lo que produce consecuencias de gran relevancia. Téngase en cuenta que cuando un sindicato (o varios de ellos) convoca una huelga no llaman a la misma exclusivamente a sus afiliados, sino que llaman al conjunto de los trabajadores del sector o sectores laborales afectados. Evidentemente, ningún trabajador puede verse privado de declararse en huelga por no haber ejercido su libertad sindical positiva afiliándose a una organización concreta, ya que ambos derechos, a pesar de su innegable conexión, son derechos fundamentales independientes en cuanto a su ejercicio. Es decir, que la huelga es un derecho fundamental laboral independiente o autónomo de la afiliación sindical, sin perjuicio de que, además, la libertad sindical contenga en su seno como una de las facultades que lo caracterizan e integran su contenido esencial, la huelga como medida típica de acción sindical. En este contexto, ¿puede excluirse por el legislador orgánico el ejercicio del derecho fundamental de huelga para aquellos colectivos profesionales sobre los que el constituyente ha establecido expresamente una prohibición de ejercicio de la libertad sindical (jueces, magistrados y fiscales)²³⁹ o ha habilitado al legislador para que la establezca (militares y guardias civiles), pero sobre los que nada se ha dicho a efectos de prohibirles el ejercicio del derecho fundamental de huelga que como «trabajadores» ostentan?

Solamente una interpretación sistemática del texto constitucional puede dar sentido, por un lado, a la indudable independencia del derecho de huelga —como

²³⁸ Que algunos autores parecen deducir, no del propio texto del citado artículo y del sentido vulgar o atécnico que debe darse a la expresión «trabajadores» en él utilizada, sino de una interpretación sistemática de los artículos 7, 28.1 y 28.2 CE. Así J. Vida Soria y otros: *Manual de Derecho Sindical*, cit., p. 300.

²³⁹ Las consecuencias de la actividad huelguística para estos empleados públicos ni siquiera son tipificadas explícitamente, sino que el no acudir a trabajar por estar en huelga se sancionaría como abandono de servicio o de destino, según su duración temporal (arts. 417 a 419 LOPJ).

derecho fundamental reconocido por el artículo 28.2 CE— respecto de la libertad sindical y, al mismo tiempo, a la integración de la misma como una de las facultades integrantes del contenido esencial de esa misma libertad: los colectivos funcionariales que se ven expresamente privados de la libertad sindical son desprovistos, indirectamente, del ejercicio del derecho fundamental de huelga, pues con independencia de la autonomía de la huelga (ejercitable por cualquier trabajador con independencia de la afiliación o no a un sindicato), la consagración jurisprudencial [y también legal, art. 2.2 d) LOLS] de aquélla como uno de los elementos básicos de la acción sindical integrante del contenido esencial del derecho de sindicación lleva a sostener, por razones de coherencia, que estos colectivos sufren también, si se quiere como *pena accesoria*, la cercenación del derecho fundamental de huelga. Es decir, la integración de la huelga como parte del contenido esencial de la libertad sindical supone la excepción indirecta del derecho fundamental de huelga para los colectivos que tienen vedado el ejercicio de la citada libertad.

¿Es realmente posible que el legislador orgánico decidiera en el futuro modificar el régimen jurídico de la libertad sindical de los militares y permitir su pleno ejercicio, que incluiría en su seno el libre ejercicio de la huelga? De una lectura superficial de la Constitución, parece desprenderse claramente que sí sería factible, pues dicha libertad es reconocida a «todos», incluidos por tanto militares y guardias civiles. Sin embargo, un obstáculo insalvable, en nuestra opinión, se alza contra esta posibilidad: el inmediato cumplimiento de las órdenes militares legítimas —y debe recordarse que por tal entiende el artículo 19 CPM «todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta»— que exigen las Ordenanzas militares y garantizan tanto el Código Penal castrense como los

regímenes disciplinarios de Fuerzas Armadas y Guardia Civil, impedirían plantear ante las mismas la huelga, que no sería sino una forma encubierta de desobediencia a la prestación de ese servicio al que los militares están obligados. El conflicto de intereses que la huelga plantea a la disciplina castrense no tiene, en nuestra opinión, solución intermedia, puesto que disciplina militar y huelga son conceptos antitéticos: si hay disciplina militar, no cabe huelga; si se reconoce la huelga, no hay Ejército.

Es cierto que el texto constitucional permite la admisión tanto de la libertad sindical de los militares como del ejercicio de la huelga por los mismos, y que el legislador orgánico, amparándose en las previsiones del artículo 28 CE, podría perfectamente reconocer en un futuro el libre ejercicio de ambos derechos en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. Existen Estados independientes, como Costa Rica, que no disponen de Fuerzas Armadas: quizá en un futuro España decida prescindir de su defensa militar, por resultar innecesaria, y crear una milicia ciudadana en la que se reconozcan sin límite los derechos colectivos de sus integrantes. Pero en tanto en cuanto el artículo 8.2 CE siga recibiendo desarrollo y se mantengan formalmente unas Fuerzas Armadas *militares*, el reconocimiento del derecho de huelga es incompatible con las mismas, resultando que caso de admitirse en ellas el ejercicio del derecho de huelga podría concluirse sin duda alguna que la organización que recibiera dicha denominación sería una máscara vacía; se estaría en presencia de un simple *nomen iuris* («Fuerzas Armadas») con el que definir los mecanismos defensivos de la nación, pero absolutamente carentes de la eficacia que la disciplina militar dota a cualquier organización²⁴⁰.

²⁴⁰ La incompatibilidad de la huelga con lo que comúnmente se entiende como Ejército o disciplina militar ha quedado reflejada en este episodio de la I Guerra Mundial que padeció el Ejército francés, relatado por M. Howard (*La primera guerra mundial*, cit., págs. 123 y 124): «El 16 de abril lanzó su tan anunciada ofensiva a través del Aisne contra las boscosas cimas del Chemin des Dames bajo los peores auspicios posibles. Los alemanes habían recibido aviso anticipado de que los planes de los franceses habían fracasado por la retirada de los alemanes a la línea Hindenburg; y además el tiempo era horrible.

Rechazada la posibilidad de articular una plena libertad sindical en el ámbito castrense, queda todavía la duda de si sería viable optar por la solución intermedia planteada en sede constitucional; es decir, si sería posible permitir el ejercicio de una libertad sindical limitada a los militares, de la que quedara excluido el ejercicio del derecho de huelga. Las dudas frente a la auténtica naturaleza de una libertad sindical que no integre en su contenido el ejercicio del derecho fundamental de huelga, tienen acomodo en la propia jurisprudencia constitucional sobre libertad sindical²⁴¹ (como simple ejemplo la STC 39/1986, de 31 de marzo), que distingue entre un «círculo constitutivo» de la libertad sindical, que integraría los derechos que indisolublemente forman parte del contenido esencial de la misma (la huelga, la negociación colectiva y el conflicto colectivo), y un «círculo promocional externo» de dicha libertad, línea doctrinal que se mantiene inalterada en los primeros años del siglo XXI²⁴². A la luz de

En lugar de la amplia brecha prometida, se produjo un penoso avance cubriendo unos pocos kilómetros, que tuvo que ser suspendido diez días después, cuando los franceses habían sufrido ya más de 130.000 bajas. Nivelles fue sustituido por Pétain, el héroe de Verdún, pero para entonces el ejército francés ya había tenido bastante. Se desmoronó, desembocando no en un motín, sino en algo semejante a una huelga civil; unidades enteras se negaban a obedecer órdenes y a regresar al frente. Pétain se hizo cargo de la situación hasta restablecer la salud de su ejército con un mínimo de severidad [...].

²⁴¹ No se desconoce la jurisprudencia específica del Tribunal Constitucional sobre la libertad sindical de los policías -incluido el ATC 34/1984, de 18 de enero en el que desechó entrar a conocer la reclamación de dos sindicatos policiales sobre la inconstitucionalidad de la privación de la huelga por el artículo 2 del RD 3624/1977, de 16 de diciembre-, en los que da por buenas todas las especiales limitaciones que éstos sufren en dicha libertad, sino que se cuestiona, a efectos simplemente argumentativos, la corrección de sostener sobre un concreto derecho fundamental una posición clara con carácter general, en especial la STC 98/1985 sobre la LOLS, y sostener respecto de un concreto grupo profesional la tesis opuesta y mantener que en ambos casos estamos ante el mismo derecho fundamental.

²⁴² STC 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 3º: «Aun cuando del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España —en este caso, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98, señaladamente—, que la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional no se realiza con el carácter de *numerus clausus*, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, TC SS 94/1995, de 19 de junio, FJ 2; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, y 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5). Las anteriores expresiones del derecho fundamental (organizativas o asociativas y funcionales o de actividad) constituyen su núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical. En particular, en coherencia con la vertiente funcional del derecho, la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.1 d)] y, de

esta jurisprudencia, difícilmente se puede considerar que una libertad sindical sin ejercicio de derecho de huelga sea reconocible como tal, como ocurre por ejemplo con la reconocida por la LOFCS a los sindicatos policiales²⁴³, más allá de que la LOFCS emplee la nomenclatura de sindicato («organizaciones sindicales», art. 18.1) para referirse a las asociaciones profesionales de policías, y de que éstas así se denominen quizá en un intento de afirmación de su posición frente a la Administración (como si el uso de esa denominación tuviera efectos taumatúrgicos). El propio Tribunal Constitucional ha asumido el planteamiento que defendemos al resolver sobre la constitucionalidad de un asociacionismo profesional no sindical en el ámbito militar: «Pero más allá de la común pertenencia [de partidos políticos y sindicatos] a este género amplio [el derecho de asociación del art. 22 CE] 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 equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone [...] también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente. Entre tales rasgos figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias [por todas SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 2; 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4 b), y 74/1996, de 3 de abril, FJ 4] *se plasma en el ejercicio del derecho de huelga* (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Es suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que el art. 28.1 CE haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del

otra parte, que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad sindical, tienen derecho a desarrollar actividades sindicales en la empresa o fuera de ella [art. 2.2 d)]».

²⁴³ Vide, J. J. Herbón Costas, *Los derechos de asociación política y sindicación...*, cit., pp. 281-307.

derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que estén sometidas a disciplina militar». ²⁴⁴

Por lo tanto, la posibilidad de que el legislador orgánico desarrollase la previsión contenida en el artículo 28.1 CE permitiendo una libertad sindical limitada de los militares, que cercenara de su contenido esencial el ejercicio de la huelga, no sería en nuestra opinión, un derecho de sindicación, sino un derecho de asociación profesional reforzado con alguna de las facultades de acción sindical (si es que el legislador al limitar el derecho de sindicación no procediere, también, a excluir el ejercicio de las mismas), porque solamente un sindicato puede ejercer los medios de acción sindical, entre los que se configura como elemento fundamental el derecho de huelga, lo que lleva inexcusablemente a considerar que la naturaleza jurídica de los *sindicatos policiales* está más próxima a la de las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales, posición ya apuntada en 1991 por García Becedas, De la Villa y García-Perrote ²⁴⁵.

La desnaturalización de los derechos fundamentales derivada de la agresión del legislador a su contenido esencial es materia indiscutida desde la paradigmática STC 11/1981, de 8 de abril, que precisamente versaba sobre el derecho fundamental de huelga según fue desarrollada, por la STC 11/1981, de 8 de abril: «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y *sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose*, por decirlo así». ²⁴⁶ Es decir, que un derecho de sindicación sin huelga (o sin cualquiera de las otras facultades-derechos que

²⁴⁴ STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 10º. Las cursivas son nuestras.

²⁴⁵ De La Villa, Luis Enrique; García Becedas, Gabriel y García-Perrote Escartín, Ignacio: *Instituciones del Derecho del Trabajo*, cit., p. 348.

²⁴⁶ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8º. Las cursivas son nuestras.

caracterizan la acción sindical y que diferencian al sindicato de la asociación profesional) no supone un ejercicio del derecho reconocido por el artículo 28.1 CE, sino del derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE. Por tanto, la única posibilidad constitucional de desarrollar la previsión contenida por el artículo 28.1 CE en el sentido de limitar la libertad sindical del militar, reconociéndole su ejercicio, sería la de establecer determinados límites concretos a los tres derechos-facultades que configuran la acción sindical y que integran el contenido esencial del derecho, pero permitiendo su ejercicio, aunque fuera de manera muy restringida. Pero la contradicción entre cualquier forma de condicionamiento por parte de los uniformados del cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la cadena de mando militar y las exigencias de una mínima disciplina que así se denomine hace que, en el caso de que el legislador optara por esta vía de reconocimiento del derecho, se esté incumpliendo el mandato contenido en el artículo 8.2 CE, que ordena que España disponga de unas Fuerzas Armadas militares.

BIBLIOGRAFÍA:

Almendros Alfambra, Francisco: «El confuso asociacionismo en la Guardia Civil», Tribuna abierta en el diario *ABC* del 10 de octubre de 2010

Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia: *Derecho del Trabajo* (20ª revisada), Civitas, Madrid, 2002

Alpert, Michael: *El Ejército Popular de la República, 1936-1939*, (3ª edición), Crítica, Barcelona, 2007

Álvarez Conde, Enrique: *El Régimen Político Español*, (4ª edición), Tecnos, Madrid, 1990

Barcelona Llop, Javier: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997

Baylos Grau, Antonio: *Derecho de huelga y servicios esenciales* (2ª edición), Tecnos, Madrid, 1988,

— *Sindicalismo y Derecho sindical* (3ª edición), Bomarzo, Albacete, 2006

Bayod y Serrat, Ramón: «El derecho de sindicación y de negociación colectiva de las fuerzas armadas en el marco de la O.I.T.», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 413-434

Bilbao Ubillos, Juan María: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997

Boyd, Carolyn P.: *La política pretoriana en el reinado de Alfonso XIII*, Alianza Editorial, Madrid, 1990

Buiza Cortés, Tomás: «Los militares y el derecho a la participación política», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de

Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 369-389

Colliard, Claude-Albert: *Libertés publiques*, 7ª edición, Dalloz, París, 1989

De La Villa, Luis Enrique; García Becedas, Gabriel y García-Perrote Escartín, Ignacio: *Instituciones del Derecho del Trabajo* (2ª edición), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991

De Otto Pardo, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (2ª edición, 2ª reimpresión), Ariel, Barcelona, 1991

De Salas López, Fernando y Laguna Sanquirico, Francisco: «Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 36, 1986, pp. 119 a 139

Duguit, Leon: *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. III, 3ª edición, Ancienne Librairie Fontenoing & Cíe Editeurs, París, 1930

Fernández Farreres, Germán: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, 1987

Fernández Prol, Francisca: *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad. Algunas propuestas sobre un modelo de regulación* (1ª edición), CES, Madrid, 2005

Fernández Segado, Francisco: «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del Ordenamiento internacional», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 64, abril junio 1989, pp. 93-130

García Abellán, J.: *Curso de Derecho Sindical* (2ª edición revisada y puesta al día), Universidad de Murcia, 1986

García Noriega, Antonio: *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009

González Pérez, Javier: *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002

González Pérez, Javier y Fernández Farreres, Germán: *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002

Guitart Rodríguez, Javier y Miralles Sangro, Jaime: «Sindicalismo militar», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 391-412

Herbón Costas, Juan José: *Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010

— «El derecho de afiliación política del militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 80, julio-diciembre 2002, pp. 233-262

Howard, Michael: *La primera guerra mundial*, Crítica, Barcelona, 2008

Ivorra Limorte, José Antonio: *Los orígenes del derecho de asociación laboral en España (1800-1869)*. Facultad de Derecho, Valencia, 1978

Laguna Sanquirico, Francisco: «El militar, ciudadano de uniforme (Deberes y derechos del soldado)», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 56, abril-junio 1987, pp. 121-135

Limón Luque, Miguel Ángel: *Derecho de reunión y relaciones laborales. El derecho de asamblea en la empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996

López González, José Luis: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995

Lostau Ferrán, Francisco: «Observaciones sobre la Constitución y los derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas», *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp.331-333

Lucas Murillo De La Cueva, Enrique: *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996

Llamazares Calzadilla, María de la Cruz: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999

Marchal Escalona, A. Nicolás (coord.): *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008

Magdaleno Alegría, Antonio: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006

Manrique García, José María y Molina Franco, Lucas: *Las armas de la Guerra Civil española* (1ª edición), La Esfera de los libros, Madrid, 2006

Martín Díez-Quijada, Ángel: «El derecho de asociación de los militares en Francia», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 435-438

Martín Valverde, Antonio: «Los límites del derecho de huelga en la Administración Pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 18, 1986, pp. 34-80

Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín y García Murcia, Joaquín: *Derecho del Trabajo* (10ª edición), Tecnos, Madrid, 2001

Martín-Retortillo, Lorenzo y de Otto y Pardo, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988

Martínez Martínez, R: «Las Reales Ordenanzas ¿una norma inconstitucional?», en Ramírez Jiménez, Manuel (ed.): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995

Menéndez Sebastián, Paz: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Ibidem, Madrid, 1997

Montilla Martos, José Antonio: «La inscripción registral de Asociaciones en la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 92, Abril-Junio 1996

Morales Villanueva, Antonio: «Derechos y libertades del militar profesional», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 37, enero-febrero 1984, pp. 89-109

— «Los derechos políticos del militar profesional», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (1ª edición), Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 353-368

Nolte, Georg: *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlín, 2003

Ortega, Luís: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983

Pascua, Mateo, Fabio: *Fuerzas Armadas y derechos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006

— «Los derechos de reunión y manifestación del personal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 84, julio-diciembre 2004, pp. 15-59

— «Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil», *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003, pp. 361-397

Payne, Stanley G.: *Los militares y la política en la España contemporánea*, Ruedo Ibérico, Buenos Aires, 1967

Peñarrubia Iza, Joaquín María: *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000

Pérez Castaño, Domingo: *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997

Pérez González, Jesús: *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002

Recio Jaraba, Miguel Ángel: *Estudio sobre el derecho de asociación profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas*, Monografía correspondiente a la II Fase del Curso de Derecho Administrativo Militar, Madrid, 1 de octubre de 2007 (inédita)

Rodríguez Piñero, Miguel (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Tecnos Madrid, 1986

Ruiz Piñeiro, Fernando Luis y Saiz Fernández, Roberto: *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010

Sala Franco, Tomás: *La libertad sindical y los empleados públicos (Un estudio del Derecho italiano)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972

Santamaría Pastor, Juan Antonio: «Artículo 21», en F. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución* (3ª edición ampliada), Civitas, Madrid, 2001

— «Artículo 28», en F. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, cit.

Sassoon, Donald: *Mussolini y el ascenso del fascismo*, Crítica, Barcelona, 2008

Serrano Alberca, José Manuel: «La protección de las libertades públicas del militar», en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, 1ª edición. Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 297-329

Vida Soria, José y otros: *Manual de Derecho Sindical* (2ª edición), Comares,
Granada, 2006