

# LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL COMO BASE DE UNA FUTURA LEY DE DERECHOS Y DEBERES DEL MILITAR

Cristina Amich Elías  
*Teniente Auditor*

*Los cimientos principales de todos los Estados son las buenas leyes y las buenas armas, y no puede haber buenas leyes donde no hay buenas armas.*

Tolstoi

## SUMARIO

Introducción. Capítulo I. Marco Jurídico. Capítulo II. Los Derechos Civiles. 2.1. Introducción. 2.2. Derechos Civiles. 2.2.A. Derecho a la Igualdad. 2.2.B. Derecho a la Libertad y Seguridad. 2.2.C. Derecho al Honor y a la intimidad personal y familiar. 2.2.D. Libertad de Residencia y Circulación. 2.2.F. Libertad de Expresión e Información. Capítulo III. Los Derechos Políticos, y demás disposiciones de la LO 11/2007 y del Proyecto de ley. 3.1. Introducción. 3.2. Los Derechos Políticos. 3.2.A. Derecho de Reunión y Manifestación. 3.2.B. Derecho de Asociación. 3.2.C. Derechos de Participación Política. 3.2.D. Derecho de Sindicación. 3.2.E. Derecho de Petición. 3.3. Otras disposiciones de la LO 11/2007 y del Proyecto. 3.3.A. Derechos y deberes profesionales y sociales. 3.3.B. Consejos Superiores. 3.3.C. Observatorio de la Vida Militar. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

La Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre, establece:

*El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamenta-*

*les de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar*<sup>1</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante un claro mandato legislativo que, dejando al margen el incumplimiento de plazos, suscita interrogantes acerca de su necesidad, operatividad y configuración.

La temática sobre los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, su extensión y límites, es recurrente entre los estudiosos del derecho por encerrar una complejidad retadora, que entronca con cuestiones como el contexto europeo, la evolución histórica, el sistema democrático, el cambio social, y, como no podía ser menos, la variabilidad legislativa y reglamentaria.

A pesar de existir numerosas investigaciones de desigual valía al respecto de este tópico, consideramos que, en este momento temporal, podemos aportar nuestro grano a la arena del debate. Ello es debido, precisamente, a las últimas novedades acontecidas en nuestro entorno legislativo, con la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, y el Real Decreto 26/2009, de 6 de febrero de las Reales Ordenanzas (RROO). A ello debe sumarse que, tras la aprobación el 14 de mayo de 2010 por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, el 7 de julio, y con leves modificaciones a raíz del Informe del Consejo de Estado, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica y su remisión al Congreso de los Diputados.

De esta forma, el trabajo que se afronta en las siguientes páginas tiene como principal objetivo comprobar, a través del análisis jurídico del articulado de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, la posibilidad de aplicación de los derechos contenidos en su articulado a los miembros de las Fuerzas Armadas, con las adecuaciones que, en su caso, serían necesarias, apoyándonos, para ello, en el estudio del nuevo Proyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, para observar las adaptaciones propuestas por el legislador en esta fase del proceso de creación normativa.

Al mismo tiempo, y como objetivos secundarios del estudio, pretendemos poner de manifiesto los derechos y deberes ya reconocidos a los miembros de las Fuerzas Armadas en otros textos jurídicos generales y particulares, resaltar las limitaciones de la Ley de la Guardia Civil en relación con el ejercicio de la función pública militar, y relacionar el marco del ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes con las leyes reguladoras

---

<sup>1</sup> Las referencias legislativas o jurisprudenciales se encuentran en cursiva, mientras que la reproducción de citas de autor, aparecen entrecomillada.

del régimen penal y disciplinario de los miembros de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas.

La metodología empleada es el análisis lógico-deductivo de los textos legales principales sobre la materia a abordar, esto es, la Constitución española (CE) de 1978, las Reales Ordenanzas de 1978 y 2009, y, por supuesto, la LO 11/2007 y el Proyecto de 2010. En este análisis acudimos también a otras fuentes jurídicas, tanto leyes, como Reglamentos y Órdenes Ministeriales, así como a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Sala V del Tribunal Supremo, sin olvidar la aportación de fuentes de carácter secundario como son tanto informes de asesorías jurídicas de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, como bibliografía destacada sobre las diferentes cuestiones estudiadas.

Esta exploración jurídica pretende combinar tanto el análisis de la literalidad de los preceptos, como el de la sistematización de las leyes de las que proceden, para finalizar con el estudio de su operatividad en el contexto de aplicación.

Para afrontar estas cuestiones hemos optado por una estructura en tres capítulos, el primero de ellos dedicado a la exposición de la problemática que afrontamos, con la contextualización de la Guardia Civil y las Fuerzas Armadas en nuestro sistema constitucional, así como con la presentación de las principales fuentes de las limitaciones establecidas en el ejercicio de sus derechos por parte de los militares. En el Capítulo II iniciamos el estudio de dichos derechos, según la sistemática de la LO 11/2007, de 22 de octubre; de esta forma, este capítulo está destinado a los denominados derechos civiles (igualdad, libertad, intimidad, residencia, y libertad de expresión e información). Posteriormente, el Capítulo III se centra en los derechos de carácter político (reunión y manifestación, asociación, sufragio, sindicación y huelga y petición), así como al abordaje somero de algunas cuestiones relativas al Consejo Superior, y al previsible futuro Observatorio de la Vida militar, si bien el estudio de estas instituciones no se configura como un objetivo de este trabajo. Por último, las conclusiones aportan una síntesis final de las principales consideraciones extraídas del estudio realizado.

## CAPÍTULO I. MARCO JURÍDICO

La Guardia Civil (GC) es, según señala el Artículo 23 de la LO de Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre, *un Instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior en el desempeño*

*de las funciones que se le atribuyen por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden.*

Su doble funcionalidad –policial y militar– y su doble dependencia han acarreado innumerables dudas acerca de su *verdadera* naturaleza –a pesar de que, como señala y reitera<sup>2</sup> la LO de Defensa Nacional, dicha naturaleza es militar–, así como sobre la normativa que le es aplicable a sus miembros, especialmente en el ámbito penal y disciplinario.

Al respecto de esta cuestión es necesario realizar las siguientes matizaciones: Cierto es que según la Constitución de 1978 la Guardia Civil no forma parte las Fuerzas Armadas (FAS):

*Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.* (Artículo 8.1).

Pero, al mismo tiempo, la CE, tampoco recoge explícitamente en su artículo 104 que la institución de la Guardia Civil forme parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, remitiéndose a una futura Ley Orgánica para la determinación de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de éstas, lo que efectivamente se hizo con la Ley Orgánica 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que recogió en su artículo 9 a la Guardia Civil como parte de las mismas<sup>3</sup>.

Al respecto de este silencio constitucional, el Tribunal Constitucional (TC) señala en Sentencias 93/86, de 7 de julio y 149/89, de 16 de noviembre, entre otras, que *de la no mención en el artículo 8.1 no se sigue que el legislador tenga vedado por la Constitución atribuir «naturaleza militar» a la Guardia Civil, sino, por el contrario, ello significa el reconocimiento de un ámbito de disponibilidad del legislador en orden a la definición y configuración de dicho Instituto.*

Frente a las tesis de los dos bloques institucionales rígidos e incommunicables incluidos respectivamente en los antes citados artículos 8 y 104, se sostiene en la mencionada Sentencia, que el propio texto constitucional (Art. 28.1 y 29.2) prevé y permite la existencia de Institutos Armados y Cuerpos sometidos a disciplina militar distintos de las Fuerzas Armadas, reconociendo una figura intermedia entre éstas y las Fuerzas y Cuerpos

---

<sup>2</sup> Puesto que dicha naturaleza aparece también establecida en los artículos 13 y 15 de la LO 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

<sup>3</sup> Quedando, por tanto, vinculada al cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 104 de la Constitución, desarrolladas en la LO 2/86, además de a las misiones del artículo 8.

de Seguridad no sometidas a dicha disciplina. Todo ello en el marco de la admisión de la existencia de un *tertium genus* en relación con el binomio Fuerzas Armadas-Fuerzas de Seguridad del Estado.

En todo caso, es necesario citar el desarrollo de una normativa propia, diferenciada de la normativa militar, como es, en primer lugar, la Ley 42/99, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, si bien no debemos olvidar que esa ley establece en su artículo 2 que los guardias civiles son militares<sup>4</sup>, adquiriendo dicha condición *al obtener el primer empleo, conferido por Su Majestad el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa, e incorporarse a la escala correspondiente del Cuerpo* (artículo 12), teniendo en cuenta, en todo caso, que según el artículo 37, los alumnos también quedan sometidos al régimen de derechos y deberes de los guardias, al igual que los alumnos de las Fuerzas Armadas<sup>5</sup>. Como normativa propia destaca también el régimen disciplinario<sup>6</sup>, aprobado en 1991 (LO 11/91, de 17 de junio) y reformado en 2007 (LO 12/2007, de 22 de octubre) y la aprobación de la legislación que a este texto más atañe, la de la Ley Orgánica de 22 de octubre de 2007, reguladora de los derechos y deberes de los Miembros de la Guardia Civil (LO 11/2007).

Dicha ley no responde al perentorio cumplimiento de un mandato legislativo, pues no puede considerarse como el acatamiento de la Disposición Final Tercera de la LO 5/2005. Según la Exposición de Motivos del propio texto, la razón de la aprobación es principalmente la necesidad de adecuación del Cuerpo a la realidad social, con especial hincapié en los cauces de participación y expresión que se abren a través de la regulación de las asociaciones profesionales. La paralela reforma del régimen disciplinario, a la que hemos aludido hace unas líneas, permite las innovaciones de las que consta la ley, lo que suscita la cuestión de si, al margen de dichas innovaciones en el ámbito de los derechos de participación y expresión, este texto aporta algún cambio sustancial en el régimen de derechos y deberes ya existente y reconocido en diversas normas, desde la Constitución a la propia LO 2/86.

---

<sup>4</sup> A pesar de ello, y para resultar más claros en nuestra exposición, cuando hablemos de militares nos referiremos exclusivamente a los miembros de las Fuerzas Armadas, mencionando expresamente a los guardias civiles cuando sea necesario.

<sup>5</sup> Artículo 3.7 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar.

<sup>6</sup> Si bien, y en relación con la condición de militar del Guardia Civil y su vinculación con las misiones del artículo 8.1 de la CE, la Disposición Adicional Sexta (DA) de esta Ley Disciplinaria propia señala que cuando los miembros de dicho Cuerpo lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando se integren en Unidades Militares, les resultará de aplicación el régimen disciplinario de las FAS, es decir, la LO 8/98, de 2 de diciembre.

Es esa pregunta la que nos lleva a la problemática central del presente estudio, esto es, al hecho de hasta qué punto tiene sentido el mandato legislativo de la LO 5/2005 y su cumplimiento, si las innovaciones presentes en la ley de la Guardia Civil no son aplicables a los miembros de las Fuerzas Armadas. Para responder a dicha pregunta vamos a analizar la LO 11/2007, y su virtual aplicabilidad a los miembros de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta las propias limitaciones que al ejercicio de sus derechos fundamentales se establecen en la CE, así como a la existencia de conceptos como los de jerarquía, disciplina o sujeción especial, a los que no son ajenos los miembros de la Guardia Civil. Es en este punto en el que entra también en escena el Proyecto de Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, el «Proyecto»), como primer escalón legislativo del mandato de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, ya que su análisis paralelo nos ayudará a comprobar de forma efectiva las adecuaciones/transformaciones que se estiman que debe sufrir la LO 11/2007 para ser aplicable a las FAS, y si dichas modificaciones suponen o no vaciar la futura ley de un verdadero reconocimiento de derechos.

Pero antes de comenzar dicho análisis, conviene hacer referencia al mapa legislativo general de los derechos y deberes del militar, con especial hincapié en la reforma de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, llevada a cabo en el año 2009, así como en la reforma de la Ley de personal, acometida en 2007. Esto es debido a que, mientras que con anterioridad a dichas reformas se podía afirmar que en ningún otro ámbito de la función pública se encontraba una tan exhaustiva y acabada definición legal de derechos y deberes<sup>7</sup>, dicha aseveración no puede ser actualmente sostenida. Las Reales Ordenanzas de 1978 (Ley 85/1978 de 28 de diciembre) contenían en los Títulos V y VI del Tratado III los derechos y deberes del militar y del militar de carrera. Al mismo tiempo, la Ley 17/99 de 18 de mayo sobre el Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas regulaba en el Título XII los «derechos y deberes de los militares profesionales».

Por el contrario, y tal vez en previsión del cumplimiento del mandato legislativo de la LO de Defensa Nacional, las nuevas normas, tanto las Reales Ordenanzas (Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), como la Ley de la Carrera Militar (Ley 39/2007, de 19 de noviembre) no contienen más que una limitada referencia a estas cuestiones, dejando un panorama legis-

---

<sup>7</sup> MOZO SEOANE, A., (2001), «Reflexiones sobre los derechos y deberes del militar profesional», *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del Siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 33.

lativo extremadamente pobre en lo que a clarificación de los derechos del militar se refiere, más allá del reconocimiento contenido y limitado en la Constitución y textos internacionales. Ciertamente es que dichas disposiciones dejan en vigor algunos de los artículos de las antiguas RROO y de la Ley 17/99 referidos precisamente a los derechos fundamentales y profesionales y que iremos analizando a lo largo de este trabajo, pero ello no es óbice para sostener que, desde un punto de vista práctico, la elaboración de un texto jurídico de derechos y deberes del militar no parece innecesario. Aún así, sigue dejando en suspenso la cuestión de si, en dicho texto son jurídicamente admisibles avances significativos en el estatuto personal del militar profesional que justifiquen la aprobación de la ley más allá de las aludidas razones prácticas.

En este sentido, es necesario hacer mención de la existencia de dos corrientes doctrinales principales en lo que a la justificación de las limitaciones de derechos fundamentales y libertades públicas del militar atañe<sup>8</sup>:

1.º) Institucionalista: Aquella basada en las singularidades orgánicas de las Fuerzas Armadas dentro de la organización estatal, lo cual exige un ordenamiento específico con principios propios.

2.º) Relaciones de especial sujeción: Aquella basada en la relación especialmente intensa con el aparato legislativo, apoyada en compromisos de lealtad y obediencia, que otorga al Estado una supremacía sobre estos servidores públicos permitiendo la limitación de derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico ha primado esta segunda corriente doctrinal, si bien con las matizaciones necesarias derivadas del marco constitucional; sin embargo, es de opinión extendida entre la doctrina que, en la actualidad, los límites a las libertades públicas del militar profesional deben basarse en la *neutralidad política* que le es exigible. Efectivamente, y como veremos, es en el ámbito del ejercicio de los denominados clásicamente derechos civiles y políticos en el que con más intensidad se observan las reticencias político-sociales a eliminar limitaciones de ejercicio. Aún así, y como también tendremos ocasión de analizar, en la aplicación práctica de todo el elenco de derechos fundamentales, y no sólo en aquellos de carácter participativo, existen matices que, sea o no necesario incluir específicamente en un texto jurídico sobre esta cuestión, sí deben ser tenidos en cuenta por sus titulares, especialmente a la hora de enfrentar los correlativos deberes y las posibles sanciones penales y disciplinarias.

Todo ello deviene, como señalábamos, del reiterado principio de *neutralidad política* que se configura como esencial en los textos destinados a

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 42.

los miembros de las Fuerzas Armadas y a la Función Pública Militar. No es, sin embargo, y genéricamente hablando, un principio exclusivo de dicha rama de la función pública. Así, el artículo 52 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) recoge como principio de actuación, entre otros, la neutralidad, al tiempo que su régimen disciplinario tipifica como falta muy grave:

*La violación de la neutralidad e independencia políticas, utilizando las facultades que tenga atribuidas para influir en los procesos electorales de cualquier naturaleza o ámbito*<sup>9</sup>.

Por tanto, es éste un principio formulado para garantizar la estabilidad y la objetividad de los funcionarios públicos en el cumplimiento de las misiones encomendadas, principio que en el ámbito militar parece cobrar especial intensidad debido fundamentalmente al carácter del servicio concreto que éstos prestan y que aparece recogido en el ya citado artículo 8.1 de la Constitución.

Toda esta cuestión conlleva, en definitiva, afrontar la existencia, como señala CARLOS OLLERO de «dos concepciones distintas de los Ejércitos: la de unas Fuerzas Armadas absolutamente apolíticas que viven en sí y para sí mismas, sin conexión funcional ni social con la comunidad en que existen, y por lo mismo cerradas, impermeables y herméticas, nutridas de una estructura impenetrable en la que sólo se rinde culto a unos ideales, principios y valores castrenses, y sin más preocupación respecto a la sociedad en que están insertas que la que en ella se produzca un orden externo. La concepción contraria es la que propugna unos Ejércitos políticamente mentalizados, en permanente simbiosis con las estructuras, formaciones e instituciones del país, titulares efectivos de cuantos derechos y libertades gocen todos los ciudadanos y al servicio no ya de los intereses nacionales sino de las vigencias ideológico-políticas que se produzcan en cada comunidad nacional. En esta concepción las Fuerzas Armadas nutren sin más una rama de la Administración estatal y sus miembros tan sólo por la función e indumentaria de los que en ella actúan se distinguen de los demás [...]»<sup>10</sup>.

Expresado de una forma menos visceral, cabe señalar, como indica SÁNCHEZ TABANERA<sup>11</sup> que el «principio de neutralidad no ha de impedir nece-

---

<sup>9</sup> Real Decreto 33/1986 de 10 de enero de Reglamento Disciplinario de la Administración del Estado, artículo 6.g).

<sup>10</sup> OLLERO, C., (1982), «Constitución y Reales Ordenanzas», *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad*, Ceseden-Universidad Complutense, Madrid.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ TABANERA, M<sup>a</sup>. A., (2007), *El deber de neutralidad política como límite a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas*. Trabajo de investigación no publicado.

sariamente, al menos en tiempos de paz, toda participación de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino tan sólo asegurar la objetividad de la Administración Militar en el cumplimiento de sus funciones, excluyendo cualquier presión política de ésta sobre los ciudadanos y sobre los poderes públicos».

A pesar de las opiniones doctrinales que abogan por una bajada de intensidad en los constreñimientos que la neutralidad política como principio de actuación del militar puede acarrear, lo cierto es que su mención es constante, como antes reseñábamos, en los textos jurídicos destinados al reconocimiento de derechos del colectivo, como veremos en este trabajo, comenzando por su inclusión explícita como deber en el artículo 18 Título III de la LO 11/2007 de la Guardia Civil, y continuando con las reiteradas referencias que realiza el «Proyecto», desde la Exposición de Motivos hasta el artículo 7, que se encuentra en el Título Preliminar, Disposiciones Generales, opción de sistemática jurídica que pone de manifiesto la relevancia que se le concede a esta cuestión, pasando por la concreta regulación de derechos fundamentales que se realiza.

Debemos añadir que en el caso concreto del Guardia Civil, esa neutralidad política que se le exige, también se encuentra basada en su condición de empleado público y de militar, si bien la LO 11/2007 no habla de la condición de militar de los miembros de la GC, sino de la Institución, señalando en su artículo 1 que su objeto *es regular los derechos que corresponden y los deberes que le son exigibles a los miembros de la Guardia Civil en el desarrollo del régimen de los derechos y libertades públicas establecidos por la Constitución y de los principios del Estado social y democrático de Derecho, con las particularidades derivadas de su carácter de Instituto Armado de naturaleza militar.*

Admitido en sede constitucional el límite que el deber de neutralidad política puede imponer al reconocimiento de derechos, sin que ello exima de una justificación concreta en cada caso, cabe preguntarse si otros conceptos como *jerarquía, disciplina o unidad* pueden también ser usados como base para las restricciones, partiendo siempre del hecho de que la Constitución configura un sistema propio de reconocimiento de derechos fundamentales y libertades públicas, con límites particulares y explícitos en determinados casos, así como con la limitación genérica contenida en el artículo Artículo 55<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> 1. *Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3; artículos 19, 20, apartados 1, a y d, y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.*

Lo cierto es que, como señala GIL HONDUVILLA, los tres principios señalados conviven imbricados entre sí, de forma que «no puede haber una estructura jerarquizada sin disciplina, ni ésta puede existir sin su aplicación sobre una estructura, de algún modo, jerarquizada»<sup>13</sup>. Al mismo tiempo, «el principio de unidad tiene una conexión con los principios de jerarquía y disciplina que permite el funcionamiento armónico del Ejército y actúa a modo de correa de transmisión entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las misiones que tienen encomendadas»<sup>14</sup>. Jerarquía, disciplina y unidad han sido considerados por el Tribunal Constitucional como esenciales en el contexto militar, precisamente para el cumplimiento de las misiones señaladas en el artículo 8 de la CE<sup>15</sup>. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, al igual que los derechos fundamentales no son absolutos, sus límites tampoco lo son, es más: «insinuar la existencia de unos límites naturales, ontológicos, pacíficos e indiscutibles a los mismos sólo es resultado de un planteamiento idealista, dogmático o ingenuo, que no se aviene al sinuoso relativismo de la tensa y compleja dinámica social»<sup>16</sup>. Por ello, la admisión por el Alto Tribunal de la importancia de los principios citados no exime de justificar, cuando sea necesario, las restricciones que se pretendan imponer al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los militares.

Antes de finalizar este Capítulo y comenzar nuestro análisis de los derechos fundamentales contenidos en la LO 11/2007 de 22 de octubre, es necesario hacer referencia a la existencia de un marco genérico de deberes o reglas de comportamiento que se usan como partida de cualquier posterior desarrollo de derechos del militar. Dichas reglas se encuentran actualmente recogidas en el artículo 4 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de

---

2. *Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.*

*La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las Leyes.*

<sup>13</sup> GIL HONDUVILLA, J., *Limitaciones penales y disciplinarias de los derechos de manifestación, reunión y asociación en el derecho militar español*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Trabajo sin publicar, p. 59.

<sup>14</sup> PÉREZ VILLALOBOS, M<sup>a</sup>. C., (2001), «La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derechos Militar*, nº 78, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 167.

<sup>15</sup> Vid., entre otras, la STC 371/1993, de 13 de diciembre.

<sup>16</sup> CARMONA SALGADO, C., (1991), *La libertad de expresión e información y sus límites*, EDERSA, Madrid, p. 91, citado por GIL HONDUVILLA, Op. Cit., p. 62.

Carrera Militar<sup>17</sup>, y hacen en varios de sus apartados específica referencia a los principios que estamos abordando:

*Séptima. La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas.*

*Octava. Desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad.*

*Novena. La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito.*

*Décima. Obedecerá las órdenes que son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.*

*Decimotercera. Se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones.*

Estas reglas, también de aplicación a los miembros de la Guardia Civil, tal y como se establece en el artículo 1.3 de la Ley, han sido reproducidas en el artículo 6 del «Proyecto», previéndose, además, la modificación del artículo 4 de la Ley 39/2007 para que haga referencia directa a la futura Ley de derechos y deberes de los miembros de las FAS. Su existencia, necesaria, como ha quedado establecido por el TC (STC 21/1981), no debe, sin embargo, usarse para ampliar restricciones que no estén avaladas por la Constitución o sus normas orgánicas de desarrollo de una manera concreta.

La propia Exposición de Motivos del «Proyecto» señala que las limitaciones al ejercicio de derechos deben ser proporcionadas y respetuosas

---

<sup>17</sup> Dando cumplimiento al mandato de la LO 5/2005 de Defensa Nacional, cuyo artículo 20 decía: *Mediante ley, de acuerdo con la Constitución, se establecerán las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial, la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando.*

*con el contenido esencial. Se deben establecer con el objetivo de que las Fuerzas Armadas, manteniendo sus características de disciplina, jerarquía y unidad y el principio de neutralidad, estén en condiciones de responder a las exigencias en el ámbito de la seguridad y la defensa nacional. Aunque tal vez habría sido más adecuado hacer referencia explícita a las misiones constitucionales, ya que «las exigencias de la seguridad y defensa nacionales» resultan más amplias y no necesariamente iguales a lo expresado en el artículo 8.1 de la CE<sup>18</sup>, vemos como, a priori, el propio documento refleja la necesidad de proporcionalidad de las restricciones.*

Señalado todo esto, y como exponíamos en la Introducción, vamos a dedicar los siguientes capítulos al estudio de los derechos reconocidos y a las limitaciones establecidas en la LO 11/2007 de 22 de octubre, adentrándonos también en el estudio del Proyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

## CAPÍTULO II. LOS DERECHOS CIVILES

### 2.1. INTRODUCCIÓN

La LO 11/2007 establece en su artículo 2º que los miembros de la Guardia Civil:

*[...] son titulares de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en ésta, en las disposiciones que la desarrollan y en la presente Ley Orgánica.*

Ese reconocimiento genérico de los derechos y libertades contenidos en la Constitución no es único ni novedoso en el ámbito de las instituciones militares, y así, las RROO de 1978 recogen en su artículo 169, aún vigente,

---

<sup>18</sup> Para concretar es necesario acudir al artículo 15 de la LO 5/2005 de la Defensa Nacional: *1. Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 8.1 de la CE tienen atribuida la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Las Fuerzas Armadas contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria. 3. Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente. 4. Las Fuerzas Armadas pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses.*

la misma cuestión: *El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas*<sup>19</sup>.

La misma sistemática sigue «el Proyecto», si bien este caso, cabe destacar la matización que se incluye en el artículo 3º con la frase *sin otros límites en su ejercicio que los establecidos [...] en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares*, lo que supone un específico recordatorio a los destinatarios de las normas de la existencia de un concreto sistema de responsabilidad, relacionado de forma predominante con los deberes de comportamiento y los principios de jerarquía y disciplina a los que hemos hecho referencia en el primer capítulo.

Por otro lado, este reconocimiento genérico implica que no todos los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE estén reiterados en el articulado de la LO 11/2007 ni en el «Proyecto», siguiendo el criterio de no incluir aquellos que se consideran libres de restricciones.

## 2.2. LOS DERECHOS CIVILES

### 2.2.A. Derecho a la Igualdad

El artículo 14 de la CE establece:

*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

Al margen del reiterado reconocimiento del derecho a la igualdad contenido en los textos internacionales, la LO 11/2007 también establece una declaración explícita, tanto desde un punto de vista formal, como material, es decir, de aplicación del artículo 9.2 de la CE<sup>20</sup>, señalando que:

*1. En el régimen interno y funcionamiento de la Guardia Civil no podrá establecerse ni practicarse discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo u orientación sexual, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

---

<sup>19</sup> No vamos a entrar en este trabajo a debatir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las Reales Ordenanzas de 1978, y a la legitimidad de las limitaciones en ellas contenidas.

<sup>20</sup> 9.2: *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

2. *Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que en el ámbito de la Guardia Civil la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva, impidiendo cualquier situación de discriminación profesional, especialmente en la prestación del servicio, en el sistema de ingreso, formación, situaciones administrativas, ascenso y acceso de la mujer a todos los niveles de mando y organización del Instituto.*

En primer lugar, es necesario centrar nuestra atención en la expresión «en el régimen interno y el funcionamiento»; esto es debido a que no se reconoce en este artículo la igualdad de los miembros de la Guardia Civil con el resto de los ciudadanos en el disfrute de sus derechos y libertades, pues esto haría innecesarias más disquisiciones al respecto de esta ley, sino la igualdad entre los propios miembros del instituto en relación con los parámetros señalados.

En segundo lugar, debemos indicar que este derecho no aparece limitado en el ámbito constitucional de forma explícita a los militares, como sí ocurre en el caso de otros derechos que analizaremos posteriormente. Tampoco existe otra normativa que establezca dichas restricciones. Su aplicabilidad, por lo tanto, no sólo es posible sino necesaria, y ha llevado, entre otros logros, al ingreso de las mujeres en las Fuerzas Armadas<sup>21</sup>. De esta forma, el propio «Proyecto» también recoge en su artículo 4 (Título Preliminar) similar reconocimiento y previsión. En todo caso, ya el artículo 185 de las RROO de 1978, aún en vigor, establece la prohibición de discriminación:

*En las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de sexo, raza, nacimiento, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social.*

Mientras que el artículo 13 de las RROO de 2009 recoge la aplicabilidad del artículo 9.2. de la CE, en el ámbito concreto de la igualdad entre hombres y mujeres: *Velará por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género*<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> El Real Decreto-ley 1/1988 de 22 de febrero permitió por primera vez la incorporación voluntaria de las mujeres a las Fuerzas Armadas, si bien establecía limitaciones en los destinos que podrían ocupar, atendiendo a su mayor exigencia física. En la actualidad, hay absoluta equiparación, tal y como se estableció en el artículo 129 de la Ley 17/1999, y en el Real Decreto 66/2000 de 21 de enero. Las actuales leyes de personal de tropa y marinería 8/2006 de 24 de abril y de la Carrera Militar (39/2007 de 19 de noviembre) reiteran estas cuestiones.

<sup>22</sup> Cabe destacar en este marco la existencia de una profusa normativa de desarrollo destinada a hacer efectivas en el ámbito de las Fuerzas Armadas disposiciones de carácter internacional y nacional (como el artículo 65 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), entre las que podemos mencionar el Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, al igual que sucede en otros ámbitos tanto públicos como privados, la proclamación de la igualdad no supone igualdad absoluta y en toda circunstancia, pues, como señala, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio:

*La igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.*

Es decir, y por poner un ejemplo, la aplicación de un régimen jurídico diferente en el ámbito del desarrollo de la carrera militar a los miembros de tropa y marinería no supone una desigualdad anticonstitucional.

No vamos a extendernos más en el análisis del principio de igualdad, baste señalar que, al igual que acontece en otros ámbitos socio-laborales, el reconocimiento explícito debe venir acompañado de una normativa de desarrollo, y ésta, a su vez, de un efectivo cumplimiento.

Por otro lado, no sólo debe atenderse a la igualdad en el desarrollo de la carrera militar, sino en el propio acceso a la misma, esto es, en el acceso a la función pública militar. Sin embargo, y dado que este es un derecho establecido en el artículo 23 de la CE (en conjunción con el artículo 103.3), dejaremos nuestras consideraciones para el momento en que abordemos este derecho, en el siguiente capítulo.

## **2.2.B. Derecho a la libertad y seguridad**

Establece el artículo 4 de la LO 11/2007 que los miembros de la Guardia Civil *sólo podrán ser privados de su libertad en los casos previstos en las leyes*. Lo cierto es que, en el contexto del nuevo marco legal que se establece para el Instituto Armado, el reconocimiento explícito de ese derecho, reflejo del Artículo 17 de la CE<sup>23</sup>, cobra especial relevancia una vez

---

<sup>23</sup> 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.*

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada

la Ley Disciplinaria 12/2007 eliminó la posibilidad de aplicar la sanción de arresto ante las faltas cometidas<sup>24</sup>.

Muy diferente, sin embargo, es el panorama al que se enfrenta el militar de las Fuerzas Armadas, ya que, si bien el «Proyecto» también señala que éste sólo podrá ser privado de su libertad en los casos previstos en las leyes y en las formas en que éstas dispongan, su vigente Ley Disciplinaria (LO 8/98, de 2 de diciembre) mantiene el arresto como una modalidad de sanción<sup>25</sup>, que, además, puede ser excepcionalmente aplicada sin necesidad de procedimiento previo, tal y como se establece en el artículo 26, párrafo segundo:

*Si se trata de una falta que por su naturaleza y circunstancias exige una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación, podrá ordenar el arresto del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada, de modo inmediato.*

Se ha señalado<sup>26</sup> que la posibilidad de que la Administración Militar aplique sanciones privativas de libertad está implícitamente permitida en la CE, al prohibirse en el artículo 25.3 dicha potestad a la Administración Civil. Si bien estamos de acuerdo con dicha interpretación, lo cierto es que debe ser tenido en cuenta que tal posibilidad no se contempla en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH, artículos 5 y 6). Eso conllevó la necesidad de que, al ratificar dicho Convenio, se realizará la necesaria reserva por parte del Estado español en relación con la ley disciplinaria de las FAS.

Fue precisamente el «olvido» de especificar la existencia de dicha reserva en relación con el régimen disciplinario de la Guardia Civil lo que llevó a que en Sentencia de 2 de noviembre de 2006, el Tribunal Europeo

---

a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

4. La Ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

<sup>24</sup> Si bien, como ya hemos indicado, la Disposición Adicional Sexta de la Ley Disciplinaria de la GC señala que cuando los miembros de dicho Cuerpo lleven a cabo misiones de naturaleza militar o cuando se integren en Unidades Militares, les resultará de aplicación el régimen disciplinario de las FAS.

<sup>25</sup> De uno a treinta días en domicilio o Unidad por falta leve y de un mes y un día a dos meses en establecimiento penitenciario militar por falta grave (Artículo 9).

<sup>26</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, J., (2001), «Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 77, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 241.

de Derechos Humanos<sup>27</sup> concluyese que la reserva española al artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no cubría el régimen disciplinario de la Guardia Civil, establecido en la Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio, al tratarse de una ley específica e independiente, y en consecuencia estimase contrario a dicho precepto del Convenio *el arresto en domicilio impuesto en su día el reclamante en fecha 2 de marzo de 1998, por falta leve, al venir impuesto por el superior jerárquico del demandante que no tiene la condición de autoridad judicial independiente*. En palabras del General Auditor, Jefe de la Asesora Jurídica de la GC:

*La eficacia meramente declarativa a la que alude las sentencia aludida determina que no queden afectadas las situaciones jurídicas ya completamente ejecutadas y que el criterio sentado despliegue sus efectos ex nunc, es decir desde la fecha de recepción de la Sentencia del TEDH, no comportando otra obligación que la de tener en cuenta a partir de tal momento que la imposición de arrestos en la Guardia Civil, sin una reserva expresa al Convenio Europeo, resulta contraria al artículo 5.1 del Tratado. Según consta en el párrafo 52 de la Sentencia, el recurrente indicó que la constatación de la violación demandada constituirá una satisfacción equitativa suficiente por los perjuicios sufridos, con lo que no viene compelida la Administración a efectuar ninguna actuación para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, distinta a la contemplada en el proceso de referencia.*

La nueva interpretación fue, como hemos señalado, trasladada a la LO 12/2007, de 22 de octubre, pero lo acontecido llevó también a la necesaria actualización de las reservas de España a los artículos 5 y 6 del CEDH. Así, el arresto se configura como una medida sancionadora legal en el ámbito de las FAS, pero, en el marco de este trabajo, cabe hacer una reflexión sobre la necesidad de dicha sanción en el contexto actual, y, por tanto, sobre el mantenimiento de esta limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del militar, la cual va más allá de las establecidas para el resto de los ciudadanos, incluidos los miembros de la Guardia Civil.

No cabe duda de que los conceptos de unidad, jerarquía y disciplina, a los que hemos hecho referencia en el capítulo primero, deben ser traídos aquí a colación como parte del fundamento del estatuto jurídico peculiar al que los militares se ven sometidos, y que se usa también como justifi-

---

<sup>27</sup> Vid. al respecto DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., (2008), «Tribunal Europeo de Derechos Humanos -- TEDH - Sentencia de 02.11.2006, Dacosta Silva c. España, 69966/01 - Arresto domiciliario - Inaplicabilidad de la reserva española al régimen disciplinario de la Guardia Civil», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, nº 30, pp. 527-544.

cación de otras limitaciones de derechos fundamentales y libertades públicas que veremos posteriormente. Concretamente, en el ámbito del arresto disciplinario, es la disciplina el aspecto que cobra mayor relevancia, y la pregunta, no por obvia menos interesante, si para el mantenimiento de la misma –indispensable para el funcionamiento de las FAS y el cumplimiento de sus misiones, según reiterada jurisprudencia–, se hace imprescindible la existencia de esta sanción. ¿Cabría sustituirla por la pérdida de haberes, como se ha hecho en el ámbito de la Guardia Civil?, ¿son equiparables las misiones *a priori* encomendadas a ambas instituciones?, ¿es necesario, por tanto, el mismo grado de disciplina? Es obvio que las respuestas no provienen del ámbito jurídico, sino de una determinada concepción de la naturaleza y funcionamiento de nuestros Ejércitos. En este sentido, cabe resaltar que los países de nuestro entorno, incluso aquellos que establecen un amplio reconocimiento de derechos a los militares, superior al que se produce en nuestro ordenamiento jurídico, recogen la sanción de arresto por la comisión de faltas disciplinarias<sup>28</sup>.

En nuestra opinión, la situación actual de la Guardia Civil y de los miembros de las FAS en cuanto a la labor encomendada y cotidianamente desarrollada no es equiparable. Por ello, si bien es cierto que en el Instituto Armado también es exigible la disciplina, como evidencia el hecho de la existencia de una ley específica destinada a su mantenimiento (LO 12/2007, de 22 de octubre), su incumplimiento no conlleva las mismas consecuencias perjudiciales para la misión que se pueden producir en las Fuerzas Armadas, del mismo modo que la rápida restitución de la misma no se evidencia tan imperiosa como en dicho ámbito. Es por esta razón por la que cabe indicar que la supresión del arresto del panorama sancionador de la Guardia Civil no puede verse únicamente como una respuesta a un error político de no inclusión de la reserva necesaria en el CEDH, sino que responde a un proceso de modernización posible, dada la labor eminentemente policial desarrollada por esta institución. Y dicha tesis se encuentra apoyada en el hecho de que, en caso de que los miembros de dicho Cuerpo lleven a cabo misiones de naturaleza militar o se integren en Unidades Militares, les resulta de aplicación el régimen disciplinario de las FAS; es decir, a misma función y consecuencias de la indisciplina, igual régimen sancionador. (DA 6 de la LO 12/2007).

---

<sup>28</sup> Si bien es cierto que en el ámbito anglosajón se permite que el presunto infractor se niegue a ser sancionado y su caso sea visto por un Tribunal Militar. GIL HONDUVILLA, J., *Op. Cit.*, pp. 44-46.

Más problemático resulta el mantenimiento de la medida recogida en el artículo 26 de la LO 8/98 y antes citado, pues, si bien es cierto que se trata de una disposición excepcional, parece excesiva, a la luz del catálogo de faltas contenidas en la norma y que, precisamente por su menor gravedad, no son consideradas de entidad delictiva. El tenor del artículo 26 no especifica qué faltas podrán precisar del arresto inmediato para el mantenimiento de la disciplina, haciendo únicamente referencia a la naturaleza y circunstancias de la acción, y dejando, por tanto, en manos del mando superior la interpretación precisa.

Finalmente, y en relación con el marco penal, cabe hacer referencia a las disposiciones de la Ley Procesal Militar (LPM, LO 2/89, de 13 de abril). No existen grandes especialidades en esta norma en relación con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por tanto en lo que a las restricciones procesales a los derechos analizados en este apartado se refiere, si exceptuamos el Artículo 234, el cual señala:

*En ningún caso se admitir la libertad provisional con fianza en los procedimientos seguidos ante la Jurisdicción Militar.*

La existencia de esta disposición sólo puede responder a las mismas causas anteriormente apuntadas para la subsistencia de la sanción de arresto en el ámbito disciplinario, esto es, los valores de unidad, jerarquía y disciplina que, a su vez, configuran una mayor *reprochabilidad* de la conducta delictiva militar, dada su concreta naturaleza, justificativa a su vez, de la existencia de un régimen penal especializado.

Finalmente, y como señala MARTÍN DELPÓN, una vez analizas las disposiciones del Capítulo VIII del Título II de la LPM, y concretamente los artículos 200 a 214 dedicados a la detención, cabe concluir, como indicábamos, que «las especificidades procesales militares en relación con el la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el derecho consagrado en el artículo 17 de la CE son pocas, cabe hablar de la necesidad de comunicación a la autoridad militar de la que dependa el detenido, y el traslado a dependencias militares». Añade DELPÓN que lo esencial, «aquello que el mando militar debe tener en consideración en todo momento, es que la detención del militar acordada por un órgano de la jurisdicción ordinaria implica inexorablemente la puesta a disposición judicial. Esa autoridad judicial, y nunca el mando militar, será la competente para poder decidir acerca de los traslados [...] acerca, en suma de cualquier vicisitud que pueda afectar a la detención»<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> MARTÍN DELPÓN, J.L., (2007), La detención del militar profesional: algunas cuestiones de procedimiento, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 89, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 272-273.

## **2.2.C. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**

El artículo 5 de la LO 11/2007 establece:

*1. Los miembros de la Guardia Civil tienen garantizados los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico. A estos efectos el pabellón que tuviera asignado el Guardia Civil en su unidad se considerará domicilio habitual.*

*2. El jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en los mismos, cuando lo exija la investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo.*

*3. Los datos relativos a los miembros de la Guardia Civil estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal.*

Como podemos ver, el primer apartado del artículo supone un trasunto del derecho reconocido a los ciudadanos en el artículo 18 de la CE<sup>30</sup>, sin más limitaciones que las establecidas ya en éste y relativas a los registros e intervención de las comunicaciones. Son precisamente el segundo y último párrafo de este apartado los más relevantes a la hora de enfrentarnos a estos derechos en el ámbito de la Guardia Civil. Y en relación directa con ello, se hace necesario mencionar la redacción escogida por el «Proyecto» de ley de derechos y deberes de los militares en su artículo 9:

*1. El militar tiene derecho a la intimidad personal, dentro de las posibilidades que permitan las características de las distintas unidades y las circunstancias en que tengan lugar las operaciones.*

*También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de las unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.*

*Se deberá respetar su dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo, como profesional.*

---

<sup>30</sup> 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

2. *Las revistas e inspecciones deberán respetar estos derechos.*

*Cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o de una falta disciplinaria militar muy grave o grave, o, por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar, de forma proporcionada y expresamente motivada, el registro personal y de sus taquillas, así como de los efectos y pertenencias que estuvieran en la unidad. Dicho registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, dos testigos o solo de éstos si el interesado debidamente notificado no asistiera.*

3. *Los datos relativos a los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal.*

Antes de centrarnos en el derecho a la inviolabilidad del domicilio en el ámbito militar –cuestión que ha sido objeto de controversias doctrinales, dada la situación de pertenencia y vivencia de militares y guardias civiles en las unidades, tanto en España como en misiones internacionales–, conviene resaltar la relevancia de que se haya optado por incluir en este documento una referencia explícita a un derecho a la dignidad, más vinculado en nuestra Constitución y ordenamiento jurídico (léase el CP), a los tratos degradantes atentatorios contra la integridad/libertad sexual, si bien consideramos que sería más acertada su redacción de forma independiente en otro artículo destinado a la dignidad, o su integración en el artículo sobre la igualdad.

Volviendo al asunto general, esto es, el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de domicilio y comunicaciones, lo cierto es que se encontraba ya explícitamente reconocido a los militares en las anteriores Reales Ordenanzas, cuyo artículo 174 establecía:

*La intimidad personal y familiar de los militares, así como su domicilio y correspondencia, son inviolables. No se pueden intervenir ni interferir sus papeles, comunicaciones o documentos particulares. Cualquier tipo de registro, investigación o intervención deberá ser ordenado por la autoridad judicial o militar con atribuciones para ello.*

En este caso, al hablar de autoridad militar se hacía referencia a los Capitanes Generales y Almirantes con Jefatura de Región Militar, Naval o Aérea, puesto que las Reales Ordenanzas eran anteriores a la LOCO y se aplicaba el Código de Justicia Militar de 1945, una cuestión no aplicable en la actualidad, y en el «Proyecto» se ha reducido el concepto de autoridad militar al de jefe de la unidad.

En todo caso, observamos como el propio texto del «Proyecto» opta por matizar las posibilidades reales/físicas que el militar tiene de disfrutar del derecho a la intimidad, dadas las circunstancias en las que puede verse

avocado a realizar su función, matización que podría interpretarse como excesivamente precavida, y fundamentalmente orientada a coartar cualquier intento de interpretación expansiva y abusiva del derecho.

Al margen de esto, el principal asunto que debemos dirimir al respecto de este derecho es la calificación de determinados alojamientos de los militares, con el objetivo de establecer si son considerados o no domicilios. Pues bien, es necesario para ello hacer en primer lugar referencia a la Orden Ministerial 346/1998, de 23 de diciembre por la que se establece la clasificación, órganos responsables de gestión y precios que deberán regir en las residencias militares del Ejército de Tierra, Armada y Ejército de Aire, la cual contempla tanto los Alojamientos Logísticos, como las Residencias Logísticas y las de Acción Social, y en segundo lugar la Sentencia del Tribunal Constitucional 189/2004, de 2 de diciembre que establece que las residencias militares son domicilios *en la medida en que sean lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo.*

Las controversias doctrinales surgidas al respecto de la calificación que deben tener diversas modalidades de habitabilidad que puede llegar a ocupar un militar, nos llevan a afirmar que la inclusión de la aclaración del artículo 5 de la Ley 11/2007 y del artículo 9 del «Proyecto» de que el pabellón asignado al Guardia Civil y al militar en la Unidad es su domicilio habitual cobra una gran importancia, y, en nuestra opinión, debería haberse ampliado a otros conceptos que pueden ser problemáticos. Así, por ejemplo, si bien algunos autores consideran que los módulos de alojamiento de los Alojamientos Logísticos cuando son de uso compartido entre extraños no pueden tener la consideración de domicilio, nosotros sostenemos la tesis contraria, que extendemos también a los llamados CO-RIMECS de las misiones internacionales. En nuestra opinión, las limitaciones al desarrollo de una vida privada/íntima plena en un alojamiento compartido, debido a la necesidad, *a priori*, de observar unos usos y convenciones sociales, no son de suficiente entidad ni lo suficientemente generales como para afirmar que se trata de lugares desvinculados de la concepción personal de reducto o espacio propio, a salvo de la intromisión de sujetos más extraños aún como, en su caso, puede ser el mando o la policía militar.

Una vez determinado el carácter de domicilio del alojamiento de un militar, independientemente de sus características físicas, que es la tesis que nosotros sostenemos, cabe plantear el problema de la entrada en dicho domicilio. En este sentido, es necesario diferenciar entre revistas o inspecciones, y las llamadas diligencias de entrada o registro.

Así, compartimos la opinión de que en los casos en que el acceso y permanencia en los alojamientos es de carácter voluntario, los militares han consentido tácita y voluntariamente a la inspección, que responde a razones de orden, disciplina y conservación. Más conflictiva resulta la cuestión cuando la permanencia en dichos lugares es de carácter obligatorio, como es el caso de los alumnos de los centros docentes militares, sometidos a régimen de internado, o de los militares en misión internacional, pues cabe preguntarse hasta qué punto normas de rango no constitucional como las Reales Ordenanzas y/o las relativas al Régimen Interior<sup>31</sup> pueden limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, basándonos únicamente en el hecho de que la entrada en las FAS<sup>32</sup> implica la renuncia expresa al derecho en esos casos, en nombre de valores superiores (orden y disciplina), polémica que en realidad subyace a toda la cuestión de los derechos fundamentales del militar.

Por otro lado, no cabe, por mandato constitucional, que una entrada y registro en domicilio, destinados a la averiguación de un delito sea llevada a cabo más que con autorización judicial o consentimiento del titular del derecho, salvo caso de flagrante delito. Por ello, sorprende el párrafo 2 del artículo 5 de la Ley de derechos y deberes de la Guardia Civil que, recordamos, señala:

*El jefe de la unidad, centro u órgano donde el Guardia Civil preste sus servicios podrá autorizar, de forma expresamente motivada, el registro personal o de los efectos y pertenencias que estuvieren en los mismos, cuando lo exija la investigación de un hecho delictivo. El registro se realizará con la asistencia del interesado y en presencia de, al menos, un testigo.*

Consideramos que las capacidades concedidas al jefe de la unidad, centro u órgano parecen *forzar* la obligación del interesado de prestar su consentimiento, en cumplimiento de la orden del superior, a fin de evitar la

---

<sup>31</sup> A las que se remite el artículo 69 de la Ley 39/2007 de la carrera militar, y cuyo fundamento será: [...] *facilitar el desarrollo de los planes de estudios de tal forma que éstos se ajusten a los criterios señalados en el capítulo anterior; teniendo en cuenta que se deben compatibilizar las exigencias de la formación militar y la progresiva adaptación del alumno al medio militar, con las requeridas para la obtención de titulaciones del sistema educativo general.*

<sup>32</sup> Nos referimos en el ámbito concreto de los alumnos al artículo 67 de la Ley 39/2007: *Al hacer su presentación, los que ingresen en los centros docentes militares de formación firmarán un documento de incorporación a las Fuerzas Armadas según el modelo aprobado por el Ministro de Defensa, salvo aquellos que ya pertenezcan a éstas, y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán condición militar, sin quedar vinculados por una relación de servicios profesionales, quedando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.*

necesidad de autorización judicial. Debemos señalar que esa orden no sería tal, al ser ajena al servicio y manifiestamente contraria a la Constitución. Lo mismo puede decirse al respecto de lo regulado en el «Proyecto», donde no sólo se autoriza al registro por orden del jefe de unidad en casos de investigación de un hecho delictivo, sino cuando existan meros indicios de la comisión de éste o de faltas disciplinarias, por razones de salud o de seguridad. Se establece para los miembros de las Fuerzas Armadas que, en caso de que el interesado no comparezca, el registro deber hacerse en presencia de dos testigos. En nuestra opinión, la mera presencia de dos testigos no responde a ninguna garantía constitucional, no sustituye el consentimiento del interesado y mucho menos la autorización judicial.

En todo caso debe tenerse en cuenta que en el registro de taquillas, armarios, maletas, cajones, etc., cabe diferenciar entre aquellas situadas en zonas comunes, y que no son consideradas ni legal ni jurisprudencialmente como domicilio, equiparándose al régimen establecido en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (1/95, de 24 de marzo), de las que se encuentran en los alojamientos/residencias antes reseñados, cuyo registro precisará de autorización judicial<sup>33</sup>.

Por ello, entendemos que tanto el artículo 5.2. de la LO 11/2007 como el artículo 9 del «Proyecto» se refieren al registro de pertenencias y efectos (y ya expresamente a taquillas en el caso del «Proyecto») que se encuentran fuera de los pabellones considerados como domicilio, ya que cualquier otra cuestión supondría una vulneración constitucional del derecho a la intimidad.

Antes de finalizar con el análisis de este apartado, consideramos relevante hacer referencia a dos cuestiones:

1º) Inspecciones y registros corporales/intervenciones corporales.

---

<sup>33</sup> También debe tenerse en cuenta la diferencia entre el registro de una taquilla y su apertura en determinadas circunstancias motivadas, como indica el Tribunal Superior de Justicia de Granada, en Sentencia fecha 12 de noviembre de 2002: *la supuesta intromisión en la intimidad del recurrente, producida por la apertura que no registro- no consentida de la taquilla en la que conservaba algunos enseres, estaba plenamente justificada, ya que, además de no tener el recurrente derecho alguno a utilizarla una vez que se traslade a otro Centro, momento en el que debió desalojarla y poner las llaves a disposición de la Dirección, la apertura atiende a la exclusiva finalidad de proceder al necesario control de las taquillas cerradas e inutilizadas cuyos ocupantes se desconozcan por la Dirección del Centro, y ello a efectos de adjudicarlas a los médicos que s prestaban servicios en las dependencias y que tenían pleno derecho a usarlas, tratándose de una medida proporcionada al no disponerse de la llave ni saber si estaba o no ocupada ni por quien, acordada por quien estaba legalmente autorizado para ello, basada en un interés tan digno de protección como el que alega el recurrente, y sin merma para la dignidad de éste ni deterioro ni pérdida de sus enseres, pudiendo el actor, si lo consideraba oportuno, haber instado las acciones penales o civiles correspondientes.*

2º) Protección de datos<sup>34</sup>.

1º) Definimos las inspecciones y registros corporales como *aquellas en las que en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad*<sup>35</sup>. Por su parte, las intervenciones corporales, afectan, por regla general, a la integridad física (artículo 15 CE). En este segundo grupo se encuadran cuestiones como los análisis de orina y sangre que, sin embargo, *no son objetivamente consideradas susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud o de ocasionar sufrimiento a la persona afectada*, razón por la que abordamos la cuestión en este apartado y no en el dedicado al artículo 15 de la CE, ya que lo que sí puede quedar comprometida es la intimidad personal en función de la finalidad perseguida.

En el primer grupo podemos encuadrar cuestiones como los cacheos que, según jurisprudencia constitucional, no afectan al derecho a la intimidad, pero que sólo pueden ser realizados por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que exista habilitación para miembros de la Guardia de Seguridad o de la Policía Militar<sup>36</sup>.

En el segundo, vamos a centrarnos brevemente en los análisis de sangre y orina para la detección del consumo de drogas en las FAS. Partiendo del excelente estudio de FRANCO GARCÍA, cabe señalar que la realización de los análisis de orina en el marco de una finalidad de control de la aptitud psico-física encuentra su habilitación en el artículo 83.2 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar. Ahora bien, en dicha ley no se recogen las consecuencias de un resultado positivo, que serán, no disciplinarias (pues es necesaria la habitualidad, según la LO 8/98), sino correctora-asistenciales. A su vez, dicha disposición legal es acorde con la doctrina emanada del TC y que establece la posibilidad de que los poderes públicos supediten la realización de actividades peligrosas al cumplimiento de controles y requisitos preventivos<sup>37</sup>. Todo ello queda encuadrado además en el marco del Real Decreto de prevención de riesgos laborales del personal militar de las FAS (Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre). Por tanto, y en este

---

<sup>34</sup> En relación directa con el apartado 4 del artículo 18 de la CE.

<sup>35</sup> Sentencia TC 207/1996, de 16 de diciembre.

<sup>36</sup> FRANCO GARCÍA, M.A., (2008), «Introducción, tenencia y consumo de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas; cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional», *Estudios de Derecho Militar*, Centro de Investigación y Doctrina Legal, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 90-91.

<sup>37</sup> Vid. STC 161/1997, de 2 de octubre.

contexto, son legales las limitaciones establecidas al derecho a la intimidad que se derivan de la obligatoriedad del control y de las consecuencias del mismo. Las limitaciones son mayores en caso de que el medio que desee utilizarse sea el análisis de sangre, ya que dada su incidencia corporal, y según reiterada jurisprudencia constitucional, se hará necesario, a falta del consentimiento del afectado, resolución judicial, sin que quepa admitir como legítima la orden del mando militar.

Al mismo tiempo, queda fuera de la constitucionalidad el llevar a cabo controles aleatorios (independientemente del medio utilizado) con el objetivo, como señala el Plan General de Prevención de Drogas de las Fuerzas Armadas, de contribuir a la investigación de infracciones, puesto que es necesario tener previamente indicios fundados de criminalidad para poder autorizar la práctica de dichas intervenciones, es decir, no puede haber una desvinculación de la comisión efectiva de un ilícito<sup>38</sup>. Otra cuestión es que dichos controles se lleven a cabo con el objetivo de evitar peligros para la seguridad, dentro de la prevención de riesgos laborales, por ejemplo, como hemos señalado en el párrafo precedente, sin que los eventuales resultados positivos de estos controles pudiesen ser utilizados como una prueba en un proceso sancionador.

Resulta también de interés la cuestión de los análisis orientados a determinar si una mujer militar está embarazada y si, por tanto, es pertinente que sea enviada a una misión que puede comportar una diversidad de riesgos para ella y el feto. Es ésta una cuestión que puede resultar especialmente relevante cuando la posible necesidad de evacuación va a ser poco viable o incluso imposible, como es el caso de las mujeres embarcadas durante un periodo largo de tiempo. Se debe partir del hecho de si sería admisible estipular el embarazo como una causa de exclusión para el embarque o para las misiones internacionales de una forma genérica. Debemos tener en cuenta que el embarazo no supone una causa de exclusión en los procesos selectivos para la entrada en las Fuerzas Armadas, y que existe en el ámbito de los derechos de los trabajadores en general una regulación muy garantista de la intimidad a este respecto. En nuestra opinión, no cabe más que negar categóricamente la posibilidad de que los análisis fuesen llevados a cabo sin el consentimiento de la mujer; por tanto, deber ser decisión de ésta someterse a los mismos. En caso de consentir, y que el resultado fuese positivo, podrá articularse un sistema de aplazamiento de envío a la misión o del embarque, no como una obligación, sino

---

<sup>38</sup> Vid., entre otras, las Sentencias de la Sala 2ª del TS de 18 de abril de 1994 y de 13 de mayo de 1998.

como un derecho, tal y como se regula ya en la normativa de acceso<sup>39</sup>, de destinos<sup>40</sup> y de enseñanza<sup>41</sup>.

2º) El ámbito de la protección de datos de carácter personal ha ido cobrando en nuestra sociedad una progresiva importancia a raíz del avance tecnológico que ha incrementado las posibilidades de usos inadecuados o fraudulentos. Por ello, es de destacar que tanto la LO 11/2007 como el «Proyecto» señalan específicamente que los datos de los miembros de la Guardia Civil y de las FAS estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal. Ello implica referirse a la Ley Orgánica<sup>42</sup> destinada a esta materia, 15/99 de 13 de diciembre, cuyo artículo 5 señala:

*1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.*

*2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.*

---

<sup>39</sup> Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas

<sup>40</sup> Real Decreto 431/2002, de 1 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional. Artículo 21.1. *Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, sin que suponga pérdida del destino. Dicho puesto ser preferentemente en su unidad, centro u organismo de destino y, de no existir ninguno compatible con su estado de gestación, se le asignar en otra unidad, centro u organismo, preferentemente en el mismo término municipal.*

<sup>41</sup> Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas.

<sup>42</sup> Sin perjuicio de recordar la existencia de una normativa internacional amplia en la materia: Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas en relación con el Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, Directiva 97/66/CE de 15 de diciembre de 1997, Directiva 2002/58/CE de 12 de julio de 2002, Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006 y, de gran relevancia, el Reglamento CE 45/2001 de 18 de diciembre de 2000.

3. *El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.*

4. *En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.*

En este sentido, es conveniente citar la Sentencia de 31 de marzo de 2004 del Tribunal Supremo, en la que se confirma la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo, sobre el tratamiento de los datos personales de la esposa de un oficial por parte del acuartelamiento donde está destinado, estableciéndose que se precisa de su consentimiento y que la negativa a facilitarlos está amparada en la legislación de protección de datos, sin que fuese procedente, por tanto, la sanción disciplinaria impuesta por el Jefe de la Unidad al oficial. Pero, aparte de la incidencia en el ámbito disciplinario que pudiese tener esta cuestión, no debe olvidarse la necesidad por parte de los mandos del cumplimiento de la normativa.

Lo que nos da a entender ésta y otras resoluciones similares es que, con carácter general, no cabe sustraerse a la regulación legal de esta materia por incidir claramente en un derecho fundamental. Sin embargo, ello no es óbice para señalar que la propia Ley 15/99 contiene excepciones a su aplicación, recogidas en el artículo 2.2, donde se incluyen *los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*<sup>43</sup>, así como *los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas*, asunto este último que abordaremos a la hora de enfrentar el derecho a la información, por tener una mayor relación y trascendencia en lo que a nosotros atañe con dicha cuestión.

También es de destacar el apartado 3 del artículo 2 de la Ley que remite a su legislación específica, entre otros, a los ficheros que *tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas*. Esta normativa específica es la contenida tanto en la Ley de la Carrera Militar, como en disposiciones de rango inferior como la OM

---

<sup>43</sup> Cabe señalar a este respecto el caso de los militares sancionados por la Agencia que recabaron datos de antiguos alumnos para la celebración de las bodas de plata de una promoción de la A.G.M., sanción que fue revocada por la Audiencia Nacional en Sentencia de 15 de junio de 2006, por entender que el asunto quedaba encuadrado en esta exclusión. Vid. Resolución de 28 de abril de 2004 (PS/00116/2003).

74/93, de 8 de julio. Esta cuestión afecta de una forma destacada al derecho de acceso a los propios datos y la abordaremos con detenimiento en el apartado correspondiente, pero sí es de interés en este momento hacer hincapié en las cuestiones relativas al consentimiento para la transmisión de datos en el ámbito de los ficheros reseñados. En este sentido, coincidimos con AROCAS cuando señala que «la manifestación de voluntad que se erige en piedra angular sobre la que descansa el sistema legal de protección de datos personales resulta, por el contrario, irrelevante en lo concerniente a materias clasificadas»<sup>44</sup>. Por ello, es necesario tener en cuenta tanto el artículo 6.2 de la Ley 15/99: *No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias*, como el artículo 11, que dispensa de la necesidad de consentimiento *cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros*<sup>45</sup>.

Por último, es relevante realizar una breve referencia al asunto de los expedientes de aptitud psicofísica y a los informes médicos en el ámbito de las FAS, partiendo de que la Ley 15/99 menciona, aún sin definirlos, los datos relativos a la salud, considerándolos especialmente protegidos. Este deber de confidencialidad se encuentra también en las propias normas del sector, como el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad (14/1986) y el artículo 7 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente. Esto resulta convalidado por el artículo 83 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, que señala: *los resultados de los reconocimientos médicos quedarán salvaguardados por el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanitaria les atribuya*. A su vez, el artículo 79 limita al uso confidencial los datos que integran el historial militar individual (hoja de servicios, informes personales, expediente académico y expediente de aptitud psicofísica). Más específicamente es necesario mencionar el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, Real Decreto 944/2001 de 3 de agosto, donde queda plasmado el carácter oficial y profesional de toda la documentación médica y la necesidad de reserva<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> AROCAS NOGALES, M<sup>o</sup>. D., (200), *La protección de datos de carácter personal y el secreto oficial en las Fuerzas Armadas*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, p. 43.

<sup>45</sup> Vid. a este respecto el ejemplo que desarrolla AROCAS, Op. Cit., pp. 49 y ss. sobre la transmisión de datos a la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

<sup>46</sup> *Los informes médicos y psicológicos y el resultado de las pruebas físicas se incluirán en el historial militar y serán tenidos en cuenta, asegurando en todo caso su confidencialidad, en las evaluaciones para el ascenso y, en su caso, para la declaración de idonei-*

La Agencia de Protección de Datos no ha sido ajena a la posible vulneración de estos derechos en el ámbito de las FAS, y podemos citar, entre otras resoluciones, la r/01799/2008 que declara que el Ministerio de Defensa ha infringido lo dispuesto en el artículo 10 de la LOPD, en relación con el artículo 7.3 de la citada norma, porque ha quedado acreditado que el Hospital (...), transmitió a catorce unidades de la Armada un mensaje en el que figuraban datos de carácter personal y datos de salud del denunciante, concretamente el diagnóstico médico por el que no era considerado apto, haciendo referencia al hecho de que el denunciante tiene un *Índice de Masa Corporal (IMC) superior a 29* y padece un *Trastorno combinado de la conducción cardiaca*.

Finalmente, no podemos cerrar el presente apartado sin dedicar unas líneas a otro de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE, el derecho al honor: en este sentido, los militares gozan de él en toda su extensión sin más limitaciones que las derivadas de la propia CE. Del mismo modo, los miembros de las FAS y de la Guardia Civil gozan de la protección que el CP ordinario dispensa a este derecho en sus artículos 205 a 216 con la tipificación de los delitos de calumnias e injurias. Cabe destacar que existe una protección excepcional dispensada no al individuo militar, pero sí a la institución de la que forma parte, en el artículo 504.<sup>47</sup> Por otro lado, no debe olvidarse que la redacción de las Reales Ordenanzas –tanto las de 1978 como las actuales de 2009– responde a un concepto base de honor propio y ajeno, de forma que se resalta en varias de sus disposiciones el respeto y la cortesía militar<sup>48</sup>. Así mismo, encontramos en el régimen disciplinario la tipificación de faltas cuya razón de ser no es únicamente la disciplina, sino la protección del honor de superiores, inferiores y compañeros<sup>49</sup>.

En conexión con ambos derechos (honor e intimidad) y con la condición de militar, queremos realizar un último apunte, mencionando las res-

---

*dad previa a la firma de nuevos compromisos, así como para el acceso a una relación de servicios de carácter permanente y para ocupar los destinos a los que se refiere el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 129 de la Ley 17/99, de 18 de mayo.*

<sup>47</sup> Debe tenerse en cuenta que el militar también puede ser sujeto activo de esta modalidad delictiva, si bien de forma específica, tal y como se regula en el artículo 90 del Código Penal Militar.

<sup>48</sup> Sirva de ejemplo el artículo 32: *Fomentará la relación con la población civil y será cortés y deferente en su trato con ella, en particular con la que más directamente pueda verse afectada por sus actividades, evitando toda molestia innecesaria.*

<sup>49</sup> Por ejemplo, las faltas leves de los artículos 7.16 y 7.17: *Corregir a un subordinado de forma desconsiderada y Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas*, o la falta grave del artículo 8.22: *vejación o menosprecio a los subordinados.*

tricciones establecidas en el acceso a los Archivos Militares, en el artículo 66 del Real Decreto 2798/1998, de 4 de diciembre, con base en el artículo 105 de la CE, que, tras garantizar el acceso a los archivos y registros administrativos, prevé la posibilidad de su restricción cuando afecte, entre otras cuestiones, a la intimidad.

## **2.2.D. Libertad de residencia y circulación**

El artículo 19 de la CE reconoce a los ciudadanos el *derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*. Así mismo, se reconoce el derecho a entrar y salir libremente de España, en los términos establecidos por la ley, prohibiéndose las limitaciones por razones políticas o ideológicas.

En el marco del reconocimiento de este derecho fundamental no debe olvidarse la normativa europea, que, inicialmente orientada a objetivos económicos –artículo 3 c) del Tratado de la CEE–, ha consagrado en la actualidad un derecho civil base de la construcción política de la UE, como pone de manifiesto la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por esta norma se refunden todas las medidas dispersas en el complejo corpus legislativo que ha venido regulando hasta la fecha esta materia.

Por su parte, la ley 11/2007, establece en su artículo 21:

*1. Siempre que se asegure el adecuado cumplimiento de las obligaciones profesionales, podrá autorizarse, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, la fijación del domicilio en un municipio distinto del de destino.*

*2. El Guardia Civil tendrá la obligación de comunicar en su unidad el lugar de su domicilio habitual o temporal con objeto de facilitar su localización. En todo caso, se deberán facilitar los medios de localización que permitan a todo Guardia Civil atender puntualmente sus obligaciones profesionales.*

Hasta la reciente entrada en vigor el pasado 13 de mayo de 2007 del Estatuto del Empleado Público, los funcionarios públicos, como regla general, tenían la obligación de residir en el término municipal donde se encontraba su puesto de trabajo, deber que se encontraba recogido en una norma preconstitucional, la Ley de Funcionarios del Estado de 1964. La importante modificación legislativa se hace sin perjuicio de que el régimen

disciplinario, contenido en la misma norma, contemple el abandono de destino, así como el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas, como faltas sancionables (art. 95.2), entendiéndose, por tanto, que la libertad de residencia no podrá, en la práctica, redundar en perjuicio del servicio.

Respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas, el artículo 175 de las Reales Ordenanzas de 1978 establecía lo siguiente: *El lugar habitual de residencia del militar será el de su destino [...]*. A su vez, el Código Penal Militar de 1985 recoge en su artículo 119 el abandono de destino o residencia:

*El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o **lugar de residencia** por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.*

En primer lugar, el deber de residencia impuesto al militar en las RROO de 1978 ha sido derogado por la Ley 39/2007 de la Carrera Militar (a lo que hay que añadir que no se ha intentado establecer nuevamente en las Reales Ordenanzas de 2009, en las que no consta disposición al respecto). En este sentido, señala el Tribunal Militar Territorial Segundo en Sentencia de 8 de octubre de 2008, que dada dicha nueva situación resulta *como única norma reguladora del derecho constitucional a la elección de libre residencia el artículo 19 de la Constitución. Por ello –continúa diciendo el Tribunal– el artículo 119 del Código penal, cuya función era proteger el deber de residir en el lugar de la Unidad, que imponía el artículo 175 de las Reales Ordenanzas, resulta inaplicable respecto al delito de abandono de residencia.*

Por su parte, la Sala 5ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 2009, en la que se resuelve el recurso de casación del Ministerio Fiscal contra la anterior resolución, fundamenta que:

*Indiscutible e indiscutido el derecho de libre residencia y circulación, la prohibición de ausentarse de aquella o de tenerla en otro lugar lo atacaría directamente porque afectaría a su contenido esencial. La tipificación de la acción de ausentarse de la residencia estaba construida sobre la existencia no del derecho a elegirla libremente, sino del deber de tenerla en el lugar impuesto: el de su destino. Si una ley no hubiera impuesto ese deber, la acción de irse del lugar elegido libremente para residir no habría constituido delito porque no sería ilícita, sino inequívoco ejercicio del derecho fundamental a elegir libremente el lugar donde estar transitoria o perma-*

*nementemente. Esta hubiera sido la valoración de la acción de ausentarse si no hubiese estado vigente el artículo 175 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Y derogado, ésta es la valoración actual. Y frente a esta conclusión no cabe invocar el artículo 119 porque –debe insistirse– inexistente toda ley que imponga el deber de residir en un determinado lugar, resulta obligado concluir, como hizo el Tribunal de instancia, que el militar tiene derecho a elegirlo libremente, bien, al incorporarse a la Unidad, bien después por decisión libre de cambiarlo. El irse de la residencia libremente elegida no es una acción punible, sino un lícito cambio del lugar en que el militar quiera estar o vivir.*

Hacemos nuestra esta argumentación del TS, considerando, por tanto, que no existe en la actualidad limitación a la libertad de residencia del militar, que no necesita, como ocurre en el caso de la Guardia Civil, de autorización expresa para no residir en el municipio de destino. Todo ello no es óbice, sin embargo, para reiterar que otra cuestión diferente es que el militar no cumpla con sus deberes de servicio, debido –como posible razón práctica– a la ubicación de su domicilio, lo que no impediría la aplicación de la Ley disciplinaria (artículos 7.10 y 8.27) o del artículo 119 Código Penal en la modalidad de ausentarse injustificadamente de la unidad o destino.

Opinamos que en una futura ley de derechos del militar deberá recogerse el derecho a la libre determinación de la residencia, sin establecerse la necesidad de autorizaciones reglamentarias, menos cuando existen otras vías para garantizar las razones de esa posible limitación, es decir, la eficacia del servicio, como es las propias consecuencias penales/disciplinarias de su incumplimiento. El militar, al igual que el resto de los empleados públicos, es un ciudadano mayor de edad, al que se le reconoce la capacidad de decidir si el fijar su residencia en uno u otro lugar puede afectar a cumplimiento de sus deberes, y por tanto, ser consciente de las consecuencias negativas que podría llevar aparejadas. Ello nos lleva a estar conformes con el artículo 1 del «Proyecto» donde la única limitación establecida a la libertad de residencia es la exigencia del deber de disponibilidad permanente a que se refiere el artículo 21, que a su vez, señala:

*Los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación.*

Cuestión que, a su vez, es un reflejo de la primera regla de comportamiento del militar, recogida tanto en el artículo 4 de la Ley 39/2007, como del artículo 6 del propio «Proyecto», esto es, la disposición permanente para defender a España. Ello conlleva, tal y como también se informa por

el General Auditor Asesor Jurídico del CG del Ejército de Tierra, «que resulta necesario que el militar comunique, para conocimiento del mando, su lugar de residencia, especialmente cuando sea distinto al de su destino. La comunicación no requiere autorización alguna, porque exigirla supondrá limitar o restringir este derecho, límite que sólo puede venir fijado por ley [...] la residencia en término municipal distinto al de la unidad de destino deberá ser compatible con los plazos señalados por el jefe de la UCO de destino sobre incorporación y con la jornada laboral y horario de trabajo de la UCO»<sup>50</sup>.

Mientras que la regulación del «Proyecto» parece adecuarse a las exigencias constitucionales, entendemos, sin embargo, que la redacción dada al artículo 21, párrafo 1º de la Ley de la Guardia Civil al restringir el ejercicio de un derecho fundamental a una autorización administrativa (enunciando además el derecho en el título destinado a los *deberes*), basada en criterios de eficacia en el servicio responde a una concepción obsoleta del empleado público<sup>51</sup>, máxime cuando la propia Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil no recoge el deber de residencia en el lugar de destino.

En cuanto a la libertad de circulación, el artículo 6º de la LO 11/2007 señala:

*1. Sin perjuicio de las limitaciones que deriven del cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana, y de lo dispuesto en el artículo 21 de esta Ley, los miembros de la Guardia Civil tienen derecho a desplazarse libremente por el territorio nacional.*

*2. Los Guardias Civiles deberán comunicar previamente a sus superiores los desplazamientos al extranjero, a los que se aplicarán las mismas limitaciones que a los desplazamientos por territorio nacional.*

Es decir, se establece un bucle de limitaciones, de forma que si bien hay un reconocimiento genérico del derecho a circular en territorio nacional, dicha libertad ambulatoria se encuentra limitada por las circunstancias del pro-

---

<sup>50</sup> Informe del General Auditor Ricardo Fortún Esquifino, Asesor Jurídico del Cuartel General del Ejército de Tierra.

<sup>51</sup> En su momento sostenida por el propio TS, que en Sentencia de 17 de febrero de 1992 que señalaba que *la exigencia que dimana de un servicio público resulta siempre prevalente a los intereses de los funcionarios públicos en cuanto estos hayan accedido al ejercicio de la función pública voluntariamente asumiendo las obligaciones derivadas de su Estatuto, entre ellas el deber de residencia, añadiendo que con dicho deber de los funcionarios públicos en general y la imposición de la consiguiente obligación no se infringe el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia derivada del artículo 19 de la Constitución.*

pio artículo 21, puesto que si no se autoriza la libre residencia, se restringe la movilidad. Al mismo tiempo, no queda claro cuáles son las limitaciones que pueden suponer para dicha libertad la misión encomendada a los miembros de la Guardia Civil, más allá que la reiterada obligación de eficacia en el servicio. Por tanto, también en este caso consideramos que no está justificado este límite expreso en el caso presente, y que no debe trasladarse a una futura ley de las Fuerzas Armadas<sup>52</sup>, y que los miembros de ambas instituciones son adultos conscientes de que si su misión (servicio) consiste, por ejemplo, en vigilar un determinado puesto, lleva aparejada una limitación práctica de la libertad de circulación que también sufren el resto de los empleados públicos, o incluso trabajadores de empresas privadas, en relación con el desempeño de sus tareas, sin que sea necesario que ello se recuerde, de forma paternalista, en un texto destinado al reconocimiento de derechos.

Las mismas consideraciones caben al respecto de los desplazamientos en el extranjero, sin perjuicio de que en este caso, al igual que en el de fijación de la residencia/domicilio, se establezca la necesidad de comunicarlo a los superiores, a efectos de localización relacionados con el servicio. Sin embargo, no creemos adecuado que dichas consideraciones se ubiquen en el presente texto legal, sino que debería mantenerse la regulación en disposiciones de rango inferior<sup>53</sup>.

## **2.2.E. Libertad de expresión y de información**

Al abordar la configuración de este derecho fundamental nos situamos ya en el marco de una de las cuestiones más polémicas al respecto del reconocimiento y límites de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas. Por ello, lo primero que debemos reseñar es la necesidad de diferenciar entre las diversas materias que abarca el artículo 20 de la CE. Así, deben deslindarse el derecho a recibir y difundir libremente información veraz, y el derecho a la libertad de expresión, al margen de que existan, como efectivamente ocurre, importantes puntos de conexión entre ambos aspectos.

---

<sup>52</sup> En el «Proyecto» sólo se establece obligación de comunicación previa para casos concretos de desplazamiento al extranjero (fuera de la Unión Europea), en función de la situación internacional y las operaciones militares, lo cual es una limitación motivada y proporcionada.

<sup>53</sup> Vid. Real Decreto 26/2009, Artículo 22: *Estará en disponibilidad permanente para el servicio, que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupe y a las circunstancias de la situación, y realizará cualquier tarea o servicio con la máxima diligencia y puntualidad, tanto en operaciones como para garantizar el funcionamiento de las unidades.*

La CE parte, como en el resto de su articulado, del reconocimiento de ambos derechos para, posteriormente, indicar la posibilidad de limitaciones en base a otros derechos fundamentales –de forma destacada los contenidos en el artículo 18–, o a la protección de la juventud y de la infancia. Siguiendo esta fórmula, tanto las antiguas Reales Ordenanzas de 1978 como la actual LO 11/2007 parten de un aparentemente amplio reconocimiento, para sujetar posteriormente el ejercicio efectivo. Y en el mismo sentido se expresa el Proyecto de la ley de derechos y deberes del militar, donde se señala que:

*El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva, el secreto profesional y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos.*

El «Proyecto» continúa en los siguientes apartados del artículo 11 estableciendo de una forma algo más extensa otras limitaciones, principalmente vinculadas con el deber de neutralidad política y sindical y la disciplina. Veremos más detenidamente estas cuestiones a lo largo del presente apartado.

1.º) Derecho a recibir y difundir libremente información veraz: Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la del TEDH es tendente a una interpretación lo menos limitativa posible de este derecho, en especial cuando entra en colisión con otras libertades esenciales como la intimidad o el honor<sup>54</sup>, lo cierto es que nunca deja de ser reseñada la necesidad de que se cumpla el requisito de veracidad: no se reconoce en la Constitución el derecho a mentir o manipular, sino a ser informado de la verdad, según se tenga conocimiento de la misma en la medida de los medios legítimos disponibles para obtenerla<sup>55</sup>, y a transmitirla en la misma medida. Las restricciones a las que los miembros de la Guardia Civil y de las FAS pueden verse sometidos en este extremo aparecen más relacionadas con la función que desarrollan, y que es en ocasiones extensible a otros funcionarios<sup>56</sup> que con su condición de militar. De esta forma, tanto las Le-

---

<sup>54</sup> Vid., entre otras, STC 159/1986 de 12 de diciembre, 160/2003 de 15 de diciembre, y 54/2004 de 15 de abril.

<sup>55</sup> La veracidad se entiende así como una actuación del medio que informa cuando de manera diligente ha contrastado la información, lo que lleva a introducir en la materia la doctrina del error y su invencibilidad.

<sup>56</sup> Artículo 53.12. del Estatuto Básico del Empleado Público: *Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.*

yes Disciplinarias de ambas instituciones<sup>57</sup> como el Código Penal Común<sup>58</sup> y el Código Penal Militar<sup>59</sup> recogen diversas faltas y delitos relacionados con la divulgación de información clasificada –desde un punto de vista genérico<sup>60</sup>–. Como hemos señalado, el deber de reserva profesional no es en modo alguno exclusivo del colectivo militar, y no resultan, a nuestro entender, ni excesivas ni inadecuadas las precauciones establecidas en las leyes penales y disciplinarias, así como en la LO 11/2007, cuyo artículo 19 establece el deber de reserva del Guardia Civil en asuntos profesionales, y que encuentra su reflejo en el «Proyecto» bajo la siguiente redacción: *El militar está sujeto a la legislación general sobre secretos oficiales y materias clasificadas. Guardará la debida discreción sobre hechos o datos no clasificados de los que haya tenido conocimiento por su cargo o función, sin que pueda difundirlos por ningún medio, ni hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público, especialmente de las Fuerzas Armadas.*

Especial mención requieren, en este marco, las ampliaciones realizadas en la LO 12/2007 al respecto del manejo de informaciones gráficas y sonoras obtenidas a través de los dispositivos de video-vigilancia<sup>61</sup>. Estrictamente hablando, dichas imágenes pueden considerarse no ya sólo «datos», con la consabida obligación de cumplir, como cualquier otro ciudadano/funcionario con las disposiciones legales sobre su manejo contenidas en la Ley 15/99, sino también informaciones, que, sin embargo, no puede ser consideradas susceptibles de transmisión al configurarse claramente como una extralimitación del derecho que, a su vez, implica la violación del derecho a la intimidad y, en su caso, al honor de los ciudadanos implicados. Por tanto, las limitaciones reseñadas en el Proyecto de la ley de las FAS y en la LO de la Guardia Civil en base a la *salvaguarda de la seguridad* y

---

<sup>57</sup> Artículos 7.3, 8.10 y 8.11 de la LO 8/98, y Artículos 7.16, 7.17, 8.8, 9.5 de la LO 12/2007.

<sup>58</sup> Artículos 197-201 (Del Descubrimiento y revelación de secretos), Artículos 270-272 (relativos a la propiedad intelectual), Artículos 278-280 (Delitos relativos al mercado y a los consumidores), (de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos), (del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional), Artículo 589 (contra la paz e independencia del Estado).

<sup>59</sup> Artículos 53 a 56: Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional.

<sup>60</sup> Tampoco deben olvidarse las Reales Ordenanzas, que hacen referencia a este deber profesional en varios puntos de su articulado (Artículo 33: *Guardará discreción sobre los asuntos relativos al servicio. Observará las disposiciones y medidas vigentes sobre materias clasificadas y protección de datos de carácter personal, así como las relacionadas con el acceso a lugares restringidos.*)

<sup>61</sup> Faltas contenidas en los Artículos 7.20, 7.21, 7.22, 8.16, 8.17, 8.18, 8.19 y 8.20.

*defensa nacional, el deber de reserva y el secreto profesional* son acordes con la configuración constitucional y legal del derecho.

Pero en el ámbito del derecho a la información, la cuestión más polémica se centra en las clasificaciones de determinadas materias como reservadas o secretas, cuando dicha clasificación afecta a informaciones personales de los militares. Nos referimos concretamente al caso del acceso al IPEC<sup>62</sup>, informe personal de calificación, regulado en el artículo 81 de la Ley de la Carrera Militar<sup>63</sup>. Según Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, apartado 6, se clasifican como reservadas «las concepciones, informes individuales y sanciones del personal militar»<sup>64</sup>.

A pesar de que existen argumentaciones a favor del mantenimiento de este sistema<sup>65</sup> y que la propia Agencia de Protección de Datos ha desestimado en varias ocasiones las peticiones de acceso, apoyándose, precisamente en la regulación legal existente<sup>66</sup>, concordamos con la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que señala que *no se puede admitir en términos genéricos la existencia de información reservada respecto a funcionarios que pueda convertirse en un poder frente a ellos al margen de todo control*, puesto que ello iría en contra del artículo 105 de la CE<sup>67</sup>.

Por último debemos destacar que se establece como un derecho profesional de los miembros de la Guardia Civil, derivado del derecho fundamental a la información, el deber de ser informado de sus funciones, deberes y responsabilidades (artículo 34 de la LO 11/2007), cuestión que también ha sido contemplada en el «Proyecto» de ley de las FAS.

2.º) Libertad de expresión: el contenido esencial de este derecho es la manifestación de pensamientos, opiniones e ideas. Al igual que acontece con el derecho a la información, la libertad de expresión encuentra sus lí-

---

<sup>62</sup> Denominado *IPEGUCI* (Informe Personal De Calificación para el Cuerpo de la Guardia Civil) en el ámbito de la Guardia Civil, regulado por OM de 28 de mayo de 1997 y sometido a las mismas limitaciones de acceso que analizamos para el caso de los IPECs.

<sup>63</sup> El marco jurídico lo encontramos en la Disposición Transitoria Primera del RD 168/2009 por el que se aprueba el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos de las Fuerzas Armadas, que establece que mientras no se desarrollen las correspondientes órdenes ministeriales de desarrollo de la Ley de la Carrera Militar, se aplicarán la OM 74/1993 de 8 de julio, la OM 85/2002 de 8 de mayo y la OM 17/2009 de 24 de abril.

<sup>64</sup> En seguimiento de las disposiciones al respecto de la clasificación de materias contenidas en los artículos 1, 3, 4 y 8 de la Ley de Secretos Oficiales 9/1968, de 5 de abril.

<sup>65</sup> Vid. Sentencia del TSJ de Andalucía de 2 de abril de 2009.

<sup>66</sup> Vid. Res/00103/2008 y Res/00548/2006.

<sup>67</sup> Vid. sobre este tema DE PEDRO MORO, J.L., (2009), «Sobre el derecho de acceso a los IPECs archivados con la Hoja de Servicios», *Cuaderno Práctico 1*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, pp. 18-27.

mites en *el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor a la intimidad y la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia* (artículo 20.4 CE). Y del mismo modo, también existe una jurisprudencia tanto constitucional como europea tendente a la consideración muy prudencial de dichos límites, debido a que se configura como uno «de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno»<sup>68</sup>. En el marco de la libertad de expresión no opera el concepto de veracidad en los mismos términos que en el derecho a la información, salvo en el caso directamente relacionado con los delitos de calumnias e injurias –*exceptio veritatis*– recogidos en los artículos 205 y 208 del CP y que configurados como una vulneración del derecho al honor. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en sede jurisprudencial la libertad de expresión se establece como un derecho amplio, que incluye la crítica, incluso mordaz o soez<sup>69</sup>, y que, para que su extralimitación sea considerada como antijurídica desde un punto de vista penal, es necesario un amplio rebase.

Si pasamos a analizar concretamente la situación de los miembros de la Guardia Civil y de las FAS encontramos una clara tendencia a la limitación de este derecho, ya que, como señala AZURMENDI: «es una restricción que afecta a la vida de todo militar, a todas las materias y a todos los medios de expresión. El funcionario civil tiene una cierta restricción de este derecho de libertad, pero puede expresar ideas políticas, sindicales, personales, puede criticar a los poderes públicos, puede escribir artículos, hablar por la radio...; el militar, por el contrario, tiene la presunción de silencio, de modo que su obligación de silencio le obliga en todo momento»<sup>70</sup>.

Ese es efectivamente el criterio seguido por la jurisprudencia tanto constitucional como europea, en base a las limitaciones autorizadas por el Artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales:

*El artículo 10 no se para en la puerta de los cuarteles. Vale para el personal militar como para todas las demás personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Parte. No obstante, como ha dicho el Tribunal en otras ocasiones, debe estar abierta para el Estado la posibilidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando existe una verdadera*

<sup>68</sup> Sentencia *Vogt* contra Alemania, 16 de septiembre de 1995.

<sup>69</sup> Sentencias del TC 6/2000 y 127/2004, entre otras.

<sup>70</sup> GORROTXATEGUI ARZUMENDI, M., (1995), «Libertad de expresión vs. Disciplina militar. Comentario a la STC 371/1993 de 16 de diciembre», *RVAP*, nº 43, pp. 183-197.

*amenaza para la disciplina militar, porque el funcionamiento eficaz de un Ejército no se puede imaginar sin la existencia de reglas jurídicas destinadas a salvaguardar la disciplina*<sup>71</sup>.

Como señalábamos, el TC se ha manifestado en el mismo sentido, estableciendo la necesidad de existencia de límites a la libertad de expresión de los miembros de las FAS por razones de jerarquía, disciplina y unidad.

En el ámbito de la Guardia Civil, si bien la LO 11/2007 reconoce expresamente la libertad de expresión, se apresura a realizar su restricción en base al propio régimen disciplinario y la dignidad de las personas, aunque debe tenerse en cuenta que cuando nos circunscribimos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el TC ha manifestado una mayor amplitud de miras, señalándose que *no se excluye toda libertad de crítica hacia los superiores jerárquicos en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial del derecho contenido en el artículo 20.1 a) CE*<sup>72</sup>.

A este respecto, el «Proyecto» coloca los límites en la neutralidad política y sindical, la disciplina y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos. Son las limitaciones establecidas actualmente a través de la configuración del régimen disciplinario, como es el caso de los artículos 7.8, 7.14, 8.20, 8.34, entre otros, de la LO 8/98. Además, el último apartado del artículo 11 del Proyecto, donde se especifica que *en el ejercicio de la libertad de expresión, el militar no podrá arrogarse la representación de las Fuerzas Armadas o de sus cuerpos, escalas o categorías, ni de la unidad del destino que ocupe*<sup>73</sup>.

De la enumeración de límites citada, el punto más polémico es el relativo a la neutralidad política y sindical, a la que hemos hecho referencia genérica en el Capítulo I y que abordaremos con más detenimiento a la hora de tratar la configuración de otros derechos como los de reunión, manifestación o sindicación, momento en que retomaremos este asunto. Baste señalar ahora que es su vulneración la que subyace a la mayoría de las disposiciones sancionadoras restrictivas de la libertad de expresión que

---

<sup>71</sup> Sentencia *Grigoriades* contra Grecia, de 25 de noviembre de 1997.

<sup>72</sup> STC 270/1994, de 17 de octubre.

<sup>73</sup> Artículo 11.2: *En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultar políticas o programas u opciones políticas. 3. En asuntos relacionados con el servicio o la condición militar los miembros de las Fuerzas Armadas, en el ejercicio de la libertad de expresión se encontrarán sujetos a los límites derivados de la disciplina, que conlleva el respeto a las decisiones y disposiciones de los tribunales de justicia y de las autoridades y mandos militares.*

se encuentran en el régimen disciplinario. A este respecto, en nuestra opinión, resulta necesario discriminar entre las manifestaciones directamente relacionadas con la necesidad de que «los que tienen el monopolio público en el uso de las armas y las especiales y trascendentes misiones que el ordenamiento les otorga renuncien a la lucha política»<sup>74</sup>, y aquellas que se enmarcan en la crítica de las circunstancias profesionales del colectivo, pues en este último caso «hay que identificar el marco o ámbito en el que se producen los estudios críticos, el contenido de los mismos, tanto en el fondo como en la forma, y la determinación de si las expresiones pueden considerarse como murmuraciones o hablar mal de los superiores, etc.»<sup>75</sup>. Cabe reseñar, para mayor claridad en este punto, el caso citado por CORRALES: un Cuartel General creó un foro en Internet para analizar las solicitudes o comentarios de los profesionales que las manifestaran, sin censura previa por parte del mando y sin normativa específica acerca de los contenidos. La Sentencia de la Sala 5ª del TS de 20 de diciembre de 2005 considera que existía una opinión generalizada de que dicho foro existía precisamente para expresar opiniones y críticas libres. Por ello, se estima el recurso contra las sanciones impuestas por realizar diversas manifestaciones sobre los puestos de trabajo, los salarios y promociones, al amparo de la falta 7.34 de la LO 8/98, norma en blanco puesta en relación con el artículo 37 de las antiguas RROO<sup>76</sup>.

Al hilo de este suceso, consideramos con CORRALES que puede hablarse de una apertura jurisprudencial a la hora de establecer los límites a la libertad de expresión cuando nos encontramos ante reivindicaciones laborales, personales o profesionales, siempre que los términos sean adecuados; y que dicha apertura debe recogerse en la ley de derechos y deberes del militar. Al mismo tiempo, debemos tener en consideración que al hablar de términos adecuados no nos referimos a que dichas quejas o reclamaciones se enmarquen en los cauces ya establecidos (como señala el artículo 33 de la LO 11/2007), pues eso no supondría ninguna modificación del régimen actual, sino a que se produzca un más amplia capacidad de expresión de dichas inquietudes, quejas e iniciativas como en nuestra

---

<sup>74</sup> CORRALES ELIZONDO, A., (2006) «Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas», en GARCÍA LOZANO, Dir., *Jurisdicción militar: Aspectos penales y disciplinarios, Estudios de Derecho Judicial*, nº 112, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.92

<sup>75</sup> *Ibíd.*, p.96.

<sup>76</sup> Por ningún motivo dará mal ejemplo con sus murmuraciones; no las tolerará ni hablará mal de sus superiores, ni de sus subordinados; si tuviera alguna queja, la comunicará de buen modo y por conducto regular a quien la pueda remediar.

opinión acertadamente las denomina el Proyecto de ley de las FAS, que muestra en este punto una clara intención de apertura<sup>77</sup>.

Ahora bien, y volviendo al hilo de la neutralidad exigida, resulta en este punto reseñable la redacción elegida para el «Proyecto»: *En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas.*

La curiosidad procede de la extensa especificación de los asuntos sobre los que no se puede opinar, más amplia que en normativas anteriores, y especialmente en la inclusión de *candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas*. Podría aventurarse que ello derivase de lo acontecido con el Teniente General Mena, sancionado por falta leve por el Ministro de Defensa, debido a las declaraciones que realizó con ocasión de los actos que presidió durante la Pascua Militar (2006) como Jefe de la Fuerza Terrestre del Ejército de Tierra, declaraciones que en su mayor parte versaron sobre el Estatuto de Cataluña<sup>78</sup>. Pues bien, según algunos autores como ROJAS CARO: «La ley con la que se ha sancionado al General Mena es la LO 8/98, cuyo artículo 1º proclama que «el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tiene por objeto garantizar la observancia de la Constitución». ¿No resulta paradójico y desconcertante castigar con esta ley a quien resueltamente trata de defender la Constitución? [...] La falta leve descrita en el artículo 7.31 de la citada Ley disciplinaria debe ser interpretada a la luz del artículo 182 de las Reales Ordenanzas, conforme al cual, «cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos». De la interpretación armonizada de ambos preceptos resulta que la neutralidad obligada a los militares está referida única y exclusivamente a las opciones que tienen cabida a la Constitución [...] Contrariamente, las opciones que no se encuentren en ese caso, no pueden obligar a la neutralidad [...] ¿Cómo se puede imponer neutralidad ante un planteamiento inconstitucional?»<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> *El militar podrá exponer, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, quejas e iniciativas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida. Las iniciativas, inquietudes y quejas de los miembros de una unidad se podrán exponer, verbalmente o por escrito, ante el oficial, suboficial mayor y cabo mayor designados a tal efecto, quienes los trasladarán directamente al jefe de unidad.*

<sup>78</sup> La sanción fue confirmada por STS (Sala V) de 17 de julio de 2006.

<sup>79</sup> ROJAS CARO, J., «Mena, una sanción injusta», *El Mundo*, 18 de enero de 2006, citado por SÁNCHEZ TABANERA, M<sup>a</sup>. A., Op. Cit., pp. 42-43.

Pues bien, parece obvio que, con «el Proyecto» en la mano, esta argumentación ya no tendría cabida, al quedar sustituido el artículo 182 de las RROO de 1978 por la redacción citada, en la que claramente se incorporan como una vulneración de la neutralidad política pronunciamientos públicos sobre referendos, consultas, programas, etc.

El «Proyecto» también dice que: *al tratar asuntos referidos a decisiones y disposiciones de los poderes públicos, de los Tribunales de Justicia y de las autoridades y mandos militares que estén relacionados con el servicio o la condición militar, los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina.*

Es importante reseñar que dicha obligación, en relación con los Tribunales, no resulta exclusiva del militar, ni siquiera del funcionario público, al tipificarse delitos como el de injurias, al que ya hemos hecho referencia, sin olvidar que, además, existen los delitos de injurias al rey o a las instituciones del Estado. La diferencia estriba en la magnitud de las limitaciones en este extremo, más extensas para el militar, al que se le veda también la crítica no injuriosa<sup>80</sup> o incluso la mera incorrección. Esta última cuestión debe ser puesta en relación con la función pública desempeñada, de forma que es observable una mayor variedad de sanciones en el régimen disciplinario de la Guardia Civil debido, precisamente, a su mayor contacto con la población civil<sup>81</sup>, mientras que en el caso de los militares basta con la tipificación de la falta leve 7.30.

En cuanto a la disciplina como limitación genérica a la libertad de expresión (concretizada aquí en el respeto a las decisiones de autoridades y mandos militares), la pregunta es hasta qué grado debe quedar configurada como tal cortapisa. Ya hemos señalado que la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo avalan la existencia de este límite, pero también es cierto que existe preocupación jurisprudencial por no dejar a los militares reducidos al silencio, lo cual supondría no un límite, sino una negación del derecho. Al mismo tiempo se observa un esfuerzo por encontrar una justificación de las restricciones que vaya más allá de las propias y consabidas razones estatutarias y del propio origen voluntario de dicha situación<sup>82</sup>. Dicha justificación no ha sido ofrecida por el Alto Tribunal hasta el momento, si bien sí podemos hablar de una interpretación restrictiva de los límites cuando nos encontramos en el ejercicio del derecho de defensa tanto en sede administrativa como judicial, de forma que

---

<sup>80</sup> Falta leve 7.29, falta grave 8.32 o causa de sanción extraordinaria 17.4 de la LO 8/98.

<sup>81</sup> Falta muy grave 7.6, falta grave 8.6 y falta leve 9.1.

<sup>82</sup> PEÑARRUBIA IZA, J M<sup>a</sup>. (2000), *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p.180.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo es tendente a minorar el reproche disciplinario al militar que en el marco de dicho derecho realiza manifestaciones que, en otro contexto, deberían ser consideradas y sancionadas como contrarias a la disciplina, sin que ello implique, en modo alguno, una carta blanca a la hora de ejercer el derecho de defensa<sup>83</sup>.

Cerramos este apartado con una breve referencia a otros dos aspectos del derecho reconocidos en el artículo 20 de la CE: la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y la libertad de cátedra. En primer lugar, debemos reseñar que no existe una referencia específica a esta cuestión en la LO 11/2007 ni en el Proyecto de ley de las FAS. ¿Deben entenderse estas manifestaciones de la libertad de expresión sometidas a las mismas restricciones que hemos señalado? *A priori* así debe considerarse, pues el militar, por mucho que se encuentre en el marco del ejercicio de la docencia o de la creación artística/literaria no deja de serlo. Sin embargo, la interpretación de los límites en sede disciplinaria y penal debe ser necesariamente amplia en este contexto, pues de lo contrario, no sería posible el desarrollo de nuevas ideas beneficiosas para la institución y el país. En todo caso, debe partirse del hecho de que, en principio, estos derechos son ejercitables sin necesidad de vulnerar el régimen disciplinario, como de hecho demuestra la labor docente y literaria desarrollada en el marco de los Ejércitos.

## CAPÍTULO III. LOS DERECHOS POLÍTICOS

### 3.1. INTRODUCCIÓN

Hemos finalizado el capítulo anterior con el análisis del derecho a la libertad de expresión e información, que, si bien hemos incluido dentro de la sección destinada a los derechos civiles, contiene una indudable dimensión política, que nos ha llevado a hablar de cuestiones clave como la neutralidad exigida a los miembros de las Fuerzas Armadas, asunto que explorábamos también en el primer Capítulo. Al mismo tiempo, se nos abre la puerta para iniciar el análisis de aquellos derechos constitucionales vinculados más directamente con la participación democrática.

Además, destinamos los últimos epígrafes de este capítulo a la presentación sintética de los derechos sociales y profesionales incluidos en la LO

---

<sup>83</sup> Vid. Sentencias de la Sala de lo Militar del TS de 26 de septiembre de 2002, de 20 de diciembre de 2002 y de 23 de febrero de 2004, entre otras, así como del TC 288/1994 de 27 de octubre y 102/2001, de 27 de abril.

11/2007 y el «Proyecto», así como a una breve exposición de los Consejos de Personal y del Observatorio de vida militar.

### 3.2. LOS DERECHOS POLÍTICOS

#### 3.2.A. Derecho de reunión y manifestación

La mayoría de la doctrina ha considerado siempre esta libertad como un derecho de participación política, y, como ha señalado el TC, como *una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercida a través de una asociación transitoria* (STC 196/2002, de 28 de octubre), esto es, *como un derecho autónomo entre los derechos de libre expresión y asociación* (STC 85/1988, de 28 de abril), lo que supone que sus limitaciones van a estar íntimamente vinculadas con el deber de neutralidad política del militar, sin que ello nos impida hablar de las posibilidades de su ejercicio más allá de sus vinculaciones con el concepto de «política».

Como señala PASCUA MATEO, el derecho reconocido en el artículo 21 de la CE distingue dos sistemas diferentes, en primer lugar, el correspondiente a las reuniones en locales cerrados y, en segundo, el referido a las reuniones convocadas para celebrarse en lugares de tránsito público<sup>84</sup>, de ahí la rúbrica del artículo y del presente apartado. Para ambas dimensiones, lo primero que debemos tener en cuenta es que, al contrario de lo que sucede con otros derechos constitucionales de corte político, éste no aparece explícitamente limitado para los militares en la Constitución. Eso implica que las precauciones que deben adoptarse a la hora de perfilarlo o restringirlo deben ser mucho mayores que en otros casos.

La Ley Orgánica 9/1983 que regula esta materia sí hace referencia expresa a la cuestión militar, señalando en su artículo 2. e) que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley las reuniones *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*, y en el artículo 4.4, que también remite a la legislación específica, *la asistencia de militares de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a reuniones o manifestaciones públicas*.

---

<sup>84</sup> PASCUA MATEO, F., (2004), «Los derechos de reunión y de manifestación del personal militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 84, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 22.

Dicha legislación específica que menciona la LO 9/83 son el Real Decreto Ley 10/1977, de 8 de febrero, que prohibía la *asistencia a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter*, así como las Reales Ordenanzas de 1978, artículos 180 y 182:

Artículo 180: *Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo.*

Artículo 182: *No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas.*

A pesar de que el RD 10/77 no está actualmente vigente, las restricciones al derecho de reunión y manifestación siguen existiendo, a través de los artículos arriba citados y toda vez que se mantiene una regulación disciplinaria y penal que marca las pautas de lo permitido: constatamos así la existencia de la falta grave específica del artículo 8.34 de la Ley 8/98: *asistir de uniforme o haciendo uso de la condición de militar a cualquier reunión pública o manifestación si tiene carácter político o sindical.*

La cuestión es si la nueva regulación contenida en el artículo 8 de la LO 11/2007 de la Guardia Civil y en el artículo 12 del Proyecto de ley de derechos y deberes de los militares permite hablar de unos límites menos estrictos que los contenidos en las RROO de 1978.

La LO 11/2007 establece:

1. *Los Guardias Civiles no podrán organizar manifestaciones o reuniones de carácter político o sindical.*

2. *Las reuniones de Guardias Civiles en dependencias oficiales deberán ser comunicadas previamente al jefe de la unidad, centro u órgano correspondiente, quien podrá no autorizarlas por causa del funcionamiento del servicio.*

3. *En todo caso no podrán asistir a manifestaciones o reuniones vistiendo el uniforme reglamentario, ni portando armas y deberán respetar las exigencias de neutralidad propias de la condición de Guardia Civil.*

Por su parte, el Proyecto señala que los militares podrán ejercer el derecho de reunión, pero *no organizar ni participar en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical; y que tampoco podrá organizar, participar, ni asistir vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar en lugares de tránsito público a manifestaciones o reuniones de*

*carácter reivindicativo*. El Proyecto establece también que *las reuniones que se celebren en unidades deben ser previa y expresamente autorizadas por el jefe de la misma que podrá denegarlas motivadamente, ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio*.

Nos encontramos, por tanto, con diversas cuestiones a analizar: en primer lugar, la celebración de reuniones, esto es *la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con finalidad determinada* (Artículo 1 LO 9/83) en recintos militares, en segundo lugar las reuniones y manifestaciones sindicales, políticas o reivindicativas y finalmente las reuniones y manifestaciones de otro tipo.

En el primer caso, vemos que la LO de la Guardia Civil sustituye la necesidad de autorización del jefe de la UCO para realizar la reunión por la de comunicación previa, más acorde con el texto constitucional, y así, como señala GIL HONDUVILLA<sup>85</sup>, se ha pasado de una prohibición, salvo autorización, a una autorización, salvo prohibición. Ello quiere decir que el derecho de reunión no implica a su vez el derecho a la utilización privativa de un bien público, y que, por tanto, dicha posible prohibición no debe ser tomada como una limitación administrativa al ejercicio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que esto sea efectivamente así, el mando no debe partir de la idea de que, *a priori*, las reuniones están prohibidas y, que, en su caso, ya se valorará la autorización; bien al contrario, la efectividad del derecho exige que, partiendo de la existencia de un derecho constitucional, sólo podrá ser negada la autorización por motivos<sup>86</sup> sólidos y estrictamente vinculados al funcionamiento del servicio. De otro modo, se vulneraría el texto constitucional que no ofrece duda al señalar que «el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa», cuestión que viene reforzada por el hecho de que el artículo 7.5 de la LO 12/2007 considera falta muy grave la *obstaculización del ejercicio de los derechos fundamentales o las libertades públicas*, donde debemos entender incluida la prohibición de una reunión de forma arbitraria.

A pesar de lo anteriormente expuesto, el «Proyecto» opta por retomar la regulación contenida en el artículo 180 de las RROO de 1978, exigiendo la autorización expresa del jefe de la unidad y facultando la negativa por razones no sólo del servicio sino disciplinarias. En nuestra opinión, es de lamentar que la oportunidad de adecuar esta cuestión a las exigencias del texto constitucional, claro en rechazar la necesidad de autorización previa,

---

<sup>85</sup> GIL HONDUVILLA, J., Op. Cit., p. 111.

<sup>86</sup> Artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre que establece la obligación de motivar las resoluciones que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y para las que se dicten en el ejercicio de facultades discrecionales.

no sea aprovechada por el legislador en el mismo sentido en que se llevó a cabo para el caso de la Guardia Civil, puesto que las exigencias que la disciplina puede imponer en el ámbito de las Fuerzas Armadas no parecen en la actualidad suficientes para fundamentar la limitación vía administrativa al ejercicio del derecho de reunión.

La segunda cuestión a tratar es la más polémica, por su vinculación más inmediata con la neutralidad política. Así, las RROO de 1978 prohibían tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo, así como asistir a reuniones de organizaciones políticas o sindicales. No es ésta la regulación que se ha establecido en la LO 11/2007: lo que prohíbe esta ley es, por un lado, que sean los miembros de la Guardia Civil los que organicen la reunión política o sindical, y por otro, que se asista a cualquier tipo de reunión o manifestación vistiendo el uniforme reglamentario y/o portando armas. Eso nos lleva a determinar que los miembros de la Guardia Civil pueden organizar reuniones que no tengan dicho carácter, a las que se puede asistir, y donde quedarían enmarcadas las reuniones de las asociaciones a las que se refiere el artículo 47 de la ley (reuniones de las asociaciones profesionales de Guardias Civiles); y que, cuando nos encontramos ante reuniones políticas y sindicales no organizadas por la Guardia Civil, sus miembros pueden asistir siempre que no vayan de uniforme ni porten armas (debemos tener en cuenta, además, que esta segunda exigencia es extensible a todos los ciudadanos)<sup>87</sup>. Si bien es cierto que el apartado 3 del artículo 8 añade que se deberán respetar las exigencias de neutralidad que conlleva la condición de Guardia Civil, es de destacar el avance que implica la eliminación de referencias a la asistencia a reuniones/manifestaciones reivindicativas.

Todo ello implica, y abordamos así el tercer punto, que los miembros de la Guardia Civil pueden asistir como paisanos y sin hacer ostentación de su condición militar, a cualquier tipo de reunión o manifestación, aunque ésta sea de carácter político, sindical o reivindicativo; pero, según la literalidad del precepto, no pueden asistir como tales Guardias (de uniforme o siendo patente su condición) a dichas reuniones/manifestaciones. La aclaración jurisprudencial de estas cuestiones se ha producido recientemente, con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, de 13 de abril de 2010, en relación con la manifestación en Madrid de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de octubre de 2008:

*Si la finalidad del artículo 8.3 de la LO 11/2007 es preservar la neutralidad de la GC como institución, sólo tiene sentido prohibir la asistencia a*

---

<sup>87</sup> Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas (Artículo 21.1 CE). Vid. también los artículos 513.2 y 514 del CP.

*los Guardias que lo hagan en concepto de tal, es decir, en su cualidad de integrantes de aquélla. Si no trasciende esa condición de los manifestantes, no hay riesgo para la neutralidad del Cuerpo [...] Pero no nos hallamos ante la eventual participación de los Guardias Civiles como ciudadanos por intereses inherentes a la 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. Es inconcebible que la asistencia de un Guardia Civil a ese acto no lo fuera en su condición de tal y sí en la de simple ciudadano [...] difícilmente puede decirse que su asistencia, aun cuando fuera aparentemente individual, dispusiera de naturaleza anónima.*

Por otro lado, y dado el marco legislativo actual que aporta la LO 12/2007 de régimen disciplinario, debemos señalar que sí está permitida la asistencia de los miembros de la Guardia Civil a otro tipo de reuniones, como pueden ser reuniones familiares o de amistad en sus domicilios y en lugares públicos y privados. Igualmente, debe entenderse que no queda limitada la asistencia del Guardia Civil a reuniones de asociaciones a las que pertenezca legítimamente, del mismo modo que tampoco queda excluida la celebración de reuniones vinculadas a otras actividades que pueda realizar el Guardia Civil dentro del cumplimiento de las normas sobre compatibilidades<sup>88</sup>.

Como indicábamos, el régimen disciplinario de la GC no contiene una disposición tan explícita como el artículo 8.34 de la LO 8/98 al respecto de esta cuestión. Lo que encontramos son diversas referencias disciplinarias, como la contenida en la falta muy grave del artículo 7.3, donde queda tipificado no sólo promover o pertenecer a partidos políticos o sindicales, cuestiones que abordaremos más adelante, sino el desarrollo de dicho tipo de actividades. Puesto que no se especifica más, no es legítimo entender incluido en dicha disposición el ejercicio del derecho de reunión y manifestación cuando no se hace ostentación de la condición de Guardia Civil. También puede hacerse referencia a la falta muy grave del artículo 7.14 que sanciona *la participación en huelgas, en acciones sustitutivas de la misma o en actuaciones concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.*

La pregunta ahora es qué puede suceder en el ámbito de las FAS: Como señalábamos, el «Proyecto» habla de no organizar ni participar en reunio-

---

<sup>88</sup> Todas ellas reuniones que, por otra parte, quedan específicamente excluidas de la Ley Orgánica 9/1983, según su artículo 2º.

nes o manifestaciones de carácter político o sindical; y que el militar tampoco podrá participar, vistiendo el uniforme o haciendo uso de tal condición, en manifestaciones o reuniones de carácter reivindicativo en lugares de tránsito público.

Así, por un lado encontramos la misma prohibición que liga el ejercicio del derecho a la condición de militar (uso de uniforme y portando armas), y que, como en el caso anterior, encuentra su justificación en el deber de neutralidad política. A su vez, en el caso de los miembros de las FAS, el incumplimiento está claramente sancionado a través de la falta del artículo 8.34. Por otro lado, debemos recordar que el militar está sometido al Código Penal de 1985 que en su artículo 92 tipifica el delito de sedición<sup>89</sup>: *los militares que en número de cuatro o más hicieran reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con armas en la mano o con publicidad*, y que existen las faltas graves de los artículos 8.33 (participación en reuniones clandestinas) y 8.18 (peticiones de carácter colectivo). Sin embargo, concordamos con PASCUAL cuando señala que «las peticiones colectivas distan de estar prohibidas como tal cuando el militar que las formula no hace ostentación de tal y se refieren a asuntos ajenos al servicio», si bien abordaremos este extremo con más detenimiento al hablar del derecho de petición. Señala JIMÉNEZ VILLAREJO<sup>90</sup> que el concepto de clandestinidad que se maneja en el artículo 8.33 de la LO 8/98 debe ponerse en relación con el artículo 180 de las RROO, entendiéndose que la conducta castigada en la ley disciplinaria es la reunión realizada en «unidades, buques y dependencias militares sin la expresa autorización del jefe correspondiente». Con el artículo 180 de las RROO derogado, sería de aplicación, en caso de aprobarse en esos mismos términos, el apartado 2 del artículo 12 del «Proyecto», que establece las mismas exigencias de autorización. Ahora bien, debemos tener en cuenta que lo que se castigaría en ese caso no es la reunión en sí, sino la indisciplina de realizarla en contra de la decisión negativa motivada del mando.

Más problemático resulta, sin embargo, argumentar que realizar la reunión sin solicitar autorización pueda entenderse como una infracción disciplinaria, toda vez que lo que se estaría incumpliendo es un requisito administrativo vinculado al funcionamiento del servicio y no una limitación al propio derecho de reunión. Podría, en este sentido, acudir a

---

<sup>89</sup> Lo que ha venido a denominarse «sedición privilegiada», puesto que el delito de sedición «propio» no requiere necesariamente de la reunión física de los autores, como señala GIL HONDUVILLA, J., Op. Cit., p. 104,

<sup>90</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, J., Op. Cit., pp. 464-465

las Sentencias del TC que, en referencia a la comunicación a la autoridad competente que se exige en el texto constitucional (artículo 21.2) para el caso de las manifestaciones, indica que su incumplimiento puede dar lugar a una *actuación antijurídica, abusiva e incluso al margen de la buena fe del ciudadano infractor*<sup>91</sup>, si bien es cierto que la diferencia fundamental entre uno y otro requisito es, precisamente, el rango constitucional de este segundo.

El «Anteproyecto» señalaba que los militares no podían organizar, participar ni asistir a reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, redacción que, interpretada literalmente, suponía negar de plano el ejercicio del derecho al militar, independientemente de las circunstancias. Es de destacar que finalmente el «Proyecto» haya eliminado la palabra «asistir», lo que supone una regulación y una redacción más clara, que ya no deja lugar a dudas de la posibilidad del militar de asistir de paisano y sin hacer uso de su condición a reuniones y manifestaciones de todo tipo<sup>92</sup>, incluidas aquellas de las asociaciones civiles de las que legítimamente forme parte. Por otro lado, tampoco debe quedar prohibido que el militar, de uniforme, pueda asistir a reuniones de otro tipo, siempre que no sean incompatibles con dicha condición, pues de lo contrario serían sancionables vía artículo 7.26 de la LO 8/98.

En todo caso, ¿qué ocurre con las reuniones o manifestaciones que no tienen lugar en tránsito público y que son de carácter reivindicativo? En la literalidad del «Proyecto» no se hace referencia a ello, lo cual supone un avance significativo pues, como señala PASCUAL, tras la STC 219/2001, de 2 de noviembre que reconocía la legitimidad de las asociaciones profesionales de militares, no parece posible hablar de la prohibición de concurrir a reuniones o manifestaciones convocadas para militares con fines reivindicativos específicos de su carrera, si bien la vía adecuada para regular esta cuestión es a través de los márgenes del derecho de asociación que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

---

<sup>91</sup> STC 36/1982, de 16 de junio.

<sup>92</sup> En el mismo sentido se ha manifestado el Teniente Coronel Auditor Cabrales Artea en su Informe sobre el «Proyecto», al señalar que: *si no se incluye en el párrafo primero del apartado 1 la locución «...asistir haciendo uso de su condición...», puede incurrirse en una limitación desproporcionada del derecho de reunión, en cuanto no puede excluirse la asistencia anónima y como mero espectador a actos políticos o sindicales. También es reseñable la redacción dada al artículo 52.3 del Proyecto relativo a los reservistas, donde se señala que fuera de la unidad y sin hacer uso de la condición de militar podrán realizar actividades políticas y sindicales, derivadas de la previa adscripción a los partidos o sindicatos, y que ha quedado en suspenso con su entrada en las FAS, siempre que no estén relacionadas con las FAS.*

### 3.2.B. Derecho de asociación

Señala la Ley Orgánica 1/2002 del derecho de asociación, que desarrolla la libertad reconocida en el artículo 22 de la CE, que *las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación* (artículo 5.1).

Debemos partir de que el derecho de las personas físicas a asociarse ha sido tradicionalmente concebido como un derecho de corte político<sup>93</sup>, fácilmente confundido con la sindicación o la afiliación política. Sin embargo, desde un punto de vista conceptual, la propia LO 1/2002 se apresura a dejar fuera de su marco de regulación a los partidos políticos y los sindicatos<sup>94</sup> al tiempo que la propia CE regula dichos derechos en otros artículos. Esto no es óbice para ser consciente de que las limitaciones impuestas al derecho de sindicación de los militares (artículo 28 de la CE) han llevado a afrontar el fenómeno asociativo en dicho ámbito con cautela y confusión.

La Ley Orgánica 1/2002 señala en el artículo 3. c) que *los miembros de las Fuerzas Armadas o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación*.

Durante la vigencia de las RROO de 1978 esa remisión implicaba la existencia de una limitación relevante del derecho, muy criticada por algunos sectores de la doctrina, que la consideraban contraria a la CE<sup>95</sup>, que nada dice de la restricción del derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas. Si bien es cierto que nuestro texto constitucional no contiene limitaciones expresas, debemos tener en cuenta que la regulación internacional (vinculante vía artículo 10.2) sí establece la posibilidad de limitar la libertad de asociación a los miembros de las Fuerzas Armadas o la policía: en este sentido es necesario citar el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales,

---

<sup>93</sup> Vid. ÁLVAREZ CONDE, E., (1991), *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, p. 335.

<sup>94</sup> Así como 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 (artículo 1.3),

<sup>95</sup> Vid. HERBÓN COSTA, J.J., (2002), «El derecho de afiliación política del militar», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 80, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 233-262.

así como el artículo 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Sin embargo, en la Recomendación 1572 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 15 de julio de 2002, se hacía hincapié en que el Consejo de Ministros llamase a los Estados para:

– *to allow members of the armed forces and military personnel to organize in representative associations with the right to negotiate on matters concerning salaries and conditions of employment.*

– *to lift the current unnecessary restrictions on the right to association for members of the armed forces*<sup>96</sup>.

Del mismo modo, la Recomendación 1742 de 2006 señalaba:

*9.1 to authorise members of the armed forces to join professional representative associations or trade unions entitled to negotiate matters connected with remuneration and conditions of employment, and to set up consultative bodies at all levels involving the aforementioned associations or trade unions, representing all categories of personnel*<sup>97</sup>.

Con ello queremos significar que en el ámbito internacional es clara la tendencia a permitir el ejercicio libre del derecho de asociación a los miembros de las Fuerzas Armadas, incluyendo las asociaciones de carácter reivindicativo sobre asuntos profesionales. Ello no significa que desde la Asamblea del Consejo de Europa se esté hablando de que las asociaciones puedan desarrollar las formas de acción propias de los sindicatos, esto es, el derecho de huelga o acciones sustitutivas, la negociación colectiva u otras formas de conflicto colectivo, ya que este es el núcleo de una libertad diferente que abordaremos más adelante. En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que el perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales no convierte a una asociación en un sindicato<sup>98</sup>.

En la actualidad, debido a la propia evolución social, así como a las tendencias legales y jurisprudenciales que hemos señalado, el derecho de asociación de los miembros de la Guardia Civil parece gozar de una ade-

---

<sup>96</sup> *Permitir a los miembros de las Fuerzas Armadas y al personal militar organizar asociaciones representativas con el derecho a negociar asuntos relativos a los salarios y las condiciones de empleo; Eliminar las actuales restricciones innecesarias del derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas.*

<sup>97</sup> *Autorizar a los miembros de las Fuerzas Armadas a unirse a asociaciones profesionales representativas o a uniones de comercio dedicadas a negociar asuntos relativos a la remuneración y las condiciones de empleo y fundar grupos consultivos en todos los niveles que tengan en cuenta las asociaciones antes mencionadas y representen a todas las categorías del personal.*

<sup>98</sup> STC 219/2001 de 31 de octubre.

cuada configuración legal, acorde con la libertad propugnada en el artículo 22. Así, el artículo 9 de la LO 11/2007 señala:

*1. Los Guardias Civiles tienen derecho a asociarse libremente y a constituir asociaciones, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 104.2 de la Constitución y en esta Ley Orgánica, para la defensa y promoción de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales.*

*2. Las asociaciones de Guardias Civiles que no tengan fines profesionales, se registrarán por lo dispuesto en este artículo y por las normas generales reguladoras del derecho de asociación.*

*3. Las asociaciones de Guardias Civiles creadas con fines profesionales se regularán de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, siendo de aplicación supletoria las normas generales reguladoras del derecho de asociación.*

*4. Los Guardias Civiles miembros de una asociación tienen derecho a participar activamente en la consecución de los fines de ésta, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley.*

*5. Las asociaciones de Guardias Civiles no podrán llevar a cabo actividades políticas o sindicales, ni formar parte de partidos políticos o sindicatos.*

Como vemos, este artículo diferencia entre las asociaciones de carácter no profesional, esto es, aquellas culturales, deportivas o sociales, cuyo reconocimiento ya existía previamente, tanto a través de la propia CE como de las RROO de 1978, y las asociaciones profesionales, para la defensa y promoción de intereses profesionales, económicos y sociales, y que suponen el verdadero avance en esta materia. Así, no sólo el artículo citado habla del derecho de asociación de los miembros de la Guardia Civil, sino que 17 de los 54 artículos de la LO 11/2007 abordan este asunto.

Estas asociaciones, tal y como señala RAMÓN LEÓN, deben tener una «vocación totalmente finalista»<sup>99</sup>: la promoción de los intereses 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 (artículo 36), y deben estar formadas sólo por miembros del Cuerpo en cualquier situación administrativa en la que se conserven los derechos y obligaciones inherentes a dicha condición (artículo 39). Además, deben tener ámbito nacional y, como se reitera en el articulado, sin vinculación con actividades políticas o sindicales (artículo 41). Aparte de ese límite, existe la universal restricción basada en el res-

---

<sup>99</sup> RAMÓN LEÓN, A., (2007), *El desarrollo del derecho de asociación profesional en la Guardia Civil*, trabajo sin publicar, p. 37.

peto a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la CE<sup>100</sup>, los propios límites marcados por la LO 1/2002, así como el respeto debido a los principios básicos de actuación del artículo 5 de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y al cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas (artículo 40).

A pesar del aún presente miedo a que a través de esta libertad se «abra las puertas a un permanente fraude de ley»<sup>101</sup>, lo cierto es que la extensión del reconocimiento a los miembros de las Fuerzas Armadas está avalada por el Consejo de Europa y parece más abierta que nunca tras la Sentencia del TC 219/2001 de 31 de octubre.

Así, el Proyecto de ley de derechos y deberes del militar reconoce el derecho del militar a asociarse libremente y remite a la regulación específica contenida en el Título III para el caso de que la asociación tenga como fin la defensa de intereses profesionales, económicos y sociales. Dicha regulación comparte los principales rasgos del articulado de la LO 11/2007, si bien cabe hacer referencia a algunas singularidades, especialmente en lo que a su ámbito y finalidad se refiere (artículo 32), ya que se indica expresamente que estas asociaciones no podrán interferir en las decisiones de política de seguridad y de defensa, ni en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y el empleo de la fuerza. Parece adecuado incluir estos extremos para reiterar la necesaria desvinculación de estas asociaciones y sus miembros con la toma de decisiones de política militar que deben adoptarse en el marco establecido según la organización del Estado. El militar, como cualquier otro ciudadano, puede intervenir en dichas decisiones en la medida en que puede ejercer su derecho al voto y a la participación política (en los términos que veremos posteriormente) e influir en el mantenimiento o modificación de una determinada opción de Gobierno, pero no cabe poner en manos de quienes ostentan la fuerza armada la capacidad de forzar dichas resoluciones.

En el «Proyecto» se reitera además la obligatoriedad de las asociaciones de permanecer desvinculadas de cuestiones políticas o sindicales y se especifica que no podrán realizar pronunciamientos públicos ni participar en reuniones o manifestaciones. No quiere decir esto que no puedan con-

---

<sup>100</sup> En todo caso no debe olvidarse el propio contenido del artículo 22 que señala: 2. *Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.* 5. *Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar;* así como los delitos tipificados en los artículos 515 a 521 del CP (asociación ilícita).

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, E., (2001), «El derecho de asociación de los militares en España» en *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 54

vocar y celebrar reuniones, pues ello haría prácticamente inoperantes las asociaciones<sup>102</sup>, sino que su funcionamiento «hacia fuera» del ámbito militar queda limitado, con el fin de evitar presiones a través de la opinión pública, así como la conculcación de las exigencias de disciplina, jerarquía y unidad. En todo caso, dicha limitación es a su vez congruente con la prohibición de *asistir vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar; a manifestaciones o reuniones reivindicativas en lugares de tránsito público*, contenida en el artículo 12 del «Proyecto»<sup>103</sup>.

Bajo estos parámetros, el reconocimiento del derecho de asociación debe efectivamente producirse, sin que ello implique un menoscabo de la esencia militar. Las asociaciones profesionales pueden desarrollarse en un marco legal que permita el mantenimiento de la neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como la disciplina y la jerarquía, sin mermar el derecho a promover una mejora de las condiciones profesionales del colectivo.

En todo caso, debemos tener en cuenta que no existe ningún tipo disciplinario específico que castigue la pertenencia a asociaciones profesionales (siempre que no hablemos de conductas vinculadas a la sindicación o asociación política), siendo en su caso necesario acudir al tipo en blanco del artículo 7.34, en relación con los artículos 180 y 182 de las RROO.

### **3.2.C. Derechos de participación política**

Señala BLANQUER que «tan peligrosa es la atribución de una función política a los Ejércitos, como la absoluta marginación de los militares de los asuntos públicos en tiempos de paz»<sup>104</sup>. Evidencia esta cita la necesidad de articular correctamente el ejercicio por parte del militar de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CE, para, sin comprometer la reiterada

---

<sup>102</sup> Esta cuestión se regula en el artículo 44 del «Proyecto», donde se reconoce además la posibilidad de que las Asociaciones soliciten a los Delegados y Subdelegados de Defensa la habilitación de locales para la celebración de reuniones de carácter informativo para los miembros de las Fuerzas Armadas.

<sup>103</sup> Cabe reseñar que se contempla la posibilidad de que los militares retirados formen parte de las asociaciones profesionales si los Estatutos de éstas lo contemplan, pero, no podrán hacer uso de la condición de miembros en el marco de las actividades sindicales o políticas que realicen o de las reuniones y manifestaciones a las que asistan (DA 1ª). Teniendo en cuenta que los militares retirados no están sujetos al régimen de derechos y deberes de las FAS, ni al régimen penal o disciplinario (Art. 115 Ley 39/2007), queda por saber cuál sería la consecuencia del incumplimiento de este precepto.

<sup>104</sup> BLANQUER, D., Op. Cit., p. 49.

neutralidad política, evitar la negación plena de una de las libertades centrales del sistema democrático.

En primer lugar, es necesario diferenciar entre las distintas cuestiones que se reconocen en la CE; así de la redacción del artículo<sup>105</sup> pueden extraerse el derecho al sufragio activo y pasivo, pero también el propio derecho de acceso a la función pública.

El derecho de sufragio activo no ha aparecido limitado para los militares en las RROO ni en las diferentes leyes que se han sucedido relativas a la carrera militar. Aparece asumida la compatibilidad entre «ser militar» y manifestar de forma individual y anónima una opción política, si bien, como hemos visto en líneas anteriores, la libertad para conformar dicha opción y opinión se ha visto históricamente constreñida por las limitaciones impuestas a los derechos de libertad de expresión, reunión y asociación. En todo caso, no sólo el sufragio activo reconocido en la CE no aparece limitado para los militares, sino que se reconoce explícitamente tanto en la LO 11/2007, artículo 10.1, como en el «Proyecto». En ambos casos hay una remisión a la Ley Electoral General (LO 5/85 de 19 de junio) para el ejercicio práctico del derecho –como sucede con todos los ciudadanos–, y se establece además la obligación de autoridades –y mandos, en el caso de los miembros de las FAS–, de posibilitar el ejercicio, especialmente cuando el individuo se encuentra en misiones en el extranjero<sup>106</sup> o prestando servicios o guardias que coinciden con la jornada electoral. Debe entenderse que ello se configura como un mandato legal, acorde con el artículo 9.2 de la CE, y no como una mera declaración de intenciones vacía de verdadero contenido, que, adecuada a las características de la función pública militar, equivale al derecho de permiso reconocido a los funcionarios civiles en el artículo 48.1 j) de su Estatuto (LO 7/2007)<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> 1. *Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*

2. *Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.*

<sup>106</sup> En este caso concreto es necesario tener en cuenta la Orden Ministerial 116/1999 de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa Nacional. Vid., además, el análisis de la misma realizado por GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., (2007), «El ejercicio del derecho de sufragio por los militares españoles en el extranjero. Examen crítico del procedimiento especial de votación previsto en la Orden 116/1999», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 90, Ministerio de Defensa, Madrid, pp.17-54.

<sup>107</sup> *En defecto de legislación aplicable, los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal.*

Asunto diferente es el derecho de sufragio pasivo. Tradicionalmente se ha considerado incompatible la condición de militar con la de cargo elegible o electo, cuestión que en sí misma no conlleva excesivas controversias, dada la evidente imposibilidad de mantener en ese caso la neutralidad política. Ahora bien, ¿implica esa afirmación que el militar tiene vedado en toda circunstancia el sufragio pasivo? Debemos partir de que el artículo 70 de la CE establece entre *las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores: A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo*. La clave se encuentra en la palabra *en activo*, de forma que, como señala PEÑARRUBIA, «se deduce que en cualquier otra situación administrativa no existe tal incompatibilidad». Sin que sea necesario hablar exclusivamente de tal posibilidad en la situación de retiro, como establecía el Real Decreto Ley 10/1977 de 8 de febrero (es decir, con la imposibilidad de volver al servicio activo), o en excedencia voluntaria, como marcaba la Ley 17/1989 de 19 de julio, reguladora del personal militar profesional. En la actualidad, el artículo 109.1. d) de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar establece que se encontrarán en situación administrativa de servicios especiales los militares que: *Sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resulten elegidos en las mismas*. En esta situación, y tal y como dice el mismo artículo, el tiempo será computable a efectos de servicios, trienios y derechos pasivos, ya que, «era excesivo que quien siendo servidor del Estado y siguiendo al servicio del mismo tras ejercer su derecho de sufragio pasivo no devengara esos derechos»<sup>108</sup>. Cabe destacar que en la anterior legislación el tiempo en estos casos no era computable a efectos de tiempo de servicio, de forma que quedaba detenida la carrera militar, en opinión de PEÑARRUBIA como consecuencia de una «opción personal» y no de una restricción impuesta para evitar el ejercicio del derecho. Consideramos nosotros, sin embargo, que no computar el tiempo a efecto de servicios sí suponía una restricción del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, siendo más garantista la regulación actual en la que además el militar profesional puede ascender, siempre que tenga cumplidas las condiciones de ascenso establecidas en la propia ley. En consonancia con lo establecido en esta norma, el «Proyecto» establece que los miembros de las FAS deben solicitar el pase a la situación administrativa correspondiente (esto es, servicios especiales) para ejercer el derecho<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> PEÑARRUBIA IZA, J M<sup>a</sup>. (2000), *Op. Cit.*, p. 194.

<sup>109</sup> Cabe hacer referencia también a que el derecho profesional a usar el uniforme, reconocido en el artículo 23 del «Proyecto», queda en suspenso cuando se están ejerciendo cargos de representación política.

Más restrictivo resulta el régimen impuesto a los miembros de la Guardia Civil, ya que se les aplica la Ley 42/1999 de 25 de noviembre de Régimen de Personal de la Guardia Civil (modificada por Ley 46/2007 de 13 de diciembre), cuyo artículo 83.1 a) establece que la situación administrativa de aquellos que *sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resultaran elegidos en las mismas es la de excedencia voluntaria, y que se reintegrarán a la situación de la que procedieren si no resultasen elegidos y pasarán a la de servicio activo o, en su caso, a la de reserva, a la terminación de su mandato. En ambos supuestos, el afectado tendrá derecho al reingreso en una plaza, puesto o destino, análogo al anteriormente ocupado, en la misma localidad, siempre que exista vacante en la misma.* Por tanto, se mantiene para los miembros de la GC la misma disposición que en su día se aplicaba a las FAS, a través de la Ley 17/1999, si bien el apartado 9 del artículo 83 especifica que el tiempo sólo es computable a efectos de trienios y derechos pasivos.

En relación directa con los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CE, está la afiliación a partidos políticos, que si bien encuentra su asiento también en el derecho de asociación, lo cierto es que está explícitamente excluido de la regulación de la Ley Orgánica 1/2002. En el ámbito de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas se parte de la prohibición absoluta de dicha afiliación por entenderse claramente como una vulneración directa del deber de neutralidad política. No cabe, por tanto, que en ejercicio del derecho de asociación o de los derechos contemplados en el artículo 23 de la CE se permita este extremo, más que una vez que se haya pasado a la situación administrativa correspondiente en la que no se está sujeto al régimen de derechos y deberes correspondiente, incluido el régimen disciplinario (faltas leves 7.29, 7.32; faltas graves 8.32 y 8.34 de la LO 8/98; y faltas muy graves 7.1, 7.2 y 7.3 de la LO 12/2007). Esta prohibición no emana exclusivamente de la normativa específica de las FAS, sino que la propia LO 5/85 de 16 de junio de Régimen Electoral General, prohíbe en su artículo 52: *a todo miembro en activo de las Fuerzas Armadas [...] difundir propaganda electoral o llevar a cabo otras actividades de campaña electoral.*

Sin embargo, tan clara perspectiva no es compartida por la Asamblea del Consejo de Europa, que en los documentos ya citados aboga por que se eliminen las restricciones de afiliación a partidos políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas; y a pesar de ser la tónica general, no es la única regulación existente, ya que en Bélgica, los militares tienen derecho a estar afiliados a un partido político, aunque no pueden asumir responsa-

bilidades. Nosotros consideramos que la articulación de los derechos de participación política, s contenida en la LO 11/2007 y en el «Proyecto», combina adecuadamente el respeto por la Constitución y los límites necesarios a imponer a aquellos que ostentan el poder armado. De este modo, creemos, con el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, que puede haber razones legítimas para establecer ciertas restricciones al derecho de afiliación política de los miembros de las Fuerzas Armadas.

. En cuanto al derecho de acceso y permanencia en la función pública reconocido a los ciudadanos en el artículo 23.2 de la CE, es necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 103 del texto constitucional: *La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*; y en este sentido debemos establecer que todo ello es de plena aplicación al acceso y permanencia en la función pública militar, cuestión actualmente regulada en la Ley 39/2007 de la Carrera Militar<sup>110</sup>.

### **3.2.D. Derecho de sindicación**

A lo largo de las páginas precedentes hemos hecho constantes referencias al deber de neutralidad política del militar, y a la vinculación de dicho deber con determinadas restricciones a derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho de reunión. Sin embargo, como ya reseñamos, dichos derechos no aparecen restringidos en el texto constitucional, siendo el desarrollo legislativo posterior el que los ha limitado, basándose además en la propia redacción del artículo 28 de la CE: *Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos*.

Efectivamente, las posibles limitaciones a este derecho aparecen explícitamente contempladas en la Constitución, sin que ello implique que pueda interpretarse el artículo 28 como una exclusión directa y automática de los miembros de las FAS y de la Guardia Civil del disfrute y ejercicio del derecho, al contrario de lo que sucede con Jueces, Magistrados y Fiscales. En todo caso, nuestra legislación es clara a este respecto, optando la

---

<sup>110</sup> En el propio contexto de participación política y social del militar deberán tenerse en cuenta la Ley de 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración Pública, y el Real Decreto 517/86 de 21 de febrero, de Incompatibilidades del Personal Militar.

LO 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical por la absoluta prohibición de toda actividad sindical a los militares en activo. *A sensu contrario*, debe entenderse permitido el ejercicio del derecho cuando los militares se encuentren en otra situación administrativa; así, la Ley 39/2007 exceptúa de la aplicación del régimen disciplinario a los miembros de las FAS en situación administrativa de servicios especiales, excedencia por prestación de servicios en el sector público, y excedencias voluntarias por interés particular, por agrupación familiar, y por cuidado de familiares. Por tanto, no quedan sujetos a las faltas de los artículos 7.32 y 8.34.

Por su parte, el Proyecto de ley de derechos y deberes del militar opta por no regular esta cuestión en el Título destinado al ejercicio de los derechos –tal y como hace la LO 11/2007 de la Guardia Civil–, sino que, en sus Disposiciones Generales, y dentro de un artículo explícitamente dedicado a la neutralidad política y sindical establece: *El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las FAS, salvo las que para el personal civil se contemplan en la LO 11/85 de de 2 de agosto de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso, mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos*, cuestión que se completa con lo establecido en el marco del reconocimiento del derecho de asociación donde se establece, como ya señalamos en su momento, que: *el derecho de asociación no podrá ejercitarse mediante la constitución, pertenencia, participación, vinculación o promoción de sindicatos*.

En nuestra opinión, la redacción del «Proyecto» es sistemáticamente más acertada, pues resulta incongruente que en un título destinado al reconocimiento de derechos fundamentales se opte por incluir un artículo plenamente excluyente como el artículo 11 de la LO 11/2007: *Los Guardias Civiles no podrán ejercer el derecho de sindicación*.

Al margen de cuestiones de técnica jurídica, la doctrina discute si resulta verdaderamente necesaria la plena negación de este derecho, más teniendo en cuenta que algunos países de nuestro entorno político-cultural<sup>111</sup> sí han reconocido la sindicación de militares en activo. Por el momento, la insatisfacción general por esta situación aparece paliada por la admisión

---

<sup>111</sup> Se reconoce el derecho de sindicación a los militares, si bien con prohibición del derecho de huelga, en Alemania –Ley de 19 de agosto de 1975 relativa al Estatuto Militar–; en Bélgica –Ley de 11 de julio de 1978, organizando las relaciones entre las autoridades públicas y los sindicatos del personal militar–; y en los Países Bajos –Ley de 19 de diciembre de 1931, relativa al Estatuto Militar. Por su parte, Francia, Italia y Portugal prohíben este derecho.

del asociacionismo profesional al que hemos hecho referencia anteriormente y a través del cual es posible vehicular determinadas aspiraciones profesionales. En nuestra opinión, esta es una solución satisfactoria, ya que las características y medios de lucha de un sindicato implican un compromiso explícito no sólo con reivindicaciones estrictamente laborales, sino con opciones políticas, lo cual resulta incompatible con la condición de militar en activo. Ello aparece destacado en la redacción del «Proyecto», donde también se incluye el deber de neutralidad respecto a la actividad de otros sindicatos, aunque sean ajenos al ámbito militar, si bien dicho deber debe interpretarse en el marco de la legislación disciplinaria, sin que quepa una interpretación más estricta que ésta<sup>112</sup>. Destaca también en el «Proyecto» el hecho de que se habla no sólo de que el militar no pueda sindicarse, sino que no debe permitir el ejercicio de ese derecho a los demás militares: no deja de ser significativa esta llamada a la disciplina y la unidad en el acatamiento de las disposiciones de neutralidad y que en nuestra opinión resulta innecesaria, por denotar desconfianza en los propios mandos de la Institución.

Lo anteriormente expuesto tiene una relación directa con el derecho de huelga reconocido a los trabajadores en el artículo 28.2 de la CE. Si bien no existe una limitación constitucional a su ejercicio por parte de los militares<sup>113</sup>, existe consenso, también en el ámbito europeo, respecto al hecho de que «la huelga es un conflicto que no se debe admitir en el caso de quienes tienen la legítima atribución de la fuerza entregada por quien es, a su vez, tanto quien hace esa utilización legítima como el empleador de las personas físicas que tienen encomendada esa función pública»<sup>114</sup>.

Como ocurría con el caso de la sindicación, el derecho aparece explícitamente negado a los miembros de la Guardia Civil en el artículo 12 de la LO 11/2007, donde existe además la precaución de prohibir otras actividades «sustitutivas o similares a la huelga o concertadas con el fin de alterar

---

<sup>112</sup> El «Proyecto» también señala que los reservistas pueden mantener su afiliación política o sindical, pero que ésta quedará en suspenso mientras estén en las FAS (artículo 51.3).

<sup>113</sup> El artículo 28.2 establece: *Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.* La doctrina interpreta que la referencia a los trabajadores no excluye el ejercicio del derecho por parte de los funcionarios públicos y que en el concepto «servicios esenciales» no cabe incluir exclusivamente las funciones militares. Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., (1997), *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, pp. 230 y ss.

<sup>114</sup> PEÑARRUBIA IZA, J. M<sup>a</sup>., Op. Cit., p. 217.

el normal funcionamiento de los servicios». Por su parte, el «Proyecto» opta, como lo hacía para el caso de la libertad sindical, por encuadrar la prohibición dentro de las disposiciones generales, con una redacción similar a la de la LO 11/2007, completada con las referencias que se realizan en la Exposición de Motivos<sup>115</sup> y en el reconocimiento del derecho de asociación.

### 3.2.E. Derecho de petición

El artículo 29 de la CE establece:

1. *Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley.*

2. *Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.*

Señala PÉREZ SERRANO que este derecho «es el más inofensivo de todos, porque estrictamente entendido, se reduce a expresar una súplica o a formular una queja»<sup>116</sup>. Eso no impide ser consciente de su íntima vinculación con la participación ciudadana en los asuntos públicos, y, por tanto, de su trascendencia en el ámbito democrático.

El derecho de petición tiene un desarrollo legislativo postconstitucional tardío, con la LO 4/2001 de 12 de noviembre, que derogó la Ley de 22 de diciembre de 1960 y el Decreto 93/1962 de 18 de enero, este último dedicado al derecho de petición ejercido por los militares. Pues bien, tanto la CE como la LO 4/2001 (artículo 1º) son claras y explícitas respecto al límite establecido para los miembros de las FAS y de la Guardia Civil, cual es su ejercicio colectivo, restricción basada también en este caso en razones de unidad y disciplina, sin que quepa hablar de la supresión del derecho.

Debemos destacar que ejercitar el derecho de petición no significa exclusivamente la posibilidad de formular dicha petición, sino que de ello no se deriven perjuicios para el peticionario, que exista acuse de recibo<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Estas formas de participación no podrán *amparar procedimientos o actitudes de naturaleza sindical como la negociación colectiva, las medidas de conflicto colectivo o el ejercicio del derecho de huelga.*

<sup>116</sup> PEÑARRUIBIA IZA, J. Mª, Op. Cit., 402.

<sup>117</sup> Artículo 6.2 de la LO 4/2001: *La administración, institución pública o autoridad que reciba una petición acusará recibo de la misma y lo comunicará al interesado dentro de los diez días siguientes a su recepción. Esta actuación se llevará a efecto por el órgano correspondiente de acuerdo con la norma organizativa de cada entidad.*

–siguiéndose las disposiciones legales sobre su admisión o no a trámite–, y que sea resuelta (sin que quepa hablar de respuesta favorable)<sup>118</sup>.

En el ámbito que nos ocupa el derecho aparece reconocido en diversas disposiciones; así, la Ley 42/1999 de régimen de personal de la Guardia Civil establece en su artículo 99: *Los guardias civiles podrán ejercer el derecho de petición individualmente en los casos y con las formalidades que señala la Ley reguladora del mismo. Su ejercicio nunca podrá generar reconocimiento de derechos que no correspondan de conformidad con el ordenamiento jurídico.*

El reconocimiento ha sido reiterado en el artículo 13 de la LO 11/2007. Igualmente, el Proyecto de ley de derechos y deberes del militar establece en su artículo 15 que:

*El militar podrá ejercer el derecho de petición sólo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la LO 4/2001 de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la citada ley orgánica<sup>119</sup>.*

A pesar de que parecen no existir, por tanto, cortapisas al reconocimiento y ejercicio del derecho de petición de forma individual por militares y Guardias Civiles, y que, como hemos señalado el derecho incluye que no se deriven perjuicios para el peticionario, lo cierto es que cabe hablar de una restricción legal harto discutible contenida en el artículo 8.18 de la Ley Disciplinaria de las FAS, que castiga como falta grave: *Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo.*

Es indudable que la técnica de redacción utilizada en este precepto deja mucho que desear, produciéndose una mezcla confusa de conductas vinculadas a las restricciones a la libertad de expresión y al derecho de petición. El tenor literal del precepto incluye entre estas conductas «las peticiones contrarias a la disciplina», lo que supone en sí mismo un tipo disciplinario abierto, cuya concreción parece quedar al arbitrio del mando. ¿Qué deben ser consideradas peticiones contrarias a la disciplina? La indeterminación puede llevar a interpretaciones tan restrictivas que dejen vacío de conte-

---

<sup>118</sup> Artículo 11.1: *Una vez admitida a trámite una petición, la autoridad u órgano competente vendrán obligados a contestar y a notificar la contestación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de su presentación. Asimismo podrá, si así lo considera necesario, convocar a los peticionarios en audiencia especial.*

<sup>119</sup> El segundo párrafo es transcripción literal del artículo 3 de la LO 4/2001.

nido el derecho. Es por ello deseable una reforma de este precepto, así como del artículo 8.21 de la LO 12/2007 que de forma similar establece: *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.*

Otra cuestión que cabe plantear al respecto de este derecho es la necesidad de que los militares lo ejerciten siguiendo el conducto reglamentario, toda vez que el artículo 6.1 de la LO 4/2001 establece la posibilidad de presentación ante cualquier registro o dependencia de acuerdo con lo regulado en la Ley 30/92. En nuestra opinión, en este punto es necesario diferenciar entre el ejercicio del derecho por parte del militar como simple ciudadano, es decir, sobre cuestiones no vinculadas con su condición, y en cuyo caso, es plenamente aplicable lo regulado legalmente; y la presentación de peticiones como militar y sobre asuntos de esta índole, donde surgiría la duda que nos planteamos. Pues bien, aunque algunos autores como PEÑARRUBIA señalan que deberá seguirse dicho conducto para evitar así la posible comisión de una falta disciplinaria, nada autoriza, según las disposiciones constitucionales y legales, a restringir el derecho de petición al uso del conducto reglamentario, ni a castigarlo en caso de que dicho conducto no se respete en este ámbito. En todo caso, y tal y como establece la propia LO 4/2001, tanto el militar como el ciudadano deben seguir el procedimiento reglado cuando éste exista, pues, como trascribíamos antes: *no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley* (artículo 3).

Podemos en este sentido hacer también referencia al marco de las denominadas «quejas y reclamaciones», que no se entienden amparadas por el derecho de petición y que, por tanto, se configuran no como un derecho fundamental, sino legal. Así, tanto el artículo 100 de la Ley 42/99 de régimen de personal de la Guardia Civil como el antiguo artículo 161 de la Ley 17/99 de régimen de personal de las FAS recogían la posibilidad de formular quejas, si bien, siguiendo el conducto reglamentario. En la actualidad, la ley 39/2007 de Carrera Militar no contempla esta cuestión, aunque el Proyecto de derechos y deberes sí dedica el artículo 27, enmarcado en los derechos profesionales, a «iniciativas y quejas», con un contenido similar al del antiguo artículo 161, si bien son destacables algunas diferencias, como la inclusión de la expresión «de buen modo», así como de la necesidad de motivar el rechazo de la queja (en aplicación directa de la Ley 30/92), la previsión de una persona destinada al efecto para la recepción de esas quejas o iniciativas, y especialmente la referencia a que lo regulado en

el artículo es sin perjuicio de los derechos legalmente establecidos, donde deben entenderse incluidos el derecho de petición y los recursos administrativos o contenciosos. Por su parte, el artículo 33 de la LO 11/2007 de la Guardia Civil, al que ya hemos hecho referencia, también habla de la «presentación de quejas», remitiendo a un futuro reglamento para su presentación y tramitación.

En todo caso, cabe referirse tanto en el ámbito de las peticiones como de las quejas y reclamaciones a la responsabilidad de los mandos, como un plus de protección al ejercicio de estos derechos. De este modo, tanto el artículo 7.15 de la LO 8/98 como el 9.17 de la LO 12/2007 castigan como falta leve la falta de diligencia o el descuido en la tramitación de las peticiones. Además, la Ley disciplinaria de las FAS contempla también en el artículo 8.17 la falta grave de *interceptar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados*. En el régimen disciplinario de la Guardia Civil, no tramitar las peticiones queda recogido como falta leve en el artículo 9.17 antes mencionado, lo cual consideramos un error, siendo más adecuada a la protección debida a un derecho fundamental su configuración como falta grave, tal y como hace la LO 8/98.

Por último, y en el contexto del derecho de petición y de las formulación de quejas y reclamaciones es necesario hacer referencia al defensor del pueblo, más teniendo en cuenta que el título destinado a los derechos fundamentales y las libertades públicas, tanto de la LO 11/2007 como del «Proyecto» se cierra con un artículo dedicado a esta figura.

La CE establece su existencia en el artículo 54:

*Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.*

La LO a la que se refiere este enunciado es la LO 3/1981, de 6 de abril, cuyo artículo 14 atribuye explícitamente al Defensor del Pueblo competencias como *Ombudsman* militar, siempre que no se interfiera en la Defensa Nacional, y cuyo artículo 10 otorga derecho de acceso a esta figura a todas las personas con un interés legítimo, sin limitaciones por razón de sujeción especial o dependencia de la Administración o del Poder Público. Ello supone un reconocimiento directo de la posibilidad de acceso de los militares al Defensor del Pueblo, cuestión reiterada, como hemos señalado, en el artículo 14 de la LO 11/2007 y 16 del «Proyecto», sin ninguna cortapisa.

### 3.3. OTRAS DISPOSICIONES DE LA LO 11/2007 Y DEL PROYECTO

#### 3.3.A. Derechos y deberes profesionales y sociales

La LO 11/2007 regula no sólo derechos de carácter fundamental, sino también el ejercicio de derechos profesionales y sociales, así como los deberes de los miembros del Instituto Armado. Esquema similar, si bien no plenamente idéntico, ha adoptado el Proyecto de ley de derechos y deberes de los militares. Algunas cuestiones han sido ya referenciadas en estas páginas tanto en el momento de enmarcar la función pública militar, como a la hora de abordar la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Ello no es óbice, sin embargo, para dedicar algunas líneas a aquellos derechos y deberes que han quedado en el tintero.

En realidad, la mayoría de ellos se encuentran directamente relacionados con el desempeño diario de la función encomendada, desde un punto de vista laboral. De esta manera, partiendo del propio derecho a la carrera profesional (ascensos, destinos, recompensas, etc.) «de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad», se habla también del régimen de incompatibilidades, horarios, permisos, vacaciones y retribuciones.

No es este el lugar para llevar a cabo un análisis de las leyes de personal de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil<sup>120</sup>, ni de las normativas de desarrollo al respecto de las cuestiones apuntadas, pero ello no es óbice para indicar la obligatoriedad de que dichas disposiciones respeten tanto el marco constitucional, como las líneas marcadas por la LO 11/2007 y, en su momento, por la futura ley de derechos y deberes del militar, que, en todo caso, se remiten en la mayoría de las ocasiones al desarrollo reglamentario.

También cabe reseñar otros derechos y deberes específicos como son el uso del uniforme (y armas, para el caso de la Guardia Civil), y muy especialmente el sistema de protección social, que está reconocido para ambos colectivos dentro del marco del Régimen Especial de la Seguridad Social, regulado por RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio.

Por último, y como curiosidad, indicar que el militar y el guardia civil gozan del pleno derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, sin que sea preciso, como se establecía con anterioridad a la Constitución, ningún tipo de autorización para ello, ni tampoco la comunicación al jefe de la Unidad, tal y como señalaban las RROO de 1978.

---

<sup>120</sup> Ley 39/2007 y Ley 42/1999.

### 3.3.B. Consejos profesionales

La LO 11/2007 incluyó en su articulado la regulación del Consejo de la Guardia Civil como órgano de participación de las asociaciones profesionales, y el «Proyecto» para las FAS ha optado también por la creación de un Consejo de Personal, si bien reiterándose en este segundo caso, al igual que se hacía en el ámbito del derecho de asociación, que quedan excluidas de su actuación las cuestiones relativas a política de seguridad y defensa, operaciones militares y empleo de la fuerza.

La regulación que se establece en el «Proyecto» es bastante más parca que la contenida en la LO 11/2007, dejándose previsiblemente para el posterior desarrollo reglamentario cuestiones como la elección de miembros y los derechos y deberes de éstos.

No vamos a entrar a analizar con detenimiento estos Consejos, ya que excede de los objetivos del trabajo, pero sí es necesario hacer mención de su relevancia como cauce para una mayor efectividad del derecho de asociación, así como la necesidad de que su existencia se articule efectivamente para satisfacer intereses y derechos legítimos reconocidos.

La creación del Consejo supondrá la supresión de los denominados Consejos Asesores de Personal, que surgieron con la Ley 17/1999 (artículo 151), y que se insertan orgánicamente en el mando o jefatura de personal de cada Ejército (y en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa para los Cuerpos Comunes). Actualmente, estos órganos continúan vigentes, según Disposición Derogatoria Única de la Ley 39/2007, y cualquier militar puede dirigirse a ellos con propuestas o sugerencias, previéndose su reunión conjunta para el caso de que los temas a tratar sean de interés para todas las Fuerzas Armadas.

Los Consejos Asesores de Personal fueron desarrollados por Real Decreto 258/2002, de 8 de marzo, que delimita los ámbitos de actuación, a saber: funciones, categorías y empleos militares; plantillas de destinos; encuadramiento de militares profesionales; enseñanza militar; adquisición de la condición de militar; historial militar; evaluaciones; régimen de ascensos; provisión de destinos; situaciones administrativas; cese en la relación de servicios profesionales; derechos y deberes de los militares profesionales; Consejos Asesores de Personal; retribuciones; disponibilidad; incompatibilidades; acción y protección social; medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas; Reales Ordenanzas; leyes penales y disciplinarias; calidad de vida y aspectos sociales que afecten al personal militar. Si bien, el artículo 3º señala:

*En ningún caso corresponderá a los Consejos Asesores de Personal conocer de las peticiones, quejas y recursos regulados en el capítulo V Título XII de la Ley 17/1999, ni de las propuestas o sugerencias mediante las que se pretenda la revisión de actos o resoluciones administrativas adoptadas por las autoridades en materia de su competencia. No obstante, sí podrán analizar, valorar y emitir opiniones sobre planteamientos generales que se estimen de interés para el conjunto de las Fuerzas Armadas.*

Finalmente, según el artículo 17.4: *Los acuerdos adoptados por el Pleno, con acompañamiento de los votos particulares si los hubiere, serán elevados al Ministro de Defensa por el Jefe del Estado Mayor de su Ejército, o el Subsecretario de Defensa en el caso de los Cuerpos Comunes, según proceda, quienes añadirán sus propios informes.*

Aunque la creación de estos Consejos fue un reconocido avance en la constitución de cauces de participación del militar, resultan insuficientes en el contexto político-social actual. Como señala OLIVERES, «los Consejos Asesores no tienen capacidad de representación real, ni de presión ni de negociación. Las propuestas recibidas dependen de la aquiescencia de las autoridades militares o políticas, asemejándose de esta manera a los antiguos sindicatos verticales»<sup>121</sup>. Por ello, la creación del Consejo de la Guardia Civil, y a imagen suya, el futuro Consejo de las FAS, supone una mayor concreción de las exigencias representativas.

En definitiva, y como señala la propia Exposición de Motivos del «Proyecto»: *con el Consejo de Personal se establecen y formalizan las relaciones entre el Ministerio de Defensa y las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas.*

### **3.3.C. Observatorio de la vida militar**

En cumplimiento del mandato contenido en la Ley de Defensa Nacional 5/2005 (DA 3ª), se crea en el «Proyecto» un Observatorio de la vida militar, destinado, según los propios términos del articulado *al análisis permanente de la condición de militar y de la forma en que el Estado vela por los intereses de los miembros de las Fuerzas Armadas.*

Se configura como órgano colegiado, de carácter asesor y consultivo, al que se pretende dotar de independencia. Se establece que sus miembros

---

<sup>121</sup> OLIVERES BOADELLA, A., & ORTEGA, P., (2007), *El militarismo en España: balance del ciclo armamentista español hasta 2007*, Icaria, Barcelona, p. 96.

serán nombrados cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, por un periodo de 5 años, entre personalidades de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa o los recursos humanos (y que no podrán mantener cargos de representación política).

Sus funciones, según el artículo 53 del «Proyecto» serán las siguientes:

a) *Efectuar el análisis y propuestas de actuación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los miembros de las FAS.*

b) *Elaborar informes y estudios sobre el régimen de personal y las condiciones de vida en las FAS.*

c) *Proponer medidas que ayuden a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los militares.*

d) *Promover la adaptación del régimen del personal militar a los cambios que se operen en la sociedad y en la función pública.*

e) *Analizar los problemas que en el entorno familiar de los afectados se producen como consecuencia de su disponibilidad, movilidad geográfica y de su específico ejercicio profesional que conlleva la participación en operaciones en el exterior.*

f) *Evaluar la aportación adicional de recursos humanos a las FAS a través de diferentes modalidades de reservistas.*

g) *Velar por la aplicación a los militares retirados de la normativa que ampara sus derechos pasivos y asistenciales.*

El artículo 53 señala, además, que para poder cumplir estas funciones el Observatorio podrá recabar la información sobre personal que precise del Ministerio de Defensa y de los Ejércitos y que también podrá realizar visitas a las unidades.

Debe apuntarse que los análisis del Observatorio se configuran como estudios de carácter general, sin que se le otorgue competencia para resolver quejas individuales, si bien se le faculta para recibir iniciativas sobre casos concretos que a la larga puedan propiciar soluciones generales (Exposición de Motivos).

*A priori*, la creación de una institución destinada a velar por la situación de los militares y la mejora de sus condiciones es, sin duda, bienvenida y puede reputarse de gran utilidad para supervisar la adecuación de las Fuerzas Armadas al contexto socio-cultural, europeo y democrático; pero, lógicamente, será necesario esperar a que inicie su andadura para poder realizar cualquier tipo de análisis sobre su verdadera aportación. Podemos aventurar, por el momento, que, a fin de impedir una merma de su potencialidad, será necesario evitar que se convierta en un foro politizado y utilizado para dirimir cuestiones ajenas a sus objetivos.

## CONCLUSIONES

La elección de la temática abordada en este texto fue debida al mandato legislativo contenido en la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional de elaboración de un Proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, y que durante varios años había permanecido incumplido. Era la Guardia Civil la que contaba, ya desde octubre de 2007, con un texto destinado al reconocimiento y regulación de sus derechos, tanto fundamentales como de carácter social y profesional. Cabía preguntarse hasta qué punto este documento jurídico estaba sirviendo de base para dar cumplimiento al mandato legislativo citado, proporcionando similar *status* a los miembros de las Fuerzas Armadas. Así, en el transcurso de la redacción de este texto, concretamente el 14 de mayo de 2010, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y poco después, el 7 de julio, fue finalmente aprobado el Proyecto de Ley Orgánica. Su análisis se hacía ineludible para comprobar si efectivamente se había seguido como modelo la LO 11/2007 de 22 de octubre, como era previsible, y si, a partir de ahí, se había ganado o perdido terreno en el reconocimiento de derechos.

Sin duda, lo más llamativo a la hora de enfrentar ambos documentos, es el reconocimiento del derecho a la asociación profesional, pero no es lo único reseñable. En nuestra opinión, los textos precisarían incluir todos los derechos contenidos en la Sección I, Capítulo II, I Título I de la Constitución, al margen de que, *a priori*, pueda considerarse que no existe restricción a los mismos. Así, sería conveniente la inclusión del derecho a la vida e integridad física y moral, el derecho a la libertad religiosa, ideológica y de culto<sup>122</sup>, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la educación. Al margen de este silencio, podemos concluir que en el ámbito de las Fuerzas Armadas siguen presentes limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales basadas en los conceptos de neutralidad, unidad, disciplina y jerarquía, sin que la siempre nombrada evolución social deslegitime las consideraciones realizadas al respecto en sede jurisprudencial y que avalan el empleo de estos principios como límites, eso sí, de forma justificada y concretizada. Por ello, a pesar de las opiniones doctrinales que abogan

---

<sup>122</sup> Se ha incluido en la Exposición de Motivos del «Proyecto» una referencia a este derecho: *En el ámbito de las Fuerzas Armadas se respetará y protegerá el derecho a la libertad religiosa que se ejercerá de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sin perjuicio de la asistencia religiosa que se debe garantizar por el Gobierno de conformidad con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley de la carrera militar.*

por una bajada de intensidad en los constreñimientos que la neutralidad política como principio de actuación del militar puede acarrear, lo cierto es que su mención es constante en los textos analizados, lo mismo que las referencias a las reglas de comportamiento del militar, donde se encuadran la jerarquía, la disciplina y la unidad.

Todo ello no es óbice para indicar que se han producido avances compatibles con estos límites en la situación y el reconocimiento de derechos de los miembros de la Guardia Civil, y, si se aprueba el «Proyecto», de las Fuerzas Armadas, al tiempo que se mantienen restricciones innecesarias para unos y/u otros no justificables, en nuestra opinión, dentro del marco constitucional existente. De esta forma, y evitando una reproducción en este punto de lo ya expuesto a lo largo de las páginas precedentes, cabe hacer una referencia sucinta a las siguientes cuestiones:

Si bien parece pertinente mantener la sanción de arresto para determinadas infracciones en el ámbito del militar de las Fuerzas Armadas, por la mayor exigencia disciplinaria derivada del cumplimiento de sus misiones constitucionales, resulta más problemático el mantenimiento de la medida recogida en el artículo 26 de la LO 8/98, que deja al arbitrio del mando la posibilidad de decretar dicho arresto por un periodo de hasta 48 horas.

Una vez determinado el carácter de domicilio del alojamiento de un militar, independientemente de sus características físicas, que es la tesis que nosotros sostenemos, cabe plantear el problema de la entrada en dicho domicilio. En este sentido, es necesario diferenciar entre revistas o inspecciones, y las llamadas diligencias de entrada o registro, siendo inapelable la necesidad de autorización judicial en este último caso. La redacción dada en la LO 11/2007 y en el «Proyecto» a la posibilidad de realizar registros por parte del jefe de la unidad resulta confusa, en nuestra opinión, y precisaría de una mayor aclaración respecto al objeto de dicha prerrogativa.

En relación con la libertad de residencia y circulación, opinamos que en la futura ley de derechos del militar cabría recoger el derecho a la libre determinación de la residencia, sin establecerse la necesidad de autorizaciones reglamentarias, menos cuando existen otras vías para garantizar las razones de esa posible limitación, es decir, la eficacia del servicio, como son las propias consecuencias penales/disciplinarias de su incumplimiento. Por ello, consideramos acertada la redacción del artículo 10 del «Proyecto» donde la única limitación establecida a la libertad de residencia es la exigencia del deber de disponibilidad permanente a que se refiere el artículo 21.

Al analizar el derecho a la información observamos que el punto más polémico es el derecho de acceso a los IPECs, y a este respecto consideramos que, si bien hay argumentaciones a favor del mantenimiento de este

sistema, éste resulta abusivo con el militar, tal y como ha sentenciado la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Puede hablarse de una apertura jurisprudencial a la hora de establecer los límites a la libertad de expresión cuando nos encontramos ante reivindicaciones laborales, personales o profesionales, siempre que los términos sean adecuados; y consideramos que dicha apertura podría tener una acogida más amplia en la ley de derechos y deberes del militar.

En cuanto al derecho de reunión, y en relación con la celebración de reuniones en las Unidades, el «Proyecto» exige la autorización expresa del jefe de la Unidad y faculta la negativa por razones no sólo del servicio sino disciplinarias. En nuestra opinión, este documento podría tener una mejor adecuación a las exigencias del texto constitucional, que no establece la necesidad de autorización previa, ya que las exigencias que la disciplina puede imponer en el ámbito de las Fuerzas Armadas no parecen en la actualidad suficientes para fundamentar la limitación vía administrativa al ejercicio del derecho de reunión.

El Proyecto de ley de derechos y deberes del militar reconoce el derecho del militar a asociarse libremente y remite a la regulación específica contenida en el Título III para el caso de que la asociación tenga como fin la defensa de intereses profesionales, económicos y sociales. Dicha regulación comparte los principales rasgos del articulado de la LO 11/2007, si bien cabe hacer referencia a algunas singularidades, especialmente en lo que a su ámbito y finalidad se refiere, al indicarse expresamente que estas asociaciones no podrán interferir en las decisiones de política de seguridad y de defensa, ni en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y el empleo de la fuerza. Parece adecuado incluir estos extremos para reiterar la necesaria desvinculación de estas asociaciones y sus miembros con la toma de decisiones de política militar que deben adoptarse en el marco establecido según la organización del Estado.

Consideramos que la articulación de los derechos de participación política contenidos en la LO 11/2007 y en el «Proyecto» combinan adecuadamente el respeto por la Constitución y los límites necesarios a imponer a aquellos que ostentan el poder armado.

En el ámbito del derecho de petición, es necesario hacer referencia a la existencia de la restricción legal contenida en el artículo 8.18 de la Ley Disciplinaria de las FAS y en el 8.21 de la LO 12/2007, ya que su indeterminación puede llevar a interpretaciones tan restrictivas que dejen vacío de contenido el derecho.