

LA LIBRE DESIGNACION EN LA PROVISION DE DESTINOS DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

Pedro Escribano Testaut
Capitán Auditor

SUMARIO

I. INTRODUCCION.—II. ANTIGÜEDAD, CONCURSO DE MERITOS Y LIBRE DESIGNACION COMO SISTEMAS DE PROVISION DE VACANTES.—III. LIBRE DESIGNACION, ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD.—IV. LOS ARTICULOS 23.2 Y 103.3 DE LA CONSTITUCION: SU INCIDENCIA EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA.—V. LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACION DE LA CARRERA MILITAR, Y SU REPERCUSION EN LA NORMATIVA DE PROVISION DE DESTINOS.—VI. LA LIBRE DESIGNACION EN LA LEY 17/89 Y EN SU NORMATIVA DE DESARROLLO.—VII. PROPUESTAS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROVISION DE VACANTES.

I. INTRODUCCIÓN

«Desde el punto en que el empleado debe su puesto no a la ley ni a la capacidad ni a los méritos ni a ninguna otra regla segura y fija, sino al personal influjo, es consecuencia lógica y natural que los expedientes y asuntos de su incumbencia hayan también de decidirse más por el favor y la recomendación que por la justicia y la ley». Estas frases fueron escritas hace más de cien años (1), pero conservan plena actualidad porque reflejan un problema siempre latente en cualquier organización administrativa, en cuanto hacen referencia a las distorsiones que inevitablemente surgen cuando la selección de los empleados públicos, y el posterior desarrollo de su carrera administrativa, no se guían por el criterio de la cualificación profesional (por el mérito y la capacidad), sino por la identificación política o la amistad personal.

(1) Su autor parece ser Lorenzo Domínguez, y están contenidas en su obra «La cuestión de los empleos públicos en España», publicada en 1875. Vid. Nieto, A.: «La burocracia (I. El pensamiento burocrático)»; Instituto de Estudios Administrativos, 1976, pág. 236.

La historia nos enseña que los actuales sistemas de ordenación de la función pública surgieron como intentos de superación del clientelismo político, porque ya en el siglo XIX se advertía, y hoy es algo comunmente aceptado, que para atender eficazmente las complejas tareas que ha asumido la Administración en nuestros días «no es suficiente con que los servidores públicos se identifiquen con la ideología política del Partido que llega al Gobierno tras una victoria electoral. Hacen falta capacidades técnicas y gestoras cada vez más elevadas y el entusiasmo militante no puede suplir a la preparación profesional que da la dedicación profesional al servicio público» (2). La existencia de una función pública profesional es hoy en día un elemento esencial en la configuración de las Administraciones Públicas.

La opción por un sistema de función pública profesionalizada implica una opción por el mérito y la capacidad como criterios vertebradores de la carrera administrativa. Por eso se ha señalado que «cuando la legitimidad para el desempeño de los puestos reside en la confianza, esa confianza tiene un fundamento subjetivo y ha de apreciarse libremente por quien efectúa el nombramiento. Pero si lo que legitima el nombramiento es la aptitud profesional, debe garantizarse que sean los más capaces —y no los más afines— quienes ocupen los puestos y han de establecerse reglas que protejan el interés público frente a cualquier clase de favoritismo» (3).

II. ANTIGÜEDAD, CONCURSO DE MÉRITOS Y LIBRE DESIGNACIÓN COMO SISTEMAS DE PROVISIÓN DE VACANTES

La evolución de la legislación sobre función pública nos muestra una creciente preocupación por desterrar cualquier procedimiento de selección y desarrollo de la carrera administrativa que pueda facilitar el reclutamiento para un puesto de trabajo no de los más idóneos, sino de los que gozan del favor personal de la Autoridad competente para efectuar la designación. Por esta razón, hoy en día las normas de provisión de destinos priman sistemas como la antigüedad o el concurso de méritos (sistemas generales) frente a la libre designación (sistema excepcional), por el margen de dis-

(2) Gutiérrez Reñón, A.: «Función del Cuerpo en un sistema de carrera», Revista vasca de Administración Pública (RVAP), núm. 26, pág. 84.

(3) Gutiérrez Reñón, A.: «La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas»; Documentación administrativa (DA), núm. 210-211, pág. 64.

crecionalidad que es inherente a este último, a menudo difícil de compatibilizar con las garantías jurídicas que se quieren predicar del conjunto de la carrera administrativa. El sistema de antigüedad en la provisión de vacantes surgió precisamente como una garantía para los funcionarios de nivel inferior frente a la arbitrariedad de los poderosos (4).

En principio, pudiera pensarse que en una Administración profesionalizada (en la que debe atenderse exclusivamente al dato objetivo de los méritos profesionales de los funcionarios) los sistemas de antigüedad y concurso de méritos serían suficientes para garantizar una correcta provisión de todos los puestos de trabajo de la estructura administrativa.

Pero esta es una conclusión demasiado apresurada. Ciertamente, la Administración es, ante todo, en los Estados democráticos, un instrumento a través del cual el Gobierno, sustentado en la confianza del Parlamento, desarrolla su política legislativa, y como tal instrumento no tiene legitimación para desobedecer o alterar las líneas políticas por las que los ciudadanos han optado. De ahí surge, precisamente, la separación entre el nivel político y el nivel administrativo, la exigencia de neutralidad política para los funcionarios, y la correlativa exigencia, para los Poderes Públicos, de garantizar la profesionalización de la carrera administrativa (5). Ahora bien, siendo esto cierto, no es menos cierto que la separación señalada entre el nivel político y el nivel administrativo dista mucho de ser tajante, y entre uno y otro nivel existe una zona intermedia, de perfiles borrosos, que participa de las características de ambos, zona que determina y delimita el «techo» de la carrera administrativa.

Es esta una cuestión siempre sometida a debate. Ante todo, porque no existe acuerdo acerca de dónde debe situarse la frontera entre lo político y

(4) En este sentido, durante la tramitación parlamentaria de la ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, el portavoz del Grupo Socialista en la Comisión de Defensa del Congreso, señor Busquets, señalaba respecto del sistema de antigüedad que «fue una gran conquista de las gentes más sencillas en el Ejército frente a otros, que querían los destinos por libre elección». Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, III legislatura, Comisión de Defensa, sesión celebrada el miércoles 26 de abril de 1989, núm. 454, pág. 15.033.

(5) Como señala Álvarez Álvarez, J., «si la Administración Pública debe tener un carácter meramente instrumental, sus agentes, los funcionarios públicos, deberán ser neutrales políticamente para estar a disposición de cualquier Gobierno sin merma de la eficacia del aparato administrativo... En una democracia, pues, la neutralidad política de los funcionarios se convierte en un principio fundamental que asegura y garantiza, de una parte, la fiel ejecución de las políticas diseñadas por los Gobiernos emanados de la voluntad del pueblo y, de otra, la continuidad en la eficaz prestación de los servicios públicos». Vid. «Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos», DA, núm. 210-211, pág. 73.

lo administrativo (6). Pero una vez situada esa frontera, cabe plantearse si las condiciones de selección de los llamados «altos funcionarios» (esto es, los que dentro del nivel administrativo se hallan en más estrecho contacto con el nivel político) pueden y deben ser equiparables a las del resto de los funcionarios públicos (7).

Pues bien, la doctrina mayoritaria entiende que en esa «zona fronteriza» la neutralidad aséptica, entendida como indiferencia hacia el contenido de la decisión política, resulta inviable. En palabras de Baena del Alcázar, dicha neutralidad aséptica «se aplicaría quizás adecuadamente a la mera ejecución de las órdenes y los criterios políticos, pero no es este el terreno en que se plantea nuestro problema respecto a los altos funcionarios. Normalmente se trata en este supuesto, no de ejecutar decisiones sino más bien de colaborar con los políticos en su adopción, y ello exige una cierta identificación con la decisión misma» (8). Consecuencia de este planteamiento es que la selección de los altos funcionarios, además de tener en cuenta el mérito y la capacidad, atienda también a criterios de confianza personal (la cual puede incluir, evidentemente, valoraciones como la identificación con el programa político de actuación).

Así, en Francia, señala Alvarez Alvarez que «es ya una práctica institucionalizada en la V República Francesa que los Gobiernos designen para los puestos administrativos de mayor responsabilidad a funcionarios identificados con la línea política del Gobierno, es decir, a funcionarios con convicciones». Otra solución para el mismo problema es la adoptada en

(6) Vid., al respecto, las consideraciones de J. L. Martínez López-Muñiz en su estudio «La profesionalización de la Administración Pública. Necesidad de revisión de algunos aspectos de la última reforma de la función pública», en «Gobierno y Administración en la Constitución» (vol. II), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, págs. 959 y ss. Sobre el mismo tema, y con referencias a sistemas comparados, Jiménez Asensio, R., «Política y Administración: Los puestos de designación política en las Administraciones Públicas», RVAP, núm. 32, págs. 73 y ss.

(7) «La política de personal es un importante instrumento de conducción indirecta; cuando se elige como colaborador a alguien que por su propia inclinación está orientado en la dirección deseada, no es necesario dirigirlo mediante instrucciones ni controlarlo constantemente... por esta razón hoy se plantea la cuestión de si el funcionario clásico se sigue adecuando a las exigencias administrativas en los niveles más altos de la organización y, en todo caso, hasta qué nivel de la jerarquía los puestos deben estar ocupados por funcionarios estrictamente profesionales y dónde debe situarse la frontera de lo específicamente político y, en su caso, una zona mixta de funcionarios reclutados con criterios no sólo técnicos, sino también de afinidad política con el Gobierno de turno» (Alvarez Alvarez, «Neutralidad política y carrera administrativa...», cit., pág. 82.)

(8) «Reflexiones sobre la relación entre políticos y altos funcionarios», en «Gobierno y Administración en la Constitución», cit. (vol I), págs. 345 y ss.

Alemania, donde se han instituido los llamados funcionarios políticos, los cuales «pueden ser cesados en sus cargos pasando a una jubilación especial por razones de oportunidad política, sin que medien razones de ineficacia personal, permitiendo así al nuevo Gobierno cubrir los altos cargos de la Administración ministerial con personas de su especial confianza» (9). En uno y otro caso, es evidente que el nombramiento y remoción de los altos funcionarios no se reduce al resultado de una valoración objetiva de méritos académicos y experiencia profesional, sino que atiende a razonamientos subjetivos difícilmente objetivables.

Lo que se acaba de exponer en relación con la problemática de los llamados «altos funcionarios» guarda una indiscutible relación con la cuestión de los sistemas de provisión de destinos. Mientras que en los niveles inferiores de la carrera administrativa (que en un sistema coherente deben ser los de menor responsabilidad) los destinos pueden ser asignados, sin merma de la eficacia, mediante el sistema de provisión por antigüedad, y en los niveles intermedios se puede introducir el concurso de méritos como procedimiento de valoración de conocimientos y experiencia (no acreditables mediante la sola consideración de la antigüedad en el servicio), en los niveles más altos de la función pública pueden ser tenidos en cuenta, además de los méritos profesionales, otros elementos como la confianza de la Autoridad que realiza el nombramiento.

Además, en estos niveles superiores «es más relevante la capacidad de dirigir que la formación acreditada en el ingreso» (10), por lo que se relativiza el valor del Cuerpo o Escala a que pertenece el funcionario como elemento decisivo para asignar un puesto de trabajo. Tales circunstancias aconsejan atribuir a quien realiza la selección un amplio margen de discrecionalidad que no cabe apreciar en los sistemas de antigüedad y concurso de méritos, por lo que generalmente estos puestos son cubiertos por el sistema de libre designación (11).

Conviene, no obstante, recordar, llegados a este punto, que la toma en consideración de esos factores subjetivos no desplaza ni elimina la necesidad de considerar igualmente el mérito y la capacidad de los aspirantes. No se olvide que los puestos de trabajo correspondientes a los altos funcionarios son eso, puestos de funcionarios, y por ello están regidos también por el principio de mérito profesional.

(9) «Neutralidad política y carrera administrativa...», cit., pág. 83

(10) Gutiérrez Reñón, «función del Cuerpo...», cit., pág. 88.

(11) Vid. Alvarez Alvarez, «Neutralidad política y carrera administrativa...» cit., pág. 79.

Además, no debe perderse de vista que lo que justifica la opción por el sistema de libre designación es la cercanía al nivel político, y la consiguiente necesidad de procurar una cierta identificación personal entre la autoridad política y el (alto) funcionario (12). Por ello, la libre designación tiene su ámbito natural de actuación en los puestos más elevados de la carrera administrativa, y carece de sentido en los puestos bajos o intermedios, en los que cuenta exclusivamente la capacidad profesional. Finalmente, debe recordarse también que discrecionalidad no significa arbitrariedad.

III. LIBRE DESIGNACIÓN, ARBITRARIEDAD Y DISCRECIONALIDAD

No es necesario entrar en disquisiciones técnico-jurídicas para comprender la distinta significación de términos como «discrecional» y «arbitrario». El Diccionario de la Real Academia nos dice que es discrecional lo que se hace libre y prudencialmente, mientras que es arbitraria la acción contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada sólo por la voluntad o el capricho. Es evidente que el Ordenamiento Jurídico concede extensos márgenes de discrecionalidad (*de facultad de actuar libre y prudencialmente*) a la Administración en muy diversos ámbitos, pero lo que nunca puede hacer un sistema jurídico es conceder a la Administración la posibilidad de actuar arbitrariamente (contra la justicia, la razón o las leyes). Por eso la Administración que adopta decisiones discrecionalmente (en los ámbitos en que le está atribuida esta posibilidad) actúa conforme a Derecho, pero siempre que la Administración se comporta arbitrariamente infringe el Ordenamiento Jurídico (13).

(12) Afirma en este sentido Martínez López-Muñoz que «son, pues, principalmente razones políticas o derivadas de los condicionamientos políticos actuales de las Administraciones Públicas, las que fundamentan la figura que consideramos» («La profesionalización de la Administración Pública...», cit., pag. 967). El mismo autor apunta otra posible justificación para la libre designación, como es la facilidad que el sistema concede para la provisión y el cese con la mayor discrecionalidad, para garantizar una respuesta rápida y eficaz a las necesidades de los servicios públicos en cada momento. Pero a esta justificación se le pueden oponer serios reparos, como es el riesgo potencial de una extensión del sistema a todos los niveles —también los intermedios y los bajos— de la carrera administrativa, y el peligro que existe de que la asignación de destinos y el cese en los mismos, amparado en la eficacia administrativa, responda en realidad al amiguismo o al revanchismo, dejando a los funcionarios en una situación de grave inseguridad jurídica, pues conceptos como los «intereses del servicio» o «la eficacia administrativa» pueden justificar —hábilmente utilizados— las más variadas medidas en relación con el personal, muchas veces infiscalizables en la práctica.

(13) Así, entiende T. R. Fernández que la arbitrariedad es fruto de la mera voluntad

La atribución de una potestad discrecional nunca comporta para la Administración una exención del sometimiento al Derecho, puesto que toda potestad administrativa existe para el cumplimiento de un fin (un fin de interés general) (14). Por eso, cuando se concede a la Administración un espacio de discrecionalidad, cabrá adoptar muchas soluciones legalmente posibles, pero puede ocurrir que algunas o muchas de ellas aun siendo, en principio, conformes a la ley (que permite a la Administración actuar discrecionalmente), sean contrarias al Ordenamiento Jurídico, que consagra principios como el de justicia e interdicción de la arbitrariedad (15).

Lo que en última instancia diferencia la actuación discrecional de la arbitraria es la motivación de la decisión administrativa. Como ha señalado T. R. Fernández, refiriéndose a uno de los muchos supuestos en los que la discrecionalidad tiene cabida, «la Administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato, el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un transtorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc., etc. Optar por uno o por otro es su derecho pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente

o el puro capricho de los administradores, mientras que, por el contrario, la discrecionalidad cuenta con el respaldo (mayor o menor, mejor o peor) de una fundamentación que la sostiene. Vid. «Arbitrariedad y discrecionalidad», en «Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. G^a de Enterría», Civitas, tomo III, pág. 2298.

(14) En este sentido, afirma T.R. Fernández que «El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a lo que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental». («Arbitrariedad y discrecionalidad», cit., pág. 2300.)

(15) El mismo T. R. Fernández ha señalado en un reciente trabajo que «La Administración puede elegir libremente, cuando la ley le concede margen para ello, una solución concreta entre las varias legalmente posibles. El propio margen creado al efecto por la ley habilitante del poder discrecional hace que todas las soluciones susceptibles de ser imaginadas dentro de él sean, en principio, indiferentes. Pero ¡cuidado con los adjetivos, porque aquí es frecuente resbalar por pura inadvertencia! legalmente indiferentes, no indiferentes jurídicamente, que es cosa muy distinta, como la fórmula dual «Ley y Derecho» subraya expresivamente. Indiferentemente jurídicamente no hay nada a priori en un Estado material de Derecho, que reconoce un orden de valores preexistente y se ordena a su efectiva realización» («De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», Revista Española de Derecho Administrativo —REDA—, núm. 80, pág. 584).

apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto» (16).

La motivación permite comprender la razón lógica de la opción de la Administración por una de las diversas alternativas en juego, y posibilita el control de la adecuación de la actuación administrativa a los fines que deben inspirarla. Si no hay motivación resulta imposible discernir si ha habido arbitrariedad. Ciertamente, motivación suficiente no significa exposición agotadora y minuciosa de todos y cada uno de los factores que se han tenido en cuenta para elegir una vía entre las posibles. Simplemente, se trata de exponer razonablemente la causa de la decisión, de manera que resulte comprensible el porqué de su adopción. Lo que es razonable siempre es motivable.

Con todo, sería absurdo llevar este planteamiento hasta sus más radicales consecuencias. Existen aspectos de la decisión discrecional basados únicamente en planteamientos subjetivos y personalísimos, en los que tratar de sustituir la voluntad administrativa es absurdo. A título de ejemplo, si entre dos personas con un nivel de conocimientos y experiencia profesional equivalente (es decir, con iguales méritos y capacidad) que aspiran a obtener un puesto de libre designación, se selecciona a uno con base en las impresiones subjetivas de quien realiza la elección, este juicio es lógicamente insustituible, porque está basado en argumentos difícilmente racionalizables (la impresión personal, por ejemplo).

En casos como este, la motivación debe limitarse a reflejar la igualdad de méritos de los aspirantes, y el hecho de que se ha elegido a uno de ellos porque quién así lo ha decidido lo consideraba más idóneo. Ahora bien, ese juicio puramente discrecional está basado en una constatación previa como es la igualdad de méritos profesionales de los solicitantes del puesto. Si tal igualdad no existe, y uno de los candidatos tiene un grado de conocimientos y experiencia profesional superior, la Administración está obligada a explicar por qué no ha elegido a este sino a otro (caso de que haya ocurrido así), y si la explicación (la motivación) no es razonable, la decisión administrativa puede ser revisada e incluso sustituida (17)

Ciñéndonos al tema que nos ocupa, esto es, la provisión de destinos por el sistema de libre designación, el ejemplo que se acaba de poner ilustra hasta dónde puede llegar el control de la decisión administrativa: hasta el

(16) "De nuevo sobre el poder discrecional...", cit., págs. 590-591.

(17) Vid. al respecto las reflexiones de T. R. Fernández en «De nuevo sobre el poder discrecional...» cit., págs. 594 y ss. También en «Arbitrariedad y discrecionalidad», cit., págs. 2298 y ss.

límite de lo racionalizable. Es posible anular la atribución de un destino de libre designación si el nombrado es manifiestamente incapaz para su desempeño, o si sus méritos son claramente inferiores a los de otros solicitantes, o si se acredita por cualquier otra causa que la decisión administrativa no ha buscado la mayor eficacia del servicio sino otros objetivos desviados (favorecer al amigo, obstruir la carrera administrativa del contrario, etc); pero a igualdad de méritos la anulación por un Juez de la decisión administrativa situaría al juzgador en un lugar que constitucionalmente no le corresponde, porque implicaría la sustitución de una decisión subjetiva por otra tan subjetiva como la primera, y no necesariamente mejor, o, dicho sea de otra manera, porque el juez abandonaría el ámbito que es propio de su actuación (el de la legalidad) para entrar en otro que sólo a la Administración corresponde (el de la oportunidad). De ahí que, al menos en este concreto aspecto, el control de la actuación de la Administración por los Tribunales deba estar presidido, ante todo, por la prudencia (18).

Es precisamente este margen de discrecionalidad —que los Tribunales deben respetar— lo que permite distinguir la libre designación del concurso de méritos. En este último sistema los méritos están objetivados en baremos, y se reducen al máximo los componentes subjetivos de la decisión. En cambio, en la libre designación la valoración de los méritos es más flexible y en cualquier caso existen, como ya se ha visto, elementos de juicio subjetivos imposibles de reflejar en baremos e infiscalizables en vía jurisdiccional (19).

(18) Como señala Nieto, «el equilibrio social es tarea de cada día y cada día una tarea diferente. En el ejercicio de un arte tan difícil, los Tribunales han de ser conscientes de la estrechez del canal por donde discurren: entre la peña Sibyla de una tolerancia excesiva de los abusos del Poder a quien ninguna norma sujeta y la Carybdis de un control excesivo de lo que corresponde irrenunciablemente a la Administración. El control de la legalidad —y, en este caso, de los intereses generales— es el fiel de la balanza de la arbitrariedad administrativa y la arbitrariedad judicial. Hay que dar al César lo que es del César y ponderar con un adecuado judicial restraint la enorme libertad que los Tribunales han adquirido desde el día en que se decidieron a abandonar su tradicional función de fonógrafos repetitivos de la ley» («La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en «Estudios sobre la Constitución Española», cit., tomo III, pág. 2253). Sobre los «excesos de la judicialización» vid. Muñoz Machado, S.: «La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración» en «Estudios sobre la Constitución Española» cit., tomo III, págs. 2763 y ss.; Embid Irujo, A.: «La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana», Revista de Administración Pública (RAP), núm. 115, págs. 418 y ss.

(19) Ahora bien, en actos administrativos discrecionales como son los nombramientos por el sistema de libre designación, la determinación de hasta dónde puede llegar el control jurisdiccional es algo que no compete a la Administración sino a los propios Tribunales. Como ha señalado García de Enterría, «Cuáles son los límites entre la respon-

IV. LOS ARTÍCULOS 23.2 Y 103.3 DE LA CONSTITUCIÓN: SU INCIDENCIA EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

El art. 23.2 de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A su vez, el art. 103.3 dispone que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente la conexión directa que existe entre ambos artículos, de manera que, como señala García Trevijano, «aun cuando los principios de mérito y capacidad estén formulados en el art. 103.3 de la Constitución (no susceptible, en sí mismo, como se dice, de amparo constitucional), la interpretación sistemática de ambos preceptos y su necesaria relación recíproca permiten entender que el art. 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad» (20).

El problema que tenemos que plantearnos en este momento es si dichos principios —mérito y capacidad— operan sólo en el momento del ingreso en la función pública, o, además, inciden sobre el desarrollo ulterior de la carrera administrativa, y, por tanto, sobre la provisión de destinos de los funcionarios públicos.

sabilidad política propia de los Poderes administrativos y el Derecho que se constituye en límite del ejercicio de dichos poderes, es una respuesta que corresponde al Derecho Administrativo. Mejor aún: ese límite es el Derecho Administrativo, es justamente su función y su contenido. No hay otra solución. No cabría diseñar analíticamente una frontera entre Derecho y Política, un límite con dientes, con entradas, con salientes; ese límite es, simplemente, el Derecho. Siempre que sea posible hacer la censura jurídica en nombre del Derecho... a una determinada actuación administrativa, el Juez estará actuando en su ámbito constitucional propio, donde no sólo puede, sino que debe hacerlo. Dejará de actuar en ese ámbito, y por tanto no actuará válidamente si lo que hace es una censura política, una censura de oportunidad» («Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el Derecho español», REDA, núm. 59, pág. 336).

(20) «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», RAP 121, págs. 249-250. Sobre el art. 23.2 de la Constitución cabe destacar el estudio de Pulido Quecedo, M., «El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución», Civitas, 1992. Vid. los trabajos de López Pellicer y Urganga Cogollos en las XI jornadas de estudio del Servicio Jurídico del Estado (editadas por el Ministerio de Justicia), dedicadas al principio de igualdad en la Constitución Española. También son de gran interés las ponencias y comunicaciones presentadas por Beato Espejo, Carrasco Canals, Fernández Castro y López Frías en las XIII jornadas de estudio, dedicadas a los derechos fundamentales y libertades públicas, con un completo análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 23.2 en relación con el art. 103.3.

Pues bien, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en diversas sentencias (21), de las que podemos extraer las siguientes conclusiones:

— El principio de igualdad debe ser observado no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas sino también a lo largo de la duración de la relación funcional, siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso, y, entre ellos, a los relativos a la provisión de los puestos de trabajo.

— Consecuencia de ello es que las convocatorias de concursos y oposiciones deben establecerse en términos generales y abstractos, y no mediante referencias concretas e individualizadas, siendo inaceptable que se produzcan acepciones o pretericiones «ad personam» en el acceso a las funciones públicas.

— De este modo, se garantiza el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, igualmente consagrado en el art. 103.3 de la Constitución.

— Ahora bien, no debe ignorarse la distinta consideración que merecen, de una parte el acceso a la función pública, y de otra el desarrollo de la carrera administrativa, y por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada uno de ellos operan los principios de mérito y capacidad.

— En efecto, siendo el derecho reconocido en el art. 23.2 de configuración legal, puede la Administración legítimamente, dentro de los concursos para la provisión de vacantes entre personas que hayan accedido a la función pública, tener en cuenta otros criterios distintos, que no guarden relación con estos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales.

— Así, dada la variedad de Administraciones, de las tareas a desarrollar y de las circunstancias de los puestos de trabajo, no resulta irrazonable sino incluso fácilmente comprensible la multiplicidad de procedimientos para la provisión de puestos de trabajo.

— No obstante, el margen de actuación de que disponen las Administraciones Públicas a estos efectos no puede convertirse en arbitrariedad, pues los límites jurídicos generales y los concretos que en cada caso se establezcan siguen en estos casos encuadrando la acción administrativa.

La jurisprudencia del Alto Tribunal permite concluir, en palabras de Beato Espejo, que «se deja, por tanto, a la discrecionalidad de la Adminis-

(21) Así, la STC 207/88 de 8 de noviembre, la 192/91 de 14 de octubre, o la 200/91, de 28 de octubre, entre otras.

tración la utilización de la técnica de selección más adecuada para determinar la persona idónea para el mejor desempeño de las tareas que comprende el puesto de trabajo que se convoca» (22). Ahora bien, con observancia en todo caso de los principios de mérito y capacidad, pues, como señala López Frías, «únicamente con esa forma de actuar queda garantizado el cumplimiento de los fines que el art. 103.1 de la Constitución impone a la Administración Pública: servir con objetividad los intereses generales y actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (23)..

Ciertamente, el mismo Tribunal Constitucional puntualiza que los principios de mérito y capacidad juegan de distinta manera en el momento del ingreso, y en el posterior desarrollo de la carrera administrativa, de tal modo que durante el transcurso de esta última pueden experimentar diversas modulaciones. Ahora bien, esas modulaciones se justifican en atención a la salvaguardia y protección de otros bienes constitucionales, como, vgr., la eficacia en el actuar de los servicios públicos.

En este sentido, no puede perderse de vista que la Constitución garantiza expresamente valores como la profesionalidad y la neutralidad política de los funcionarios públicos, los cuales pueden resultar seriamente afectados si los sistemas de provisión de vacantes no se articulan de modo objetivo y reglado. Por ello, la libre designación, en cuanto constituye una excepción, al menos potencial, a la rigurosa observancia del mérito y la capacidad en la asignación de puestos de trabajo (al permitir la apreciación de factores subjetivos y personales), debe constituir una excepción en el sistema globalmente considerado, de manera que la generalidad de las vacantes se cubran mediante sistemas objetivos, como la antigüedad o el concurso de méritos, pues sólo de este modo podrá garantizarse que cada puesto sea ocupado por la persona más capacitada, asegurándose por consiguiente la eficacia de la actividad administrativa a que se refiere el art. 103.1 de la Norma Fundamental.

Dicho sea de otro modo, el distinto papel de los principios de mérito y capacidad, en el momento del ingreso, y en el desarrollo posterior de la carrera administrativa, permite en determinados y excepcionales supuestos dar entrada a consideraciones subjetivas, mediante la asignación de destinos por el sistema de libre designación. Pero fuera de estos supuestos, la

(22) "La imparcialidad de los funcionarios públicos, dimanante del derecho al acceso con igualdad. Garantías jurídicas», en las XIII jornadas de estudio, cit., vol. II, pág. 1669.

(23) "El derecho de acceso a las funciones y cargos públicos», en las XIII jornadas de estudio, cit., vol. II, pág. 1619.

extensión incondicionada de la libre designación, en cuanto compromete la neutralidad y la profesionalidad de los funcionarios, así como su seguridad jurídica (y en última instancia, la eficacia de los servicios públicos), resulta claramente inconstitucional.

¿Y cuáles son esos supuestos excepcionales en los que resulta constitucionalmente legítimo recurrir al sistema de libre designación? Únicamente aquellos en los que la eficacia de la actuación administrativa exija la utilización de sistemas de provisión de vacantes que garanticen una cierta identificación personal entre las Autoridades políticas y los funcionarios, circunstancia que —como antes se señaló— sólo cabe apreciar respecto de los funcionarios que trabajan en más estrecho contacto con ellas (24). [Si los criterios que han de tomarse en consideración son exclusivamente de carácter técnico, profesional o científico, la libre designación carece de sentido, siendo el procedimiento adecuado el concurso de méritos (25)]. Se opone, pues, a la caracterización jurídico-constitucional de la Administración Pública y del personal que la sirve, la extensión de la libre designación, fuera del nivel de los altos funcionarios, a los demás puestos de la estructura administrativa.

Esta es una conclusión sostenida por la doctrina mayoritaria, que ha criticado reiteradamente la extensión de la libre designación fuera del ámbito que le es propio. Ya lo hacía antes de la promulgación de la Constitución (26), y los pronunciamientos al respecto se han incrementado posteriormente, a raíz de la aprobación de las normas de provisión de destinos contenidas en la ley 30/84 (reformadas por la ley 23/88). Es justamente uno de los aspectos más discutidos de la reforma de la función pública introducida por dichas leyes la generalización de dicho sistema hasta extremos incompatibles con los postulados esenciales de la carrera administrativa (27).

(24) Así lo entiende Beato Espejo, para quien «la libre designación se fundamenta en el vínculo de relación que existe entre los puestos de más alto nivel de la jerarquía administrativa y el órgano político con quien comparte, sin duda, responsabilidades de gobierno; así como en la de aquellos otros que, en una relación permanente y cotidiana, se fija un principio de confianza mutua» (La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas; REDA, núm. 56, pág. 611).

(25) Vid. las consideraciones al respecto de López Pellicer, J. A., en «El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo», en las XI jornadas de estudio, cit., vol. II, págs. 1443-1444.

(26) González Haba y Álvarez Rico escribían en 1975: «Por ello, nosotros rechazamos el creciente expansionismo de la libre designación, que está haciendo quebrar en sus mismos cimientos el armazón de la promoción funcional» («La carrera administrativa»; DA, núm. 164, págs. 122-123).

(27) Además de las obras que se acaban de citar, vid. Fernández, T. R.: «La ley de

También los Tribunales de Justicia vienen sosteniendo reiteradamente que los destinos de libre designación son de carácter excepcional, que no conforman un ámbito excluido del control jurisdiccional, y que para ellos también rigen los principios de mérito y capacidad. Por lo acertado de sus planteamientos, conviene resaltar en este momento una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala de lo contencioso-administrativo), de 12 de junio de 1992 (ponente, Sr. Moscoso Torres) que resume con gran rigor y acierto la jurisprudencia sobre el tema. El objeto del recurso era, por un lado, la legalidad de un Decreto del Gobierno autonómico de Canarias por el que se modificaba la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Presidencia, estableciéndose la provisión, mediante el sistema de libre designación, de un puesto de trabajo de Administrativo, seis de Jefe de negociado, y cuatro de Subinspector; y por otro, la asignación de uno de tales puestos de trabajo mediante aquel sistema. Así pues, se discutía tanto la cobertura de los puestos mediante libre designación, como la concreta asignación a un funcionario de uno de dichos puestos. Pues bien, la sentencia comienza sus fundamentos de Derecho analizando esta última cuestión, y dice al respecto lo siguiente:

— «Es consustancial al sistema de libre designación un cierto margen de discrecionalidad para decidir el nombramiento del funcionario que deba cubrir el puesto convocado, estribando en este aspecto la diferencia esencial entre dicho sistema y el concurso de méritos, que es objetivo y estrictamente tasado».

— «En tal sistema, la Administración es libre de designar al candidato que estime más conveniente entre los que hayan concurrido y cumplan los requisitos indispensables para ocupar el puesto siempre que ostenten méritos más o menos similares, pero dicha discrecionalidad se convierte en pura arbitrariedad cuando de forma ostensible y manifiesta el candidato postergado cuenta con méritos superiores, en número y calidad, a los del funcionario designado».

En este punto, la sentencia, después de analizar los méritos de la recurrente y del funcionario adjudicatario del puesto, concluyó que venían a ser

medidas de reforma de la función pública: su incidencia en la estructuración de las Comunidades Autónomas» en «Jornadas de estudio sobre Administración y función pública en el Estado autonómico», Instituto Vasco de Administración Pública, pág. 37; Parada Vázquez, R.: «Derecho Administrativo (II, organización y empleo público), Ed. Marcial Pons, 4.ª edición, págs. 398-399; Suay Rincón, J.: «La reforma de la función pública. Su impacto sobre la burocracia española», REDA, núm. 56, pág. 521. Sobre los excesos y distorsiones que ha producido en la práctica la generalización de la libre designación vid. Cádiz Deleito, op. cit., pág. 108.

similares, y que, no pudiéndose realizar una rígida confrontación entre unos y otros méritos (como sería lo propio de un concurso), debía concluirse que la Administración había hecho un uso razonable de su discrecionalidad.

Sin embargo, a continuación se planteó la Sala la otra cuestión debatida, esto es, si aquellos puestos tenían las características que posibilitaban su cobertura mediante el sistema de libre designación, señalando al respecto lo siguiente:

— «El sistema de libre designación constituye un mecanismo o procedimiento excepcional para la provisión de puestos de trabajo, frente al normal constituido por el concurso de méritos; y al constituir aquel un sistema de excepción se encuentra sujeto, como es obvio, a unas limitaciones que no son aplicables al concurso de méritos; ciertamente, la Administración, al efectuar las relaciones de puestos de trabajo, tiene un gran margen de discrecionalidad, en virtud de las facultades de autoorganización que le corresponden, para elegir uno u otro sistema de cobertura, pero esa potestad discrecional tiene que estar guiada por el interés público y, además y en este campo concreto, por los principios de eficacia, coordinación y demás que cita el art. 103.1 CE, así como por los principios de mérito y capacidad, teniendo que ajustarse también en su actuación y en su elección al respeto a las disposiciones legales de aplicación, actuación que es plenamente controlable a través de las técnicas de revisión de la discrecionalidad, por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues lo contrario vulneraría lo dispuesto en el art. 106 CE».

— «El carácter excepcional del sistema de libre designación comporta una serie de limitaciones con respecto al concurso de méritos. La primera viene representada por la imposibilidad de cubrir por ese sistema la totalidad o la mayor parte de los puestos de trabajo correspondientes a cualquier cuerpo, escala, clase o categoría de funcionarios de un determinado Departamento u Organismo, pues en tal caso se haría de la excepción el sistema general frente al normal de provisión por concurso».

— «Además, tal carácter excepcional reclama una motivación suficiente que justifique la elección de este sistema singular por las peculiaridades del puesto concreto a cubrir en atención a la naturaleza de sus funciones...motivación que resulta más obligada, si cabe, en aquellos casos en que objetivamente no aparece ninguna circunstancia singular —como puede ser el carácter directivo o de confianza, o la especial responsabilidad— en el puesto de trabajo a proveer. En otro caso y a falta de motivación, la actuación de la Administración al respecto puede ser el fruto de un

puro voluntarismo administrativo carente de justificación razonable y fundado sólo en un amplísimo margen de discrecionalidad, entendida esta de forma errónea y distorsionada»

Sentadas estas consideraciones de carácter general, la sentencia pasó al análisis de los concretos puestos de trabajo cuya provisión mediante el sistema de libre designación se discutía, concluyendo que no existían razones que pudieran amparar la aplicación de dicho sistema:

— «Todos los puestos de subinspectores que se incluyen en la relación —cuatro— tienen asignada como forma de provisión la de libre designación, con lo cual se establece para esta clase y categoría de puestos dicho sistema como normal cuando es excepcional... pero es que además las funciones asignadas a tales puestos... no parece que sean de las que exijan o puedan dar lugar a esa forma de provisión, pues ni son de carácter directivo ni implican una especial responsabilidad en su desempeño, sin que tampoco... se haya ofrecido alguna motivación o justificación suficiente de por qué esos puestos de trabajo deben ser provistos por ese sistema singular, y como no se adivina ninguna causa para ello, hay que entender que la elección de esa forma de provisión para esos puestos no se ajusta a los requisitos legalmente exigidos e infringe el Ordenamiento jurídico. Dicha elección no puede estar justificada en la discrecionalidad o en las facultades de autoorganización que corresponden a la Administración, pues, como también se ha señalado, esa discrecionalidad no puede confundirse con un puro voluntarismo inmotivado y está sujeta a revisión jurisdiccional».

Similares consideraciones se realizan en la sentencia respecto de los demás puestos, insistiendo la Sala en que no se aprecia en ellos una especial responsabilidad o circunstancias singulares que permitan su provisión por tal sistema. En consecuencia con lo expuesto, el fallo estima el recurso, anulando la forma de provisión de los puestos de trabajo discutidos mediante el sistema de libre designación.

La claridad de los razonamientos de la sentencia que se acaba de resumir exime de hacer comentarios sobre la misma. Únicamente cabe insistir, a modo de conclusión, en que el sistema de libre designación es excepcional, que sólo se puede acudir a él cuando hay razones que lo justifican, y que tales razones deben ser acreditadas, pudiendo todo ello ser controlado en vía jurisdiccional.

V. LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN DE LA CARRERA MILITAR
Y SU REPERCUSIÓN NORMATIVA DE PROVISIÓN DE DESTINOS

Todas las consideraciones anteriormente expuestas han girado en torno a las nociones de «Administración Pública» y «Funcionario público», lo que plantea el problema de su posible aplicación a las Fuerzas Armadas y al personal militar profesional, toda vez que en los últimos tiempos ha habido un sector doctrinal que ha negado a las Fuerzas Armadas el carácter de Administración Pública y a los militares la condición de funcionarios. Este sector doctrinal califica a las Fuerzas Armadas como «Institución» y caracteriza el estatuto profesional militar como un estatuto con sustantividad propia, cualitativamente diferente del de los funcionarios civiles (28).

Lo cierto es que en quienes defienden la caracterización «institucional» de las Fuerzas Armadas y niegan a los militares la condición de funcionarios no se advierten razonamientos convincentes. Los autores que sostienen esta tesis niegan el carácter administrativo de los Ejércitos pero no van más allá en su argumentación, y se muestran incapaces de dar contenido positivo a esa configuración institucional. Como ha señalado López Ramón respecto de las teorías institucionalistas, «sostener, pues, en la actualidad, que las Fuerzas Armadas son una Institución no constituye una operación interesante bajo una perspectiva jurídica. No hay consecuencias, el concepto no sirve para identificar un determinado régimen jurídico, por más que sea útil para comprender una realidad» (29). Más bien parece que cuando se trata de desmarcar a los Ejércitos de la Administración Pública se acude no tanto a razonamientos técnico-jurídicos cuanto a consideraciones de carácter sociológico (30). Actualmente muy pocos sostienen, como hacía

(28) Es de obligada referencia al respecto la obra de López Ramón «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», Ed. Centro de Estudios Constitucionales, así como el estudio del mismo autor «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas» en «Estudios sobre la Constitución española...», cit., tomo III, págs. 2547 y ss. Ambos trabajos resumen la bibliografía existente sobre el tema. Ultimamente, e insistiendo sobre la consideración «institucional» de las Fuerzas Armadas, Parada Vázquez, R.: «Toque de silencio por la Justicia Militar», RAP, núm. 127, págs. 35 y ss.

(29) «Principios de la ordenación...», cit., pág. 2571.

(30) No hay duda de que, si seguimos la conocida dialéctica «Institución-ocupación» según la teorización de Charles C. Moskos, las Fuerzas Armadas reúnen las características que permiten identificar una institución. Pero esa caracterización institucional se define con arreglo a criterios sociológicos, que son muy útiles para comprender lo que son los Ejércitos, pero que carecen de virtualidad para definir y dar contenido a un régimen jurídico propio y autónomo. Vid. al respecto la recopilación de artículos editada por el Ministerio de Defensa con el título «Lo militar: ¿Más que una profesión?», con

Querol en sus «Principios de Derecho Militar Español», que el Derecho Militar tenga independencia científica y sustantividad propia (31).

Lo mismo ocurre con quienes rechazan la inclusión de los militares entre los funcionarios (32), o dicen, más modestamente, que los militares son funcionarios pero también «algo más» que funcionarios. Nuevamente, no hay desarrollos ulteriores para afirmaciones de este tipo, no se sabe en qué consiste ese «algo distinto» o ese «algo más» (33). Una vez más, parece que los militares que rechazan ser considerados como funcionarios no lo hacen desde planteamientos jurídicos, sino con base en consideraciones más bien emotivas, tratando de identificar un «estilo de vida militar» en el que no tienen cabida los perfiles desfavorables que suelen asociarse a la palabra «funcionario» (la rutina, el papeleo, etc.) (34).

interesantes estudios del propio Charles C. Moskos y Frank R. Wood, entre otros, y una reflexión sobre el caso de las Fuerzas Armadas Españolas a cargo de Carlos Gil Muñoz.

(31) Querol y Durán, F.: «Principios de Derecho Militar español», Ed. Naval, tomo I, págs. 18-21. Frente a la obsesión de algunos por buscar justificaciones para la autonomía científica de sus disciplinas, conviene recordar unas conocidas palabras de Carnelutti: «La indicada división del Derecho civil, comercial, penal, administrativo, etc., se resuelve desgraciadamente en una restricción arbitraria del material experimental. No hace falta más para entender que si dentro de ciertos límites son inevitables, estas divisiones representan una de las mayores flaquezas de la ciencia... por desdicha, en las provincias de la ciencia se forma, no tanto el amor que sería un bien, como los celos de campanario; pero no hay que pretender de los hombres cultos más de lo que pueden dar («Metodología del Derecho», Ed. UTEHA, págs. 34-35).

(32) Recientemente afirmaba el Teniente General Gutiérrez Mellado en una entrevista: «Consideraría un error tratar a los militares como si fueran funcionarios. Nosotros tenemos que vivir y trabajar arropados por una determinada simbología. Dentro de las Unidades tiene que haber ilusión, algo de fantasía. Ser militar es diferente a ser funcionario de cualquier ministerio, dicho esto con el mayor respeto para estos últimos» (Revista española de Defensa, julio-agosto 1992, pág. 51)

(33) Así, Quiroga Abarca escribe que el militar es «un funcionario del Estado, pero también algo más» («La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial», Ed. Montecorvo, pág. 62), pero no desarrolla esta afirmación, que queda, por tanto, sin contenido.

(34) El elevado concepto que los militares tienen de la vida castrense hace difícil compaginar el estatuto militar con un concepto, «funcionario», que suele asociarse a la expresión «burócrata», teniendo ambas palabras (funcionario y burócrata) un significado emotivo fuertemente desfavorable en el sentir social. Como señala Nieto («La burocracia», cit., págs. 30-31), «resulta muy significativo que los primeros escritos sobre la burocracia sean puros juicios de valor, que se expresan en apóstrofes indignados sobre lo que se califica apriorísticamente de un mal: Actitud que aun se mantiene en el nivel de la opinión del hombre de la calle. En el lenguaje ordinario y en el político, la Burocracia es sencillamente un mal, una enfermedad, una degeneración». No es por ello de extrañar que los militares se nieguen a ser calificados como funcionarios y, de forma mediata, a ser incluidos entre los burócratas.

Sin embargo, actualmente no existen las dificultades que antes se planteaban para delimitar qué servidores públicos podían ser incluidos entre el colectivo funcional (35), y, por encima de consideraciones emotivas, existe un significado técnico— jurídico de la palabra «funcionario» (persona incorporada a la Administración por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo) en el que encaja sin problemas el personal militar profesional (36), por lo que no existe hoy en día ningún inconveniente, a la vista de nuestro Derecho positivo, para englobar dentro de los funcionarios a los militares profesionales.

Así lo ha entendido el mismo Tribunal Constitucional, el cual, en la sentencia n.º 60/91 de 14 de marzo, dice que «no es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho Militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa»; en la sentencia 123/88 de 23 de junio puntualiza que «las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen...su carácter de Administración Pública», y en otras sentencias (por ejemplo, la n.º 116/87 de 7 de julio) se refiere reiteradamente a los militares profesionales con la expresión «funcionarios militares».

Consecuencia de lo dicho es la plena aplicabilidad de los arts. 23 y 103 de la Constitución al ingreso en las Fuerzas Armadas y a la carrera militar, que habrá de desarrollarse en todo caso con arreglo a los tantas veces citados principios de mérito y capacidad. Por eso, no pueden compartirse las reticencias que expresa Pulido Quecedo hacia la plena aplicabilidad del art. 23.2 CE al personal militar profesional (37). Este autor

(35) Dificultades a las que hacía referencia Guaita en el desarrollo de la voz «funcionario», Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, tomo X, págs. 496 y ss.

(36) Obviamente, como señala Balado, «el hecho de que hablemos abiertamente, sin temor a errar, de funcionarios militares no implica que no puedan reconocerse peculiaridades que reclamen un diferente tratamiento jurídico, si bien dentro de unos principios y normas que han de regir con generalidad el funcionamiento de las Administraciones Públicas y el estatuto de sus funcionarios» («El acceso a la función militar», en las XIII jornadas de estudio, cit., vol. II, pág. 1642). La caracterización de los militares como funcionarios públicos no es algo reciente, al contrario, cuenta con una sólida tradición. En el siglo XIX, José Almirante, en su célebre «Diccionario Militar» (recientemente reeditado por el Ministerio de Defensa) decía expresamente (voz «funcionario») que «el militar constituye una subdivisión del funcionario público» (pág. 492). Más adelante, De No Louis (voz «ejército», NEJ, tomo VIII, 1956, pág. 151) al referirse a los derechos administrativos del militar, comienza su exposición diciendo: «El militar profesional tiene indudablemente, de acuerdo con el concepto legal que del funcionario da nuestro Código Penal, tal carácter por su participación en el desempeño de la función pública de la Defensa Nacional, una de las más importantes del Estado»

(37) «El acceso a los cargos y funciones públicas» cit., págs. 384 y ss.

parece aceptar la necesidad de respetar los principios de mérito y capacidad en lo relativo al ingreso en la Enseñanza Militar, pero discute su extensión a la carrera militar propiamente dicha; postura sorprendente, más aún si se tiene en cuenta que el autor que analizamos se muestra partidario de la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas como Administración Pública. La justificación de esta tesis se encuentra, en opinión de Pulido, en que «el hecho de que se caracterice a las Fuerzas Armadas como Administración del Estado no debe hacernos olvidar la especial naturaleza de las Fuerzas Armadas y la especial relevancia que determinados valores como el honor profesional o el principio de jerarquía tienen en el seno de las mismas» (38). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional permite concluir no sólo que los principios de mérito y capacidad deben estar presentes en el desarrollo de la carrera militar, sino que, más aún, la necesidad de su salvaguardia es, en las Fuerzas Armadas, todavía más intensa que en la función pública civil.

Recordemos, a estos efectos, que el art. 23.2 en relación con el 103.3 de la Constitución quiere garantizar ante todo la profesionalidad de la función pública. Hemos visto también como un sistema de función pública se desprofesionaliza en la medida que se politiza (se orienta hacia el clientelismo político). De ahí que la profesionalidad se encuentre siempre ligada a la neutralidad política, y que se afirme que una función pública tanto más profesional es cuanto más preparada se encuentra para servir eficazmente a un Gobierno, cualquiera que sea la ideología de este.

Pues bien, principios como los de profesionalidad, neutralidad política y eficacia son esenciales en la vertebración de las Fuerzas Armadas, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en una línea reiterada de jurisprudencia.

Ya en una de sus primeras sentencias relacionadas con las Fuerzas Armadas, la nº 51/81 de 20 de junio, decía el Alto Tribunal que «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida que en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial» (39). Posteriormente, en el

(38) Op. cit., pág. 387.

(39) La teoría de las relaciones de sujeción especial, introducida en España por Gallego Anabitarte, ha sido objeto de un reciente y completo estudio, desde la perspectiva

Auto n.º 375/83 de 30 de julio, leemos: «no puede haber duda que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la C.E., representa un interés de singular relevancia en el Orden Constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines». En el mismo sentido, la sentencia n.º 97/85 de 29 de julio, señala que «Las Fuerzas Armadas... necesitan imperiosamente para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración», y que «la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines». Ese papel crucial de la unidad en la organización militar viene nuevamente resaltado en la sentencia n.º 180/85 de 9 de diciembre. Una vez más, la sentencia n.º 16/87 de 27 de octubre insiste en la relevancia constitucional que tiene garantizar el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas, diciendo que estas «deben estar en todo momento en condiciones de cumplir sus cometidos militares». Por otra parte, la sentencia n.º 101/91 de 13 de mayo, con cita de sentencias anteriores, señala que el principio de neutralidad política, «al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas».

Estas sentencias, y otras muchas de similar contenido, insisten, por un lado, en subrayar la importancia de valores y principios como la unidad y la neutralidad política (40), los cuales justifican la limitación de algunos derechos fundamentales de los militares; pero, por otro lado, recuerdan que esas limitaciones de derechos no son ni pueden ser absolutas o incondicionadas, y únicamente tienen justificación cuando se basan en la necesidad de salvaguardar los altos fines que la Constitución encomienda a los Ejércitos.

En consecuencia, siendo elementos esenciales en la organización de las Fuerzas Armadas la profesionalidad y la neutralidad política, así como la unidad, es evidente que deberá eliminarse (con mayor énfasis aún que en

constitucional, por Ricardo García Macho («Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española», Ed. Tecnos), el cual hace abundantes referencias a las Fuerzas Armadas y al personal militar profesional.

(40) Vid. al respecto las consideraciones de Casado Burbano, P., en «Iniciación al Derecho Constitucional Militar», EDESA, págs. 121 y ss. También los trabajos de López Ramón antes citados contienen reflexiones de gran interés sobre el principio de neutralidad política y profesionalidad. Las limitaciones de los derechos fundamentales de los militares fueron analizadas por diversos autores en las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense en 1984, editadas por el Ministerio de Educación y Ciencia bajo el título «Libertades públicas y Fuerzas Armadas».

la función pública civil) del Ordenamiento jurídico militar cualquier norma que pueda dar pie al clientelismo político o el amiguismo en la asignación de vacantes, no sólo por la desprofesionalización y la politización que ello conllevaría, sino por su negativa influencia en la unidad y el compañerismo de los militares. La rigurosa aplicación de los principios de mérito y capacidad de los arts. 23 y 103 CE, no sólo no es perjudicial para las misiones de las Fuerzas Armadas, sino que, al contrario, sólo puede reportar beneficios para las Fuerzas Armadas y para la sociedad, que tendrá la garantía de unos Ejércitos despolitizados, profesionales y eficaces. De ahí que no pueda ampararse una limitación de la plena aplicabilidad del art. 23.2 CE en una supuesta incompatibilidad con los «altos fines» que la Norma Suprema encomienda a las Fuerzas Armadas.

¿Qué influencia puede tener este planteamiento en la normativa de provisión de destinos del personal militar profesional? Desde el momento que la neutralidad política y la profesionalidad son principios básicos del estatuto militar, es evidente que deben restringirse al máximo los instrumentos de asignación de destinos, como la libre designación, que siquiera sea de modo potencial, puedan dar entrada al «amiguismo» en la provisión de vacantes. Por esta razón, todos los destinos correspondientes a los empleos bajos e intermedios (salvo casos excepcionales y justificados) deberían ser provistos por los sistemas de antigüedad o concurso de méritos, y en los empleos más altos de la carrera militar la libre designación no tiene por qué ser el sistema general, sino una posibilidad de la que podrá hacerse uso cuando las especiales características del puesto exijan la relación de confianza que es la base de este sistema.

Puede alegarse, en contra de este razonamiento, que la «tradicional discrecionalidad» del Derecho Militar permite y ampara la extensión de la libre designación a más supuestos que los previstos en la función pública civil. Ningún reparo se puede poner a esta objeción en circunstancias de grave anormalidad (vgr., de conflicto bélico), en las que el Mando militar no debe ser sometido a la necesidad de observar determinadas formalidades para cubrir destinos, siendo lógico que en tales casos exista en esta materia una mayor flexibilidad (41). Pero en circunstancias de normalidad no hay

(41) Afirma, en este sentido, Hernández Orozco que en circunstancias de normalidad «la necesidad de exclusión del control jurisdiccional sería mínima», mientras que en circunstancias de anormalidad «el mando militar no parece pueda ser sometido en decisiones de esta especie a control alguno» («Notas sobre el artículo 40, apartado d), de la ley de lo contencioso administrativo», Revista española de Derecho Militar, núm. 14, pág.78).

razones convincentes para justificar una mayor discrecionalidad en la asignación de vacantes para el personal militar, con mayor motivo si se tiene en cuenta la cada vez mayor convergencia entre instituciones civiles y militares (42), que se traduce en una progresiva equiparación de las garantías jurídicas de que disfruta el personal de una y otra clase.

En este sentido, conviene recordar que la extensión de las garantías jurídicas no tiene por qué perjudicar al prestigio o la autoridad del Mando (que según algunos queda comprometida o menoscabada si se permite a los Tribunales revisar su decisión sobre la adjudicación de una vacante). Como ha señalado Trillo Figueroa, «ni la jerarquía ni la disciplina quedan deterioradas por su conjunción exacta con la justicia; muy al contrario, aquellas resplandecerán con su valor auténtico cuando estén contundentemente armonizadas con la segunda» (43).

VI. LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LA LEY 17/89 Y EN SU NORMATIVA DE DESARROLLO

La ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional (44), establece en los arts. 72 a 80 las normas de provisión de destinos. El art. 73 señala que los destinos, según su forma de asignación, son de libre designación, de concurso de méritos, y de provisión por antigüedad. Los destinos de libre designación se definen como aquellos «para los que se precisan condiciones personales de idoneidad que valora la autoridad facultada para concederlos». A su vez, los destinos de concurso de méritos son «aquellos que se asignan evaluando los méritos que se posean en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto». Finalmente, los destinos de antigüedad son «los que se asignan por el orden de escalafón de los interesados que cumplan los requisitos exigidos para el puesto».

Ya en una primera aproximación cabe resaltar que la ley no hace mención alguna a la «confianza personal» que es el fundamento último de la libre designación. Destaca también la vaguedad y excesiva amplitud de la

(42) Vid. al respecto, además del estudio de Charles C. Moskos antes citado, la célebre obra de Morris Janowitz «El soldado profesional», ed. Ministerio de Defensa, 1990, con una interesante introducción, relativa a la situación española, de Carlos Gil Muñoz.

(43) «Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa», REDA núm. 20, pág.31.

(44) Vid. Rodríguez-Villasante, J. L.: «La ley 17/89 de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional», REDM, núm. 54, págs. 167 y ss.

definición de los destinos de libre designación, pues en la mayor parte de las vacantes de cierta entidad puede argumentarse la necesidad o conveniencia de que quien las ocupe posea «condiciones personales de idoneidad», abriéndose de este modo la puerta a una generalización desmedida de la libre designación para las vacantes más interesantes o atractivas, de manera que queden reducidos los demás sistemas a los destinos de nivel inferior, rutinarios o de gestión burocrática. En un sistema de provisión de destinos coherente, lo lógico es que las vacantes que exijan «condiciones personales de idoneidad» se cubran mediante el sistema de concurso de méritos, a través del cual se puede acreditar y valorar de modo objetivo la concurrencia de tales condiciones personales en los aspirantes. Sin embargo, tal como está redactada la definición legal de la libre designación, el efecto que sin duda se va a producir (de hecho, como más adelante se verá, ya se está produciendo) es el desuso del concurso de méritos y el abuso de la libre designación, al ocupar este último sistema el espacio que naturalmente correspondería al primero.

Además, la ley no restringe la libre designación a los destinos correspondientes a los empleos más altos de la carrera militar, sino que, sin distinguir entre circunstancias de normalidad y anormalidad, permite en su art. 74.1 extender el sistema a todos los empleos, incluso los más bajos, sin establecer ningún tipo de previsión en el sentido de que en los empleos bajos o intermedios la libre designación sea un sistema excepcional y restringido a destinos muy concretos y específicos. De este modo, se refuerza la posibilidad de cubrir por libre designación cualquier vacante (45).

Pero más aún, el art. 74.2 señala que «los destinos que deban cubrirse mediante el procedimiento de libre designación podrán otorgarse sin publicación previa de la vacante correspondiente». Este fue uno de los extremos más debatidos durante la tramitación parlamentaria de la «Ley de la función militar». Con ocasión de la discusión del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario «Minoría Catala-

(45) Durante la tramitación parlamentaria de la ley, el Grupo Parlamentario del CDS presentó una enmienda tendente a eliminar la libre designación en la elección del profesorado de los Centros docentes militares, señalando su portavoz en el Senado, Martínez Sospedra, que el profesorado debía ser reclutado siempre mediante procedimientos de mérito y capacidad y no mediante la libre designación. En la misma sesión, el portavoz de Izquierda Unida, Romero, pidió la limitación de la libre designación a los empleos de Teniente General, y de General de División o de Brigada para el mando de las grandes Unidades. Pero tales enmiendas fueron rechazadas por el Grupo Socialista, cuya portavoz, García Moreno, argumentó que la libre designación no es incompatible con el mérito y la capacidad. Vid. Diario de sesiones del Senado, 28 de junio de 1989, núm. 126.

na», a través de su portavoz, De Salas Moreno, solicitó expresamente la supresión de este número. Por su parte, el portavoz del CDS, Cavero Lataillade, pidió que la libre designación sin publicación previa de la vacante estuviera condicionada a circunstancias extraordinarias y justificadas que exigiesen esta forma de proceder, y en el mismo sentido se pronunció el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, Trillo y López-Mancisidor, el cual propuso que se estableciera la obligatoriedad de expresar las razones excepcionales o de urgencia por las que se hubieran adjudicado destinos sin previa publicación. Sin embargo, las correspondientes enmiendas no fueron aceptadas por el Grupo Parlamentario Socialista, pronunciando su portavoz, Busquets i Bragulat, unas palabras que conviene transcribir por el interés que tienen en relación con la correcta interpretación de este artículo:

«...otros grupos parlamentarios insisten en su preocupación cuando se destina a alguna persona por libre elección a algún cargo que no ha sido previamente publicado. En primer lugar, este artículo no se establece obviamente para su uso normal, sino para un uso excepcional, pues parece conveniente dar a quien gobierna en el Ministerio esta posibilidad, porque puede haber casos en que la urgencia, por razones de tipo militar, lo hagan aconsejable» (46).

De este modo, se mantuvo el art. 74.2 en la redacción del proyecto de ley, pero quedó expresamente puntualizado que la libre designación sin publicación previa de vacante quedaría restringida a supuestos de «urgencia por razones de tipo militar» y no para circunstancias de normalidad.

La ley contiene dos previsiones más que aumentan la inseguridad jurídica en esta materia. La primera está reflejada en el art. 77.1, el cual establece que «los destinos de libre designación podrán ser revocados libremente por el Ministro de Defensa», sin que se establezca ningún requisito de carácter previo como pueda ser el trámite de audiencia del afectado. Esta regla puede ser coherente con las características del sistema de libre designación (la jurisprudencia la ha aceptado como inherente a dicho sistema), pero puede producir importantes distorsiones si la libre designación se aplica a la mayor parte de los destinos de alguna importancia.

(46) Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados (comisiones), año 1989, III legislatura, núm. 454, donde se contienen las intervenciones de los Grupos parlamentarios a las que se ha hecho referencia.

Por otra parte, el art. 78 señala que el Ministro de Defensa podrá destinar, cesar en un destino o denegar su adjudicación «cuando las necesidades del servicio lo aconsejen», configurándose de este modo la posibilidad de que cualquier militar pueda ser eventualmente destinado a cualquier puesto. Ciertamente, las «necesidades del servicio» constituyen un concepto jurídico indeterminado, controlable por los Tribunales de Justicia, pero no cabe duda de que esta regla, establecida una vez más sin distinguir entre circunstancias de normalidad y anormalidad, atribuye a la Administración poderes amplísimos y en la práctica difícilmente fiscalizables.

La vaguedad e indefinición de los preceptos de la ley 17/89 no han sido paliadas por las normas reglamentarias de clasificación y provisión de destinos del personal militar profesional, aprobadas por Orden Ministerial 120/93 de 23 de diciembre, B.O.D. 253. Al contrario, se ha añadido un nuevo supuesto, que pudiera denominarse de «libre designación encubierta», que es el contemplado en el art. 36, el cual establece que «al personal de nuevo ingreso en una Escala se le podrá asignar destino, sin que medie la previa publicación de aquellas vacantes que se consideren más idóneas para el mismo, atendiendo a la antigüedad, preferencias y requisitos específicos». Dicho sea de otro modo, al personal de nuevo ingreso se le podrá destinar a cualquier vacante de su empleo si así se considera oportuno. Es fácil comprender el riesgo potencial de arbitrariedad que implica esta regla, pues no se establece ninguna indicación o límite para designar qué destinos se reservan para el personal de nuevo ingreso, con lo que podrán ser destinados tanto a las peores vacantes como a las más solicitadas, sin pasar en este último caso por el proceso previo de pedir las en concurrencia con otros aspirantes más antiguos.

Este artículo es, además, difícilmente compatible con la clara y terminante redacción del art. 74.2 de la Ley 17/89, el cual establece que «las vacantes se publicarán en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», configurando una obligación legal de publicar todas las vacantes, sin otra excepción que los destinos de libre designación (entre los que no pueden ni deben incluirse los del personal de nuevo ingreso, salvo que queramos desnaturalizar definitivamente todo el sistema). La ley pudo haber previsto que el personal de nuevo ingreso fuera destinado directamente sin publicación previa de las correspondientes vacantes, pero no lo hizo, al contrario, señaló de modo tajante que todas las vacantes deben ser publicadas. Por ello, la regla del art. 36 de la O.M. 120/93 plantea serias dudas de legalidad.

Con este marco legislativo, no es de extrañar que la realidad actual de las convocatorias de vacantes y adjudicaciones de destinos pueda resumirse en los siguientes términos:

— La libre designación, lejos de ser un sistema excepcional, es habitual, no sólo en los altos empleos de la carrera militar, sino también en los intermedios y bajos. Más aún, en los destinos correspondientes a los empleos de Oficiales Superiores (Coronel, Tte. Coronel y Comandante) la mayor parte de las vacantes se adjudican mediante este sistema.

— La adjudicación de destinos mediante libre designación sin publicación previa de la vacante tampoco es excepcional, al contrario, en algunos Organos es usual cubrir las vacantes de este modo, sin que puedan apreciarse razones de «urgencia de carácter militar» que lo justifiquen.

— El concurso de méritos es un sistema residual que apenas se utiliza.

— No existe ningún criterio objetivo en cuanto a cuál deba ser la forma de cubrir cada vacante, y así, puede observarse que vacantes idénticas se publican en ocasiones para su cobertura por libre designación, y sin embargo en otras se publican por el sistema de antigüedad.

— Es también relativamente frecuente la publicación de vacantes «ad personam», es decir, vacantes en las que se fijan unas condiciones y requisitos específicos, diseñados en función del candidato en el que se ha pensado para cubrir el puesto antes de la publicación de la vacante. De este modo, vacantes análogas son ofrecidas con requisitos diferentes según a quien se quieran adjudicar. La consecuencia de esta forma de proceder es que la publicación se convierte en un mero formalismo, ya que, en estos casos, de antemano se sabe a quién se va a adjudicar el puesto, con independencia de quienes sean los peticionarios, lo cual obliga a realizar frecuentemente un proceso de «indagación» antes de pedir un destino, a fin de saber si está o no previamente adjudicado.

— En algunas ocasiones el ejercicio del derecho de petición se ha utilizado para conseguir destinos «por razones humanitarias», ignorando e incluso contradiciendo las normas reglamentarias de provisión de vacantes, a pesar de la reiterada jurisprudencia que señala que no procede el derecho de petición en materias regladas como esta, e insiste en que el derecho de petición no puede utilizarse como medio para eludir las normas, no siendo posible conceder por derecho de petición lo que por medio de instancias y recursos no es posible conseguir.

El resultado de esta situación es una cada vez mayor inseguridad jurídica para los militares, que no saben si una vacante se va a publicar o no, desconocen con qué requisitos y condiciones se va a publicar, ignoran cuál

va a ser su forma de provisión, y carecen de criterios objetivos para albergar expectativas de que vayan a ser los adjudicatarios de las vacantes que pidan. Es fácil imaginar el daño que este estado de cosas puede producir en la moral y el compañerismo de los profesionales de la milicia, y en la unidad de los Cuerpos y Escalas.

VII. PROPUESTAS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROVISION DE VACANTES

Por todo lo anteriormente expresado, debe concluirse que es necesario proceder con urgencia a una reforma de las bases sobre las que se está desarrollando la política de provisión de vacantes del personal militar profesional, desterrando de modo decidido la incertidumbre y la inseguridad jurídica que actualmente produce el sistema, y que tanto están afectando a las perspectivas de carrera de los militares. Tal reforma podría estar presidida por los siguientes principios:

— La libre designación debe ser un sistema verdaderamente excepcional, restringido a los destinos próximos a las Autoridades políticas (vgr., los Gabinetes de Ministros y Secretarios de Estado) o en que se requiera un nivel especial de confianza en el adjudicatario de la vacante (vgr., determinados destinos en el Organo Central o en los Estados Mayores).

— Dicha excepcionalidad debe ser aún más restringida en los empleos bajos e intermedios de la carrera militar, cuyos destinos deben ser cubiertos por el sistema de antigüedad o, en su caso, por concurso de méritos.

— La adjudicación de destinos por libre designación sin previa publicación de la vacante únicamente podrá utilizarse por razones de urgencia basadas en consideraciones de carácter militar.

— Las vacantes de similares características deben ser cubiertas mediante el mismo sistema, exigiéndose en todos los casos los mismos requisitos a sus eventuales peticionarios (salvo que expresamente se acredite la necesidad objetiva de fijar requisitos específicos en algún caso) y eliminando la publicación de vacantes «ad personam».

— Debe potenciarse la utilización del concurso de méritos, de manera que deje de ser un sistema prácticamente inaplicado para convertirse en algunos destinos (vgr., Profesorado de las Escuelas y Academias militares, hospitales militares, destinos de la jurisdicción militar) en el sistema general.

— Las normas de provisión de destinos deberían diferenciar las situaciones de normalidad de las de anormalidad, estableciendo para estas

últimas sistemas abiertos y flexibles, no aplicables en supuestos de normalidad.

En su conocida obra «Derecho Administrativo», Prosper Weil nos recuerda que «la conquista del Estado por el Derecho es relativamente reciente y no está aún universalmente alcanzada»⁴⁷. La lucha entre la razón de Estado y la razón jurídica se muestra de modo particularmente intenso en el ámbito de las Fuerzas Armadas, en las que hasta hace poco tiempo reclamar la observancia de la Ley y el Derecho se consideraba contrario a la eficacia y la disciplina. Sin embargo la contraposición entre la eficacia y la disciplina, por un lado, y la Ley y el Derecho, por otro, carece de sentido. Tanto más disciplinado y eficaz será un Ejército cuanto mayor cuidado se ponga en que el Ordenamiento Jurídico se aplique con rectitud, extremo este que no debería olvidarse nunca en una materia tan importante para la carrera militar como es la relativa a la asignación de destinos.

(47) Publicada en España por Civitas, 1.^a edición, 1986. La cita es de la página 36 de la reimpresión de 1989.