

La singular particularidad del militar

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ SANTIESTEBAN
Capitán del Cuerpo Jurídico Militar
Doctor en Derecho



Las Fuerzas Armadas (en adelante FAS), tal y como contempla nuestra Constitución (en adelante CE), están constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Tienen unas importantes misiones que vienen reconocidas tanto en la propia CE (en su art. 8) como en la Ley Orgánica de Defensa Nacional y que principalmente son:

- Garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad y el ordenamiento constitucional.

- Contribuir militarmente a la seguridad y defensa de España y 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.

- Preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas.

- 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 intereses.

Debido a la importancia de las misiones asignadas a las FAS, es necesario, e imprescindible, que todo el personal que preste servicio en ellas tenga unas especiales cualidades y características. En este punto es donde se justifica la particularidad de un estatuto jurídico diferenciado para todo el personal que forma parte de las FAS¹, más aún cuando hablamos de que sus miembros no son simples funcionarios o empleados públicos, sino militares².

El propósito de este artículo es exponer el porqué de la existencia de un estatuto jurídico para los miembros de las FAS, los valores fundamentales que debe tener todo militar y las nuevas normas en el ámbito militar que forman parte del régimen jurídico aplicable al militar.

LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO MILITAR

El militar forma parte de una institución armada enmarcada en la CE, con encaje particular, fundamentada en la importancia y finalidad de las misiones que le están encomendadas. Ello deriva en una relación de sujeción especial de sus miembros (los militares), que da lugar a que estos tengan un estatuto personal diferenciado del resto de la ciudadanía.

La relación de sujeción especial

En nuestro sistema, existen diferentes relaciones de sujeción especial. Estas relaciones tienen su basamento en una especialidad que debemos buscar en la posición o sujeción del sujeto con la Administración.

La intensidad o características de esa posición determinarán el alcance o contenido de la relación de sujeción especial.

Esta, bien puede ser, circunstancial o accidental (como es el caso de los enfermos o de los presos), o bien venir dada por el ejercicio de una potestad de dirección o defensa del Estado (los militares), o por la existencia, protección y eficacia de un interés público específico y concreto.

Así, podemos decir que la relación de sujeción especial será más limitativa en cuanto a derechos dependiendo de la intensidad de esta.

Las diferentes posturas doctrinales van encaminadas a entender que los sujetos que se incluyen, dentro de una relación de sujeción especial, gozan de una limitación de ciertos derechos o ven restringida su liber-



tad para poder satisfacer los intereses que tienen encomendados, que en definitiva son los propios que han de satisfacer las Administraciones Públicas en virtud de lo dispuesto en la CE³ para garantizar precisamente la efectividad de los derechos.

Esas relaciones de sujeción especial dan lugar a que el personal sometido a ellas ostente un estatus especial, que será distinto dependiendo de la relación dada.

Su incidencia en el ámbito militar

En el seno de las FAS, nos encontramos, en la esfera de su personal, con una de las más destacadas situaciones de relaciones de sujeción especial que se plantean.

La CE reconoce en su «Título preliminar» unas determinadas funciones

vitales para el funcionamiento del Estado y, por tanto, de gran trascendencia para garantizar el sistema de libertades y derechos en nuestro país.

El plasmar, por parte del redactor de la Constitución, a las FAS en el «Título preliminar» y otorgarles funciones de tal envergadura, obliga a que sus componentes estén determinados, sin lugar a duda, por una situación de sujeción especial que es incluso más acentuada que la prevista para otros servidores públicos.

A lo largo de diferentes preceptos constitucionales se hace patente esta idea. Buen ejemplo de ello lo encontramos en el art. 28, referido a la libertad de sindicación, o en el art. 29, cuando señala limitaciones y condiciones en el ejercicio del derecho de petición para los militares.



El militar, ¿funcionario público o servidor público? Empleado público y funcionario público

En la sociedad española se cree que todo aquel que supera un proceso selectivo tutelado por alguna de las Administraciones Públicas es un funcionario público⁴.

Por ello, en este epígrafe, se pretende analizar si esta creencia, tan extendida en la sociedad, se corresponde con la realidad en el ámbito militar.

El texto refundido de la Ley 5/2015, de 31 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante LEBEP), entiende que «son empleados públicos»⁵ quienes:

- Desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas.
- Al servicio de los intereses generales.

Con lo que, con base en este concepto de «empleados públicos», todos los militares son considerados como empleados públicos.

Dentro del concepto de la Administración Pública existen distintos tipos de empleados con condiciones diferentes. En ellos se incluyen: los funcionarios de carrera; personal laboral; funcionario interino; personal directivo, y personal eventual.

Centrándonos en el personal funcionario de carrera, estos serán

aquellos que reúnan los siguientes requisitos:

- Los que han superado un proceso selectivo de oposición.
- Disponen de un nombramiento en el que se reconoce dicha condición.
- Trabajan para para la Administración Pública prestando funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.
- Mantienen una relación estatutaria con la Administración.
- Su relación se rige por el derecho administrativo.

Siguiendo con la LEBEP, la pregunta que subyace es que si esta es aplicable a al personal militar de las FAS.

La respuesta la encontramos en el art. 4, que señala que «las disposiciones de este estatuto solo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: d) Personal militar de las FAS».

Con lo que parece evidente que es la propia LEBEP la que entiende que no es aplicable a los militares de las FAS, ya que ellos tienen un estatuto jurídico diferente al del resto de los servidores públicos.

Como conclusión, hasta ahora, es que no todos los empleados públicos son funcionarios públicos y que los militares, en principio, no están sujetos a la LEBEP.

El militar

¿Qué es un militar?, ¿existe o no diferencia con los demás empleados públicos?

La CE se refiere a los funcionarios públicos en el art. 103.3 cuando señala que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

Por su parte, el art. 104 de la CE nos dice que:

«1) Las fuerzas y cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

2) Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad».

De estos preceptos podemos concluir que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no son funcionarios públicos porque tienen reconocimiento en un precepto constitucional distinto del previsto para los funcionarios públicos y, principalmente, por las distintas funciones que desarrollan como son la seguridad ciudadana y el monopolio de la coacción.

Lo mismo sucede con los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, que también se reconocen en un lugar y con funciones distintas de las previstas para los funcionarios públicos (que se regulan en el «Título VI» de la CE y en la Ley Orgánica del Poder Judicial). Con

lo que los jueces y magistrados serían servidores públicos, pero no funcionarios.

Estos ejemplos sirven para ilustrar por qué un militar no es un funcionario público, debido a las funciones que desarrolla en el ejercicio de su actividad como miembro de las FAS (defensa militar y uso de la fuerza). Funciones diferenciadas respecto a las comunes de la Administración y que otorgan a las FAS, en el propio «Título preliminar» de la CE, nos llevan a la conclusión de que los militares no son funcionarios públicos, pero sí empleados públicos⁶.

En este sentido se manifiesta la Ley Orgánica 9/2011, de 17 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las FAS, cuando se indica en su preámbulo que: «En esta ley se actualiza la regulación del ejercicio por los miembros de las FAS, teniendo en cuenta su condición de servidores públicos⁷ sometidos a la disciplina militar, para adecuarla a la realidad social y a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de defensa nacional».

¿Quién es militar?

Un militar puede ser tanto un español como un extranjero⁸ que pertenezca a las FAS.

Según la Ley de la Carrera Militar (en adelante LCM), «los españoles podrán vincularse profesionalmente a las FAS como militares de carrera, como militares de tropa y marinería y también como militares de complemento».

Pero ¿quién es militar profesional? Si leemos el art. 3 de la Ley de la Carrera Militar, se entienden por militares profesionales a los siguientes: militares de carrera; militares de tropa y marinería, y militares de complemento

Pero existen más militares, aunque estos no se consideran profesionales, como son los alumnos de los centros docentes militares o los reservistas. En este trabajo, al referimos exclusivamente al estatuto jurídico del militar profesional, solo haremos referencia a los militares que la LCM considera como profesionales.

La LCM señala en el apartado 2 del art. 3 que «son militares de carrera quienes mantienen una relación de

servicios profesionales de carácter permanente. Les corresponde asegurar la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las FAS en el marco constitucional».

El apartado tercero del art. 3 LCM nos dice que «los militares de complemento son oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal y podrán acceder a la condición de militar de carrera».

La peculiaridad o particularidad del militar

Si preguntáramos a cualquier persona por la posición del militar respecto al resto de los ciudadanos, prácticamente la totalidad de los encuestados nos diría que el militar tiene una posición distinta o diferenciada, desde un punto de vista sociológico, que se traslada también al ámbito jurídico, ya que el ámbito sociopolítico en el que actúan y el marco constitucional son presupuestos indispensables para entender la especialidad estatutaria debido a





una peculiar naturaleza del militar o, como decimos en este apartado, tras causa de la particularidad del militar.

Este factor se recoge en diferentes textos e incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹, pero a nuestro modo de ver se expresa de un modo exquisito en la LCM cuando señala en su preámbulo que «el objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario legalmente de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente».

Los valores militares o la ética militar dan lugar a entender que existe una particular naturaleza en el militar, a la que se ha referido el Tribunal Constitucional (TC) cuando señala que «la peculiar naturaleza y singulares valo-

res de la organización castrense, dentro de la que se destaca la condición o *estatus* del militar, como particular manera de ser o de formar muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, lo cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar que no acepta los móviles que estima deshonrosos ya que inciden en el sistema de disciplina y respecto por el que se rige, y que es preciso reservar»¹⁰.

Por ello se debe concluir con la idea de que el militar tiene que dar primacía a los principios éticos, ya que estos responden a una exigencia de la que hacen norma de vida.

El marco estatutario

El colectivo de las Fuerzas Armadas está sujeto a una potestad normativa de auto organización singular,

que encuentra su fundamento, tal y como refirió nuestro TC, en su sentencia 81/1983, en «la jerarquía y la eficacia necesarias para el adecuado cumplimiento de las funciones constitucionales que tiene atribuidas la Administración Militar».

Ese estatus o estatuto jurídico se compone, *grosso modo*, de tres grandes áreas:

- Las reglas de actuación.
- El régimen de personal, que regula todos los aspectos de la denominada «carrera militar».
- El régimen disciplinario y penal, tendentes a asegurar la observancia y eficacia de las restantes normas estatutarias, sobre todo las que hacen alusión al comportamiento del militar, sea este profesional o no.

La misión y origen del estatuto jurídico del militar se reflejan, además de en el propio texto constitucional, en la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005 de 17 de noviembre (LODN).

Las normas de actuación están compuestas por la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de las Fuerzas Armadas 9/2011, la LCM y las Reales Ordenanzas de la FAS, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

En cuanto al régimen de personal, este se encuentra recogido en la LCM y en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería.

Por su parte, el régimen disciplinario y penal se concentra principalmente en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las FAS y en el Código Penal Militar¹¹.

Además, existe una multitud de normas complementarias, como son, a modo de ejemplos, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; la LEBEP; la Ley 39/2015, de 1 de octubre y Ley 40/2015, de 1 de agosto; el Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1995; la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; la Ley Procesal Militar; el Reglamento de establecimientos disciplinarios militares, etc.

CONCLUSIONES

– Los militares están sujetos a una relación de sujeción especial con respecto a la Administración, que implica una limitación de derechos para así satisfacer los intereses encomendados que devienen de la CE.

– Los militares no son funcionarios públicos, sino servidores públicos, ya que están reconocidos en un precepto constitucional distinto del de los funcionarios públicos y con funciones diferenciadas.

– El militar tiene unos valores y una ética peculiar al del resto de los ciudadanos. Durante su pertenencia a las FAS se acrecientan esos valores para convertirlo en excelente servidor público.

– Por la exigencia de cumplir las funciones asignadas a las FAS, el militar tiene un régimen jurídico propio, su estatuto.

– Ese estatuto ha sido objeto de reforma en los últimos años para adecuarlo a la nueva realidad y tiempos fundamentalmente en las áreas:

- a) Reglas de actuación.
- b) Régimen de personal.
- c) Régimen disciplinario y penal.

A buen seguro se deberá seguir avanzando y adecuando el estatuto del militar como consecuencia de los nuevos acontecimientos y retos a los que nos enfrentamos actualmente

y aquellos que están por llegar en el futuro, sobre todo por la idiosincrasia del militar como servidor público y la importancia de su misión para el interés de la sociedad. ■

NOTAS

¹Matamoros Martínez, R. «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas». *Cuadernos Práctico*, n.º 3. EMEJ, Madrid; 2010, pp. 5 y ss.

²La normativa donde se regula el estatus de militar es bastante más dispersa debido a la idiosincrasia de la profesión militar.

«militar, verbo neutro, que significa servir en la guerra, ejercitarse en la milicia»; Almirante, J. *Diccionario Militar*. Volumen II. Ministerio de Defensa. Secretaria General Técnica, Madrid; 2002, pp. 755 y 756.

³El art. 103.1 de la CE dispone: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

⁴Es inexacto calificar al militar como funcionario público. Alli Turillas, J. C. *La profesión militar*. INAP, Madrid; 2000, pp. 81 y ss.

⁵Art. 8 LEBEP define empleado público.

⁶En rigor, solo son funcionarios públicos aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente a la LEBEP. Los militares son servidores públicos, pero, como dice Parada Vázquez, constituyen un grupo

de «empleados públicos estatales con legislación específica».

⁷A la condición de servidor público del militar también se refiere la LCM en el III del preámbulo.

⁸Los extranjeros podrán vincularse a las FAS en los casos y procedimientos que regula la Ley de Tropa y Marinería, y como militares de complemento de acuerdo con lo dispuesto en la LCM.

⁹La STC 107/1986, de 24 de julio, señala: «Por lo que se refiere a la diferencia de tratamiento penal de unos mismos hechos, basado en la permanencia o no de unos determinados colectivos, el legislador podrá, en principio, anudar sanciones distintas a actuaciones similares teniendo en cuenta la diversa naturaleza y funciones de las distintas categorías de órdenes de funcionarios públicos, siempre que tal efectividad sancionadora tenga su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de esa naturaleza y funciones [...] estas consideraciones resultan eminentemente aplicables a los miembros de las Institución militar, a la que la CE, en su art. 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución».

¹⁰Auto del TC 446/1984, FJ 7.º.

¹¹Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

