

EL ACCESO A LA PROFESIÓN MILITAR EN CONDICIONES DE IGUALDAD, DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD*

Fabio Pascua Mateo

Doctor en Derecho. Letrado de Las Cortes Generales

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al margen del principio de igualdad en el acceso a cargos públicos, cuyo régimen no ha de ocuparnos en estas páginas, el art. 23.2 CE (1) regula otro derecho de indudable importancia como es el de la igualdad en el acceso a la función pública, de la que la función militar, sin agotar el conjunto de condiciones personales bajo el que pueden regirse los militares profesionales, es un elemento no menor. Históricamente, la igual admisibilidad de todos los ciudadanos a la función pública, sin otras diferencias que las derivadas de sus virtudes y talentos, es una de las señas de identidad de las revoluciones liberales en una Europa que durante el Antiguo Régimen había asistido a prácticas tales como la transmisión hereditaria de los oficios administrativos o la reserva al estamento nobiliario de los empleos militares de mayor rango. Reclamada brillantemente esta igualdad de armas por los polemistas revolucionarios franceses (2), que

* Premio “José Francisco de Querol y Lombardeno” del Ministerio de Defensa, 2005.

(1) Aunque la Constitución de 1978 regula también el principio de no discriminación en el art. 14, el Tribunal Constitucional ha sostenido en numerosas ocasiones la condición de *lex specialis* que reviste el art. 23.2, lo que hace que su aplicación sea preferente en su ámbito de aplicación. En este sentido, SSTC 50/1986, de 23 de abril y, más recientemente, 83/2000, de 27 de marzo.

(2) Véase, así, SIEYÈS, E., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, especialmente, págs. 86 y 87.

logran llevarla al articulado de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (3), en España se recibe con tal fervor que ha estado siempre presente en todos y cada uno de los textos que han jalonado nuestra, por lo demás agitada, historia constitucional. Así, se nos aparece en diversos preceptos de la Constitución de 1812 (4), en el art. 1.3 del Proyecto de Constitución de 1834 (5), en el art. 2 del Proyecto de Constitución elaborado por el Gobierno de Istúriz en 1836 (6), en el art. 5 de las Constituciones de 1837 y 1845, en términos más adelante recuperados por el art. 15 de la Constitución de 1876 e incluso, con ligeras variantes, en el art. 27 del Proyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929 (7) y el Fuero de los Españoles de 1945, el art. 6 de la *non nata* Constitución de 1856 (8), el art. 27 de la Constitución de 1869 (9), el art.

(3) Su art. 6, cuya actualidad sigue siendo incuestionable, dice lo siguiente: « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

(4) Si bien, en principio, sólo para los empleos en órganos municipales, según se desprende del artículo 23, redactado en estos términos: «Sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales, y elegir para ellos en los casos señalados por la ley». No obstante, más adelante se reitera esta condición para otros cargos públicos como el de regente –art. 193– tutor del rey, salvo que dicha función la desempeñase la reina madre viuda –art. 198– y los Secretarios de Estado y del Despacho –art. 223–. Para adquirir la condición de magistrado o juez se requería haber nacido en territorio español –art. 251–.

(5) Este Proyecto fue Elaborado el 24 de julio de 1834 por la sociedad política «La Isabelina», como alternativo al Estatuto Real. De acuerdo con su redacción, es una facultad natural «el derecho de poder aspirar a todos los honores, empleos y dignidades del Estado, sin necesidad de ningún requisito ni información nobiliaria».

(6) «Los españoles todos sin distinción de nacimiento son admisibles a los destinos y empleos eclesiásticos, civiles y militares, y están igualmente obligados a contribuir a las cargas del Estado con sus haberes o con sus personas según las leyes determinasen».

(7) Su contenido, idéntico, es el siguiente: «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad». El Proyecto de 1829 introduce un ligero cambio puramente gramatical a este enunciado. El Fuero de los Españoles es sustancialmente igual: «Todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad».

(8) «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad. Para ninguna distinción ni empleo público se requiere la calidad de nobleza».

(9) Como novedad, asentada progresivamente la igualdad frente a las clases nobiliarias, este precepto se ocupa de vetar todo tipo de discriminación por razón religiosa y de excluir a los extranjeros de su ejercicio: «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad. La obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles. El extranjero que no estuviese naturalizado no podrá ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción».

29 del Proyecto de Constitución Federal de 1873 (10) y el art. 40 de la Constitución de 1931 (11).

La versión actual de este derecho en la Constitución de 1978 exige que su contenido susceptible de amparo recogido en el art. 23.2 se complete con el no amparable del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad del art. 103.3, con el que, no obstante, guarda una íntima conexión (12). Sin adentrarnos en profundidad en todas sus implicaciones, baste recordar que, de acuerdo con la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, «la prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el art. 14 CE, y concretamente en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y en las funciones públicas, en el art. 23.2 CE, responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (art. 1.1). El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública» (13). Este artículo garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio. Otorga «un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad» (14). Se trata, además, de un derecho de configuración legal, por lo que corresponde al legislador perfilar plenamente sus contornos, si bien de un modo general, implica una serie de exigencias mínimas que no pueden

(10) «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad probada. El extranjero que no estuviere naturalizado no podrá ejercer en España el sufragio ni cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción».

(11) En esta ocasión es el sexo la condición que más preocupó al constituyente: «Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen».

(12) SSTC 67/1989, de 18 de abril (F.J.1), 47/1990, de 20 de marzo (F.J.7), y 269/1994, de 3 de octubre (F.J.5), entre otras muchas.

(13) STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3 *ab initio*.

(14) SSTC 37/2004, de 11 de marzo, FJ 4, 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6, y 166/2001, de 16 de julio, FJ 2, que evocan las SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 9; 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 5; 200/1991, de 13 de mayo, FJ 2; 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6.

ser desconocidas por éste (15) y que a grandes rasgos significan que las condiciones de entrada han de ser no discriminatorias y referidas a satisfacer los principios de mérito y capacidad. Así, en términos positivos, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, «establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad» (16), mientras que, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscribe que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, se haga de manera concreta e individualizada, que equivalga a una verdadera y propia acepción de personas (17). Como excepción, ocasionalmente se ha aceptado, no obstante, la regulación de pruebas selectivas en las que se atendían de forma preferente criterios distintos como el de la antigüedad del personal interino (18), o, directamente, se restringían a ésta última categoría, siempre que ello no haya llevado a prácticas de integración automática de contratados e interinos en la función pública (19).

El régimen expuesto, basado en los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad es aplicable también a la esfera militar, aunque sus peculiaridades obliguen a regularlo por normas específicas, según reconoce el Preámbulo de la ley 17/1999, de modo que su art. 62.1 establece que «todos los españoles tienen derecho al acceso a la enseñanza militar de formación en los términos regulados en este capítulo». No se va a tratar en estas páginas, desde luego, de pasar revista a las variadas cuestiones que

(15) Así la STC 37/2004, ya citada afirma que el art. 23.2 CE «no priva al legislador de un amplio margen de libertad «en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios, y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración», pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables».

(16) SSTC 185/1994, FJ 3; SSTC 293/1993; 353/1993 ó 363/1993, entre otras.

(17) STC 185/1994, FJ 4 y las que en ella se citan.

(18) Entre otras, STC 27/1991, de 14 de febrero y STC 15/1992, de 19 de octubre, que ratificaron la constitucionalidad de algunas pruebas restringidas de ámbito autonómico debido a la «situación singular» derivada de «un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas».

(19) Así, STC 302/1993, de 21 de octubre, que sostiene que es patente que «el mandato de integración automática, sin efectuar pruebas objetivas de reclutamiento, aunque fueran específicas o de turno restringido, traspasa los límites impuestos, para la racionalización de las Administraciones Públicas, en la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Medidas de la Función Pública, que [...] en modo alguno habilita a una integración automática que erija la antigüedad de los servicios prestados a la Administración en título único y excluyente de otros que legitime el acceso a la función pública» (FJ. 3). Por otra parte, la STC 93/1995 declaró contraria al art. 23.2 CE una convocatoria de auxiliares administrativos del Ayuntamiento de Valencia que establecía una desigualdad de trato durante el procedimiento selectivo en función de la existencia o no de un período de servicios administrativos previos por parte de los candidatos.

plantea toda vida funcionarial y la militar en particular, puesto que, al margen de que no falta bibliografía en la materia que nos permite descargar-nos de esta labor (20), el objeto al que debemos orientarnos, los derechos fundamentales, escapa en buena medida del ámbito aludido. Nos limitaremos, por tanto, a apuntar algunos problemas concretos que suscita el citado art. 23.2 CE, en particular –cerrado el paso, evidentemente, a todo privilegio basado en orígenes nobiliarios, cuya proscripción inspiró la entrada de este derecho en los códigos constitucionales– el acceso de extranjeros a la profesión militar, las distintas condiciones físicas exigidas a hombres y mujeres, la consideración como mérito para el acceso a la función pública del tiempo de prestación de servicios en el Ejército y el todavía recurrente asunto del abandono de la vida militar, que parece haber entrado definitivamente en una vía de solución.

2. EL ACCESO A LA PROFESIÓN MILITAR: LAS PARTICULARIDADES DE LOS EXTRANJEROS Y LAS MUJERES

2.1. LOS EXTRANJEROS Y EL SERVICIO DE ARMAS

No plantea consideraciones demasiado complicadas la situación de los extranjeros en relación con las Fuerzas Armadas, pero algunas novedades legislativas recientes obligan a prestar cierta atención a este tema. Sabido es que el servicio militar obligatorio, configurado tras las revoluciones liberales, es un auténtico deber de ciudadanía, incluso ligado por algún autor, junto a algún precedente en nuestro derecho histórico, al derecho de sufragio (21), de modo que, a diferencia del deber de pago de impuestos,

(20) A título de ejemplo valgan las obras de ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar: análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las fuerzas armadas*, INAP, Madrid, 2000 y *El soldado profesional: estudio de su estatuto jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2002; NEVADO MORENO, P.T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997 o VV.AA., *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la defensa, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.

(21) SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, págs. 227 y ss. y 248. En el derecho histórico español merece mención el art. 27 del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 que, siguiendo una doctrina ya anticipada por el Consejo de Estado de 31 de agosto de 1846 sobre exenciones del servicio militar por ser los mozos súbditos extranjeros, disponía que «Tampoco podrán los extranjeros ejercer los derechos municipales en las elecciones para los Ayuntamientos, ni obtener cargos municipales ni

sólo pesa sobre los nacionales del Estado ante el que debe satisfacerse. Esta es la opción también adoptada por la Constitución española (22), cuyo art. 30.1 limita a «los españoles» el derecho y el deber de defender a España, dicción expresiva si se compara con el genérico «todos» que abre el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido por el art. 31.1. Evidentemente, suspendido el servicio militar obligatorio, la cuestión no se plantea en términos de deber sino de derecho, esto es, si los extranjeros son admisibles a formar parte del Ejército (23).

Ciertamente, los últimos años han sido testigos de una mejora progresiva de la condición de los no nacionales en España, no sólo mediante el desarrollo del contenido de la ciudadanía europea sobre la que luego volveremos, sino también para los ciudadanos extra comunitarios, a los que las leyes (24) vienen reconociendo tanto los derechos de libertad más clásicos, como auténticos derechos de prestación y aun de partici-

empleo en las diversas carreras del Estado, si no renuncian expresamente, por sí y por sus hijos, a la exención del servicio militar y a toda protección extraña en lo relativo al servicio de sus cargos». Con todo, el origen de la identificación entre el derecho de sufragio y la disponibilidad para empuñar las armas es mucho más remoto, pues podemos encontrarlo tanto en la organización política romana, donde llega a tal grado que alguna de sus asambleas –los *comitia centuriata* sin ir más lejos– respondía en su estructura a la formación militar típica de las legiones, como en los pueblos germánicos, los cuales contaban, como órgano supremo de gobierno, con la asamblea de hombres libres capaces de combatir, reunida, según la ensoñadora imagen que nos ha transmitido Tácito, en los claros del bosque en las noches de plenilunio y novilunio y que tomaba sus decisiones mediante el expeditivo procedimiento de hacer chocar la espada contra el escudo. Véase TÁCITO, C., *Germania*, 11, Gredos, Madrid, 1988, pág. 121. Para la relación entre la forma republicana romana y su organización militar, véase MOMMSEN, T., *Historia de Roma*, Libro IV. La revolución, Turner, Madrid, 2003, págs. 204 y ss. Del mismo autor, *Compendio de derecho público romano*, ed. Facsímil de la traducción de P. Dorado, Jiménez Gil Editor, Navarra, 1999, págs. 27 y ss., 61 y ss. y 435 y ss.

(22) Se sigue en este caso lo que ha sido una constante, aun con matices, en las constituciones históricas de España. Así ocurre en los textos de 1812 (artículo 9); 1837 (artículo 6); 1845 (artículo 6); Constitución «non nata» de 1856 (artículo 7); 1869 (artículo 28); 1876 (artículo 3); 1931 (artículo 37) y Fuero de los Españoles (artículo 7).

(23) Acerca de la obligatoriedad para los extranjeros del servicio militar obligatorio y, en general, su régimen jurídico para el acceso a las Fuerzas Armadas, véase BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 123 y ss.

(24) Fundamentalmente la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de noviembre y por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

pación (25). Ahora bien, el estatuto constitucional de este sector en el sentido que nos interesa está determinado por la conjunción de los arts. 13.2 y 23.2 CE. El primero de ellos establece que «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». El segundo reconoce a los ciudadanos el «derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». En fin, debemos reiterarlo, el art. 30.1 limita a los españoles la titularidad del derecho de defender a España. ¿Hay que concluir, pues, que los extranjeros no pueden acceder a las Fuerzas Armadas? La respuesta negativa no es tan sencilla como en principio pudiera parecer.

Es cierto que el art. 13.2, frente a lo apuntado en algún momento por cierta doctrina (26), es una auténtica cláusula limitativa de derechos para los extranjeros, por la sencilla razón de que alude a unos derechos, los contenidos en el art. 23 CE, que constituyen desde los mismos orígenes de las formas políticas más o menos representativas, en la antigüedad clásica primero, y en el Estado democrático-liberal contemporáneo después, la esencia del vínculo de ciudadanía en su vertiente activa. Ahora bien, el art. 23.2, afectado por esta exclusión, no consagra un derecho de acceso a cargos y funciones públicas, sino un derecho de acceso «en condiciones de igualdad», del que sólo se benefician, eso sí, los españoles (27). Cabe, pues, pensar en una norma de rango legal que autorice a los extranjeros a participar en ciertos sectores de la función pública, aunque imponiéndoles cargas o límites que no rigen, en cambio, para los españoles. Por otro lado, el tenor literal del art. 30.1 tampoco impide que una ley otorgue a los extranjeros el derecho de defender a España. De todos modos, una interpretación conjunta de dichos preceptos, combinada con el ya apuntado

(25) El orden empleado no es casual, puesto que los derechos de participación plantean muchos mayores problemas para su reconocimiento a los extranjeros que unos derechos de prestación que se justifican, en la mayor parte de los casos, bien por las aportaciones económicas que éstos satisfacen ya sea en forma de tributos o de contribuciones a la Seguridad Social, bien por auténticas razones de orden público, como son las prestaciones educativas y las sanitarias. Sólo respecto de prestaciones como las pensiones no contributivas se vuelven insuficientes las razones esgrimidas, que sólo podrán ampararse en el más discutible argumento de la solidaridad.

(26) Véase ALONSO GARCÍA, R., ¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública por los ciudadanos comunitarios, REDA, núm. 76, octubre-diciembre 1992, págs. 599 y ss.

(27) Así, Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, F.2.b).

carácter nacional de las Fuerzas Armadas defendido desde los primeros teóricos del Estado moderno, nos previene de una excesiva ligereza a la hora de admitir no españoles en nuestras tropas (28). Por ello, en su redacción original, la ley 17/1999 limitaba a los españoles la posibilidad de acceder a los centros docentes militares de formación –arts. 62.1 y 63.2– y regulaba la pérdida de la nacionalidad española como causa que determina, a su vez, la de la condición de militar –art. 146.1–.

El discurso no cambia cuando nos referimos a ese sector tan específico que podemos calificar en estos momentos de auténtico *tertium genus* entre nacionales y extranjeros que son los ciudadanos comunitarios. Es verdad que el art. 39.2 del TCE reconoce el derecho a la libre circulación de trabajadores en el sentido de eliminar «toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo», pero el apartado 4 del mismo precepto aclara que las disposiciones de este precepto «no serán de aplicación a los empleos de la Administración Pública». Esta noción ha sido perfilada por el Tribunal de Justicia a través de diversas sentencias (29) que han ido restringiendo su amplitud pero que, y eso es lo que nos importa, ha salvado siempre el ejercicio de funciones soberanas. Así, en la Sentencia de 27 de noviembre de 1991, sostiene el Tribunal que «hay que entender por empleos en la Administración pública en el sentido del apartado 4 del artículo 48, excluidos del ámbito de aplicación de los apartados 1 a 3 de este artículo, un conjunto de empleos que suponen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás colectividades públicas que suponen, por este hecho y por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad». En un sentido muy similar, la Comisión apro-

(28) De hecho, no pocos autores sostienen que el compromiso en defensa de la patria exige una total fidelidad, fuera de toda duda. En este sentido, PULIDO QUECEDO, M., El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución, Parlamento de Navarra. Civitas, Madrid, 1992, pág. 393 y ALLI TURRILLAS, J.C., La profesión militar: análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las fuerzas armadas, op. cit., pág. 199.

(29) Entre ellas podemos enumerar la Sentencia Sotgiu / Deutsche Bundespost, de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, la Sentencia Comisión / Francia, de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, la Sentencia Lawrie - Blum / Land Baden - Württemberg, de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, la Sentencia Bleis, de 27 de noviembre de 1991, asunto 4/91, o la Scholz, de 23 de febrero de 1994.

bó en 1988 una Comunicación (30) a los Estados que, aunque sin valor jurídico vinculante, ha sido notablemente esclarecedora, y donde se señala que las actividades que podían incluirse en la excepción del artículo 39.4 debían implicar funciones «como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes», funciones que concurrían en el caso de «las fuerzas armadas, la policía y las otras de orden público, la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia» (31). Dicha evolución no ha de sufrir variación alguna ante una eventual entrada en vigor del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, toda vez que el art. 18 de la Parte III recoge en los mismos términos la excepción de los empleos en la Administración Pública frente al principio de libre circulación de trabajadores (32).

En fin, la propia legislación española se ha hecho eco de esta interpretación en la ley 17/1993, de 28 de diciembre, de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, que sigue vetando su entrada a empleos públicos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas (33).

A pesar de todo lo anterior, la necesidad de ampliar la base potencial de reclutamiento de unas Fuerzas Armadas profesionales, que no han despertado precisamente oleadas de candidatos durante los primeros años de

(30) Comunicación de la Comisión sobre «La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros. La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE», DOCE, 18 de marzo de 1988, C 72, págs. 24.

(31) Acerca de la posibilidad de los ciudadanos comunitarios de acceder a algunos puestos de la función pública de Estados miembros distintos a aquél del que son nacionales, véase GUILLÉN CARAMÉS, J. y FUENTEAJA PASTOR, J.A., El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las administraciones públicas de los estados miembros, RAP, núm. 146, mayo-agosto 1998, págs. 467 y ss.

(32) No cabe hablar de infracción del principio de no discriminación por razón de nacionalidad establecido en el art. 21.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, integrada en la Parte II del Proyecto ya que el propio artículo salva las disposiciones específicas del Tratado Constitucional.

(33) Naturalmente, estas consideraciones cambiarían de producirse una auténtica integración de las Fuerzas Armadas de los Estados de la Unión bajo una política común de seguridad y defensa, tal y como se prevé, previo acuerdo unánime de los Estados miembros en el Consejo Europeo, en el art. 40.2 de la Parte I del Proyecto de Tratado Constitucional. Resulta curioso, por lo demás, que bajo la vigencia del derecho comunitario se haya reproducido el sistema de acceso de los extranjeros a los empleos públicos que adelantaron fugazmente los arts. 27 y 29, respectivamente, de la Constitución de 1869 y el Proyecto de Constitución de 1873, antes reseñados.

funcionamiento ha motivado que, con muchas cautelas, se haya retomado el hábito de admitir de forma limitada el acceso de extranjeros a las plazas de tropa y marinería, con carácter temporal y sin que ello implique el inicio de carrera militar alguna. El paso lo ha dado la ley 32/2002, de 5 de julio, de modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería, luego desarrollada por medio del Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería. Como reconoce la Exposición de Motivos de la ley, la regulación de este compromiso de servicio de extranjeros, encierra numerosos obstáculos que han obligado a introducir fuertes condicionantes. Ante todo, porque, como se indica, «la Defensa Nacional y, como parte de ella, la defensa militar es responsabilidad esencial de los ciudadanos españoles» y, por ello, «el acceso de extranjeros a las Fuerzas Armadas ha de restringirse de forma proporcionada al objetivo perseguido, con el propósito de evitar un desplazamiento cuantitativo y cualitativo de aquélla». Pero es que, además, el levantamiento de la prohibición de que nacionales de otros países puedan formar parte de las Fuerzas Armadas españolas debe arbitrarse normativamente de tal manera que su regulación no suponga injerencia en asuntos internos de otros Estados, ni una colisión con las normas de Derecho Internacional.

Bajando a terrenos más concretos, la medida aprobada es aplicable sólo a los extranjeros que sean nacionales de los países determinados reglamentariamente de entre aquellos que mantienen con España especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales y lingüísticos, siempre que, por la legislación de su país de origen o por cuanto pueda establecerse en convenios internacionales, no pierdan su nacionalidad al entrar al servicio de las Fuerzas Armadas españolas ni tengan prohibición de alistamiento militar en las mismas –art. 68 bis de la ley 17/1999–. Esta dicción, que recuerda inevitablemente a la empleada en el art. 11.3 CE respecto a la doble nacionalidad, ha sido interpretada en el sentido de abrir tal alistamiento a los nacionales de varios países iberoamericanos y Guinea Ecuatorial. Concretamente, el anexo I del Real Decreto 1244/2002 enumera a Argentina, Bolivia, Costa Rica, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Por el contrario, no se extiende a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en una decisión posiblemente discutible, no tanto quizá en lo jurídico sino más bien en cuanto a su oportunidad

política (34), pero que se había tomado con pleno conocimiento desde el inicio de la reforma legal, hasta tal punto que antes de la elaboración del anteproyecto de lo que había de convertirse en ley 32/2002, el Consejo de Estado fue consultado acerca de la legalidad de esta restricción y, subsidiariamente para el caso de que se considerase obligado admitir junto con los ciudadanos iberoamericanos a los comunitarios, si su régimen debía equipararse al de los españoles. El Alto Cuerpo Consultivo concluyó que, al no tratarse de una relación laboral, no resultaba contrario al derecho comunitario reconocer esta forma peculiar de acceso a las Fuerzas Armadas sólo a nacionales de la comunidad histórica de raíz española (35).

Será necesario, además, que se hallen en situación de residencia legal, temporal o permanente, en España (36), no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España haya firmado un convenio en tal sentido, tener la mayoría de edad con arreglo a lo dispuesto a su ley nacional (37) y carecer de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. La disposición adicional del Real Decreto 1244/2002 regula un sistema de comunicación diplomática para que, previo ruego de las autoridades españolas, los poderes públicos de los Estados afectados se sirvan dar noticia de las disposiciones que se hallen en vigor en su legislación interna, caso de que existan, con arreglo a las cuales los ciudadanos del país respectivo hayan de perder su nacionalidad al entrar al servicio de las Fuerzas Armadas españolas o tengan prohibición de alistamiento militar en las mismas.

Por lo demás, puede cubrirse por este procedimiento sólo un dos por ciento del total de efectivos de tropa y marinería profesional –art. 3.1 del Real Decreto 1244/2002– y en las especialidades y unidades fijadas en los anexos II y III, que pueden modificarse por el Ministro de Defensa, a propuesta de los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y atendiendo al grado de cobertura y las necesida-

(34) Resulta difícil de explicar la exclusión de los nacionales de unos Estados con los que se comparten relaciones tan intensas como las derivadas de la común pertenencia a la Unión Europea y, en el ámbito militar, en muchos casos a la OTAN, lo que conlleva, a resultas del conocido art. 5 del Tratado de Washington de 4 de mayo de 1949, una cláusula de solidaridad que exige considerar como propio el ataque al territorio de uno de los miembros de la Alianza.

(35) Dictamen 1508/2001, de 12 de julio.

(36) Se recogen así las dos situaciones que con el término de *residencia* se concretan en el artículo 29 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(37) El art. 8.1.c del Real Decreto 1244/2002 añade el requisito de tener cumplidos al menos dieciocho años de edad en la fecha de incorporación al centro de enseñanza militar.

des correspondientes (38) –art. 4.3–. La duración del período de servicio es de tres años improrrogables, salvo obtención de la nacionalidad española o pendencia del expediente previo a su concesión (39). Durante ese tiempo, servirán en el empleo de soldados o marineros, con el posible ascenso, en función de su historial, a los grados de soldado o marinero de primera. Por último, con el fin de reforzar la identificación con España de este personal, el art. 10.2 del Real Decreto 1244/2002, dispone que el Ministerio adapte los planes de enseñanza a fin de proporcionar a los alumnos extranjeros una instrucción adecuada acerca de los principios y valores constitucionales y las instituciones, así como los conocimientos básicos históricos y culturales de España, sin que en ningún caso el horario lectivo pueda incrementarse en más de tres horas semanales respecto de los españoles (40).

Resumiendo, ni la ley 32/2002 ni el decreto 1244/2002 eliminan el carácter fundamentalmente nacional de las Fuerzas Armadas españolas en el que, sin duda, están pensando los artículos 13.2, 13.2 y 30.1 CE, sin per-

(38) Así, las especialidades citadas son, en el Ejército de Tierra, las de Infantería ligera, Ingenieros y Artillería de Campaña; en la Armada, la Infantería de Marina y en el Ejército del Aire, la de Seguridad y Defensa. En cuanto a las Unidades a las que pueden ser destinados, comprenden, exclusivamente, en el Ejército de Tierra, la Brigada de Infantería Ligera *Rey Alfonso XIII*, II de la Legión y la Brigada de Infantería Ligera Paracaidista *Almogávares VI*. En la Armada, el Tercio Armada y, en el Ejército del Aire, el Escuadrón de Zapadores Paracaidistas.

(39) De hecho, y así se reconoce en la Memoria justificativa del Proyecto del que proviene la ley 32/2002, toda la normativa expuesta está pensando en facilitar dicho proceso de adquisición de la nacionalidad española, para el que los tres años de compromiso son más que suficientes, toda vez que, considerados sus países de origen, los extranjeros que ingresen por esta vía en las Fuerzas Armadas necesitan sólo de dos años de residencia, conforme al art. 22.1 del Código Civil sin que, por cierto, deban renunciar a su nacionalidad de origen, por cuanto el art. 23.b) excluye de este requisito a los nacionales de los países enunciados en el art. 24.2 –Estados iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal–. Por otro lado, la prórroga del período de tres años en tanto se resuelve el expediente sobre concesión de nacionalidad por residencia, regulada en el art. 68.bis.6 de la ley 17/1999, fue propuesta por el Consejo de Estado en su Dictamen 3796/2001, de 17 de enero de 2002, relativo al anteproyecto de lo que luego ha sido ley 32/2002.

(40) Esta previsión se ha desarrollado por medio de la Orden DEF/1251/2003, de 9 de mayo, por la que se adapta la Orden 42/2000, de 28 de febrero, sobre directrices generales de los planes de estudio para la enseñanza militar de formación de los militares profesionales de tropa y marinería, modificada parcialmente por la Orden DEF/462/2002, de 19 de febrero, a lo dispuesto en el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería. De forma sucinta, la adaptación consiste en la creación de un módulo de formación complementaria, de veinticuatro horas de duración, impartido durante el período de formación general militar en el que se proporciona a los alumnos conocimientos elementales de historia, geografía y ordenamiento constitucional de España.

juicio de las aclaraciones que hemos recordado. Simplemente se recupera una práctica, no infrecuente en otros Ejércitos (41) ni en la tradición histórica española (42), por la que se acepta la participación limitada y temporal de ciudadanos de otras nacionalidades en algunas unidades especialmente aptas para ello y sin que en ningún caso, al margen de la eventual naturalización española sobrevenida, pueda iniciarse una auténtica carrera militar permanente.

2.2. LAS PARTICULARIDADES DEL ACCESO DE LA MUJER A LAS FUERZAS ARMADAS

Es, desde luego, la posición de la mujer en las Fuerzas Armadas, el tema que ha despertado y despierta más atención en relación con este campo concreto y, de ella, tres problemas sobresalen con claridad: el derecho de la mujer a formar parte del Ejército, su tradicional exención del servicio militar obligatorio y, más modernamente, las facilidades que les concede respecto de los varones la normativa sobre reclutamiento respecto de las marcas mínimas requeridas para las pruebas físicas. Dado que las dos primeras han sido ya objeto de amplio estudio doctrinal y, sobre todo, desde un punto de vista práctico parecen haber llegado a una solución satisfacto-

(41) Los Estados Unidos son el ejemplo más destacable de apertura de sus Fuerzas Armadas a los extranjeros, por cuanto serán admisibles en los procesos de reclutamiento siempre que tengan residencia legal en ese país. En este sentido, 10 USC 3253 y 8253 y Directriz del Departamento de Defensa 1304.26, de 21 de diciembre de 1993 E1.2.2.1.

(42) En particular, merecen recuerdo los profesionales enrolados en los Tercios durante los siglos XVI y XVII, cuya eficacia ha sido reconocida por PARKER, G., *El Ejército de Flandes y el camino español (1567-1659)*. La logística de la victoria y derrota de España en las Guerras de los Países Bajos, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pág. 63, así como *La revolución militar. Las innovaciones militares y el apogeo de Occidente, 1500-1800*, Crítica, Barcelona, 1990, pág. 76 y KAMEN, H., *Imperio. La forja de España como potencia mundial*, Círculo de Lectores (por licencia de Ed. Santillana), Barcelona, 2003, págs. 450 y ss. Asimismo, los extranjeros que formaron parte de la Legión desde que el Real Decreto de 28 de enero de 1920 creara el denominado «Tercio de extranjeros» que, según las reglas de organización aprobadas por Real Orden circular de 4 de septiembre de ese año, se constituyó como Unidad del Arma de Infantería, cuyos miembros habían de prestar juramento de fidelidad a la Bandera y quedar como soldados españoles sujetos al Código de Justicia Militar y a las Ordenanzas del Ejército. Más adelante, ya con la denominación de Legión desde la Orden de reorganización de 8 de mayo de 1937, su Reglamento de 11 de septiembre de 1970 configura la Legión como una Fuerza Especial, cuya tropa se nutre exclusivamente de personal voluntario, tanto nacional como extranjero. La disposición transitoria séptima del Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Servicio Militar mantuvo abierta la posibilidad de que los extranjeros se siguieran incorporando en tiempo de paz a Fuerzas Especiales.

ria, aun sólo provisionalmente en algún caso, será la última la que recibirá mayor espacio en las próximas páginas, limitándonos en lo demás a unos comentarios más esquemáticos. En cualquier caso, toda la normativa a la que se hará referencia va a ser enjuiciada bajo el principio que reconocen las propias Ordenanzas en su art. 185 y es que «en las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de sexo».

a) El derecho a ingresar en las Fuerzas Armadas

Comenzando por el derecho de la mujer a formar parte de las Fuerzas Armadas, la tradición histórica contraria al mismo ha tenido que ceder paso a la lógica constitucional proporcionada por el principio de no discriminación por razón de sexo establecido enérgicamente en los arts. 14, 23.2 y 35.1. Esta adaptación se ha ido haciendo con cierto retraso y en algún caso a trompicones, sorprendida la administración militar por alguna sentencia que antes o después había de producirse. Resumidamente, podemos recordar que el art. 36 de la LO 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar dispone que la ley establecerá la forma de participación de la mujer en la Defensa Nacional. El Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero permitió por vez primera su incorporación voluntaria a las Fuerzas Armadas bien que, al igual que al año siguiente la ley 17/1989, en su art. 74.5, facilitara la introducción de límites en los destinos que podían ocupar, atendiendo a su mayor exigencia física. Esta última norma hubo de desarrollarse apresuradamente a raíz del pleito que culminó en la STC 216/1991, de 14 de noviembre, por la que se resolvió el recurso de amparo interpuesto por una candidata a participar en las pruebas selectivas para el ingreso en la Academia General del Aire cuya solicitud se había denegado. El Tribunal consideró que el retardo reiterado de la aprobación de la normativa que había de hacer posible a las mujeres el acceso a las Fuerzas Armadas resultaba ya injustificado e incurría en una vulneración del art. 14 CE. Aun así, la igualdad quedaba restringida respecto de ciertos destinos –de tipo táctico u operativo en unidades de la legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas, así como de fuerzas de desembarco, dotaciones de submarinos o de buques menores– en virtud del art. 25 del Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería Profesional.

En la actualidad el régimen vigente es de absoluta equiparación y, de hecho, no puede ya ser de otro modo, salvo supuestos excepcionales. En

efecto, el derecho comunitario establece, en principio, en el art. 2.2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, que ésta no obsta a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio y a las condiciones de trabajo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado que esta excepción no ha eliminado un principio general por el que este ordenamiento se opone a la aplicación de disposiciones nacionales que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar (43). Solamente en casos excepcionales, justificados por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio, es admisible una discrecionalidad a favor de los Estados miembros para decidir acerca de su apertura o no a ambos sexos que, en todo caso, ha de superar un juicio de proporcionalidad entre la ablación de derechos causada y el fin perseguido. Entre ellos, se ha aceptado la negativa de los Royal Marines del Reino Unido a contratar una cocinera militar, basada en razones de interoperabilidad. En este sentido se argumenta que la organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las Fuerzas Armadas británicas, de las que constituyen su «punta de lanza». Se trata de una fuerza, de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea, en la que los cocineros también deben intervenir como soldados de armas, y por ello, dentro del citado margen de discrecionalidad de los Estados, se ha aceptado que su reserva a varones no es desproporcionada (44). En cualquier caso España ha adoptado la decisión de no establecer límite alguno en este sentido y así se refleja en la ley 17/1999. Así, el art. 63.4 establece que no podrán existir en los sistemas de selección más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. En cuanto a la provisión de destinos, el art. 129 prohíbe que cualquier límite de edad o condición psicofísica

(43) STJCEE de 11 de enero de 2000, Kreil *c/* Alemania, asunto C-285/98.

(44) STJCEE de 26 de octubre de 1999, Sirdar *c/* The Army Board, Secretary of State for Defence, asunto C-273/97.

especial que pueda establecerse establezca distinción alguna por razón de sexo. En fin, el Real Decreto 66/2000, de 21 de enero, deroga el art. 25 del Real Decreto 984/1992, antes citado, por lo que en estos momentos, del derecho militar español ha desaparecido toda limitación a la posibilidad de las mujeres de desempeñar cualquier puesto dentro de las Fuerzas Armadas, incluidos los potencialmente más duros o peligrosos.

b) La exención del servicio militar obligatorio

Por otro lado, asoma el problema de la exención para las mujeres de la obligatoriedad del servicio como soldado de reemplazo. Ante todo, es evidente que el art. 30.1 utiliza el término «españoles» para establecer el derecho-deber de defender a España en sentido genérico y con la única finalidad de excluir a los extranjeros, según se ha apuntado anteriormente. De aceptar una interpretación distinta, habría que concluir que las mujeres en España carecen de derechos tales como la libertad de circulación y residencia del art. 19 o la participación en asuntos públicos del art. 23 y el derecho de petición del art. 29 –que las reconocen a «los españoles»– así como el derecho a la educación del art. 27 y el de sindicación del art. 28.1 –garantizado a «todos»– sin olvidar el de huelga, del art. 28.2, otorgado a «los trabajadores». A pesar de la dicción constitucional, la legislación sobre el servicio militar ha evitado sistemáticamente igualar las situaciones de hombre y mujer a estos efectos. Así, la ley 19/1984, de 8 de junio, del servicio militar, remitió en su art. 41 la regulación del Servicio Militar de la mujer a la nunca aprobada ley que debía regular su participación en la defensa nacional. Más tarde, la LO 13/1991, de 20 de abril, del Servicio Militar dispuso lisa y llanamente en su art. 11.2 que las mujeres estaban exentas del mismo, sin perjuicio de poder ser llamadas a cumplir determinadas funciones de acuerdo con la legislación reguladora de la movilización nacional. Pero lo más divertido de esta ley no es sólo el mantenimiento de una privilegio que, por otra parte, venía de antiguo, sino el razonamiento de por qué lo hace. En concreto, su Preámbulo dice que la «mujer queda excluida de la obligatoriedad del servicio militar porque las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones y por considerar que esta decisión no vulnera el mandato de no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, las mujeres podrán incorporarse a las tareas de la defensa nacional con arreglo a las normas

sobre movilización nacional». Al margen de no explicar qué jurisprudencia se maneja para llegar a esta conclusión ni las razones que la sostienen, resulta cuanto menos chocante que se alegue la suficiencia del concurso de los varones para cubrir las necesidades de la defensa. Con un criterio similar podría regularse una exención total del Impuesto sobre la Renta, pongamos para los residentes en Castilla y León, amparada en que, dada la situación de superávit que ha registrado la Hacienda Pública el último año, los impuestos de los ciudadanos de otras Comunidades serían suficientes para sostener el gasto público.

La posición que ha de adoptarse con relación a tal cuestión tiene que estar, por el contrario, en plena consonancia con la libertad e igualdad de acceso razonablemente consagrada en nuestra legislación. En efecto, reconocida en España la posibilidad para todos los ciudadanos, con independencia de su sexo, de ingresar en las Fuerzas Armadas y de desarrollar plenamente su carrera militar sin otros condicionantes que los derivados de sus méritos, se antoja difícilmente justificable el mantenimiento de este privilegio. Si una mujer puede ocupar todo tipo de empleo, desde soldado profesional hasta general, en cualquier Cuerpo, lo más razonable es que esté sometida a las mismas obligaciones que el varón (45). De todos modos, la suspensión con carácter general del servicio militar obligatorio (46) ha quitado, al menos de manera provisional, hierro al asunto, por lo que no procede ir más allá si no es para advertir que una eventual reimplantación de la conscripción, y también una futura y ya imprescindible ley sobre movilización, deberán abordar ineludiblemente este problema y no ya sólo por cuestiones jurídicas, sino también por pura prudencia política, pues mal

(45) Entre las críticas a esta exención, merece citarse la de ESCRIBANO TESTAUT, P., El deber de prestación del servicio militar y el principio de no discriminación por razón de sexo, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 68, julio-diciembre de 1996, págs. 95 y ss., quien, tras rechazar el automatismo de la exclusión de este deber, precisamente en un momento en que se había consolidado su derecho a acceder en plenitud a la carrera militar, propuso, por razones de prudencia política, establecer un sistema de servicio civil obligatorio que equiparase su condición a la del varón. Asimismo, BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, *op. cit.*, págs. 191 y ss. quien habla directamente de la posibilidad de que en algún momento el Tribunal Constitucional se pronuncie en contra de este privilegio.

(46) Como es sabido, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, suspendió la prestación del servicio militar obligatorio a partir del 31 de diciembre de 2002 (disposición adicional decimotercera). Esta fecha fue adelantada más tarde a 31 de diciembre de 2001, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, dictado en uso de la autorización al Gobierno otorgada por la mencionada Ley 17/1999, de 18 de mayo. La propia ley 17/1999 reconoce lo inadecuado de la situación anterior cuando en el apartado VII de su Exposición de Motivos apunta que «es en ésta [ley] donde el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres».

podrá exigirse a unos varones no habituados a la idea del servicio militar por la fuerza de la costumbre una prestación personal de la que sus compañeras –y competidoras– de estudios, trabajo y otras actividades corrientes quedan liberadas (47).

c) La acción afirmativa en las Fuerzas Armadas

No son éstas, sin embargo, las cuestiones sobre las que es preciso detenerse. La novedad más interesante, y que requiere un análisis más pormenorizado, es la aparición en el derecho militar de diversas medidas que pueden incluirse dentro de lo que se ha venido denominando discriminación positiva o, también, de manera más precisa, discriminación inversa o, de forma más amplia, acción positiva o acción afirmativa (48).

(47) Resta, por último, anotar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado recientemente que la imposición de un servicio militar obligatorio sólo a los hombres no es contraria al derecho comunitario, toda vez que aunque las decisiones de los Estados miembros relativas a la organización de sus Fuerzas Armadas no pueden quedar completamente excluidas de la aplicación del Derecho comunitario, especialmente cuando se trata de la observancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las relaciones laborales, de ello no se desprende que el Derecho comunitario regule las decisiones de organización militar elegidas por los Estados miembros que tengan por objeto la defensa de su territorio y de sus intereses esenciales. Más en concreto, si bien «la limitación del servicio militar obligatorio a los hombres supone normalmente para los interesados un retraso en el desarrollo de su carrera profesional», sin embargo, «el retraso sufrido por la carrera profesional de los reclutas es una consecuencia inevitable de la elección efectuada por el Estado miembro en materia de organización militar y no implica que esta elección esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. En efecto, so pena de usurpar las competencias propias de los Estados miembros, la existencia de repercusiones desfavorables en el acceso al empleo no pueden obligar al Estado miembro de que se trate ni a extender a las mujeres la obligación de prestar el servicio militar y, por tanto, a imponerles las mismas desventajas en materia de acceso al empleo, ni a suprimir el servicio militar obligatorio». Véase STJUE de 11 de marzo de 2003, *Alexander Dory c/ Alemania*, asunto C-106/01. No obstante, según veremos más adelante, el propio Tribunal ha admitido que esta carga resulte compensada con otras medidas protectoras de los ciudadanos que hayan cumplido este deber público y, de hecho, el párrafo 40 de la propia Sentencia Dory reconoce el retraso en el desarrollo de una carrera profesional que el servicio militar ocasiona a los hombres.

(48) La diferencia estriba en que las medidas de discriminación inversa son una modalidad de la acción positiva más incisiva que las demás en la esfera de los derechos individuales y que abarca desde el establecimiento de cuotas entre los diversos grupos considerados hasta la imposición de criterios de selección preferente. En España ha sido el ámbito de la representación política el más propicio para la regulación de iniciativas de este

c.1) Orígenes de la affirmative action

Con carácter general, las medidas de acción positiva son una creación del derecho de los Estados Unidos introducidas durante los años setenta con la finalidad de mejorar las condiciones de las minorías raciales –negra e hispana fundamentalmente– y que han recibido un notable respaldo por parte del Tribunal Supremo de este país (49). En efecto, amparado, al menos parcialmente, en la *equal protection clause* prevista en la décimo cuarta enmienda de la Constitución, aprobada en 1868, el Tribunal fue elaborando desde finales de los años cincuenta una doctrina acerca de la constitucionalidad de las leyes que establecían diferencias por razón de raza, relacionadas sobre todo con los sistemas de segregación escolar. En ella se introdujeron tres niveles de examen, aún vigentes, para enjuiciar la constitucionalidad de las clasificaciones legalmente establecidas. Así, se distingue entre el *rational relational ship test*, aplicado para las relaciones socioeconómicas, que exige tan sólo la racionalidad de la relación entre los medios y los fines perseguidos, lo que usualmente se ha traducido en una presunción de constitucionalidad de la norma enjuiciada; el *strict scrutiny test*, aplicable a las clasificaciones basadas en la raza o relativas a un derecho o interés considerado fundamental –voto, libertad de circulación interestatal y la igualdad en el acceso a la justicia– exige que la norma revisada justifique la diferencia de tratamiento en la existencia de un fin extraordinario o apremiante (*compelling interest*), y ha supuesto en casi todos los casos la declaración de inconstitucionalidad de la norma (50). Por últi-

tipo, con ejemplos como la ley de les Illes Balears [sic] 6/2002, de 21 de junio o la ley de Castilla-La Mancha 11/2002, de 27 de junio, que reforma la ley electoral de esta Comunidad, que establecen las llamadas listas cremallera en las candidaturas que se presenten a las elecciones sus respectivas Asambleas legislativas. Un comentario crítico sobre su constitucionalidad puede encontrarse en ABELLÁN MATESANZ, I.M.^a, La modificación de la leyes electorales a la luz del principio de igualdad: las «listas cremallera», Revista de Estudios Autonómicos, núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, págs. 147 y ss.

(49) Para un estudio más detallado de las medidas de acción positiva en los Estados Unidos, véase MARTÍN VIDA, M.^aA., Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense, REDC, núm. 68, mayo-agosto 2003, págs. 151 y ss.; REY MARTÍNEZ, F., El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 44 y ss.

(50) Como única excepción se suele citar la Sentencia dictada en el caso *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), que ratificó la constitucionalidad de la confinación en campos de concentración de todos los ciudadanos de ascendencia japonesa que vivían en la Costa Oeste, con el argumento de que había que evitar que colaboraran con el enemigo. De la misma se ha escrito que «representa el impacto nefasto que la guerra y el racismo pueden tener sobre la integridad institucional y la salud cultural». Véase TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988, pág. 1452.

mo, para los casos en los que la clasificación legal obedece a un criterio considerado sensible, pero no sospechoso –principalmente el sexo, pero también la filiación y la condición de extranjero– se utiliza el llamado *intermediate test*, que obliga al poder público a demostrar que existe un objetivo importante y que la diferencia de trato está directamente vinculada a su consecución. A estas referencias se somete el examen de las medidas de acción afirmativa puestas en marcha, tras los incidentes y revueltas de 1964 a 1968, a escala nacional, secundados más tarde en cada uno de los Estados y que, tras no pocas alternativas aún en discusión, parecen haber encontrado cierta estabilidad institucional en la *Civil Rights Act* de 1991 que, si bien las considera como un remedio adecuado para combatir la discriminación, no se inclina por las cuotas ni los tratamientos preferentes, sino por instrumentos más neutros, salvo que éstos se hubieran mostrado completamente insuficientes para acabar con una situación arraigada de discriminación (51).

Por lo que respecta a la aplicación de estas medidas a las diferencias por razón de sexo y su impacto jurisdiccional, el Tribunal Supremo, aunque más tarde que con las derivadas de la raza, ha tenido no pocas ocasiones de intervenir, en una línea que, tras declarar la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones pretendidamente protectoras pero que, en realidad, se entiende que denotan un «paternalismo romántico» (52), ha venido aplicando el examen intermedio, por lo que ha aceptado aquellas diferencias que persiguen un fin compensatorio y están directamente vinculadas al mismo. En los últimos años, reviste cierto interés la actitud mostrada hacia los supuestos en que el sexo pueda ser considerado como criterio válido para la exclusión de mujeres de un puesto de trabajo. Así, en los trabajos que exigen mayor fuerza física se ha exigido una valoración individualizada de las habilidades de cada candidato con independencia de que sea hombre o mujer. Asimismo, se ha rechazado como criterio justificador la

(51) Que la controversia no ha finalizado lo prueba la aprobación en 1996 de la Proposición 209 del Estado de California, que añade al Título I de su Constitución un art. 31 que prohíbe a este Estado y a los gobiernos locales discriminar contra o garantizar un tratamiento preferente a cualquier individuo o grupo por razón de su raza, sexo, color, etnia u origen nacional en los ámbitos de la educación, la contratación o el empleo públicos. Véase MARTÍN VIDA, M.^ªA., Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense, op. cit., pág. 180.

(52) Entre otras, una que afectaba a aspectos sociales de la profesión militar, como algunos tratamientos diversos en función de su sexo a los cónyuges de miembros de las Fuerzas Armadas a la hora de obtener ciertos beneficios. Se trata de la Sentencia *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

preferencia de los clientes, mientras que, por el contrario, se ha aceptado la distinción en determinados puestos en los que la protección de la intimidad de los usuarios o la propia seguridad del servicio –en el caso de los funcionarios de prisiones– hacían aconsejable que el candidato fuera de su mismo sexo (53).

c.2) Su recepción en el derecho comunitario

La doctrina de la discriminación inversa ha encontrado, a partir de la experiencia norteamericana, un desarrollo notable en Europa, si bien, a diferencia de lo que sucede en su país de origen, se ha utilizado principalmente para aspectos relacionados con la igualdad entre sexos, no entre razas. Además, y también en contraste con lo que sucede más allá del Atlántico, el favor jurisprudencial no ha acompañado a sus diversas recepciones legislativas., de modo que, sobre todo en el ámbito de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es difícil encontrar ejemplos de resoluciones, por lo demás bien conocidas, que han embridado los impulsos más abruptos de esta construcción teórica (54). La base normativa la proporciona ya el propio Tratado de la Comunidad Europea, cuyo art. 3.2 afirma que en las políticas previstas en el apartado 1 de este mismo artículo la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. Por su parte, el art. 141.3 otorga a la Comunidad competencias normativas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Con mayor rotundidad, el art. 141.4 dispone que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de

(53) Véase al respecto, REY MARTÍNEZ, F., El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, op. cit., págs. 74 y ss.

(54) Acerca de la discriminación inversa en la Unión Europea, véase ELÓSEGUI ITXASO, M.^a, Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres, CEPC - Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003 y OTERO GARCÍA - CASTRILLÓN, C., Igualdad, género y medidas de acción - discriminación positiva en la política social comunitaria, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 12, mayo-agosto 2002, págs. 489 y ss.

actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Como resulta obvio, no se consagran en este apartado medidas específicas, sino que se autoriza a los Estados miembros, en uso de su autonomía, a optar por las soluciones que consideren más convenientes sin que, en principio se les considere contrarias al derecho comunitario.

Ambos preceptos, introducidos en virtud del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que, por medio de su Declaración número 28, recuerda que los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral, han servido de base a una legislación compuesta básicamente (55) por la Directiva 76/207/CEE, del Consejo (56), ampliamente reformada por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (57). En ella se establece un principio de no discriminación, directa o indirecta, que supone la nulidad de todas aquellas regulaciones legales o previstas en convenios colectivos o estatutos profesionales que atenten contra la igualdad de trato, tanto en el acceso a una profesión como en la promoción interna o las condiciones de trabajo. Como excepciones, de gran importancia jurisprudencial según veremos a continuación, los apartados 2 y 4 del art. 2 permiten a los Estados, respectivamente, excluir del ámbito de aplicación de la directiva las actividades profesionales para las que el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o condiciones de ejercicio y adoptar las medidas encaminadas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres. Por su parte, la Directiva

(55) No deben, tampoco, olvidarse disposiciones como la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

(56) Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Téngase en cuenta que, puesto que los apartados del art. 141 del TCE a los que se ha hecho referencia no existían en el momento de aprobarse esta directiva, de manera que el antiguo art. 119 TCE regulaba sólo la igualdad formal, su base jurídica la constituye el antiguo art. 235, hoy art. 308, que permite, bajo condiciones, que los Estados acuerden por unanimidad adoptar acciones en materias no previstas en el Tratado.

(57) Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Texto pertinente a efectos del EEE).

2002/73/CE tiene por objeto reformar la 76/207/CEE para incluir una definición de lo que se entiende por discriminación directa e indirecta, reforzar la negociación colectiva como mecanismo para eliminar situaciones de desigualdad, incluida la que tenga lugar con organizaciones exclusivamente femeninas, y enumerar las situaciones de acoso y acoso sexual dentro de las formas de discriminación. Mantiene, por lo demás, la autorización a los Estados de adoptar medidas de acción afirmativa a favor de los grupos menos representados. Por último, conviene tener en cuenta que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye en su Título III «Igualdad», un art. 23 «Igualdad entre hombres y mujeres», de acuerdo con el cual ésta «será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución», añadiéndose a continuación que el principio de igualdad «no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

A partir de estos materiales de aparición sucesiva, el Tribunal de Justicia ha ido elaborando una jurisprudencia que ha puesto freno a algunas de las manifestaciones más extremas de este principio en las legislaciones nacionales. Las más renombradas son las Sentencias dictadas por el Tribunal en los casos Kalanke y Marschall, aunque hay otras varias, casi todas relativas a Alemania, país donde por medio de una reforma constitucional, el art. 3.2 de su Ley Fundamental dispone que «El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes», dando carta de naturaleza a la acción afirmativa en materia de género (58). En la primera de ellas (59), se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada conforme al entonces art. 177 TCE por el Tribunal Federal Laboral (*Bundesarbeitsgericht*) sobre la interpretación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE en relación con un precepto de la *Landesgleichstellungsgesetz* de 20 de noviembre de 1990 (Ley del Territorio de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública-LGG) por el que se concedía automáticamente preferencia a los candidatos de sexo femenino frente a los varones cuando en los puestos ofrecidos en la convocatoria hubiera una menor representación de

(58) Este inciso fue introducido por la enmienda constitucional núm. 42, de 27 de octubre de 1994.

(59) STJCEE de 17 de octubre de 1995, Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen, asunto C - 450/93. El pleito nacional de origen surgió como consecuencia de un recurso interpuesto por el Sr. Kalanke contra la resolución de un concurso para la provisión de un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la Ciudad de Bremen.

mujeres —entendida como menos de la mitad de las plazas— y siempre que entre tales candidatos existiese igualdad de méritos. La respuesta del Tribunal fue tajante al sostener que los preceptos aludidos de la Directiva, que establecían un principio de no discriminación directa o indirecta por razón de sexo del que, por excepción, se excluían las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectasen a las oportunidades de las mujeres, no amparaban una ley nacional que estableciese que, en una promoción, las mujeres con la misma capacitación que sus competidores masculinos gozasen automáticamente de preferencia en los sectores en los que estuvieran menos representadas. Para ello, razona que el apartado 4 del artículo 2, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente, lo que significa que sólo cubre aquellas medidas que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. Por lo demás, el régimen recurrido, en tanto pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, lo cual no es conforme con el espíritu de la directiva (60).

En su Sentencia dictada en el caso Marschall (61) el Tribunal resuelve asimismo una cuestión prejudicial presentada, en esta ocasión, por el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Gelsenkirchen en relación con una ley del Territorio de Renania del Norte-Westfalia que concedía preferencia a las mujeres en igualdad de circunstancias en aquellos empleos en que hubiese menor número de éstas que de hombres, salvo que en un candidato concurriesen circunstancias que inclinaran la balanza a su favor (62). En esta ocasión, el Tribunal entiende que, a diferen-

(60) Una crítica a los resultados, no tanto al razonamiento empleado, de esta Sentencia, aparece en RIVERO ORTEGA, R., Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia «Kalanke» del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, REDA, núm. 90, abril-junio 1996, págs. 321 y ss., quien propone como solución la redacción de una Declaración de derechos fundamentales de la Unión Europea en la que aparezcan aludidas las acciones de discriminación inversa.

(61) STJCEE, de 11 de noviembre de 1997, Hellmut Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen, asunto C-409/95.

(62) Se trataba del apartado 5 del art. 25 de la Ley de la Función Pública (*Beamten-gesetz*), de acuerdo con el cual «Cuando, en el sector del organismo competente en el que

cia del caso Kalanke, la disposición objeto de examen, por cuanto contiene una cláusula de apertura, no sobrepasa esos límites, ya que, «en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino».

Más adelante, en Sentencia dictada en el caso Badeck y otros (63) acerca de cierta legislación del Estado de Hesse, el Tribunal de Justicia aclara su criterio anterior señalando, primero, que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE no se opone a una normativa nacional que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas –en los sectores de la función pública en que las mujeres están menos representadas– siempre que resulte necesario para la consecución de los objetivos de un plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Segundo, dicho precepto tampoco se opone a una normativa nacional que establezca que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad. Tercero, tampoco se opone a una normativa nacional que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al

deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor; [...].».

(63) STJUE de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros, asunto C-158/97. El origen del caso se sitúa en un recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional del Land de Hesse (*Staatsgerichtshof*) por el Sr. Georg Badeck en representación de 46 diputados del Parlamento Regional (*Landtag*) contra la Ley de Hesse sobre la igualdad de trato y sobre la supresión de la discriminación de la mujer en la función pública (*Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung*), de 21 de diciembre de 1993.

menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes. Cuarto, no es, además, contrario a una normativa nacional que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas. Por último, y quinto, con arreglo a este artículo, es también admisible una normativa nacional relativa a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, que establece que las disposiciones legales adoptadas para su aplicación tengan en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual. En general, el Tribunal basa sus conclusiones en que las cuotas y sistemas de preferencia expuestos no son automáticos, no afectan a la selección final propiamente dicha, sino a fases anteriores –como la convocatoria a una entrevista personal– o bien tienen carácter puramente indicativo, como sucede con la previsión de igualdad en la composición de los órganos de representación de los trabajadores.

Por último, merece mención el caso *Abrahamsson* (64) en el que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Överklagandenämnden för Högskolan* (Comisión de Recursos de los establecimientos de enseñanza superior), de Suecia, en relación con un procedimiento selectivo de la Universidad de Goteborg por el que se debía proveer un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera. La oferta de empleo indicaba que el nombramiento en dicho puesto debía contribuir a la promoción de la igualdad de sexos en la vida profesional y que, con arreglo al Reglamento 1995:936, podría aplicarse la discriminación positiva. Al mismo se presentaron ocho candidatos, entre ellos, las Sras. Abrahamsson, Destouni y Fogelqvist y el Sr. Anderson. La Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias, encargada de la selección efectuó dos votaciones, la primera de las cuales tenía en cuenta únicamente la capacitación científica de los candidatos. En ésta, el Sr. Anderson resultó ser el primero con cinco votos y la Sra. Destouni obtuvo tres votos. En la segunda votación,

(64) STJUE de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson y Anderson c/ Fogelqvist*, asunto C-407/98.

que tenía en cuenta tanto los méritos científicos como el Reglamento 1995:936, la Sra. Destouni fue clasificada primera con seis votos contra dos votos para el Sr. Anderson. El tribunal calificador propuso al Rector de la Universidad de Goteborg nombrar a la Sra. Destouni, indicando expresamente que el nombramiento de esta candidata, en vez del Sr. Anderson, no vulneraba la exigencia de objetividad del art. 3.3 del Reglamento 1995:936, a la vez que calificó en segundo y tercer lugar al Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist. Tras renunciar la primera a su puesto, el rector volvió a convocar a la Comisión para que emitiese nuevo parecer teniendo en cuenta el plan de igualdad para las mujeres, a lo que ésta respondió que ese dato ya se había tenido en cuenta en la primera selección y que, aunque la mayoría de sus miembros consideraba que existía una notable diferencia entre los otros dos candidatos, no tenía clara la interpretación que debía darse al Reglamento 1995:936. A la vista de estas consideraciones, el rector nombró para la plaza en liza a la Sra. Fogelqvist, decisión recurrida tanto por el Sr. Anderson, que invocaba el propio Reglamento 1995:936, como otra de las candidatas, la Sra. Abrahamsson, la cual alegó tener más méritos que aquella, a la vez que reconocía la superioridad del Sr. Anderson sobre ambas. El Tribunal de Justicia va a estimar que se ha incurrido con el Reglamento citado en un supuesto de automatismo en la asignación de la plaza a favor de una mujer que, a mayor abundamiento, no había mostrado los mismos méritos que el candidato varón, sino simplemente capacidad suficiente para el puesto, a diferencia de los casos expuestos anteriormente, y que ello resulta contrario al art. 141 TCE. En este sentido, en su párrafo 50 subraya que «aun cuando el artículo 141 CE, apartado 4, con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, no puede deducirse de ello que esta disposición permita un método de selección como el controvertido en el litigio principal que, en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación con el objetivo perseguido».

Al margen de esta jurisprudencia general, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos asuntos relativos al principio de igualdad entre hombres y mujeres en el seno de las Fuerzas Armadas, aunque sin llegar a entrar en el terreno de las acciones de discriminación inversa. Así, en sentencias a las que se alude a lo largo de estas páginas, esta Institución ha tenido ocasión de dejar sentado que la autonomía de los Estados impide que el derecho comunitario entre a valorar

la corrección de someter sólo a los varones al deber de prestar el servicio militar (65), a la par que admite aquellas medidas que tienen por objetivo limitar los perjuicios profesionales que el cumplimiento de este deber pueda ocasionarles (66). Asimismo, ha declarado contraria a la normativa de la Unión toda legislación que excluya a las mujeres de las Fuerzas Armadas de modo automático, si bien acepta que, atendiendo a criterios de proporcionalidad, una norma nacional pueda vedarles el acceso a puestos específicos que requieran condiciones especiales (67). Por último, ha sentado las bases para que los tribunales nacionales puedan declarar el carácter discriminatorio de una legislación que contemple edades distintas para pasar a la jubilación en el ámbito castrense, al declarar dicha normativa comprendida en el ámbito de aplicación del antiguo art. 119 TCE, actual art. 141, ya transcrito, en particular en la prohibición de toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos que establecen sus dos primeros párrafos (68).

c.3) Las acciones positivas en las Fuerzas Armadas: práctica comparada

Por su parte, en el derecho comparado la práctica es de lo más variopinta (69), si bien podemos encontrar dos modelos diferenciados: aquellos

(65) Sentencia dictada en el caso Dory, ya aludida.

(66) Se trata de la Sentencia Schnorbus, sobre la que luego volveremos. Asimismo, STJUE de 8 de junio de 2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatgestellten c. Wirtschaftskammer Österreich, asunto C-220/02, especialmente párrafo 62.

(67) Véanse, respectivamente, las Sentencias Kreil y Sirdar ya citadas.

(68) Nos referimos a la Sentencia de 12 de septiembre de 2002, Pirkko Niemi c/ Valtion eläkelautakunta, asunto C-351/00. En dicha resolución se responde a una cuestión prejudicial acerca de la aplicabilidad del precepto del Tratado expuesto a una disposición finlandesa que permitía a los hombres con una antigüedad de treinta años en las Fuerzas Armadas percibir una pensión por jubilación a partir de una edad comprendida entre los cincuenta y los cincuenta y cinco años, mientras que para las mujeres, con idéntica antigüedad, dicho umbral se elevaba a los sesenta años sin excepciones. El Tribunal de Justicia considera que, aunque una pensión no tiene por lo general naturaleza de retribución, sí lo es si afecta sólo a una categoría especial de trabajadores –en este caso los pertenecientes a las Fuerzas Armadas– está directamente vinculada a los años de servicio cumplidos y el cálculo de su cuantía se basa en el último sueldo del funcionario, por lo que el caso planteado puede reconducirse al principio de no discriminación citado.

(69) Para una visión general, que en algún caso conviene profundizar, es útil la publicación *Women in the NATO Armed Forces, The Office on Women in the NATO Forces, International Military Staff, NATO Headquarters, Brussels, Belgium, 1999-2000*. Existe una versión en la red en el portal «<http://www.nato.int>».

países que establecen limitaciones a los destinos que pueden ser ocupados por mujeres –sobre todo los que implican la posibilidad de entrar en combate– son más proclives a introducir condiciones de capacidad física más benignas, mientras que los que regulan una apertura potencial de todas las plazas contemplan tablas comunes para ambos sexos. No obstante, son muchas las variantes. Ante todo, fuera de la Unión Europea, en los Estados Unidos la Directriz 1304.26 establece un principio de no discriminación por razón de sexo en la selección de candidatos a las Fuerzas Armadas (70). Por su parte, la Directriz 6130.3 (71), por la que se establecen los requisitos físicos para el alistamiento reitera este principio y añade el objetivo de someter a todos los candidatos a baremos físicos comunes. Debe, además, tenerse en cuenta la Directriz 1350.2 (72), que establece el Programa de Igualdad de Oportunidades para el Ejército (*Military Equal Opportunity Program*) con una referencia explícita a las acciones afirmativas en su párrafo 4.1. Concretando estos principios, en los Estados Unidos existen puestos en los que no está permitido el acceso de las mujeres, como son los Cuerpos de Operaciones Especiales, práctica que, sin embargo, se complementa con la regulación de baremos físicos distintos para hombres y mujeres en aquellos destinos en los que no se requieren condiciones especialmente gravosas. Éstos últimos se rigen por reglamentos internos (73) que contemplan el llamado *Army Physical Fitness Test* (Prueba de Aptitud Física del Ejército - APFT) que arroja una serie de porcentajes luego utilizados como marcas mínimas para el acceso a los puestos correspondientes, porcentajes que se alcanzan con menores exigencias en el caso de las mujeres.

Pasando ya a los Estados miembros de la Unión Europea, afectados, por tanto, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes comentada, la previsión de un baremo doble no es ciertamente escasa, con ejemplos tales como Luxemburgo, que sigue un sistema de puntos parecido al APFT

(70) Department of Defense Directive 1304.26, de 21 de diciembre de 1993 4.2: «It is DoD policy to [...] Avoid inconsistencies and inequities based on gender, race, religion, or ethnicity in the application of these standards by the Military Services».

(71) Department of Defense Directive 6130.3, de 15 de diciembre de 2000, 3.1. Esta norma se desarrolla en la Instrucción del Departamento de Defensa 6130.4, de 2 de abril de 2004 para la regulación de las enfermedades y defectos físicos que pueden excluir la idoneidad de un candidato.

(72) Department of Defense Directive 3150.2, de 18 de agosto de 1995, modificada el 7 de mayo de 1997.

(73) Entre otros, las *Army Regulations* 350-41y 600-9 para el Ejército de Tierra (respectivamente establecen el sistema de entrenamiento y un programa contra la obesidad), la *Instruction* 6110.1F para la Armada, las *Instructions* 40-501 y 40-502 para las Fuerzas Aéreas y las *Orders* 6100.3.J, 6100.10B y 6100.4F para el Cuerpo de Marines.

estadounidense (74) e Irlanda. Lo mismo reza para Portugal, cuyo Reglamento del Servicio Militar establece un principio de paridad entre hombres y mujeres (75), a pesar de lo cual, éstas no pueden participar en puestos de combate ni ingresar en la infantería de marina, circunstancias compensadas por las menores exigencias físicas tanto para su ingreso como en el entrenamiento diario en los puestos que les están abiertos (76). Incluso Italia, que durante mucho tiempo se manifestó contraria a la admisión de mujeres fuera de puestos auxiliares ha optado en los últimos años por una línea similar en la que la presencia algo restringida para ciertas unidades de las mujeres se ve favorecida para puestos de segunda línea por requisitos físicos más bajos (77). Francia, por su parte, sigue una tónica similar, que excluye al personal femenino de destinos en submarinos y, en general, aquellos que implican un contacto directo y prolongado con fuerzas hostiles, a la vez que reduce las marcas requeridas tanto en las pruebas de acceso como en los entrenamientos posteriores.

En Alemania, por su parte, aunque desde 1975 las mujeres podían acceder a puestos secundarios en el Ejército –Cuerpos de Música y de Sanidad– sólo tras la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Kreil antes aludida se ha procedido a una revisión de su legislación para autorizar el ingreso en las Fuerzas Armadas sin ningún tipo de restricción, hecha efectiva desde enero de 2001. Para ello ha sido necesario reformar los arts. 12.3 y 12a.4 de la Ley Fundamental de Bonn que prohibían terminantemente que fueran empleadas en ningún servicio que implicase el uso de armas, de modo que lo que únicamente se veta en la actualidad es que sean obligadas a desempeñar dichas tareas (78). Eso sí, las condiciones físicas para el reclutamiento y la provisión de los destinos se regulan sin distinción alguna de sexo, aunque se tienen en cuenta las peculiaridades y exigencias de cada puesto concreto para establecer los requisitos físicos y síquicos necesarios (79).

(74) Los criterios pueden consultarse en [«http://www.armee.lu»](http://www.armee.lu).

(75) Art. 1.2 del Reglamento de la ley del Servicio Militar, aprobado por el Decreto-ley 289/2000, de 14 de noviembre. Desarrolla la ley 174/99, de 21 de septiembre.

(76) A título demostrativo, la Orden (Portaria) 790/99 del Ministerio da Defesa Nacional, de 7 de septiembre establece distintos umbrales en relación con las alturas mínimas, 160 centímetros para mujeres y 164 para hombres.

(77) La base normativa la constituyen la ley de 20 de octubre de 1999, núm. 380, de delegación al Gobierno para la institución del servicio militar voluntario femenino, el Decreto legislativo de 31 de enero de 2000, núm. 24 y el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2000, núm. 112.

(78) La reforma se ha llevado a cabo por medio de la enmienda núm. 48, de 19 de diciembre de 2000.

(79) Se considera que ello es necesario toda vez que hombres y mujeres deben estar igualmente capacitados para tomar decisiones incluso en situaciones de agotamiento

Es, sin embargo, el Reino Unido, el ejemplo que resulta más ilustrativo, debido no sólo a la presencia de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –el caso Sirdar ya citado– sino también por la proliferación de estudios que han motivado un cambio en la práctica que en los últimos años venía adoptando este país en relación con los requisitos físicos. El marco normativo la constituye un reglamento de 1994 (80), que modifica la Ley de discriminación por razón de sexo de 1975 (*Sex Discrimination Act*) para, en lugar de excluir de plano su aplicación a las Fuerzas Armadas, establecer que la adopción de las acciones previstas en ella no ha de comportar en ningún caso una reducción de la capacidad de combate de los Ejércitos de la Corona (81). Como consecuencia de ello, en Gran Bretaña permanecen diversos puestos de combate, sobre todo los correspondientes a la Royal Artillery, de los que se excluye la presencia de mujeres. Sin embargo, respecto de los puestos abiertos a reclutas femeninos se venían estableciendo pruebas diferenciadas por razón de sexo, experiencia que se ha considerado negativa y que ha ido evolucionando desde el Ejército de Tierra hasta el resto de las Armas hacia un modelo de baremos diferenciados en atención a las exigencias específicas de cada puesto y sin distinciones de orden sexual (82).

c.4) *El derecho español*

En España, con el antecedente del art. 44.3 de la ley 17/1989, la ley 17/1999 da cabida a diversas previsiones que sin demasiada dificultad pueden encuadrarse dentro de la noción de acción afirmativa y, en algún caso, dentro de la más pura discriminación inversa (83). Así, el art. 63.4 dispone

físico, falta de tiempo o presión mental. Aun así, durante 2001, del total de reclutas que no habían pasado previamente por el servicio militar, la proporción de mujeres fue del 21 por ciento. Véase *The Bundeswehr in 2002. The Current Situation and Perspectives*, Federal Ministry of Defence, pág. 55.

(80) *The Sex Discrimination Act 1975 (Application to Armed Forces etc) Regulations 1994*, Statutory Instruments 1994 no. 3276.

(81) Así, el párrafo 4 del art. 85 de la ley de 1975, queda redactado de esta manera: «*Nothing in this Act shall render unlawful an act done for the purpose of ensuring the combat effectiveness of the naval, military or air forces of the Crown*».

(82) Véase DANDEKER, Ch., «*Femmes combattantes*»: *problèmes et perspectives de l'intégration des femmes dans l'armée britannique*, *Revue française de sociologie*, octubre-diciembre 2003, 44-4, pág. 743. Asimismo, el Informe *Women in the Armed Forces*, elaborado por el *Employment of Women in the Armed Forces Steering Group* en mayo de 2002.

(83) El legislador es muy consciente del alcance de su programa y por ello en el apartado VII de la Exposición de Motivos señala que aunque «la legislación anterior abrió

que «en los sistemas de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso». Por su parte, el art. 5.6 del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas reitera que «las pruebas para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudios, se ajustarán a cuadros de condiciones y exclusiones de aplicación general a los centros de enseñanza militar en todos los procesos selectivos» y que «en cada uno de ellos se especificarán las exigencias y niveles concretos que se deben acreditar, *teniendo en cuenta que podrán ser diferentes para el hombre y la mujer con el fin de adecuarse a sus distintas condiciones físicas*». Es, pues, la convocatoria, aprobada por el Subsecretario de Defensa –art. 8.1– la que debe determinar si se establecen o no diferencias en función del sexo en las marcas mínimas exigidas y lo cierto es que las publicadas en los últimos años sí lo han hecho. Es el caso de la Resolución vigente en 2004 para los procesos selectivos de los militares profesionales de tropa y marinería (84), que contempla cuatro pruebas consistentes en salto de longitud sin carrera, abdominales, flexo-extensiones de brazos y carrera de ida y vuelta, para las que se establecen umbrales notoriamente favorables a las mujeres (85). Lo mismo sucede, aunque con diferencias menos acusadas en

a la mujer las puertas de acceso a los Ejércitos», «es en ésta donde el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres y eliminarse cualquier discriminación a la mujer al no hacer distinciones en los destinos que puedan ocupar en el desarrollo de su ejercicio profesional, sin perjuicio de que puedan establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer», concluyendo que «ello obligará a efectuar todavía un mayor esfuerzo en la superación de los problemas que representa la concurrencia de personal de ambos sexos en determinadas instalaciones y unidades militares».

(84) Resolución 452/38000/2004, de 8 de enero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los Centros Docentes Militares de formación para el acceso de nacionales y extranjeros a la condición de militar profesional de Tropa y Marinería.

(85) Por poner algún ejemplo, para la prueba de abdominales se exige a los hombres que en un minuto superen, según los niveles, los 15 ó los 24 ciclos, mientras que para las mujeres se reducen, respectivamente, a 10 y 15. Para la prueba de flexiones, la marca masculina se sitúa en 4 y 7 extensiones para los niveles A y B, mientras que para las mujeres se requieren sólo 3 y 4. En fin, para el salto de longitud sin carrera, se exige a los varones superar los 145 ó 163 centímetros, según los casos, y a las mujeres 121 y 145 centímetros, respectivamente. Como puede comprobarse, no son requisitos demasiado duros, pero sí comportan una diferencia de trato netamente beneficiosa para las mujeres frente a sus competidores masculinos.

otros procedimientos de acceso a centros de formación de los Cuerpos Comunes (86). Incluso, a diferencia de los que venía ocurriendo antes de la ley 17/1999 (87), se han introducido distintos baremos para hombres y mujeres en las pruebas selectivas para el acceso a las Academias de la Escala Superior de Oficiales de los Cuerpos Generales de los Ejércitos, de Infantería de Marina y de la Guardia Civil (88).

Este régimen varía algo cuando se trata no ya de pruebas de ingreso, sino de provisión de determinadas vacantes para las que se requieren condiciones físicas específicas, respecto de las cuales el art. 129.2 *in fine* de la ley 17/1999 prohíbe que se establezca «distinción alguna por razón de sexo». Nos encontramos, pues, ante una situación que distingue en el acceso general pero no en relación con aquellos destinos que requieren mayores capacidades debido a la dificultad de las misiones que se les encomienda.

La valoración que procede frente a las fórmulas de discriminación inversa expuestas ha de ser negativa y ello por dos grupos de razones. En

(86) Es el caso de los Cuerpos de Ingenieros –véase Resolución 452/38021/2004, de 25 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los Centros Docentes Militares de Formación, para el Acceso a la Escala Superior de Oficiales de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos–, Intervención –Resolución 452/38024/2004, de 25 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Centro Docente Militar de Formación de la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo Militar de Intervención–, Músicas Militares –Resolución 452/38029/2004, de 1 de marzo, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el centro docente militar de formación, Escala de Suboficiales, del Cuerpo de Músicas Militares– y de Sanidad –Resolución 452/38030/2004, de 25 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Centro Docente Militar de Formación, para la incorporación a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad–.

(87) Así, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 17 de diciembre de 1997, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos selectivos para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación para el acceso a las Escalas Superior y Media de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina, así como a las Escalas Superior y Ejecutiva del Cuerpo de la Guardia Civil, establecía en su Apéndice D unas marcas mínimas comunes para todos los ejercicios exigidos en los procesos correspondientes. Esta norma, mantenida provisionalmente en vigor por la disposición derogatoria única.2.j del Real Decreto 1735/2000, ha sido derogada por la Orden PRE/387/2002, de 20 febrero 2002, por la que se aprueban las normas que han de regir los procesos selectivos de acceso directo a las enseñanzas de formación para la incorporación a las Escalas Superiores de Oficiales y a las Escalas de Oficiales de las Fuerzas Armadas, cuando no se exija titulación previa, y a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil, la cual remite en el apartado 8.3 de su Anexo a la correspondiente convocatoria para determinar las marcas oportunas.

(88) Véase a título demostrativo el Apéndice IV, Pruebas Físicas, de la Resolución 452/38160/2000, de 17 de abril, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes militares de formación para la incorporación a la Escala Superior de Oficiales de los Cuerpos Generales de los Ejércitos, de Infantería de Marina y de la Guardia Civil.

primer lugar, porque se enfrenta de manera directa con el principio de eficacia de la Administración Pública consagrado en el art. 103.1 CE, por cuanto parece evidente que las funciones que se han de desempeñar en las Fuerzas Armadas requieren con carácter general una cierta capacidad física que se ve mermada con la rebaja de las marcas establecidas para las mujeres. Es cierto que no todos los destinos requieren unas condiciones iguales y por ello resulta razonable diferenciar entre los requisitos mínimos exigidos para el ingreso de forma genérica, y los más rigurosos que pueden fijarse para poder concurrir a determinados destinos. Con una opción de esta naturaleza se abre el campo de plazas disponibles para individuos de una menor capacidad física que, sin embargo, resultan plenamente aptos para desarrollar tareas de menor dureza, grupo en el que, es previsible, pueden encontrarse muchas mujeres. Lo que no es de recibo es imponer una rebaja parcial de estas condiciones para un sector determinado de la ciudadanía en detrimento, además, de lo que venía siendo práctica habitual hasta hace unos años, como puede comprobarse en el caso de las pruebas de ingreso a las Academias Generales de las Armas, cuyos baremos se han hecho notoriamente más benignos para las candidatas que lo que era tónica habitual hasta la ley 17/1999.

Pero es que, además, dicha dualidad hace quebrar el derecho constitucional de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad que estamos estudiando. En efecto, aunque pudiera argumentarse, sólo como hipótesis, que una rebaja de las marcas que tradicionalmente regían las pruebas selectivas no tiene necesariamente que atentar a la eficacia de las Fuerzas Armadas, máxime en un Ejército en el que el factor tecnológico adquiere cada día mayor relieve, lo que no admite contestación es que la reducción, de operarse, debería ser general y beneficiar a todos los candidatos –hombres y mujeres– en liza. No es ésa la decisión de los poderes públicos, de modo que será muy factible ver cómo un ciudadano con mejores condiciones que otro resulta eliminado en las pruebas y privado, con mayor mérito, de ingresar en los centros de formación correspondientes. Y es que el problema de las medidas de discriminación inversa es precisamente su carácter netamente antiliberal (89). El liberalismo político es ante todo una ideología individualista que persigue garantizar derechos fundamentales de individuos y ciudadanos. Ciertamente, la evolución del Estado liberal y el

(89) Así, DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, Sobre la igualdad ante la ley, La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, vol. I, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, pág. 481.

paso hacia el Estado liberal democrático ha exigido ciertas concesiones en este sentido consecuencia, por otra parte, de la experiencia proporcionada por el sano ejercicio de una libertad que los teóricos de primera hora no habían podido experimentar. De ahí el art. 9.2 de la CE de 1978. Ahora bien, la ideología que alimenta toda la teoría de la discriminación inversa supone dar un paso más y romper con algunas de las más clásicas libertades públicas. Como si el ataque –quizá justificado en ciertos aspectos– al derecho de propiedad no hubiera sido suficiente, se pasa ahora a socavar las defensas de la meritocracia y del individuo como núcleo de la vida social para pasar a sostener una concepción neocorporativa en la que cada cual cuenta con un estatuto marcado por los derechos del grupo o grupos en los que se integra. Esta doctrina, que en ocasiones pretende vestirse con los ropajes de la más rabiosa modernidad, es, en cambio, profundamente reaccionaria, pues se nutre de concepciones premodernas –sobre todo de la teoría medieval de las corporaciones (90)– las cuales inician un lento retroceso durante un Renacimiento más estético que efectivo en la mayor parte de los casos, para ser arrinconadas progresivamente por la monarquía absoluta y las revoluciones liberales, sin por ello desaparecer del pensamiento político antirracionalista, que logra situarlo como alternativa al Estado liberal a lomos de los totalitarismos fascista y comunista. En los últimos años ha sido acogida por movimientos postmodernos –sobre todo sectores radicales del feminismo, de los defensores de los derechos de los homosexuales y de las minorías raciales– los cuales, partiendo del lógico rechazo situaciones objetivas de discriminación, han terminado por construir teorías alternativas a las de unos derechos individuales que rechazan (91) y han logrado introducir este neocorporativismo como una cuña en unos sistemas constitucionales de base, todavía, marcadamente liberal.

¿Cabe hablar de inconstitucionalidad de las acciones de discriminación inversa? Es cuestión harto compleja, debido a la presencia del art. 9.2 CE. Desde luego, el Tribunal Constitucional ya ha reconocido la legitimidad del sistema de cuotas, si bien en un ámbito cuantitativamente menor, como es el caso de la reserva de plazas en la Administración a candidatos con algu-

(90) Véase GIERKE, O. von, *Teorías políticas de la Edad Media*, CEC, Madrid, 1995.

(91) En este sentido, podemos recordar algunos representantes del feminismo que propugnan no ya una igualdad de derechos entre hombres y mujeres sino la completa sustitución de la misma idea de una justicia basada en los derechos fundamentales, a la que se tilda de masculina y egoísta, por una sociedad basada en valores cooperativos y de cuidado. Una exposición de esta tendencia puede leerse en CAMPBELL, T.D., *La justicia*. Los principales debates contemporáneos, Barcelona, Gedisa, 2002.

na minusvalía. Así, la STC 269/1994 sostiene que en este caso no se está apreciando como mérito una discapacidad, sino que, en ejercicio de valores constitucionalmente tutelados, se ha intentado promocionar «la inserción laboral de sujetos con dificultades de acceso al empleo [...] a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho de los que opositan a las de turno libre [...] ni exceptúan a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (art. 103.1 CE)» (92). Sin embargo, no parece que pueda hablarse con una cierta seriedad de supuestos comparables. En primer término, por cuanto las mujeres no constituyen, como es evidente, un grupo minoritario de la sociedad. Pero es que, además, resulta sumamente difícil con los datos en la mano sostener que tengan una mayor dificultad para el acceso al empleo, al menos en el sector público, copado en numerosos sectores por amplias mayorías femeninas, hasta tal punto que con un criterio puramente cuantitativo –por ejemplo ese cincuenta por ciento aludido por la ley del *land* de Bremen sobre la que recayó la Sentencia Kalanke– las acciones de discriminación inversa deberían favorecer a los varones. No es ésta, desde luego, la solución que sostenemos, entre otras cosas porque esa mayoría femenina reposa con toda frecuencia en una mayor proporción de candidatas en los procesos selectivos. Lo que sí se pretende defender es que, insisto al menos en las Administraciones Públicas, no existe esa mayor dificultad objetiva para acceder a puestos de trabajo que pudiera hipotéticamente justificar medidas compensatorias. Eliminada esta premisa, recupera plena vigencia sin necesidad de consideraciones ulteriores la regla general que hemos expuesto al inicio de este capítulo de que el art. 23.2 obliga a que los requisitos de acceso «establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad».

Descendiendo al caso concreto que aquí nos interesa, el doble baremo en las pruebas físicas, aunque no puede incluirse, en rigor, dentro de las

(92) Algún autor ha notado, por lo demás, que se fuerza menos el texto constitucional con la discriminación inversa a favor de las mujeres o de minorías raciales, puesto que son supuestos típicos en los que el art. 14 CE prohíbe toda discriminación, y no la presencia de una discapacidad. Véase, REY MARTÍNEZ, F., El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, op. cit., págs. 88 y 89. De todos modos, si se considera la fórmula de cierre de este precepto, «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», deberá hablarse mejor de causas explícitas e implícitas y no tanto de típicas y atípicas, lo que elimina la posible mejor posición de los condicionantes sexuales o raciales frente a las minusvalías.

medidas típicas de discriminación inversa –cuotas y preferencias automáticas– sus efectos son exactamente los mismos e incluso, en último término, su propio funcionamiento. Supongamos, a título demostrativo, el caso de dos candidatos, un hombre y una mujer, a una plaza en las Academias Generales de las Armas. Digamos, por presentarlo en los términos más descarnados pero eventualmente posibles, que el varón sale con ventaja de las demás pruebas. Llegados ambos a los ejercicios físicos, en la prueba de carrera de fondo –un kilómetro– el varón obtiene un meritorio pero insuficiente registro de cuatro minutos y 5 segundos, mientras que la mujer para el cronómetro en cuatro minutos y veintiocho segundos (93). Pues bien, con mayores méritos en todas las pruebas, el hombre habrá sido rechazado mientras que la mujer podrá ingresar en uno de los centros de formación y, completado el ciclo correspondiente, desarrollar su carrera militar como oficial. Desde luego esto se parece bastante a un sistema de preferencias automáticas, de complicado encaje en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, probablemente en la del Tribunal Constitucional. Y es que la diferente condición física de hombres y mujeres, único dato de desigualdad sobre el que dialécticamente pudiera sostenerse este privilegio, es un dato más que discutible. Es, por supuesto, innegable que por término medio las facultades físicas de los hombres, al menos en lo relativo a la potencia muscular, resistencia en esfuerzos continuados, etc., son superiores a las de las mujeres. Sin embargo, el que por término medio sea así, no empece que individualmente considerados muchos hombres estén en peor condición que no pocas mujeres. En efecto, las condiciones específicas de cada sujeto vienen dadas por diversas variables tales como la capacidad pulmonar, frecuencia cardíaca, complejidad general, que difieren notablemente aun dentro del mismo sexo. Yo mismo, que, con más voluntad que talento, me someto periódicamente al desafío de alguna carrera de fondo para aficionados, tengo ocasión de someterme a la «humillación» de verme superado por numerosas corredoras con una cadencia de paso envidiable. Más aún, algunas de las pruebas físicas practicadas en los procesos selectivos para los diversos centros de formación no miden tanto una capacidad absoluta cuanto relativa. Me refiero, entre otras, a las flexiones, cuyo número depende sí de la potencia de los tríceps, pero también de su relación con la masa corporal total, de manera que un individuo pequeño y fibroso puede superar con cierta ven-

(93) De acuerdo con las últimas convocatorias los hombres no deben superar los cuatro minutos, cifra que para las mujeres se sitúa en cuatro minutos y treinta segundos. El resto de las pruebas físicas presenta también mínimos distintos.

taja a otro con mayor fuerza absoluta –mensurable por medio del levantamiento de pesas– pero con peor relación respecto de su masa corporal total. Establecer aquí umbrales distintos según se trate de hombres y mujeres implica una generalización inexacta y una clara discriminación legal (94). Como conclusión, creo razonablemente probada la inconstitucionalidad de la dualidad de marcas introducida en los últimos años en los procesos de selección para los centros formativos militares, tacha a la que con mayor facilidad aún puede ir acompañada de la de incompatibilidad con el derecho comunitario, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes expuesta. Insistamos, si se pretende abrir el Ejército a la mujer, deberán diferenciarse las condiciones físicas mínimas según los destinos a los que se pretenda concurrir, como prevé el art. 129 de la ley 17/1999, pero, en todo caso, sin introducir condicionantes por razón de sexo (95).

Por otro lado, fuera ya de las marcas mínimas para el acceso a los centros de formación pero aún en el marco de las acciones positivas, e incluso de las propias pruebas de acceso, el art. 63.4 añade un régimen especial para aquellas candidatas que, habiendo superado las demás pruebas, se encuentran en situación de imposibilidad de superar las físicas por razones de embarazo o parto. En este sentido dispone que «si alguna de las aspirantes no pudiera efectuar las pruebas físicas establecidas en la convocatoria por embarazo o parto, debidamente acreditados, realizará todas las demás, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera condicionada a la superación de aquéllas. Para ello la interesada podrá optar entre la fecha que, a estos solos efectos, se determine en la propia convocatoria, anterior a la de presentación de los admitidos en el centro militar de formación correspondiente, o la que, en su momento, se establezca para

(94) De hecho, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de lo que de prejuicio tiene la concepción de la mayor debilidad física de la mujer en su STC 229/1992, de 14 de diciembre –que declara inconstitucional la prohibición tradicional del trabajo femenino en las minas– cuyo FJ.4 declara que «la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón», sea una «percepción defectuosa o errónea o sea una percepción desfasada tras la evolución social» lo cierto es que «responde más a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas». Por lo demás es este argumento el que, precisamente, ha servido en España para abrir todos los destinos a las mujeres, pues no se puede presumir a priori que éstas no puedan en ningún caso satisfacer los requisitos de aquellos que exijan mayor capacidad y preparación físicas.

(95) En contra del doble baremo se manifiesta BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, op. cit., pág. 186. Asimismo, aunque no resulta totalmente claro en este sentido, ALLI TURRILLAS, J.C., La profesión militar: análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las fuerzas armadas, op. cit., pág. 197. Es favorable, sin embargo, a las políticas de discriminación inversa, aunque sin citar el doble baremo, ARROYO YANES, L.M.^a, Acceso a la función militar y discriminación por razón de sexo, Revista Española de Derecho Militar, núms. 59-60, 1992, págs. 115 y ss.

la siguiente convocatoria. Si en esta fecha tampoco pudiera realizarlas debido a otro embarazo o parto, debidamente acreditados igualmente, podrá elegir de nuevo entre las dos opciones antedichas, sin que en ninguno de estos casos les sea de aplicación los límites de edad». Perderá, en cambio, todo derecho si en la segunda convocatoria posterior a aquella en la que obtuvo plaza no puede realizar las pruebas en la fecha prevista cualquiera que sea la causa. Además, la incorporación al centro de enseñanza correspondiente se retrasa hasta el curso en el que supere la evaluación física (96).

También en relación con la protección en caso de embarazo o parto puede recordarse que el art. 132 («atención a la familia») de la ley 17/1999 contiene alguna previsión sobre su repercusión en la mujer militar profesional que incluye tanto al personal militar profesional de carrera, como al de complemento, al de tropa y marinería en relación con su destino. Conforme al mismo, durante el período de embarazo se le puede asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado y se establece, además, que en los supuestos de parto tiene derecho a los correspondientes permisos conforme a la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones Públicas –dieciséis semanas ininterrumpidas– sin que en ningún caso suponga pérdida del destino (97). Durante este período no podrá, además, asignárseles una vacante por medio del llamado turno especial, regulado en el art. 15 del Real Decreto 431/2002, aplicable al destino forzoso en puestos de particularmente penosos o peligrosos –art. 15.5–. Ninguna objeción merece esta regulación, que permite conciliar las circunstancias biológicas obvias del hecho del embarazo con el desarrollo por parte de las mujeres de una carrera profesional. A todos los que trabajamos en la función pública nos

(96) Esta regulación se reitera en el art. 7 del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas.

(97) Dicha previsión se desarrolla en el art. 21 del Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional. Su texto es el siguiente: «Artículo 21. Asignación de puestos durante los períodos de embarazo y lactancia. 1. Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, sin que suponga pérdida del destino. Dicho puesto será preferentemente en su unidad, centro u organismo de destino y, de no existir ninguno compatible con su estado de gestación, se le asignará en otra unidad, centro u organismo, preferentemente en el mismo término municipal. 2. También podrá asignarse dicho puesto durante el período de lactancia por hijo menor de nueve meses, cuando la madre hubiera optado por solicitar reducción de la jornada laboral, siempre que sus ausencias por esta causa fuesen incompatibles con las necesidades del servicio del destino que ocupaba antes del embarazo. 3. El Ministro de Defensa determinará las condiciones en que se asignará dicho puesto».

ha tocado con cierta frecuencia asumir provisionalmente tareas suplementarias durante los períodos de baja por maternidad con el fin de no perjudicar el servicio y es razonable que sea así.

Otra cosa puede ser la posibilidad sometida a consulta del Consejo de Estado (98) de establecer como medida de discriminación positiva la prohibición general de denegar la ampliación del compromiso de las militares profesionales que se encuentren embarazadas en el momento de finalización del período anterior. Es posible que con ello se evitasen situaciones sospechosas, pero también se daría una ventaja desproporcionada a las mujeres frente a los varones que no estarían protegidos por una garantía semejante ante otras circunstancias de efectos análogos. En todo caso, se antoja suficiente que la Administración militar encargada de evaluar la idoneidad de la solicitante para asumir un nuevo compromiso temporal de permanencia en filas evite que la circunstancia del embarazo influya negativamente en el sentido de su resolución, sin perjuicio de que, de ser necesario, puedan ejercerse las acciones legales oportunas ante los órganos jurisdiccionales (99).

Resulta, en fin, discutible, en relación con los Consejos Asesores de Personal, el art. 5.4 del Real Decreto 258/2002, de 8 de marzo, por el que se regulan tales órganos, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 17/1999, en el que se ha introducido una cláusula, no prevista en la Ley, en virtud de la cual, en la composición del Consejo Asesor de cada

(98) Véase Dictamen del Consejo de Estado 936/1999, de 1 de julio de 1999, que resuelve la consulta acerca de una posible modificación, en tal sentido, del Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 984/1992, de 31 de julio.

(99) El Consejo de Estado respondió a la consulta planteada recordando que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 93.3 y 94.3 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, la relación jurídica que se establece con las Fuerzas Armadas a la firma del compromiso inicial y de los sucesivos, tiene un «carácter temporal» y constituye una «relación jurídico-pública de carácter especial», que «se rige exclusivamente por la presente Ley». El personal militar profesional de tropa y marinería pierde su condición de tal «por la finalización del compromiso, salvo que se haya firmado uno nuevo», conforme a lo prevenido en el artículo 146.2. El compromiso, puntualiza el artículo 148.2, «finalizará a la fecha de vencimiento de éste». El régimen jurídico de los sucesivos compromisos, después del compromiso inicial, está previsto en el artículo 95 de la Ley. El número 6 de dicho artículo exige que, «para la firma de un nuevo compromiso será preceptivo haber sido evaluado previamente y declarado idóneo». En consecuencia, resulta que, en todo caso, es preciso para que se produzca una ampliación del compromiso inicial o de los sucesivos, una evaluación individualizada del interesado a efectos de determinar su idoneidad sin que existan causas genéricas que determinen «*per se*», la procedencia de ampliar el compromiso inicial o los sucesivos. Por tanto, y en lo que respecta a la situación de embarazo de la mujer militar profesional de tropa y marinería, si bien no constituye esta circunstancia obstáculo jurídico alguno para la suscripción de sucesivos compromisos, tampoco determina, por sí misma, la ampliación de la relación jurídica por otro nuevo período.

Ejército y en el de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, se obliga a asegurar la presencia al menos de un miembro de cada sexo por cada categoría de Oficiales, Suboficiales y Tropa y Marinería. Sin detenernos en un tema ajeno al objeto de estas páginas, sí debe recordarse que, aunque no desprovista completamente de razones que pudieran explicarla –tales como la conveniencia de que las representantes femeninas puedan exponer algunos asuntos específicos que mejoren las condiciones de adaptación a la mujer de la organización militar– sin embargo dicha finalidad podría lograrse por otras vías tales como las sugerencias o quejas que se pueden presentar a dichos Consejos por parte del personal militar. En todo caso, de haberse optado finalmente por esta cuota, debería, como poco, haber estado regulada con carácter provisional, en tanto se producen las adaptaciones ocasionadas por la general aceptación de mujeres en los destinos de las Fuerzas Armadas tras la ley 17/1999.

3. LA CONDICIÓN MILITAR Y EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Al margen de lo anterior, es pertinente hacer una somera consideración sobre la influencia de la condición de militar para el acceso a la función pública. Concretamente, esto implica destacar que el tiempo de pertenencia como personal de tropa y marinería, así como en la reserva voluntaria, computa como mérito para el acceso a diversos puestos de la Administración General del Estado. El objetivo, claro está, es dotar de atractivo a unas plazas que, por no implicar derecho a la carrera, a diferencia de los militares con grado igual o superior al de suboficial, son de difícil venta entre aquellos candidatos potenciales mejor cualificados, si bien será necesario que ello se haga compatible con el mantenimiento del derecho de igualdad en el acceso a la función pública, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad añadidos por el art. 103.3 CE, tal y como recuerda el dictamen del Consejo de Estado 1088/2002, de 30 de mayo, que se pronuncia sobre la cuestión.

Antes de adentrarnos en la regulación específica, conviene resaltar que el espíritu que la inspira es distinto, aunque no tanto sus efectos, del de aquellas disposiciones que durante la vigencia del servicio militar obligatorio trataban de atenuar el perjuicio que éste podía causar en la vida profesional de los soldados de reemplazo como, por ejemplo, el pase a la situación de servicios especiales del funcionario afectado por el tiempo de duración de la prestación, previsto en el art. 29 de la ley 30/1984, de 2 de

agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (100). Su compatibilidad con el derecho comunitario ha sido ratificada por una jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la que es especial exponente la Sentencia dictada en el caso Schnorbus (101), donde se declara la compatibilidad con el Tratado de una ley del Estado alemán de Francfort del Meno por la que se da prioridad a los varones que hayan desempeñado el servicio militar a la hora de concederles un puesto de prácticas jurídicas obligatorias y remuneradas. Considera el Tribunal que esta norma compensa una desventaja objetiva que pesa sobre unos ciudadanos a los que el Estado impone una prestación que ocasiona un retraso evidente en su carrera (102).

Pasando ya al asunto que nos ocupa, la regulación se establece en la disposición final quinta de la ley 17/1999, cuyo apartado 1 dispone que el tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas como militar profesional de tropa y marinería se considerará como mérito en los sistemas de selección respecto de los Cuerpos, Escalas, plazas de funcionario y actividades de carácter laboral de las Administraciones públicas, en todos los supuestos en que sus funciones guarden relación con los servicios prestados, aptitudes o titulaciones adquiridas como militar durante los años de servicio, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. Asimismo, los apartados 2 y 3 establecen la reserva de, al menos, un 50 por 100 de las plazas para el acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil y a los Cuerpos y Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, así como para el ingreso como personal laboral de dicho Departamento y de sus Organismos autónomos, para los militares profesionales que hayan

(100) No difiere tanto, en cambio, de aquellas otras que trataban de añadir algún estímulo para su cumplimiento, como fue el caso de su consideración como mérito para el ingreso en la Administración militar, la Guardia Civil, el Cuerpo Nacional de Policía, las policías autonómicas o los puestos civiles del Ministerio de defensa y sus organismos autónomos, previstas en la disposición adicional undécima de la LO 13/1991, duramente criticadas por BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, op. cit., págs. 591 y ss.

(101) Sentencia Schnorbus, de 7 de diciembre de 2000, asunto C-79/99.

(102) Una crítica puede encontrarse en ELÓSEGUI ITXASO, M.^a, Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres, op. cit., págs. 272 y ss. No obstante, esta línea tiene visos de mantenerse en un futuro próximo. Así, como se ha apuntado anteriormente, el párrafo 40 de la Sentencia Dory reconoce que el servicio militar ocasiona un retraso en el desarrollo de la vida profesional de los varones que lo prestan, mientras que, por otro lado, las conclusiones del abogado general, Sra. Juliane Kokott, de 12 de febrero de 2004, al caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten c/ Wirtschaftskammer Österreich*, asunto C-220/02, en relación con el cómputo a efectos de indemnización por despido del tiempo de servicio militar y no de la excedencia por cuidado de hijos, se ha reproducido el criterio sostenido en la Sentencia Schnorbus.

cumplido, como mínimo, tres años de servicio, cuando concurren los supuestos anteriores (103). Para quienes hayan ingresado en la Administración por cualquiera de estos procedimientos, el apartado 4 declara computables a efectos de antigüedad los años pasados como militar de complemento o de tropa y marinería. En relación con los reservistas voluntarios, el artículo 173.2 de dicha Ley regula el cómputo como mérito del tiempo de permanencia en términos muy similares.

Estas disposiciones se han desarrollado en el art. 27.3 de la ley 42/1999, para el ingreso en la Guardia Civil y el R.D. 999/2002, de 27 de septiembre, sobre la valoración como mérito del tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas como militar profesional de tropa y marinería o reservista voluntario y la reserva de plazas para militares profesionales en el acceso a la Administración del Estado. Este último, respecto de la valoración del tiempo como mérito, precisa ante todo que sólo es de aplicación en los sistemas de selección de Cuerpos, Escalas y plazas de personal funcionario y actividades laborales en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y del personal al servicio de la Administración de Justicia. Frente a la opción inicialmente barajada de incluir en un anexo la relación de plazas correspondiente, el art. 2.2 deja que sea la convocatoria la que fije los requisitos y su cómputo, estableciendo como único límite que la ponderación del conjunto de méritos que puedan alegarse en este sentido no sea superior al 40 por ciento del total, con el fin de no cerrar el paso a quienes no hayan desempeñado estos servicios. Respecto de la reserva de plazas, el art. 3.2 se limita a aclarar que las plazas que no hayan sido cubiertas con esta reserva incrementarán las de turno libre si las convocatorias han tenido lugar simultáneamente.

Es evidente la lógica que preside esta regulación: el ejército profesional exige un número mínimo de aspirantes que sólo se obtendrá si se ofrecen puestos de trabajo con un cierto interés. Dado que ni la remuneración ni la permanencia presumible son demasiado tentadoras, el establecimiento de estas medidas puede compensar en parte otras carencias. Ahora bien, existen algunos aspectos que pueden resultar discutibles. Así, en relación con el sistema de valoración como mérito, y con independencia de que el límite del

(103) Actualmente la reserva de plazas para el ingreso en la Guardia Civil es del 60 por ciento. Véase la convocatoria de plazas para 2003 aprobada por Resolución 160/38107/2003, de 9 de mayo, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes de formación, para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil (BOE de 23 de mayo de 2003).

40 por ciento del total para este tipo de méritos quizá sea demasiado generoso, no parece razonable computar la permanencia en el ejército como tiempo de antigüedad en la Administración, por los agravios comparativos y la inseguridad que se pueden presentar para quienes ya ostentan una plaza en el cuerpo correspondiente y se ven superados en el escalafón. Bien es cierto que la exigencia de que el mérito pueda apreciarse sólo respecto de puestos de contenido similar a los servicios realizados en las Fuerzas Armadas limita los perjuicios que pudieran derivarse de todo ello. No plantea, sin embargo, mayores objeciones, la reserva del 50 por ciento de las plazas para el ingreso como guardia civil. No es ningún secreto la progresiva rebaja de los requisitos para ingresar como militar profesional, tanto físicos como académicos –respecto de estos, por ejemplo, la titulación máxima exigida es la de Formación Profesional de Primer Grado, Técnico de Grado Medio o equivalente (104)– lo que contrasta con las condiciones requeridas para el ingreso en el Instituto Armado, que, sólo en el ámbito académico, requiere la posesión del título de graduado en educación secundaria (105). No obstante, el hecho de exigir que los militares profesionales que opten por esta vía deban cumplir los mismos requisitos en cuanto a titulación y condiciones físicas que quienes se presentan por el turno libre, amén de la posibilidad de que el 50 por ciento de las plazas reservadas puedan incrementar éste en caso de no ser cubiertas, evita toda disfunción no razonable. Ello sin perjuicio, por otro lado, del hecho de que el acceso a la condición de militar de tropa o marinería queda abierto para el que esté interesado (106).

Los argumentos anteriores sirven, por lo demás, para justificar, con mayor motivo aún, la reserva de plazas en las convocatorias del propio Ministerio de Defensa. Así, con arreglo al art. 3.2 del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas dispone que el Real Decreto anual de provisión de plazas ha de reservar a los militares profesionales de tropa y marinería por promoción interna el total de las convocadas para cursar la enseñanza militar de

(104) No obstante, no faltan plazas para las que no se requiere titulación alguna, dada la falta de exigencias generales del R.D. 1735/2000, de 20 de octubre, que regula el acceso a la carrera militar. Véase la resolución 452/38025/2003, de 21 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se convoca el proceso selectivo para cubrir las plazas para el acceso de nacionales y extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería.

(105) Art. 27.1 de la ley 42/1999 y 18.1 del R.D. 597/2002, de 28 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso en los centros docentes de formación del Cuerpo de la Guardia Civil.

(106) Acertadamente se ha situado en la posibilidad de adquirir en condiciones de igualdad la experiencia alegable como mérito, de acuerdo con el ordenamiento vigente, el criterio definitivo para valorar su constitucionalidad. Véase, para un contexto algo diferente, BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, op. cit., págs. 591 y ss.

formación para la incorporación a las Escalas de Suboficiales de su Ejército. Asimismo, se permite reservar a los suboficiales hasta el setenta y cinco por ciento de las plazas disponibles para el acceso a las escalas de oficiales (107).

Por último, se ha planteado también que previsiones similares sirvan para solventar el destino profesional de los militares de complemento. Así, el propio art. 3.2 citado prevé también reservas a favor de los militares de complemento dentro de plazas correspondientes a su propio cuerpo, tanto de oficiales como de suboficiales. Se trata de un medio sin duda muy beneficioso que puede permitirles la entrada de manera definitiva en la función militar, incluso conservando el empleo que antes ostentaban y que no ha de llegar a un automatismo discriminatorio para quienes han tenido que pasar por el duro trance de las pruebas libres. Asimismo, la ley 53/2002, ha modificado la ley 17/1999 para extender a los militares de complemento la valoración como mérito del tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas (108), a la que antes nos hemos referido (109). En cualquier caso, los problemas planteados por este grupo –finalización del período máximo de permanencia que causa su baja en el Ejército (110) que han llegado incluso ante el Defensor del Pueblo (111) y las Cortes Generales (112)– obedecen en buena medida

(107) Véase el art. 96 y la disposición adicional cuarta de la Ley 17/1999, así como el Real Decreto-ley 10/2002, de 27 de diciembre, por el que se amplían los compromisos de los militares profesionales que mantienen una relación de servicio de carácter temporal con las Fuerzas Armadas, que prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2003 los compromisos de quienes habían sobrepasado ya el límite de edad para que pudieran presentarse a los procesos selectivos abiertos.

(108) Se trata de la disposición adicional trigésima de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica el apartado 1 de la disposición final quinta de la Ley 17/1999, de 18 de mayo.

(109) Esta modificación ha obligado a reformar el art. 2 del Real Decreto 999/2002, lo que se ha hecho por medio del Real Decreto 999/2003, de 25 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 999/2002, de 27 de septiembre, sobre valoración como mérito del tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas como militar profesional de tropa y marinería o reservista voluntario y la reserva de plazas para militares profesionales en el acceso a la Administración del Estado.

(110) El art. 91 de la ley 17/1999 limita a doce el número máximo de años de permanencia en el Ejército de estos militares, sin que puedan superar tampoco los treinta y ocho de edad, si bien, tras la modificación realizada por la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, aquellos que formen parte de unidades militares a las que se les asignen misiones fuera del territorio nacional, por un período igual o superior a tres meses, podrán prorrogar su compromiso hasta 15 días después de que concluya la misión, si así lo solicitan cuando su compromiso previo termine durante el desarrollo de tales misiones y no hubieran solicitado o firmado uno nuevo.

(111) Véase el Informe Anual de 2002, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, págs. 561 y ss.

(112) El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó durante la VII Legislatura una proposición no de ley del Grupo Parlamentario Popular sobre los militares de com-

al intento, comprensible pero que no ha de compartirse necesariamente, de dar estabilidad a una relación que sus protagonistas sabían que de suyo era temporal, lo que, por otro lado, influye en la mayor facilidad para su acceso.

4. EL ABANDONO DE LA CARRERA MILITAR

Por último, hemos de detenernos en uno de los supuestos que ponen fin a la condición de militar como es la renuncia por parte de su titular, y, en particular, la posibilidad de someterla a ciertos requisitos sobre todo en el caso del personal que, habiendo alcanzado en las Fuerzas Armadas una alta cualificación en un sector jugosamente retribuido en el ámbito civil, aspiran a dejar un servicio público, por lo demás exigente, e integrarse en una compañía privada. Se trata de una cuestión, centrada especialmente en los pilotos del Ejército del Aire, ya entrada en años pero que aún sigue generando literatura e intervenciones diversas por parte de los poderes públicos, como lo demuestran las referencias recurrentes en los Informes anuales que el Defensor del Pueblo dirige a las Cortes Generales en cumplimiento de la obligación establecida en los arts. 32 y 33 de la LO 3/1981, de 6 de abril a los que pronto haremos mención.

Antes de dar cuenta de las últimas novedades surgidas al socaire de la ley 17/1999, conviene recordar los orígenes de la situación actual. Con carácter previo a la ley 17/1989, numerosos militares intentaron, inicialmente con éxito, eludir la baja en el Ejército mediante el pase a la situación de retiro previsto por el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero para quienes desearan dedicarse a actividades políticas o sindicales. La proliferación de estas solicitudes motivó que la Administración militar, enfrentada a un serio problema de falta de efectivos en las plantillas

plemento. El texto de la proposición, aprobada sin modificaciones, puede consultarse en el BOCG., Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie D, núm. 349, de 10 de mayo de 2002, pág. 12. El debate aparece recogido en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 162 de 21 de mayo de 2002, págs. 8192 y ss.

(113) Según consta en los fundamentos de diversas Sentencias dictadas al respecto por el Tribunal Supremo, «En el informe técnico de la Jefatura de Mando de Personal, con ocasión de las solicitudes de retiro voluntario que por diferentes causas ha efectuado el personal de la Escala del Aire, se dice ya que la plantilla prevista en esta Escala para el año 1991 se encontraba cubierta, en febrero de 1989, al 82 por 100, por lo que caso de concederse las 118 solicitudes de retiro voluntario existentes entonces la plantilla de la Escala del Aire

(113), cambiase su primer criterio, en virtud del cual las solicitudes se admitían de forma automática, y pasó a exigir que se consignasen las razones concretas para poder valorarlas en función de las necesidades de la Defensa Nacional, línea ésta luego refrendada tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por la del Tribunal Constitucional (114). Más adelante, la ley 17/1989, tras considerar, y rechazar, el legislador opciones como el abono de una compensación económica, optó por regular un tiempo mínimo de permanencia en servicio, que debía fijarse por vía reglamentaria sin que en ningún caso se superasen los quince años de antigüedad, transcurrido el cual se entendía que el sujeto afectado había compensado al Estado por el gasto desembolsado en su formación y podía pasar a la actividad privada (115).

La normativa actualmente en vigor ha establecido un sistema mixto, por el que el tiempo mínimo de permanencia (116) puede acortarse por el militar afectado siempre que satisfaga una indemnización en concepto de

quedaría reducida al 73 por 100, con lo que las misiones a desarrollar por las Fuerzas Armadas, de las que forma parte el Ejército del Aire, y que vienen asignadas en el artículo 8 de la Constitución y en el 23 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, sobre normas básicas de la Defensa Nacional, se verían afectadas, llegando a dificultar su cumplimiento».

(114) La fundamentación jurídica de las numerosas sentencias del Tribunal Supremo recaídas sobre el tema es casi idéntica: sirvan como ejemplo las de 23 de octubre de 1989, Ponente: Excmo. Sr. Rodríguez García (Ar. 6992); 13 de febrero, 3 y 9 de mayo de 1990, Ponente: Excmo. Sr. Cancr Lalanne (Ar. 1142,4030 y 4045), y 4 de mayo de 1990, Ponente: Excmo. Sr. Burón Barba (Ar. 4039). Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, ha denegado mediante providencia la admisión de los recursos de amparo interpuestos, pudiendo citarse como ejemplo la de 29 de octubre de 1990, Sala 2.^a, Sección 3.^a, recaída en el recurso número 1436/1990. Asimismo, se dictaron diversos Autos en similar sentido, como el ATC 399/1990, de 12 de noviembre y el ATC 247/1992, de 25 de agosto. Un comentario muy crítico con esta jurisprudencia se encuentra en CRUZ FERRER, J. de la, *Derechos fundamentales y razón de estado: el caso de los pilotos del ejercito del aire*, REDA, núm. 71, julio-septiembre 1991, págs. 389 y ss.

(115) Según quedó acreditado durante su tramitación parlamentaria, el objetivo de la reforma llevada a cabo por la ley 17/1989 era, precisamente, impedir la continuidad de la práctica anteriormente expuesta. Véase Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, Pleno y Diputación Permanente., de 28 de junio de 1989, pág. 6006.

(116) Teniendo en cuenta que en estos momentos no se ha aprobado normativa alguna que sustituya al Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar y Situaciones Administrativas del Personal Militar, aprobado por el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, conservan vigencia, de acuerdo con la disposición transitoria única de la Orden Ministerial 91/2001, los tiempos de permanencia mínima que en él se establecen, a saber, en la Escala Superior, ocho años para los Cuerpos Generales y Especialistas de los Ejércitos y de Infantería de Marina, cinco para los Comunes y cuatro para los de Ingenieros e Intendencia. En la Escala Media, cinco años para los Cuerpos Generales y Especialistas de los Ejércitos y de Infantería de Marina y cuatro para los Cuerpos Comunes. En la Escala Básica, cuatro años para los primeros y tres para los segundos (art. 4).

gastos de formación por parte del Estado (117). En concreto, el art. 147.1 de la ley 17/1999 dispone que «para solicitar la renuncia a la condición de militar solicitada por los militares de carrera [sic], será necesario acreditar haber cumplido el tiempo de servicios que reglamentariamente se determine o, de no tenerlo cumplido, resarcir económicamente al Estado y efectuar un preaviso de seis meses». La renuncia no puede concederse hasta la plena satisfacción del total de la cuantía señalada. De otro lado, el mismo artículo 147, en su apartado 2, determina que el tiempo de servicios efectivos para poder solicitar la renuncia ha de contabilizarse desde la adquisición de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa

(117) Con anterioridad a la ley 17/1989 ya se contemplaba la posibilidad de renunciar a la condición de militar antes del transcurso del tiempo previsto en alguna disposición relativa a determinado personal militar. Fue el caso de las «Especialidades Médicas», para las que se aprobó por el Estado Mayor Central del Ejército una Orden con fecha de 10 de febrero de 1962 —publicada en el Diario Oficial del Ministerio del Ejército de 15 de febrero de 1962— en cuya Base VI, A), relativa a los «Deberes y Servidumbre» se establecía que «una vez conseguido un título de especialidad Médico-Militar no se podrá renunciar a él sin haber ejercido ésta durante un plazo de seis años como mínimo, so pena de reintegrar al Estado una indemnización que se fijará para cada caso por este Ministerio». La aplicación de dicha Orden dio lugar a la Sentencia de la entonces Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 2 de mayo de 1977, que declaró su plena validez y eficacia pese a no haber sido publicada en el Boletín Oficial de Estado, así como la de la cantidad que debía abonarse (ciento veinte mil pesetas, en aquella ocasión), como consecuencia de la solicitud de renuncia de un Capitán Médico del Cuerpo de Sanidad Militar. Años más tarde, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 1993, declaró pertinente la baja en el Cuerpo de Sanidad de la Armada, sin abono de gastos para el Ejército, por considerar que ello no era exigible cuando la especialidad médica se había obtenido, no con cargo a los presupuestos de la Armada, sino por realización de los cursos de Médico Interno Residente, fuera de la Administración Militar. Pueden, en fin, mencionarse normas que regulaban tiempos mínimos para solicitar el pase a situaciones administrativas que, sin implicar la pérdida de la condición militar, sí conllevaban el cese en la situación de servicio activo. A estos efectos, destacan el Decreto de 18 de diciembre de 1953 para el personal de la Armada y el Decreto 1849/1959, de 22 de octubre, relativo al Ejército del Aire, respecto de las situaciones de disponible voluntario, supernumerario o retiro voluntario. O, para el Ejército de Tierra, la Orden Ministerial de 15 de febrero de 1966, que estableció, por vía de remisión a la correspondiente convocatoria, tiempos mínimos de permanencia en servicio activo para poder pasar a las situaciones administrativas expresadas. Posteriormente, merece recuerdo el Real Decreto 3926/1982 de 19 de diciembre, que derogó las anteriores disposiciones y estableció para todo el personal de las Fuerzas Armadas que efectuase cursos de especialización o prácticas de nuevas técnicas que supusieran gasto contra los presupuestos del Ministerio de Defensa o Interior, tiempos mínimos de continuación en el servicio activo, antes del pase, a petición propia, a las situaciones de excedencia voluntaria, supernumerario en destino de interés militar, reserva activa, segunda reserva, retiro y situaciones particulares. En este sentido, véase el Dictamen del Consejo de Estado 984/2001, de 26 de abril de 2001, relativo al proyecto de Orden Ministerial por la que se establecen los requisitos para la renuncia a la condición de militar por los militares de carrera y militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter permanente.

y marinería o desde que se hubiesen ultimado los cursos de perfeccionamiento o de altos estudios militares, aclarando que en ambos supuestos el tiempo estará en relación con los costes y duración de los estudios realizados, por lo que ha de atenderse a dos momentos distintos en orden a la exigencia de tiempo de servicios. Así, cuando un curso comience dentro de los años de servidumbre exigidos por la enseñanza de formación, no se producirá una acumulación de tiempos, prevaleciendo únicamente el que suponga una mayor permanencia en la situación de servicio activo. En principio, esta norma debía solventar definitivamente el conflicto de intereses en juego. Sin embargo, el apartado 3 del propio art. 147 ha venido a complicar inesperadamente las cosas al atribuir al Ministro de Defensa la competencia para fijar la cuantía de dicha indemnización para cada proceso de formación para el acceso a los diferentes Escalas y para los cursos de perfeccionamiento o altos estudios militares teniendo en cuenta el tiempo de servicio y el coste de la formación recibida. Y digo inesperadamente porque, si bien esta norma es, en sí, irreprochable, el Ministerio la ha utilizado durante un tiempo para volver ilusoria esta medida a través del simple expediente de no fijar tales cantidades. Así lo ha denunciado el Defensor del Pueblo en su Informe correspondiente al año 2000, a raíz de las quejas presentadas por diversos militares, unos con destino en diferentes unidades y otros en situaciones administrativas ajenas al servicio activo (118).

En honor a la verdad, hay que reconocer que en este caso la denuncia del alto comisionado ha dado fruto y el Ministerio ha procedido a fijar los criterios con arreglo a los que fijar tales cuantías por medio de la Orden Ministerial 91/2001, de 3 de mayo, por la que se establecen los requisitos para la renuncia a la condición de militar por los militares de carrera y militares profesionales de tropa y marinería, que mantienen una relación de servicios de carácter permanente. Sin adentrarnos en el conjunto de reglas establecidas por el anexo I para determinar la cuantía de la indemnización, baste señalar que el sistema de cálculo parte de una evaluación de los costes totales de los cursos impartidos, tanto directos como indirectos, propios y externos, calculados a precios del año en que efectivamente se impartió la formación que los origina. A partir de ello se distribuyen en diversos módulos (enseñanza teórica y teórico-práctica, enseñanza prácti-

(118) Véase Defensor del pueblo, Informe anual 2000, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, págs. 359 y 360. Se destaca que la condición de algunos de estos militares es más gravosa en aquellos supuestos en que «tras la omisión de la obligación de establecer la indemnización correspondiente, son llamados a incorporarse a una unidad militar, incluso fuera de la Península».

ca, alimentación, vestuario, material y funcionamiento) que se concretan para cada curso específico. Obtenidos los módulos, se calcula el coste por alumno y día dividiendo el importe total de éstos entre el número de alumnos y de días de duración. El producto de este último por el número de días correspondiente a cada curso permite obtener el coste total efectivo por alumno. A partir del mismo, la indemnización resulta de actualizar dicha cantidad a términos económicos del año en que se dicte la Resolución de cese, empleando el deflactor del Producto Interior Bruto (PIB) (119) y de reducir el montante obtenido, conforme al tiempo de servicios prestados, en los porcentajes estipulados en el anexo II. Dispone el art. 1 de la Orden que para realizar el cómputo de este tiempo de servicio, se considerará como fecha en la que tendrá efecto la renuncia la que resulte de sumar a aquélla en que la solicitud del interesado tenga entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación, los tres meses que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su artículo 42 para la resolución expresa de procedimientos (120).

En todo caso, quizá convenga recordar como valoración de esta situación que no está de más que la Administración busque fórmulas, probablemente económicas, para que, dentro de los límites inevitables de las consabidas restricciones presupuestarias, la situación del personal a su servicio sea más atractiva (121). Todo ello sin perjuicio de recordar que quie-

(119) Se entiende por deflactor, el indicador económico que permite convertir series corrientes de datos en series constantes, corrigiendo de su incremento nominal el producido por la inflación anual. El deflactor del PIB se publica mensualmente por el Ministerio de Economía, en las series de *Síntesis de Indicadores Económicos*.

(120) A pesar de la aprobación de esta orden, en años sucesivos se han seguido presentado quejas al Defensor del Pueblo por no haberse plasmado estos criterios en cifras concretas. El Ministerio de Defensa ha alegado la dificultad que plantea la valoración de los costes de cursos formativos que han tenido lugar, en ocasiones, hace más de diez años, lo que le ha llevado, sin que hasta la fecha conste decisión al respecto, a plantear la reforma de la Orden 91/2001. En última instancia, parece ser que la solución que se está practicando es la de renunciar a fijar las cuantías por categorías profesionales y establecerlas de forma individualizada para cada militar que lo solicite, de modo que se está procediendo a aprobar una cantidad a tanto alzado de la que se deducen los porcentajes prescritos por el Orden 91/2002. Véase Defensor del pueblo, Informe anual 2001, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, págs. 508 y 509. Asimismo, Defensor del pueblo, Informe anual 2002, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, págs. 562 y ss.

(121) Tal vez pudiera estudiarse la efectividad de otras experiencias que han tratado de resolver problemas similares, como ha ocurrido en Italia con la ley de 22 de diciembre de 2003, núm. 365, *Disposizioni per disincentivare l'esodo del personale militare addetto al controllo del traffico aereo*. (GU n. 4 del 7-1-2004), en la que se regulan recompensas en metálico a los oficiales y suboficiales que ostenten la habilitación correspondiente

nes ingresan en las Fuerzas Armadas saben de las servidumbres que comporta la condición de funcionario público en general y de militar en particular, conocen las retribuciones que van a percibir y, por tanto, han de asumir en cierta medida las consecuencias de su decisión, sobre todo, en el caso particular de los pilotos, si se tiene en cuenta el alto desembolso que han afrontado quienes han satisfecho de sus bolsillos los correspondientes cursos de formación.

a dicha actividad para el caso de que, una vez transcurrido el plazo de diez años de compromiso inicial exigido por el art. 7.8 del Decreto Legislativo de 30 de diciembre de 1997, núm. 490, y el art. 11.9 del Decreto Legislativo de 12 de mayo de 1995, núm. 196, opten por prorrogarlo por periodos de dos años.