

Premios Defensa 2008. Modalidad 3
Premio José Francisco de Querol y Lombardero

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS
ESPAÑOLAS: UNA APROXIMACIÓN AL TEMA DESDE LA
PERSPECTIVA DE GÉNERO^(*)**

Guillermo L. Barrios Baudor
Ana Isabel Pérez Campos

*Profesores Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN. II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL ÁMBITO MILITAR. MANIFESTACIONES. 2.1. EN EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE MILITAR PROFESIONAL. A) Antecedentes. B) Acceso a los centros militares de formación. C) Excepciones: diferencias físicas. 2.2. EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL. CARRERA MILITAR. A) Régimen de ascensos. B) Provisión de destinos. 2.3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA MATERIAL: ACCIONES POSITIVAS. III. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS. 3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 3.2. APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN: LIMITACIONES POR NECESIDADES DEL SERVICIO.. 3.3. MEDIDAS PROTECTORAS EN RELACIÓN CON LAS FUERZAS ARMADAS. A) Medidas de flexibilidad. *Reducción de jornada por guarda legal: Hijos prematuros. Riesgo durante el embarazo y la lactancia.* B) Medidas excepcionales. *Permiso por nacimiento de hijos prematuros o que precisen hospitalización tras el parto. Permiso por lactancia. Permiso por maternidad. Adopción o acogimiento de menores. Permiso de paternidad. Otros permisos. Excedencia por cuidado de hijos y familiares.* IV. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS. 4.1 VIOLENCIA DE GÉNERO. 4.2 ACOSO. V. CONCLUSIONES.

^(*) Fecha de la última revisión, marzo 2009.

I. PRESENTACIÓN

Transcurridos ya más de veinte años desde de que el Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero, permitiera que las mujeres ingresaran en las Fuerzas Armadas españolas y aun cuando todavía estemos muy lejos de alcanzar la paridad en cuanto a los efectivos masculinos y femeninos, se está en disposición de señalar que los resultados conseguidos son realmente espectaculares. Y ello no tanto por el dato meramente estadístico del que derivar la mayor o menor presencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas sino, muy especialmente, por el gran esfuerzo realizado al respecto por parte de todos los sujetos implicados¹. En este sentido puede afirmarse sin temor alguno a equivocarse que, pese a ser una de las Administraciones Públicas que más tardíamente ha incorporado a sus instituciones el principio de igualdad de género, el Ministerio de Defensa, es la Administración Pública que más y mayores esfuerzos ha realizado en menos tiempo para

¹ La presencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas ha crecido hasta alcanzar más de 15.700 efectivos, lo que supone algo más del 12 por ciento del total de militares. Según los datos del Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas, las mujeres representan en la actualidad el 6 por ciento del total de oficiales que hay en las Fuerzas Armadas, el 1,5 por ciento de suboficiales, y el 18 por ciento de tropa y marinería. El máximo empleo alcanzado hasta el momento es el de teniente coronel, capitán de corbeta en oficiales y brigada en suboficiales, mientras que en tropa y marinería ya hay un cabo mayor que es el máximo empo de la escala.

Más específicamente, las puertas de las Fuerzas Armadas se abrieron a las mujeres en 1988. Ese año, 31 de ellas realizaron las pruebas de acceso a los Cuerpos Comunes y aprobaron seis.

Tuvieron que pasar cinco años para que el personal femenino accediera a los Ejércitos como militares profesionales de tropa y marinería. Ochenta y dos de las 2.210 aspirantes pasaron las primeras pruebas e ingresaron en el Ejército de Tierra –27–, en la Armada –32– y en el Ejército del Aire –23–. Desde entonces, el número de mujeres que quieren acceder a las Fuerzas Armadas no ha cesado de crecer y actualmente son 15.046, lo que representan el 12 por 100 del total de efectivos de las FAS.

El Ejército de Tierra es el que más mujeres encuadra en sus filas con 9.600, seguido del Ejército del Aire con 2.643, la Armada con 2.172, y los Cuerpos Comunes con 631. Sin embargo, si estas cifras las comparamos con el total de efectivos, son los Cuerpos Comunes los que cuentan con un mayor porcentaje de mujeres –17,9 por 100–, seguidos del Ejército del Aire –12,2 por 100–, el Ejército de Tierra –12 por 100–, y, por último, la Armada –10,8–. De todas ellas, 1.023 son oficiales, lo que representa el 5,4 por 100 de los efectivos de esa categoría, y 13.244 –el 17,7 por 100– pertenecen a tropa y marinería. También son muchas las mujeres reservistas voluntarias (697), el 23,7 por 100 del total de civiles que se han acogido a esta figura.

El empleo máximo alcanzado hasta ahora por las mujeres es el de comandante, con un total de 95, y las Comunidades Autónomas donde se hayan mayor número de mujeres de cuadros de mando son Madrid, Andalucía y Aragón. Como dato significativo del interés de las mujeres por pertenecer a las Fuerzas Armadas cabe destacar que en la última convocatoria para ingresar como militar de carrera del Cuerpo Jurídico Militar, el 60 por 100 de los alumnos admitidos son mujeres.

acabar convirtiéndose, pese a las evidentes dificultades existentes, en un referente imprescindible en la materia.

El hecho de que se acepten hombres y mujeres en igualdad de condiciones en las Fuerzas Armadas españolas ha hecho imprescindible la existencia de un entramado normativo (como el actualmente vigente en nuestro país), que no sólo posibilite sobre el papel una igualdad formal sino que facilite dicha integración en la práctica. En este sentido se mostró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva para mujeres y hombres, al tratar de ir más allá del marco legal de referencia mediante la incorporación de medidas tendentes al logro de la igualdad real y efectiva, como necesario complemento material de las normas específicas ya existentes en el plano de la igualdad formal. Y a tal efecto se orientó la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en cuya exposición de motivos se establece como objetivo la consecución de *«la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso a las Fuerzas Armadas, su formación y carrera militar»*. Pero aún más, siendo absolutamente consciente de que sin una adecuada política familiar no es posible la consecución de una igualdad real en ningún plano de nuestra sociedad, la propia Ley de la carrera militar establece como objetivo complementario del anterior *«conjugación de la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar»*. Ahora bien, como no podía ser de otra manera, nótese cómo ambos objetivos se hallan dirigidos por igual a hombres y mujeres militares, que no exclusivamente a estas últimas.

A tal efecto, el legislador ha trasladado al ámbito castrense las principales instituciones jurídicas presentes en los ámbitos laborales y funcionariales en materia de igualdad y conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Traslado que no sólo se ha llevado a cabo en un tiempo record desde un punto de vista estrictamente normativo sino que, en el plano práctico, han tratado de superarse los innumerables obstáculos de todo tipo existentes. Cierto es que, en este último plano, todavía queda mucho por hacer para la consecución de una igualdad real y efectiva que vaya más allá del plano meramente formal; como también queda mucho por hacer para el logro de una satisfactoria conciliación de intereses personales, familiares y profesionales. Ahora bien, los esfuerzos necesarios para la consecución de tales objetivos no distan un ápice, ni muchísimo menos, de los que hay que realizar, día a día, en el ámbito privado de las relaciones laborales (e, incluso, en el propio ámbito funcionarial). Antes al contrario, dichos objetivos se hallarían mejor garantizados en el ámbito militar que en el ámbito privado en el que, por desgracia, no resultan desconocidas las ac-

tuaciones contrarias a los mismos. Lógicamente, cuestión distinta es que en estos temas deba huirse siempre de la mera autocomplacencia, no parando de avanzar nunca.

No es de extrañar, por tanto, que, por cuanto ahora interesa, la labor legislativa haya sido intensa en los últimos meses. Así, junto a la Ley de la Carrera Militar, que vendría a constituir la piedra angular del actual marco jurídico con el que se pretende garantizar la plena igualdad por razón de género en el ámbito militar, cabe citar el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. En estas últimas, regla esencial del comportamiento del militar lo es la de *«velar por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género»* (art. 13). Mención especial merece, también, el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre evaluaciones y ascensos y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. Distribuidos por distintos artículos, este reglamento contempla medidas de protección a la mujer militar en situación de embarazo, parto y posparto de modo que su promoción profesional no se vea afectada por dichas situaciones.

Pues bien, sobre la base de cuanto se acaba de indicar, el presente estudio pretende llevar a cabo un sencillo análisis del principio de igualdad por razón de género y de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional partiendo del papel de la mujer en las Fuerzas Armadas españolas. Se trataría así de abrir una línea de investigación que además de ofrecernos la oportunidad de pulsar desde el ámbito académico el estado de la cuestión en dicho ámbito, nos permita aportar nuestra experiencia en la adopción de cuantas iniciativas contribuyan a una mejor y mayor aplicación práctica de dichos principios. Ha de advertirse, sin embargo, que, dado el limitado espacio del que disponemos, el presente trabajo se centrará, básicamente, en el análisis de la normativa actualmente vigente en el ordenamiento jurídico militar. Con todo, consideramos que la sola difusión del enorme esfuerzo (normativo y de todo tipo) realizado al respecto por parte de nuestras Fuerzas Armadas es justificación más que suficiente del presente trabajo. Fundamentalmente porque dicho esfuerzo, del que son tributarios todos y cada uno de los hombres y mujeres que integran las Fuerzas Armadas españolas, resulta absolutamente desconocido para la mayoría de nuestra sociedad.

Por último, no quisiéramos dejar pasar la oportunidad que este pórtico introductorio nos brinda para agradecer muy sinceramente a los integrantes del Observatorio de la Mujer y del Centro de Documentación (único en

su género y de imprescindible consulta para cualquier investigación que se pretenda realizar con éxito en cualquier materia relacionada con el ámbito militar) del Ministerio de Defensa por el apoyo prestado².

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL ÁMBITO MILITAR. MANIFESTACIONES

2.1. EN EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE MILITAR PROFESIONAL

A) Antecedentes

Aunque la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas es relativamente reciente, pues data de 1988, la prohibición de cualquier discriminación a la mujer aparecía en el artículo 185 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre que regulaba las Reales Ordenanzas Militares³. Lo mismo que esta clara preocupación por aplicar adecuadamente el principio de igualdad quedaba reflejada en la propia exposición de motivos de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas (en adelante LRPFA), donde se articulaba un marco jurídico específicamente orientado a garantizar la plena igualdad profesional de la mujer militar, tanto en los sistemas de acceso (art. 63.4), pretendiendo huir de una falsa protección que no le impide, sin embargo, dedicar previsiones específicas a la condición femenina particularmente referidas a la maternidad, a la uniformidad o al alojamiento. Ni tampoco obsta para que puedan contemplarse diferencias respecto a las condiciones físicas exigibles para el ingreso de hombres y mujeres⁴.

El acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas es, sin duda, algo positivo en muchos órdenes, desde la apertura de toda profesión u oficio a la mujer, para dar cumplimiento al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Española (CE), hasta el enriquecimiento social y profesional que ello proporciona a la misma Institución militar, pasando por que es un medio más para lograr la plena integración social de la estructura militar. De ahí la importancia que adquiere el conseguir que en una profesión secu-

² Imprescindible en la materia resulta la guía bibliográfica elaborada por el Centro de Documentación del Ministerio de Defensa titulado *Mujer y Fuerzas Armadas: 1988-2008. 20 años de la mujer en las Fuerzas Armadas*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.

³ Sobre la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas, véase, LÓPEZ FERNÁNDEZ, S., «La incorporación de la mujer a los ejércitos», *Revista Española de Defensa*, núm. 228, 2007, pág. 21.

⁴ LOPERA CASTILLEJO, M^a J., *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Cívitas, Madrid, 2002, págs. 26.

larmente ejercida por los hombres, la mujer consiga integrarse plenamente en plano de igualdad. En cualquier caso, hay un hecho que resulta incuestionable: se trata de una situación novedosa en una doble consideración:

- La primera, que España se ha colocado en un breve periodo de tiempo (1988-1999) dentro del grupo de países que disponen de una legislación que se encuentra entre lo más avanzado en la regulación del acceso y permanencia de la mujer en los Ejércitos. Desde que en 1988 se reguló por vez primera el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, primero como oficiales y, a partir de 1992, como tropa profesional, el número de éstas ha ido incrementándose hasta alcanzar el séptimo puesto entre los países de la OTAN⁵.
- La segunda, que se ha conseguido que la legislación española relativa a la mujer en los Ejércitos sea una de las más avanzadas y abiertas de entre los países de la OTAN y equiparable a la de los países nórdicos, ya que por ejemplo naciones de nuestro entorno, como Francia, el Reino Unido y Alemania, además de Estados Unidos y Canadá, todos ellos con más experiencia en esta materia, mantienen limitaciones a la ocupación por la mujer de ciertos puestos que se consideran de especial riesgo⁶.

Como ya se ha señalado el alcance de dicho principio igualitario se amplía y se consolida con lo dispuesto en la Ley 39/2007 de la carrera militar que alude a la necesidad de garantizar no sólo la igualdad formal sino también la real o efectiva, en lo relativo al acceso, la formación y la carrera militar. Dos objetivos se establecen en la exposición de motivos de la citada norma: por un lado, la igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso, formación y carrera militar y, de otro, conjugar la disponibilidad permanente para el servicio del personal de las Fuerzas Armadas con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

El alcance de los citados objetivos es matizado en el art. 5 de la citada norma que refiere a que el principio de igualdad se aplicará en virtud de lo

⁵ Informe del Comité de personal femenino de fuerzas OTAN citado en nota 2. España ocupa el 7º puesto tras Hungría (16%), Estados Unidos (15%), Canadá (12,4%), Lituania (12,2%), Francia (11,2%) y la República Checa (10,7%).

⁶ Sobre el empleo de las mujeres en las Fuerzas Armadas existen dos sentencias significativas sobre el alcance de la reserva de prestación de servicios a un solo sexo, estableciéndose que tal limitación podría quedar circunscrita sólo a determinadas actividades del ámbito militar. Un estudio, véase, en BIURRUN ABAD, F.J., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L; PÉREZ CAMPOS A.I., *Cuestiones laborales de derecho social comunitario*; Aranzadi, 2002, págs170 y ss.

dispuesto en la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y continúa señalado que las normas y criterios en este ámbito serán los que se apliquen a la Administración General del Estado con las necesarias adaptaciones; ello supone tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 7/2007 de 12 de abril por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, aunque con las adaptaciones debidas a la condición militar.

Al margen de esta referencia genérica, como se verá a continuación, las alusiones a la esfera de igualdad se circunscriben al ámbito de la formación militar. Si bien es cierto que podría considerarse el silencio del legislador como manifestación de trato equitativo, sin embargo, para evitar los perjuicios de una presunción, hubiera sido preferible una expresa mención al derecho de cualquier militar a ocupar cualquier destino para el que se encuentre legalmente capacitado, con independencia de su sexo.

Como se ha señalado a pesar de la necesidad de revisar el tema ante los recientes cambios legislativos, la situación actual atraviesa un período transitorio, en la medida en que la sustitución de unas normas por otras no se ha completado, en el sentido de que modo que perviven normas –básicamente reglamentarias– que hacen más compleja el alcance y efectividad de la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas, especialmente en lo que refiere a la actualización del régimen del personal militar. Sin embargo, se prevé que sea una situación que se solventa en un breve espacio temporal teniendo en cuenta lo preceptuado en la exposición de motivos de la Ley 39/2007 donde se establece que *«el régimen del personal militar se completará por medio de una Ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas»*.

B) Acceso a los centros militares de formación

Salvo dos remisiones específicas, la regulación normativa del alcance del principio de igualdad se desarrolla, según establece el art. 6 de la Ley 39/2007, a través de la remisión a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar. Asimismo establece que serán de aplicación con las debidas adaptaciones a la condición militar las normas establecidas para el personal al servicio de la Administración General del Estado, esto es, la Ley 7/2007 de por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar.

Al margen de estas dos remisiones normativas, la Ley 39/2007 circunscribe el alcance del principio de igualdad en el ámbito castrense, a dos aspectos concretos, por un lado, los sistema de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación y, por otro, el acceso a los cursos de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional.

La nueva norma, en términos muy similares a la precedente que deroga –la LRPFA– establece un principio de igualdad en los sistemas de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación. No se trata de un principio igualitario absoluto, en la medida en que admite restricciones en función de las condiciones físicas que puedan considerarse determinantes para su ingreso.

Así pues, la primera referencia normativa a igualdad se contiene en el apartado 6 del art. 56 de la Ley 39/2007 que refiere a que *«en los proceso de selección no podrán existir más diferencias por razón de género que las derivadas de las distintas condiciones físicas del hombre y de la mujer que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. Reglamentariamente se determinara la forma en que las aspirantes realizaran las pruebas si están condicionadas por embarazo, parto o posparto asegurando, en todo caso, su protección»*. En los mismos términos la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en su artículo 26 apartado 4 establece 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 tanto, en los sistemas de selección para ingresar en los centros militares de formación, no pueden existir más diferencias, por razón de sexo, que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, se consideren en el cuadro de condiciones exigibles. Así pues, 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; correspondiendo a cada uno de ellos, especificar las exigencias y niveles concretos que deben acreditarse, que podrán ser diferentes para el hombre y la mujer, con el fin de adecuarse a sus distintas condiciones físicas, sin perjuicio de que para la asignación de determinados destinos, especialidades o aptitudes que así lo requieran, las exigencias sean iguales para todos, tal y como indica el RD 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas. Al igual que

son también las propias convocatorias de los procesos selectivos las que deben dejar constancia expresa de la toma en consideración del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Al margen de estas referencias genéricas el legislador militar contempla medidas de protección específica de la mujer en su condición materna. La regulación normativa sobre este aspecto difiere de unas normas a otras.

A diferencia de lo estipulado en la LRPFA donde se establecía una «moratoria» para la realización de las pruebas físicas por parte de la mujer embarazada, la reforma introducida por la Ley 39/2007 lejos de especificar y concretar su alcance remite al desarrollo reglamentario posterior. En este sentido, quizá pueda presumirse que el desarrollo reglamentario aludido contendrá una regulación similar a la precedente; ello teniendo en cuenta que para el colectivo de la Guardia Civil se mantiene vigente en términos idénticos a los señalados⁷, aunque sería deseable que esta situación permita que el futuro desarrollo reglamentario no se limite a la mera reproducción de lo preceptuado por la LRPFA, sino que, por el contrario, en aras a la consecución de la igualdad efectiva, contemple una ampliación de los supuestos de aplicación de este derecho, por ejemplo, a los casos de lactancia.

En cualquier caso, hasta el desarrollo reglamentario indicado, las medidas de protección de la maternidad ante las dificultades de realización de pruebas para el ingreso en los centros militares de formación quedan regulados en virtud de lo dispuesto en el Reglamento de ingreso y promoción en las fuerzas armadas⁸, con una previsión idéntica a la establecida en la derogada LRPFA; de manera que en estos supuestos, la citada norma reglamentaria admite –en su artículo 7– la posibilidad de realizar todas las demás pruebas de acceso, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera

⁷ Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Artículo 26 apartado 4: «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 aquellas. 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 de formación correspondiente, o la que, en su momento, se establezca para 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 le sea de aplicación los límites de edad. »Caso de que la interesada no pudiera realizar las pruebas físicas en la fecha prevista para ello en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, cualquiera que fuera la causa, perderá todo derecho a la misma. »La interesada ingresará en el centro de formación correspondiente con los admitidos en la convocatoria en la que supere las pruebas físicas».

⁸ Aprobado por Real Decreto 1735/2000 de 20 de octubre.

condicionada a la superación de aquellas⁹. De forma que ante esta circunstancia y obtenida la plaza, se le permite optar entre la fecha que se determine a estos efectos en la propia convocatoria, o en la que en su momento se establezca para la siguiente. Y, si entonces tampoco pudiera realizarlas por razón de otro embarazo o parto, cabe que pueda elegir nuevamente entre las citadas opciones. Sólo encontrándose imposibilitada para realizar las pruebas físicas en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, perdería todo derecho a ésta¹⁰.

El legislador también precisa las condiciones de acceso al centro de enseñanza militar, estableciendo al respecto que la incorporación de la interesada tendrá lugar con los admitidos en la convocatoria en la que supere las pruebas físicas, tras haber sido declarada apta para el reconocimiento médico que establezca la convocatoria en que se realizan dichas pruebas.

Por lo que respecta al acceso a la condición de militar de carrera del personal de tropa y marinería, el recientemente aprobado Real Decreto 168/2009 de 13 de febrero establece la protección de la mujer militar a la imposibilidad de efectuar pruebas físicas para los supuestos de ascensos y cursos de actualización en los mismos términos que los ya señalados en la derogada LPRFA.

No obstante lo anterior, en lo que refiere a las reglas aplicables a los militares de tropa y marinería en el acceso a la condición de militar de carrera se observa en virtud de lo dispuesto en el art. 35 de la citada norma reglamentaria que entre las condiciones previas necesarias de este personal para adquirir la condición de militar de carrera la de tener un tiempo mínimo de servicios de catorce años en la fecha límite de presentación de instancias, de los cuales los cinco últimos en el ejército con el que se pretende establecer dicha relación. Teniendo en cuenta que la mujer militar ha accedido tarde a este servicio profesional, casi con toda probabilidad será realmente complejo cumplir con dicho requisito; de ahí que fuese deseable y, además, se trataría de una medida justificada, el establecimiento de una especie de acción positiva que establezca un plazo proporcional a su incorporación al ejército profesional.

⁹ , En idénticos términos se contempla esta posibilidad para la mujer guardia civil en La Ley 42/1999, de 25 de noviembre que regula el régimen del personal del cuerpo de la guardia civil, en el art. 26.4.

¹⁰ El mismo régimen se contempla en lo que refiere a las pruebas convocadas para militar profesional de tropa y marinería. Véase a este respecto el art 7. párrafo cuarto del Reglamento de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas.

C) Excepciones: diferencias físicas

Resulta innegable que, por la propia naturaleza, la mujer no está igualmente preparada que el varón para afrontar los mismos retos físicos, pero no es menos cierto que la mujer puede llegar a estar suficientemente preparada físicamente para soportar esas dichas pruebas de entretenimiento exigidas para el acceso a los centros docentes militares de formación. En otros términos, hay que partir de la base de que física y morfológicamente hablando, los hombres y las mujeres son distintos y que, incluso, la cultura social, desde la infancia, va marcando a unos y otros, así los niños suelen practicar deportes que implican más resistencia o fuerza física, mientras que las niñas suelen desarrollar juegos más pasivos.

En una organización amplia y compleja, con infinitud de tareas, como son las Fuerzas Armadas, resulta necesario el establecimiento de un catálogo muy grande de capacidades y requerimientos físicos para cada puesto concreto. Pero también es preciso que ese catálogo se haga con unos estándares comunes o globales de carácter técnico que no admitan regímenes excepcionales. Se trataría de elaborar un catálogo de puestos «tipo» operativos o no operativos, con su respectivo nivel físico de acceso y de mantenimiento y que quien no supere esos listones, sea hombre o mujer, no podrá ser admitido o no podrá mantenerse en esos lugares.

En cualquier caso, la problemática principal reside en determinar qué capacidad física es necesaria para cada puesto, sobre todo teniendo en cuenta que resulta innegable, por evidente, que los estándares físicos del varón y de la mujer son diferentes, como lo es su forma física¹¹. En otros términos, en las Fuerzas Armadas el único criterio debe ser el derivado de la eficacia, cualquier otro es peligroso para el funcionamiento de la institución militar; esto exigirá una clarísima determinación de dónde está el nivel de exigencia física mínima (en fuerza, fondo, resistencia, velocidad, etc.), bien para cada concreto puesto, bien para unidades o grupos de unidades.

Por tanto, razones de igualdad requieren que las pruebas físicas para el acceso al Cuerpo, se establezcan en consonancia con las diferencias psicofísicas de la mujer, lo contrario implicaría una mínima presencia de

¹¹ Como es sabido, la constitución física de la mujer comparada con el hombre es diferente, ya que la mujer tiene menos masa muscular, menos agua en la constitución de los tejidos y más grasa corporal. La menor talla y las características biomecánicas de su morfología y los consumos de oxígeno, hacen que en términos absolutos tengan menos fuerza y resistencia aeróbica en comparación con la media del hombre. Véase CALDERÓN, J., «La mujer en los puestos de mando y combate», en AA.VV. *La mujer y las Fuerzas Armadas en España*. Coord. V. FERNÁNDEZ VARGAS, Ministerio de Defensa, Madrid; 1991.

mujeres, al tener que superar unos mayores obstáculos en proporción a las pruebas previstas para los hombres¹²; de ahí que en los sistemas de selección para ingresar en los centros militares de formación no puedan existir más diferencias, por razón de sexo, que las derivadas de las distintas condiciones físicas que en su caso se consideren en el cuadro de condiciones exigibles. 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. Correspondiendo, a cada uno de ellos, especificar las exigencias y niveles concretos que deben acreditarse, que podrán ser diferentes para el hombre y la mujer con el fin de adecuarse a sus distintas condiciones físicas, tal y como prevé el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas (art. 5.6). En este mismo sentido, serán también las propias convocatorias de los procesos selectivos las que deben dejar constancia expresa de la toma en consideración del principio de Igualdad de trato entre hombre y mujeres¹³.

Por ello, aunque sólo sea a modo de ejemplo, entre las convocatorias más recientes merece ser destacada la Orden DEF/1407/2008, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos selectivos de acceso directo a las enseñanzas de formación para la incorporación a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y de Especialistas de los Ejércitos y del Cuerpo del Cuerpo de Infantería de Marina, donde aparecen reflejados los distintos niveles de aptitud física exigidos a hombres y a mujeres para la superación de las diferentes pruebas físicas.

Con estas diferenciaciones en las marcas mínimas a lograr para la obtención de una plaza se pretende equilibrar la diferencia en la capacidad física, que por término medio es inferior en la mujer, a fin de establecer las diferencias cuantitativas que permitan asegurar un mismo nivel de exigencia a todos los aspirantes, independientemente de su sexo. Sin embargo, no se trata de una tarea sencilla puesto debe tenerse en cuenta que no todos los aspirantes a ingresar en un centro docente militar de formación tienen que

¹² A este respecto, téngase en cuenta que en la normativa reguladora de los ascensos en la Guardia Civil, no existe obstáculo o límite alguno, que impida o dificulte el acceso a los distintos empleos del Cuerpo al personal femenino, existiendo mujeres que actualmente desempeñan el empleo de capitán, teniente, alférez, sargento, cabo, sin que existan barreras que impidan que con el transcurso de los años, y cumpliendo idénticos requisitos que el personal masculino, las mujeres puedan llegar a ocupar los puestos más altos de la estructura jerárquica de la Guardia Civil.

¹³ En aplicación de la Orden APU 526/2005, de 7 de marzo que publica el plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado.

realizar las mismas pruebas físicas, ya que ello depende de la convocatoria, ni las diferencias establecidas en las mismas para los aspirantes del género masculino y las del femenino son iguales.

A lo ya señalado debe añadirse que el legislador militar sin pretenderlo mediante la definición de las condiciones precisas para ello en la plantilla de destinos correspondiente podría dejar el camino abierto a una limitación a favor o en contra de un sexo determinado para ocupar determinados puestos. De llegar a producirse, quebraría no sólo el principio de igualdad en función del sexo a la hora de ocupar cualquier destino, sino que podría influir de forma decisiva en los militares de carrera, en cuanto que se valora en las distintas evaluaciones a que deberá someterse a lo largo de su trayectoria profesional el parámetro de los destinos ocupados.

2.2. EN LA PROMOCIÓN PROFESIONAL. CARRERA MILITAR

Otra de las manifestaciones del alcance general del principio de igualdad en el ámbito militar se circunscribe a la esfera de la promoción profesional o carrera militar. Bajo el título V rubricado «carrera militar» pueden establecerse referencias normativas en bloques temáticos diferentes al alcance del principio de igualdad en dos fases de la promoción profesional del militar, a saber, el régimen de ascensos y la provisión de destinos.

A) Régimen de ascensos

En la línea interpretativa trazada en el capítulo 5 del Título V la Ley 39/2007 rubricada «ascensos», no existe referencia normativa que prevea un tratamiento distinto, en función del sexo del militar, por lo que, habría que concluir que en el régimen de ascensos no hay situación de discriminación alguna y que las posibilidades de ascenso y el régimen de concesión de los mismos son idénticos, tanto para hombres, como para mujeres.

En una sucinta referencia al complejo régimen de ascensos que diseña la Ley 39/2007 cabe señalar que se basa en el establecimiento de diversos sistemas de ascenso (elección, clasificación, concurso-oposición y antigüedad) condicionados a la superación de un régimen de evaluación que tiene como objetivo determinar la aptitud del militar profesional para el ascenso y, en su caso, las condiciones de idoneidad y prelación, basadas en el mérito y capacidad que darán origen a la correspondiente clasificación de los evaluados. A estos efectos, se crearán órganos de evaluación que estarán constituidos por personal militar de mayor empleo que los

evaluados (art. 87). La Ley 39/2007 anuncia que reglamentariamente se determinará su composición, adecuándose en lo posible a la aplicación equilibrada del criterio de género.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que en principio no se aprecia la existencia de elementos diferenciadores en razón del sexo del personal militar, ello no quiere decir que no sea un vehículo promotor de posibles discriminaciones indirectas, que podrían establecerse de su combinación con otras medidas ideadas para la conciliación de la vida familiar y la debida protección de la mujer militar en su condición materna.

Entre los posibles factores que van a afectar exclusivamente a la mujer en estado de gestación o de baja por maternidad y que subsisten en el nuevo sistema de promoción profesional establecido en la Ley 39/2007 cabe destacar los siguientes:

- En primer lugar, la regulación de base de los informes personales de calificación donde se valoran las cualidades, méritos, aptitudes, competencia y forma de actuación profesional del militar (art. 82 Ley 39/2007), a confeccionar por el jefe directo del interesado y que la normativa de desarrollo establece que sean ordinario de carácter anual. El hecho de que una militar quiera fundar una familia va a repercutir, más que probablemente, de forma negativa en su carrera y más si tiene los hijos relativamente seguidos, ya que en destinos muy operativos, en los que el nivel de exigencia personal, no sólo física, sino también de entrenamiento, sea elevado, la maternidad puede convertirse en un freno en la carrera militar¹⁴.
- En segundo lugar, en materia de evaluaciones puede observarse una posible incidencia negativa en la determinación del principio de igualdad de trato y es la valoración del expediente de aptitud psicofí-

¹⁴ En aras a mayor claridad quizá sea mejor poner un ejemplo. Una mujer militar embarazada tiene derecho a la asignación de un puesto orgánico distinto del que venía ocupando, compatible con su estado, aunque sea dentro de su misma unidad, por ello, y aún queriendo el calificador ser ecuánime, el Informe Personal Anual (IPA) debe reflejar las actuaciones y actitudes del calificado dentro del periodo anual que abarca la calificación, por lo que si es el caso de un jefe de Escuadrón de Fuerzas Aéreas que una de sus pilotos está embarazada y por prescripción facultativa no puede volar y realiza funciones administrativas o logísticas que además no serán las que habitualmente haga como piloto, es comprensible que no mantenga las mismas calificaciones que a otro piloto operativo, lo que se complica en el caso de que el embarazo sea problemático y obligue a la embarazada a estar de baja médica prolongada, lo que, además puede tener reflejo negativo en apartados muy concretos del IPA como los relacionados con la salud habitual, entendida como grado de ausencia de enfermedades y dolencias, la vitalidad, entendida como actitud ante trabajos que requieren esfuerzo físico, la resistencia a la fatiga física, la Actitud ante la práctica deportiva propia o el grado de despreocupación ante dolencias propias sin trascendencia.

sica. Un expediente con bajas en el servicio por causa de embarazos y partos, si no existe una norma al respecto es fácil que no se valore igual que aquel que a penas presente bajas.

- En tercer lugar, en lo que refiere a los procesos de evaluación para ascensos y para ocupar determinados destinos de especial responsabilidad, en los que la mujer embarazada puede resultar perjudicada, sencillamente porque en caso de tener que asignar el mando de un barco o de una unidad es fácil comprender que no se designe a una mujer gestante, máxime cuando muchos de estos mandos no lo son por un periodo prolongado de tiempo.
- En cuarto lugar, la no realización de cursos de capacitación para el ascenso, que son convocados por los Departamentos de Personal correspondientes siempre que coincidan con situaciones de embarazo o parto que impidan cursarlos va tener graves incidencias no sólo sobre la mujer militar afectada, sino incluso para sus compañeros, que en caso de la actual regulación para el ascenso a comandante en las Escalas Superiores de Oficiales deben ser reordenados por promociones, influyendo en ello el número de componentes de la misma. No se ha dado aún esta circunstancia, pero a medida que está aumentando el número de oficiales en algunos cuerpos no hay duda de que se presentará y la solución normativa está aún siquiera por plantearse.
- En quinto y último lugar, habría que tener en cuenta la existencia de otro elemento posiblemente discriminatorio como es el de reasignación de puesto orgánico por causa de embarazo¹⁵. A este respecto, si bien es cierto que la asignación de puesto distinto no puede ser una circunstancia susceptible de variar la valoración del historial militar, ya que para ello se utilizan unas fórmulas ponderadas en las que uno de los factores es la puntuación asignada a destinos, no a puestos, la problemática se plantearía en relación con la puntuación de un determinado destino que no es única para todo el personal militar, siquiera pertenecientes al mismo Cuerpo y/o Escala, en la medida en que por ejemplo, el destino en las Fueras Aéreas tiene una puntuación distinta para el piloto respecto del que no lo es, aunque se trate en ambos casos de oficiales del Cuerpo General. En este sentido, la mujer gestante, si tiene que dejar de volar, puede que realice las mismas tareas que otro miembro de su mismo Cuerpo que no sea

¹⁵ El artículo 101.6 de la Ley 39/2007 establece que «durante el periodo de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico, adecuado a las circunstancias de su Estado, distinto del que estuviere ocupando».

piloto, con lo que se plantea si es justo que para cada uno de ellos, el tiempo de permanencia en dicho puesto se valore de forma distinta, en función de lo que se «es» y no de lo que «se hace», que parece, a simple vista, lo más equitativo.

Todo lo expuesto en los párrafos anteriores permite constatar la existencia de determinados factores que podrían incidir negativamente en la carrera de la mujer militar. No obstante, el legislador consciente de que la protección de la maternidad constituye una condición indispensable para la consecución de la igualdad de oportunidades en el ámbito castrense, establece en la Ley 39/2007, referencias genéricas y otras más específicas a la protección de la madre militar profesional¹⁶.

Como referencia genérica destaca lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 90 según el cual «*a la mujer se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto o posparto, para cumplir las condiciones para el ascenso a cualquier empleo militar*». La concreción de este derecho se establece en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones. Sobre la base de la regulación precedente, el alcance de la protección se circunscribe al aplazamiento de pruebas físicas tanto para el ascenso por los sistemas de concurso-oposición y concursos (art. 26.6) como para la realización de cursos de adaptación para el ascenso de los militares de tropa y marinería (art. 32).

En lo que refiere al aplazamiento de las pruebas físicas exigibles en el proceso selectivo para el ascenso a través de concurso o concurso-oposición, el legislador se limita a establecer que el ascenso quedará condicionado a la superación de dichas pruebas cuando finalice la causa que motivó el aplazamiento, asignándole la antigüedad que le corresponda, aunque sin especificar qué es lo que deba entenderse por ésta. En aras a evitar posibles conflictos derivados de la indeterminación de la norma, hubiera sido conveniente que el legislador especificase si en la antigüedad aplicable se tiene o no en cuenta el aplazamiento de las pruebas físicas. Partiendo de la

¹⁶ A tal efecto cfr., por ejemplo, las Órdenes Ministeriales núm. 106/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales del Ejército de Tierra en Estado de Gestación, núm. 105/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales de la Armada en Estado de Gestación, núm. 104/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas en Estado de Gestación, núm. 103/2004, de 16 de mayo, sobre las Prendas de Uniformidad de las Militares Profesionales del Ejército del Aire en Estado de Gestación o núm. 88/2003, de 25 de junio, por la que se establecen las Normas Generales de la Uniformidad del Personal Militar Profesional en Estado de Gestación.

protección de la maternidad, resultaría razonable entender que la antigüedad será la que le hubiera correspondiendo por el ascenso tras superar el proceso selectivo sin aplazamiento.

Respecto del aplazamiento de pruebas físicas exigibles para la asistencia a los cursos de actualización para el ascenso de los militares de tropa y marinería cabe señalar que su contenido es plenamente coincidente con el señalado para la provisión de destinos y que consiste en la posibilidad de mantener la plaza que hubiera obtenido hasta superar las pruebas físicas por un plazo máximo de dos años.

Como referencia específica, en el apartado primero del artículo 87 se establece que reglamentariamente se determinará la composición de los órganos de evaluación y que ésta se adecuará, en la medida de lo posible, a la aplicación equilibrada del criterio de género. Una vez más el legislador utiliza la remisión al desarrollo reglamentario de la medida, lo que resta eficacia a la misma, sobre todo, teniendo en cuenta, por lo que refiere a esta concreta medida, que en el Acuerdo de del Consejo de ministros de 7 de marzo de 2005 ya se consideraba como medida necesaria para favorecer la incorporación e integración de la mujer en las Fuerzas Armadas la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso, selección de concurrentes a cursos de capacitación y asignación de destinos.

Esta situación se ha resultado recientemente a raíz de la aprobación del Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas aprobado por Real Decreto 168/2009 de 13 de febrero, en cuyo artículo 5.8 se especifica que *«las juntas deberán contar con vocales de ambos sexos siempre que los permita la existencia de mujeres con empleo apropiado a la composición de cada junta, adecuándose en lo posible a la aplicación equilibrada del criterio de género»*. De la lectura del citado precepto cabe deducir que, en la línea de generalidad trazada sobre esta materia, especifica que los miembros femeninos de las juntas ocuparán puestos de vocales, pero no especifica si en condiciones de paridad y, a su vez, lo condiciona a la existencia de mujeres militares con el empleo adecuado en virtud de lo preceptuado en el apartado primero del artículo 5 que establece que *«todos los componentes de los órganos de evaluación tendrán mayor empleo militar que los evaluados»*; condicionamiento éste último que resulta razonable si se tiene en cuenta que la fecha de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Consecuentemente, teniendo en cuenta estas premisas y limitaciones, cabe deducir que la presencia de la mujer militar en las juntas de evaluación, de momento, seguirá siendo muy restringida.

B) Provisión de destinos

La posibilidad de que la mujer acceda a todos los destinos, sin ningún tipo de exclusión, es uno de los avances que caracteriza la legislación vigente en materia de personal de Fuerzas Armadas y que, ciertamente, no ocurre en todos los ejércitos de los países de nuestro entorno, en los que suelen tener limitados los puestos de unidades especiales o muy operativas y de los submarinos¹⁷.

Habiendo quedado suprimidas las limitaciones que se fijaron inicialmente la mujer militar profesional podrá ocupar destinos en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, así como en sus órganos directivos y, en el caso de que se trate de puestos orgánicos relacionados específicamente con la defensa, en organizaciones internacionales o en otros departamentos ministeriales, teniendo igualmente la consideración de destino la participación del militar profesional en misiones para mantener la paz y seguridad internacionales si no lo tuviera o cesara en el de origen con motivo de dicha participación (art. 8.1 del Reglamento de Destinos aprobado por Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo).

Por otra parte, el legislador en consonancia con lo preceptuado tanto en la LRPFA como en el Reglamento de destinos contempla medidas de protección de la maternidad tales como la que la asignación por prescripción facultativa, durante el período de embarazo, de un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado, distinto del que estuviere ocupando (art. 101.6 de la Ley 39/2007). El legislador manteniendo el contenido básico ha matizado su alcance, en el sentido de tipificarlo como derecho de la mujer militar.

La aplicación de esta medida, que en principio debe entenderse como algo lógico para preservar los derechos de la mujer embarazada, dentro del marco de la protección a la familia e incardinado, por tanto, en uno de los pilares básicos de los principios constitucionales, podría colisionar con las necesidades de una organización operativa como lo es la militar.

Efectivamente, es fácil comprender que una mujer en estado de gestación tenga en algún momento del embarazo que dejar de realizar determinados cometidos, sobre todo aquellos que requieren un determinado nivel de esfuerzo físico, aunque no tengan que acogerse a una situación de incapacidad laboral. Ahora bien, en la medida en que el puesto que venga ocupando una mujer que se queda embarazada sea imprescindible para la

¹⁷ Como ejemplo destaca Estados Unidos, Canadá o Reino Unido donde el personal femenino le está vedado desempeñar una buena parte de los empleos o contar entre las tripulaciones de submarinos.

organización, deberá ser cubierto por otra persona, que debe dejar, a su vez de desempeñar el que tenía asignado.

Esto así expuesto parece que no tiene más problema, ya que todo puede reducirse a un intercambio de puestos, si la institución adopta las medidas necesarias, pero en la práctica, los inconvenientes son más serios. Supongamos que la comandante de un buque de primera línea o el jefe una unidad operativa de élite se queda embarazada y su estado no le permite seguir desempeñando su puesto. La Ley permite asignarle otro puesto (pero sin pérdida de su destino), pero no dice nada de lo que hay que hacer para cubrir su vacante. El problema no es sencillo, pues no se trata de un corto periodo de tiempo para el que se puede encontrar una solución transitoria, sino que lo más probable es que se trate de varios meses, más el tiempo de posparto que necesariamente ha de disfrutar la madre como licencia. Cuando para el mando de esas unidades se ha debido de sufrir un proceso de evaluación, para sustituirla habría que repetirlo, pero ¿cómo asignar de nuevo un puesto que teóricamente sigue ocupado por la titular? Supongamos que la solución es cubrirlo con una persona designada en comisión de servicio, que, a su vez, conserva su puesto principal. En este caso es cuando adquiere importancia lo que se apuntó en el epígrafe referido a «historial militar y evaluaciones»: ¿qué baremo de destino se aplica a cada uno de los implicados, el del puesto orgánico, el del puesto realmente desempeñado, el más favorable?

Se aplique la solución que se aplique existirán argumentos a favor y/o en contra que deberán valorarse y, lo más importante, deberá establecerse claramente un procedimiento que lo regule, debidamente respaldado por la consiguiente norma, como el principio de seguridad jurídica requiere. En cualquier caso se está ante un problema que no debe ser trasladado al individuo, y frente al que se puede estar tentado a aplicar la solución más sencilla: no asignar este tipo de puestos a una mujer; lo que no sólo no debe ocurrir, sino que hay que adoptar las medidas normativas, que no existen, para que ello no ocurra. Lo que ya es más difícil de conseguir es que el mando que sufre las consecuencias de que una de sus subordinadas (y más si el puesto que ésta desempeña es clave en la organización) tenga que ser relevada de sus funciones por embarazo, que además es posible que no sea fácil encontrarle sustituto, conserve la objetividad suficiente para que no influya esta situación en las calificaciones de la embarazada y no digamos si deja de estar a sus órdenes directas, pero tiene que seguir calificándola o si la situación requiere que la embarazada, además cause baja por incapacidad temporal. En otros términos, la aplicación del artículo 101.6 de la Ley 39/2007, aún estando diseñado como medida protectora de

la familia, puede acabar volviéndose contra la trayectoria profesional de la embarazada que tiene, por otra parte, derecho tanto a tener una familia, como a que la Administración militar vele por su trayectoria profesional y, en consecuencia, establezca normas y procedimientos que así lo aseguren.

2.3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA MATERIAL: ACCIONES POSITIVAS

Como ya se ha señalado, la incorporación de la mujer a las FAS españolas ha sido un hito importante para la consecución de la igualdad constitucional de los hombres y mujeres en nuestro país, y ha sido fruto de una evolución normativa progresiva y progresista en la medida en que desde el primer momento se abogaba por garantizar la efectividad en la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito castrense. Todo ello sin olvidar los dos siguientes datos:

- a) Aunque la normativa establezca un régimen de igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, mientras las costumbres sociales no se transformen la verdadera igualdad de oportunidades será sólo algo que esté en el papel y no en la realidad social de la nación, ya que el desarrollo profesional de la mujer, y más en las fuerzas armadas en las que la progresión profesional exige cada día más preparación personal, se verá gravemente afectado si una vez finalizada su jornada de trabajo tiene que hacerse cargo del cuidado de la familia y del hogar;
- b) La propia conciencia de que ello es así ha llevado al actual Gobierno a adoptar una serie de medidas tendentes a garantizar esta plena igualdad, más allá del contenido de la norma positiva, forzando algunas posturas que mejoren la situación, lo que se plasmó en un documento aprobado en consejo de ministros del 4 de marzo de 2005 denominado «medidas para la igualdad» que establece, entre otras, la necesidad de adoptar medidas dirigidas a la promoción y seguimiento del acceso, integración y permanencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas con la creación de un observatorio de la mujer; en segundo lugar, medidas orientadas al incremento de la calidad de vida de las mujeres, a través de la adecuación de las instalaciones; por último medidas de carácter conciliador de la vida familiar y profesional, a través del establecimiento de programas para la creación de centros infantiles en establecimientos militares.

Aunque la presencia de la mujer en las fuerzas armadas españolas es una de las más elevadas de los países de nuestro entorno, es necesario continuar fomentando su incorporación y llevar a cabo iniciativas que hagan efectiva y profundicen en la consecución de la igualdad en el ámbito castrense, en aras a garantizar no sólo la igualdad formal sino también la material. Fiel a esta idea y para la efectiva consecución de la igualdad, se han efectuado y se están desarrollando, diferentes iniciativas normativas y actuaciones dirigidas a favorecer la incorporación e integración de la mujer de la mujer en las Fuerzas Armadas y evitar cualquier tipo de discriminación por razón de género.

Como a lo largo de este trabajo va quedando patente, son escasos los aspectos de la política de personal de las Fuerzas Armadas en los que de alguna forma pueda hablarse de que se hayan establecido medidas que supongan alguna suerte de trato diferente a sus componentes en razón de su sexo, y el acceso a la condición de militar no es uno de ellos. Partiendo de la base de que uno de los objetivos primordiales de la política de personal de las Fuerzas Armadas es el trato igualitario que se da a hombres y mujeres desde el mismo momento en el que se intenta acceder al correspondiente centro docente de formación, la ley busca o debe buscar las condiciones de plena igualdad y ello, a veces, puede conseguirse con la introducción de medidas que aunque supongan un trato diferenciado no son discriminatorias, sino todo lo contrario, buscan un rasero diferente en función del sexo, pero para equilibrar diferencias extrínsecas.

En esta línea deductiva y reconociendo que debe prevalecer la igualdad de oportunidades cabría preguntarse si más que un trato absolutamente igualitario no favorecería más la igualdad de oportunidades si se introdujeran medidas que, de alguna forma garantizasen a la mujer su presencia en el mundo profesional militar: me refiero a la posibilidad de establecer «cupos» en función del sexo de los aspirantes; media ésta que, por otra parte, no tiene que entenderse dirigida sólo y exclusivamente a favorecer la presencia de la mujer en las Fuerzas Armadas, sino a la de los dos sexos, en el sentido de que la posible reserva de un tanto por ciento mínimo de plazas para el acceso a un Cuerpo o Escala puede hacerse para garantizar diversidad de género. En este sentido, no tendría por qué extrañar que para garantizar la presencia de la mujer (o de la diversidad de sexos) en los ejércitos se puedan establecer una serie de reservas de plazas, ya que, a pesar de las medidas correctoras existentes, la proporción de mujeres que acceden a las escalas de cuadros de mando es muy reducida.

Finalmente, cabe aludir a que la delicada cuestión de la maternidad militar se constituye en el espacio donde sí deben tener lugar las referidas ac-

ciones positivas que compensen las dificultades de las mujeres para poder fundar una familia y desarrollar una vida en condiciones. Concretamente se ha observado cómo la madre o futura madre que pretende continuar en las FAS debe ser evaluada positivamente para prorrogar su situación. Ante esta exigencia, no puede desconocerse que la maternidad puede jugar (no explícitamente, claro está) un papel negativo determinante sobre tal evaluación. En este sentido se han llegado a proponer algunas posibles medidas reglamentarias ante una ley ya aprobada. Esta normativa podría contener el establecimiento de algunas garantías específicas en la evaluación y renovación cuando se tratase de una mujer en estado o que haya dado a luz con proximidad en el tiempo (como pudiera ser por ejemplo la creación de comisiones específicas al efecto).

III. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y PROFESIONAL EN LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

No cabe duda de que la conciliación, como medio de fomento de la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y sin discriminación en su ejercicio, pretende corregir la desigualdad en todos los ámbitos o esferas, incluido el militar; en otros términos, las responsabilidades familiares y, sobre todo, la maternidad constituyen, por tanto, un obstáculo para la integración y permanencia de la mujer en el trabajo con independencia del tipo de trabajo o prestación de servicios de que se trate.

De forma paralela a las modificaciones normativas operadas en la Administración General del Estado esta figura o institución en el ámbito castrense ha adquirido una especial relevancia, toda vez que se han venido arbitrando importantes medidas en orden a facilitar la conciliación con la vida familiar y laboral, junto con otras también que tratan de paliar el impacto de la violencia de género. Así, no sólo destacan las normas en desarrollo del Plan Concilia de diciembre de 2005, sino que éstas se han completado posteriormente con Acuerdos del Consejo de Ministros, la última de 21 de marzo de 2007 por la que se toma conocimiento del desarrollo de las medidas favorecedoras de igualdad y se prueba la implementación de otras nuevas (Orden PRE 720/2007, de 21 de marzo); todo ello con independencia de la existencia de otras medidas que pueden incidir favorablemente en la conciliación, como son los permisos, las licencias, la reducción de jornada o las excedencias, adaptadas a las

especiales características de este concreto sector de la Administración, a través de su propia normativa.

No obstante lo anterior, la aplicación del Plan Concilia a las FAS mediante la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre sobre jornada, horario, vacaciones, permisos y licencias, modificada por la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio ha constituido un hito en la historia de los militares; sin olvidar la remisión al bloque general de la normativa funcional, especialmente al Estatuto Básico del Empleo Público, aprobado por la Ley 7/2007 de 12 de abril.

Como es sabido, en la normativa de las Fuerzas Armadas existen diversas referencias a la protección de la maternidad frente a la dificultad de realizar pruebas físicas tanto en lo relativo al acceso y sistemas de selección da la enseñanza militar, como en las pruebas para la promoción o carrera militar. Pues bien, la regulación de la protección por maternidad no sólo se muestra como un mecanismo de protección física de la madre como gestante, sino que, a la vez, constituye un instrumento tendente a favorecer la armonización del trabajo y las responsabilidades familiares. Por lo que resulta claro que la maternidad afecta al reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y su conciliación con las obligaciones laborales, al mismo tiempo que a la igualdad de oportunidades de empleo y promoción.

3.2. APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN: LIMITACIONES POR NECESIDADES DEL SERVICIO

Los militares gozan de un régimen de personal propio y diferente de aquel aplicable al resto de servidores públicos, distinción que deriva fundamentalmente de la naturaleza de las misiones que tienen asignadas las Fuerzas Armadas, lo que exige a éstas una particular organización y medios para poder llevarla a cabo con la necesaria eficacia, disciplina, jerarquía, unidad, valores específicos, etc. El militar, en efecto, debe tener un régimen específico para un mejor cumplimiento de su misión. Pero ese régimen específico no puede ni debe servir de obstáculo para compatibilizar, en la medida de lo posible, el régimen militar con el correspondiente al resto de la función pública. Dicho de otro modo: únicamente debería privarse al militar de los derechos reconocidos a otros funcionarios públicos cuando esa medida resulte necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

Así pues, en la regulación de las medidas conciliatorias conviene reparar en el importante condicionamiento que para el disfrute de dichos

períodos de descanso supone salvaguardar las necesidades del servicio, en virtud de lo dispuesto en el art. 154 LRPFA¹⁸, donde se establece que «*las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos y licencias, e incluso que el jefe de la unidad, centro u órganos correspondiente podrá ordenar la incorporación al destino, si las circunstancias lo exigen*».

Contenido similar incorpora también, respecto a la necesidad de adaptación al mencionado concepto jurídico indeterminado, la OM 121/2006, aunque con algunas precisiones tendentes a favorecer la aplicación práctica, como se detecta al matizar que las necesidades del servicio procurarán atenderse con otros medios y que sólo en último término condicionarán la concesión de permisos y vacaciones. Lo cual parece sobre todo redundar en la razonable preocupación de posibilitar al máximo que las Fuerzas Armadas estén en condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. De manera que el afán del legislador por preservar este límite infranqueable de «*las necesidades del servicio*» le ha llevado a introducir tal referencia común a permisos y vacaciones, considerando necesario añadir que «*en todos los casos se deberá indicar que las condiciones establecidas podrán ser revocadas o modificadas cuando varíen las necesidades del servicio o cualquier otro condicionante*» (Norma octava. Anexo I. OM 121/2006).

La situación descrita suscita la determinación de la eficacia de la norma, en la medida en que se considera que el uso y abuso de la expresión indeterminada de «*necesidades del servicio*» ha servido para vaciar de contenido al conjunto de previsiones instauradas en la citada Orden Ministerial y, singularmente, a aquellas que se refieren a aspectos específicos para la efectiva conciliación de la vida profesional con la familiar.

Se establece, en definitiva un fuerte condicionamiento, particularmente en orden al ejercicio de los permisos y licencias, con el concepto jurídico «*necesidades de servicio*» que, precisamente por ser indeterminado goza de un amplio margen de apreciación y de discrecionalidad. Tratándose, por lo demás, de una noción que igualmente afecta al resto de los funcionarios públicos, cuyos derechos han de ser asimismo compatibles con el correcto desarrollo del servicios, sin duda por comportar su condición de empleado público no solo derechos sino también obligaciones específicas para con

¹⁸ La disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar deroga la Ley 17/1999, de 18 de mayo de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, excepto los artículos 150 a 155 y 160 a 162 y la disposición final segunda.

los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio», según establece la propia exposición de motivos de la Ley 7/2007 (EBEP).

No obstante lo anterior, en el ámbito militar cabe aludir a que la expresión «necesidades del servicio» va indisolublemente referenciada a otros aspectos relevantes como la defensa y seguridad nacional. En este sentido constituye una prueba de la ampliación de las facultades inherentes al poder directivo que, proyectadas en el ámbito concreto de la Administración militar, aparecen enormemente reforzadas desde el punto de vista de la organización del trabajo¹⁹.

Se trata, en definitiva, de limitaciones que parecen encontrar su adecuada significación en las singulares características de la condición de militar, no sólo justificadas en la continua disponibilidad para el servicio, sino, además, en la necesaria inmediatez de la intervención y la permanente capacidad de actuación²⁰.

Conviene precisar que las necesidades del servicio no se aplican por igual en la generalidad de los permisos, toda vez que en la situación de maternidad, al ser aquí necesario interpretar que el jefe de la unidad, centro u organismo, por más que lo requieran las circunstancias sobrevenidas, no podrá razonablemente ordenar la incorporación al destino de la mujer que se encuentre en el período de descanso obligado de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Como tampoco resultará lógico o factible que se invoque la primacía de las necesidades del servicio para impedir a la madre el disfrute del permiso por parto durante ese mismo tiempo de necesaria recuperación. Situaciones que si realmente se desea evitar que afecten gravemente al funcionamiento de la unidad, precisarán resolverse contemplando otras distintas opciones, como pueden ser las vacantes imprescindibles mediante comisiones de servicios y, en cualquier caso, mediante la puesta en práctica de los más adecuados procesos de gestión de personal²¹.

Todo lo cual requiere, en aras de la seguridad jurídica, que se afronte definitivamente el tema para no tener que hacer depender de la pondera-

¹⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares». Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, AÑO 1996, pág. 481.

²⁰ La inmediata y permanente capacidad de actuación resulta esencial en algunas unidades militares específicas como la Unidad militar de Emergencias que precisamente ha llevado a delegar en el General Jefe de ésta, el establecimiento de la jornada y horario de trabajo, el disfrute de las vacaciones e, incluso, la concesión de los permisos por asuntos propios (Res. 400/38062/2007, de 20 de abril).

²¹ LOPERA CASTILLEJO, M^a J., *Comentarios a los arts. 65 y 66, en AA:VV Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, (COOrd. C. Sánchez Trigueros y A.V Sempere Navarro) Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 469.

ción de este concepto de excesivos márgenes de apreciación y discrecionalidad. De manera al menos que, sin pretender totalmente acotarlo, sería deseable que se fijasen pautas mínimas de actuación, como por ejemplo el exigir siempre la debida justificación de dichas necesidades del servicio, como otros criterios que convendría también quedarán determinados reglamentariamente.

3.3. MEDIDAS PROTECTORAS EN RELACIÓN CON LAS FUERZAS ARMADAS

Las medidas adoptadas para conciliar la vida profesional y privada de los militares españoles se caracterizan por su profusión, concreción normativa e, incluso por ser precursoras o pioneras, en el sentido de que se han aprobado medidas que con posterioridad se incorporarían al ámbito laboral a través de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Dichas medidas pueden agruparse en dos grandes grupos: normas sobre tiempo de trabajo, específicamente medidas de flexibilidad, dirigidas a favorecer la organización flexible del trabajo y medidas excepcionales, previstas para la tutela de las situaciones particulares que puedan concurrir en cada trabajador.

A) Medidas de flexibilidad

La ordenación del tiempo de trabajo constituye un factor esencial para conciliar la vida familiar y laboral. La adopción de medidas de flexibilidad en la jornada de trabajo es uno de los instrumentos que resultan más útiles para que los militares puedan compaginar su prestación de servicios con las responsabilidades familiares más comunes²².

– Reducción de jornada por guarda legal:

Con esta intención la Norma sexta, Anexo I de la OM 121/2006 reconoce el derecho a una reducción de jornada al militar que, por razones de

²² Al margen de estas medidas, han de tenerse en cuenta las distintas normativas que, a propósito de la Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueban medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas, se han aprobado en materia de guarderías y escuelas infantiles. No pudiéndose ahora ser exhaustivo por razones de espacio, sobre toda esta normativa *vid. Mujer y Fuerzas Armadas: 1988-2008. 20 años de la mujer en las Fuerzas Armadas*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009, pág. 153 y siguientes.

guarda legal, tenga a su cuidado directo a un menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida. Sin duda, basta aquí que el menor lo tenga a su cargo, no teniendo que ser necesariamente hijo.

La normativa militar, a diferencia de la general de la Administración pública especifica el alcance de la reducción situándola en hasta un medio de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional de sus retribuciones para cuyo cálculo se arbitran distintos criterios y fórmulas²³.

La citada reducción también se aplica a quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida. Debe valorarse como acertada la aclaración en la norma militar, a diferencia de la funcionarial a la que remite (LEBEP), donde nada despeja, que no se considera actividad retribuida la percepción de una pensión y, en definitiva, que cabe solicitar en tal caso la reducción de jornada, siempre con la correspondiente disminución de retribución.

– Hijos prematuros

Una de las novedades introducidas por la OM 107/2007 fue la atención especial que por primera vez pasaron a recibir los hijos prematuros o que, por cualquier otra circunstancia, requieran hospitalización tras el parto, posibilitando la atención materna o paterna del neonato mientras permanezca ingresado. Así se introdujo un nuevo permiso por el que se reconoce al militar el derecho a ausentarse del trabajo durante dos horas mientras dure dicha situación y a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas con la disminución proporcional de las retribuciones²⁴.

A ello debe añadirse que son varias las diferencias con respecto a la regulación de este derecho en la esfera laboral. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el legislador militar sólo prevé la posibilidad de que se amplíe el período de suspensión en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, pero desaparece la posibilidad de disfrutar del período de suspensión del contrato de trabajo tras el alta hospitalaria del recién nacido. En segundo lugar, el período de suspensión se ampliará en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, permitiéndose,

²³ Véase, Apéndice I. Anexo I. Orden Ministerial 121/2006.

²⁴ En la normativa laboral, el trabajador/a tendrá derecho a ausentar del trabajo durante un máximo de una hora percibiendo las retribuciones íntegras (art. 37.4 bis ET).

por tanto, la posibilidad de ampliación aun cuando el motivo de la hospitalización del recién nacido sea ajeno a él mismo. Y, en tercer lugar, la ampliación del período de suspensión del contrato de trabajo tendrá lugar siempre, independientemente del número de días que el neonato permanezca hospitalizado, con un máximo de trece semanas.

– Riesgo durante el embarazo y la lactancia

La norma que regula la carrera militar en España es la Ley 39/2007 de 19 de noviembre, que aborda todos los aspectos que configuran el régimen de los militares profesionales, de modo semejante a su precesora, en el artículo 101 donde se dispone que durante el período de embarazo, tendrá derecho a ocupar por prescripción facultativa un gesto orgánico o cometido adecuado a las circunstancias de su estado que podrá ser distinto del que estuviera desempeñando. Finalmente, resulta muy importante que la aplicación de tales supuestos no supondrá pérdida del destino.

Estas garantías vienen a reforzarse en el Reglamento de Destinos del personal militar profesional aprobado por RD 43/2002, de 10 de mayo, donde se añade que dicho puesto orgánico adecuado al estado de gestación de la mujer ha de corresponder preferentemente a su unidad, centro u organismo de destino, de manera que sólo de no existir ninguno en tal sentido compatible con su estado se le podrá asignar en otra unidad, a ser posible en el mismo término municipal, atribuyéndose la determinación de las condiciones en que será asignado dicho puesto al Ministerio de Defensa. Como también la citada normativa reglamentaria prevé designar comisiones de servicio por el motivo de adjudicar a la mujer un puesto compatible con su embarazo, conforme a lo señalado anteriormente.

Además, el mismo Reglamento de Destinos extiende la posibilidad de cambio de puesto de la mujer, antes referida, al período de lactancia por hijo menor de nueve meses –que debe entenderse que acoge al adoptado o al acogido cuando la madre hubiera optado por solicitar la reducción de jornada laboral y siempre que sus ausencias fuesen incompatibles con las necesidades del servicio del destino que ocupaba antes del embarazo. Con lo cual era necesario comprobar si las necesidades del servicio permiten la puesta en práctica de tales medidas, particularmente cuando se trata de destinos de carácter operativo en los que se exige una disponibilidad permanente, pudiéndose entonces plantear ciertos problemas que sólo podrán resolverse contemplando la posibilidad de cubrir los servicios con el resto de la plantilla.

Realmente son medidas, todas ellas, que responden al principio de igualdad de oportunidades, cuyo objetivo es mejorar la situación de las mujeres en la sociedad, superando los obstáculos fácticos que le impiden disponer de las mismas oportunidades laborales que los hombres.

B) Medidas excepcionales

Junto a los supuestos anteriormente mencionados de reducción de jornada también se contemplan otros caracterizados por la reducción o modificación del tiempo de la prestación de servicios sin merma de la retribución. Estos supuestos se regulan en la Orden Ministerial 121/2006 con las modificaciones introducidas por la Orden Ministerial 107/2007 que los define como «el período de tiempo que se autoriza al militar para ausentarse temporalmente del destino por razones de índole personal o familiar».

- Permiso por nacimiento de hijos prematuros o que precisen hospitalización tras el parto

El militar podrá ausentarse de su destino hasta un máximo de dos horas diarias en los casos de nacimientos de hijos prematuros o en los que, por cualquier motivo, éstos tengan que permanecer hospitalizados después del parto. La Orden Ministerial 107/2007 de 26 de julio, para adecuar la normativa militar a la prevista con carácter general para la Administración General del Estado, añade una matización a este derecho consistente en la posibilidad de ampliar el derecho de reducción durante dos horas adicionales más con disminución proporcional de las retribuciones.

El militar que tenga que atender a un familiar de primer grado, por razón de enfermedad muy grave, podrá solicitar la reducción de la jornada hasta un 50 por 100, por el plazo máximo de un mes. Durante este tiempo estará exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción.

- Permiso por lactancia

El militar tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del destino por lactancia de un hijo menor de doce meses, que podrá dividirse en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

Cuando existan dos o más hijos menores de doce meses, el tiempo de reducción de jornada se multiplicará por el número de hijos a cuidar. Nos obstante, sorprende que en cambio no se haya contemplado para estos casos la otra opción de disfrute de una hora diaria de ausencia, sí aplicada para los restantes funcionarios²⁵ y sobre todo teniendo en cuenta que la ampliación de la ausencia para cada hijo lactante se ha venido admitiendo en alguna decisión judicial, preocupada por evitar la limitación de ese derecho del recién nacido, en los casos en los que se deba compartir con otro o, incluso, con varios.

Otra opción que se ofrece, a instancia de la madre es la de sustituir la reducción de jornada por lactancia por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, con una duración máxima de cuatro semanas. Dicho permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de doce meses es acumulable con la de guarda legal y con los otros permisos a los que se tenga derecho, no contabilizándose aquella en la disminución de retribuciones.

Por lo demás cuando la específica regulación ahora señalada expresa que el derecho lo tiene «el militar» opta ya claramente por un criterio igualitario, que permite su ejercicio indistinto por el padre o la madre, siempre que los dos trabajen y reafirma la clara individualización del permiso, particularmente necesaria en casos de familias monoparentales.

La reducción de jornada por lactancia exonerará al solicitante de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran en el ejercicio de este derecho; Exoneración que se aplica únicamente al caso en que se haya optado por la reducción de jornada, pero no en cambio si se decide la ausencia de una hora diaria. Por lo que los inconvenientes que puedan surgir, particularmente en destinos de mayor exigencia operativa, habrán de resolverse dependiendo siempre de la unidad de destino y de las posibilidades de cubrir esos servicios con la plantilla restante.

– Permiso por maternidad

En el supuesto de parto, establece la propia normativa militar (Norma segunda. Anexo II. OM 121/2006) que la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el caso de parto múltiple.

²⁵ En virtud de lo dispuesto en el art. 48. 1 f) de la LEBEP.

tiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que la madre y el padre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El padre podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo se encuentre en situación de baja médica²⁶.

La medida revela que este derecho al permiso se configura como individual del padre, sino siempre aquí derivado y accesorio del de la madre, que es quien realmente aparece, en los casos de parto, como verdadera titular del derecho al permiso. Sin que, por lo demás, la coincidencia de la baja por maternidad con las vacaciones impida disfrutar de ellas, finalizado el permiso de maternidad, al que podrían acumularse, aún habiendo expirado ya el año natural a que correspondan (norma tercera, anexo II, OM 121/2006). No obstante lo anterior, la OM 107/2007 amplía los supuestos en los cuales se garantiza el derecho a vacaciones a pesar de su confluencia con otras situaciones tales como la incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural y a los de acumulación en jornadas completas del período de lactancia. Se mejora, por tanto, la regulación del Estatuto de los Trabajadores al incluir los supuestos en los que se decide acumular en jornadas completas el período de lactancia ampliando, en consecuencia, el período de dieciséis semanas, como regla general, en el número de días que correspondan por dicha acumulación²⁷.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras 6 semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria, del contrato de la madre.

²⁶ Apartado modificado por la OM 107/2007.

²⁷ En la normativa laboral, al no tenerse en cuenta esta posibilidad, si el período de vacaciones coincide con el de lactancia acumulada no podrán disfrutarse las vacaciones en una fecha distinta.

Por otro lado, coincidiendo con la normativa general de la Administración que contempla²⁸ el disfrute también a tiempo parcial del permiso de maternidad, la normativa militar prevé la posibilidad de solicitar el disfrute del citado permiso a tiempo parcial, sea por toda la duración del permiso o sólo una parte y siempre que se cumplan una serie de requisitos como es, entre otros, el de acreditar que las necesidades del servicio quedan debidamente cubiertas (Norma segunda. Anexo II OM 121/2006).

– Adopción o acogimiento de menores

En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años de edad, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En el ámbito todavía más amplio de la adopción internacional, la regulación militar contempla un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo exclusivamente las retribuciones básicas, cuando requiera el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado. Silencia, en cambio, la posibilidad de adelantar el permiso durante el tiempo necesario para el viaje, que, independientemente del mismo se admite para la Administración General del Estado en el art. 49. b de la LEBEP, hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Tampoco contempla, la normativa específica, la situación de acogimiento internacional sí atendida en la normativa funcionarial común para la que se prevé la doble opción, del disfrute del permiso o de su posible adelanto.

²⁸ Art. 49 a) de la Ley 7/2007 EBEP.

– Permiso de paternidad

Se reconoce un permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo de un permiso de 15 días, a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

No resulta aplicable, en cambio, al permiso de paternidad la posibilidad de su disfrute a tiempo parcial, que el legislador extiende al padre, única y exclusivamente, en los casos de disfrute compartido del permiso de maternidad.

El reconocimiento por la normativa militar como beneficiario al padre está restringiendo con ello su aplicación, en la medida en que se aleja así de la opción por un concepto amplio de familia, donde bien podrán haberse previsto, para dar cabida a otros modelos existentes, el disfrute para la persona a la que no le correspondiera el permiso por maternidad; o incluso facilitar que una familia monoparental, quien tenga la guarda legal del hijo pueda gozar de este permiso a continuación del de maternidad. De manera, por tanto, que el permiso aquí reconcomio estrictamente al padre en las citadas situaciones, consiste en disponer de un tiempo de descanso de quince días naturales y retribuidos.

Por otra parte, se trata de un permiso de paternidad distinto del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad en casos de parto, adopción o acogimiento, como expresamente indica la norma general de la Administración y se infiere de la específica militar²⁹ y también acumulable con ellos, lo mismo que con el disfrute de las vacaciones³⁰.

Por lo que respecta al ejercicio del derecho, sitúa la regulación militar el momento de disfrute «a partir» de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. No precisa, en cambio, hasta cuando puede ejercitarse el derecho, a diferencia de su concreción en el ordenamiento laboral común, donde cabe el disfrute del permiso de paternidad hasta que

²⁹ «Con independencia de» comienza el punto 12. Norma Segunda. Anexo II OM 107/2007)

³⁰ En el ámbito laboral a diferencia del militar, teniendo en cuenta la ubicación temporal tan variable del disfrute del permiso de paternidad, no se ha previsto la posibilidad de que dicho período coincida con el de vacaciones fijado por la empresa. Dado que el trabajador tiene total libertad para decidir el momento de disfrute dentro del período de las dieciséis semanas por maternidad, parece difícil pensar en la posibilidad de que la suspensión del contrato por paternidad coincida con las vacaciones del trabajador. Véase al respecto, AGUILERA IZQUIERDO, R., Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres., Revista del Ministerio de Trabajo núm. extraordinario, 2007, págs. 107 y ss.

finalice la duración del permiso por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de este permiso. Con lo cual, se opera así una limitación importante en las condiciones de disfrute de los funcionarios respecto a los trabajadores sometidos al Estatuto de los Trabajadores³¹, que trae como resultado una incompresible diversificación de regímenes. Ante lo cual y dado que la inconcreta expresión «a partir» de las normas de empleo público no obliga a entender «inmediatamente después» podría defenderse la interpretación extensiva de la duración de su ejercicio, también en el ámbito de la Administración. Sobre todo, cuando de la aplicación por la doctrina judicial del permiso por nacimiento de hijo se detecta que, desde hace tiempo, se viene admitiendo la posibilidad para el padre de solicitar dicho permiso una vez transcurridas las semanas de baja maternal.

Lo que sí puede sostenerse, en cualquier caso, es que las modificaciones resultantes de la LO 3/2007, referidas al permiso de paternidad del funcionario general y de la OM 121/2006, para el militar han supuesto técnicamente tan sólo la ampliación del genuino permiso ya existente por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, tradicionalmente atribuido al varón y distinto también del de maternidad compartido. Desprendiéndose de ello, por tanto, que no estamos propiamente aquí ante la creación de un nuevo permiso de paternidad que pueda con rigor considerarse independiente, en el sentido de contar con sus propios rasgos identificadores claramente desvinculados del hecho del nacimiento, o tener una cierta duración.

Teniendo en cuenta la remisión que la legislación militar efectúa (art. 6 Ley 39/2007) a la legislación general de la Administración General del Estado y ante la inexistencia, de previsiones específicas, salvo lo dispuesto en la norma cuarta de la OM 107/2007, resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 49 c) de la LEBEP, de forma que habrá que computar como de servicio efectivo a todos los efectos, el tiempo transcurrido durante el disfrute de dicho permiso, o la de reconocer el derecho del beneficiario a reintegrarse a su puesto de trabajo una vez finalizado el permiso en términos y condiciones que no le resulten menos favorables e, incluso, considerar que le corresponde también beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Al margen de lo señalado subsisten otras cuestiones que no aparecen resueltas ni por el legislador militar, ni por la normativa general a la que remite tales como la omisión del alcance del permiso en los casos de partos múltiples; la posibilidad del disfrute del permiso de paternidad de la madre

³¹ Así lo advirtió el CES en las observaciones al anteproyecto de la Ley Orgánica de igualdad efectuadas en el Dictamen núm. 8 /2006.

en los casos de fallecimiento del padre, o el alcance del derecho en los casos de familias monoparentales.

– Otros permisos

Si bien es cierto que la regulación de las medidas de conciliación en el ámbito militar, en la mayoría de los casos son pioneras, en el sentido de que se han aprobado con anterioridad a su regulación en el ámbito laboral, precisamente del análisis comparativo efectuado se observa que podrían considerarse la regulación de otro tipo de permisos. Entre los posibles permisos que podrían haberse incluido en la norma, se apuntaban los permisos para acompañar a los hijos menores de edad cuando necesiten recibir asistencia sanitaria y para la atención de éstos en supuestos de enfermedades infecto-contagiosas o el derecho a permisos retribuidos por los trámites legales y administrativos que necesiten los militares para la adopción nacional o internacional que esté siendo objeto de tramitación.

– Excedencia por cuidado de hijos y familiares

Una de las instituciones jurídicas que permite a mujeres y hombres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares es la excedencia por cuidado de hijos y familiares. Mediante esta figura se pretende que los militares puedan dedicar parte de su tiempo al cuidado de cada nuevo hijo o familiar incapacitado para valerse por sí mismo por razones de edad, enfermedad o accidente, sin que esta situación provoque la pérdida del destino.

Según contempla el apartado quinto del artículo 110 de la Ley 39/2007 a los militares profesionales se les podrá conceder la excedencia por cuidado de familiares cuando lo soliciten para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza o como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo. En este supuesto, tendrán derecho a un periodo no superior a tres años, a contar desde la fecha de nacimiento de cada hijo o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Resulta sorprendente que el legislador haya desaprovechado la oportunidad brindada con la aprobación de esta nueva norma de incorporar un régimen específico de concesión de la excedencia según distintos tipos de familias, ya sean numerosas, monoparentales, de parto múltiple o adopción simultánea.

También tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad

que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

Resulta llamativo el hecho de que la regulación legal no contemple formas flexibles de utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial o fraccionada. La utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial implica la posibilidad de disfrutar la excedencia por días a la semana o al mes o meses del año. Por el contrario, el disfrute de la excedencia de una forma fraccionada hace referencia a la posibilidad de que la excedencia no se disfrute de manera ininterrumpida sino que se pueda disfrutar en distintos períodos sin que la suma de todos ellos supere el máximo marcado por la Ley³².

El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a otra excedencia, su inicio pondrá fin al que se viniera disfrutando. A este respecto se advierte que no cabe el ejercicio de estos derechos por dos personas generados por el mismo sujeto causante, admitiéndose tan sólo para una de ellas, a menos que se trate de diferentes sujetos. Mientras que, diversamente para el resto del ámbito funcional, sí parece admitirse en principio el ejercicio simultáneo, aunque ello no impida a la Administración se reserve la posibilidad de restringir su ejercicio.

En caso de que más de un militar profesional generase el derecho a disfrutarlo por el mismo sujeto causante se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades del servicio.

El militar profesional en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejara de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, pero podrá ascender durante los dos primeros años de permanencia en esta situación siempre que tenga cumplidas las condiciones de ascenso establecidas en la ley. Durante el tiempo que permanezca en esta situación no devengarán retribuciones pero será computable a efectos de trienios y derechos pasivos y, el primer año de cada excedencia computa como tiempo de servicios.

Los militares de complemento y los militares de tropa y marinería con menos de seis años de servicios, transcurridos dos años desde la fecha

³² En la orbita laboral, si bien en un primer momento se denegó esta posibilidad pues con ella, a su juicio, se distorsiona en buena medida el poder de planificación y dirección, sentencias posteriores de los Tribunales Superiores de Justicia han admitido esta opción teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE de 3 de junio reconoce que los Estados y los interlocutores sociales pueden decidir si el permiso parental se concede de forma fragmentada.

teórica de finalización de su compromiso, causarán baja en las Fuerzas Armadas a no ser que antes de esa fecha se reincorporen a la situación de servicio activo.

IV. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS

Si bien es cierto que en el ámbito militar a nivel normativo existe una plena aplicación del principio de igualdad que se ve reforzada con una serie de medidas de apoyo y garantía tales como medidas de conciliación, subsisten situaciones que aunque no puedan considerarse medidas de igualdad o de conciliación propiamente dicha, su importancia y actualidad exigen que, al menos, se haga una breve referencia a sus notas configuradoras.

4.1. VIOLENCIA DE GÉNERO

Aunque la lucha contra la violencia de género no constituye *stricto sensu* una medida de conciliación de la vida profesional y familiar, resulta evidente que la víctima de esta situación se ve afectada sobremanera en su esfera íntima. Por ello, las medidas multidisciplinarias que en los últimos tiempos vienen adoptándose para erradicar o minimizar estas conductas, han tenido su acogida también en la legislación aplicable al personal castrense.

Fruto de ello, se ha modificado el reglamento de destinos del personal militar profesional, a través del Real Decreto 1202/2006, de 20 de octubre, para adaptar a las Fuerzas Armadas las medidas para la protección integral contra la violencia de género recogidas en el ámbito de la Administración General del Estado. Esta modificación se concreta en los siguientes aspectos: se establece la posibilidad de otorgar vacantes, sin publicación previa, a las militares víctimas de la violencia de género; se elimina la posibilidad de que a una militar se le asigne con carácter forzoso un destino en el mismo término municipal del cual salió por ser víctima de violencia de género y se permite solicitar la asignación de un nuevo destino a la militar víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su destino, en el mismo término municipal o en otro diferente.

De manera que, para hacer realmente efectiva esta protección integral se prevé, además, que la mujer militar pueda solicitar la asignación de un nuevo destino en el mismo término municipal o en otro diferente, cuando se vea obligada a abonar a aquel en el que venía prestando sus servicios,

especificándose el concreto procedimiento que ha de seguirse para hacer valer el derecho de cambio de puesto. Incluso, para el caso de que la militar sea de nuevo víctima de violencia de género la posibilidad de solicitar un nuevo destino, por el mismo procedimiento, aunque no hubiera cumplido el tiempo mínimo de permanencia en su destino.

Finalmente, en el apartado 6 del art. 110 de la Ley 39/2007 se alude a la posibilidad de acogerse a la situación de excedencia por razón de violencia de género donde se especifica que las mujeres militares profesionales víctimas de violencia de género podrán solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia. Los seis primeros meses les serán imputables a efectos de tiempo de servicios, condiciones para el ascenso, reserva del destino que ocupasen, trienios y derechos pasivos. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran ser podrá prorrogar este período por tres meses, con un máximo de dieciocho, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

4.2. Acoso

Quizá una de los principales inconvenientes que tiene la mujer militar sea el tema del acoso en el trabajo. Actualmente se pretende revisar el vigente régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas con intención de adecuar la delimitación conceptual del acoso sexual que se ha llevado a cabo a nivel europeo, toda vez que en la actualidad, en las Fuerzas Armadas éste se tipifica como falta grave prevista en el artículo 8 apartado 23 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre: «*Realizar actos que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave.*» y se sanciona con arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar, pérdida de destino o baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación (art. 9 de la citada norma).

Para el tipo delictivo, se acude al artículo 106 del Código Penal Militar, Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre: «*El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión*». De esta forma el acoso sexual en las Fuerzas Armadas se incardina en este tipo dedicado al «Abuso de autoridad».

El problema surge cuando el supuesto de acoso sexual se da entre compañeros del mismo rango, entonces se produce un vacío normativo que

propicia que la denuncia o el parte descriptivo de los hechos deban ser trasladados y enjuiciados en la Jurisdicción Ordinaria. Parece aconsejable una revisión normativa y, por ende, la consiguiente actualización en materia de acoso sexual en las Fuerzas Armadas.

V. CONCLUSIONES

De entrada, como ya tuvo ocasión de señalarse en su momento, el Ministerio de Defensa y con él todos y cada uno de los hombres y mujeres que integran nuestras Fuerzas Armadas, ha sido la Administración Pública que en un período temporal más corto ha realizado un mayor largo recorrido a favor de la efectiva aplicación del principio de igualdad por razón de género y de promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Sobre esta premisa general, que en sí misma es suficientemente relevante, la plasmación práctica de tales objetivos no tiene nada que envidiar a la existente en el ámbito privado de las relaciones laborales (e, incluso, funcionariales). Cuestión distinta es que deba seguir avanzándose en la materia para salvar los inevitables obstáculos, generales y específicos, existentes al respecto.

Quizás por ello en donde más tenga que avanzarse sea en todo lo relativo a la promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Sin lugar a dudas, es en este tema donde mayores márgenes de actuación existen, tanto desde el plano normativo (adoptando nuevas iniciativas compatibles con las necesidades del servicio) como desde el plano práctico (facilitando y/o promoviendo el uso de los mecanismos instaurados al efecto, muy especialmente por parte de los militares varones). Con todo, ha de señalarse que este mayor recorrido en el ámbito de la conciliación es la asignatura pendiente de nuestro país en su conjunto. De ahí que, aunque todavía exista mucho camino por recorrer, las cosas han de llevarse a sus justos términos.

En fin, en términos generales el régimen jurídico del personal militar de las Fuerzas Armadas es esencialmente igualitario y no discriminatorio en la medida en que en España no hay cupos de incorporación para las mujeres, no existen Cuerpos específicamente femeninos o masculinos (pudiendo ocupar cualquier destino, incluidos los de combate) y que la progresión en la carrera militar es idéntica con independencia del sexo del militar de que se trate. No obsta lo anterior el hecho de que, en aras a garantizar la protección de la mujer militar en su condición materna, la legislación militar haya arbitrado una serie de mecanismos protectores

diferenciados en base a la necesidad de proteger el embarazo, el parto o el postparto. Con todo, el entramado normativo creado en estos veinte años para la consecución de los objetivos fijados han convertido al colectivo de militares, hombres y mujeres, en uno de los más igualitarios del Estado, bien que el objetivo es ahora que dicha excelencia teórica encuentre pleno acomodo en el terreno práctico.