

LA CARRERA MILITAR TRAS LA LEY 17/1989 (1)

Pedro Escribano Testaut
Doctor en Derecho
Capitán Auditor
Letrado del Trib. Supremo

1. NECESIDAD DE UN ESTUDIO MULTIDISCIPLINAR: EL ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DE LA INSTITUCIÓN MILITAR, Y SU INFLUENCIA SOBRE LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS FUERZAS ARMADAS

Hasta fechas relativamente recientes, el llamado «Derecho Militar» ha sido ignorado por la doctrina administrativista, que apenas se ha ocupado —salvo excepciones puntuales— de su análisis y estudio (2). Posición difícilmente comprensible, ante todo porque, como señala Gaspar Ari-

(1) El presente trabajo constituye —con algunos retoques y adaptaciones— un Capítulo de la III Parte de la tesis Doctoral que bajo el Título «*Fundamentos del sistema constitucional de empleo público. Un estudio de los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución*», y dirigida por el Prof. Dr. ARIÑO ORTIZ, fue defendida el día 1 de abril de 1998 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ante un Tribunal integrado por los Profesores Doctores GONZÁLEZ NAVARRO, MENÉNDEZ REXACH, FERNÁNDEZ FARRERES, CALONGE VELÁZQUEZ y BALADO RUIZ-GALLEGOS, obteniendo la calificación de «Apto cum laude» por unanimidad.

(2) Con ocasión de la celebración de las Jornadas de estudio sobre Libertades Públicas y Fuerzas Armadas, que tuvieron lugar en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense durante el mes de febrero de 1984 (posteriormente editadas por el Ministerio de Educación y Ciencia), el entonces Director Gral. de Enseñanza Universitaria señalaba en el acto de inauguración de las jornadas que «la Universidad debe abrirse al estudio de todos los temas que interesan a la Universidad española y por ello debe abordar también el estudio de los problemas de la Defensa en su conjunto y los de las Fuerzas Armadas en particular, como lo hace ya en muchos otros países. Temas que lamentablemente, y esto es sobre todo una autocrítica, hemos olvidado los Universitarios durante mucho tiempo». En similares términos, señala M. Bassols que «la problemática jurídica de la Administración militar ha sido en gran medida desconocida y descuidada, salvo honrosas excepciones, por nuestra doctrina del Derecho Público, y en particular del Derecho Administrativo» (Prólogo a la Monografía de J.M.^a QUIROGA DE ABARCA: «La Administración militar y su responsabilidad patrimonial»; Ed. Montecorvo, 1984, pág. 13).

ño, «hablar de las Fuerzas Armadas, de la Defensa Nacional o de la Administración Militar, es siempre atractivo y especialmente para un jurista, por cuanto la Defensa constituye la garantía última y permanente de la Soberanía nacional... este ha sido, es y será uno de los fines esenciales del Estado. Sin ella no hay Estado: es una tarea inesquivable, indeclinable» (3); pero también porque no puede comprenderse la caracterización actual de la Administración española si no se tiene en cuenta la influencia que, en su proceso de configuración histórica, ejerció sobre ella la Organización militar y sus formas de estructuración (4).

Hay, sin embargo, y frente a esta apatía doctrinal, sólidas razones que justifican que nos detengamos a reflexionar específicamente, y con algún detenimiento, sobre el estado actual de la Legislación reguladora del estatuto militar profesional. Razones, en primer lugar, y como se acaba de advertir, históricas. La función pública civil del siglo XIX se construyó sobre la base de un acusado paralelismo con la militar. Aun hoy en día, puede afirmarse que el Estatuto jurídico del personal militar ha afrontado problemas, y ha articulado técnicas de gestión, con unos criterios que, indudablemente, pueden iluminar la resolución de los problemas con los que se enfrenta la Administración civil. Piénsese en cuestiones tales como, v.gr., las técnicas de evaluación del trabajo y el rendimiento de los funcionarios, que ahora pretenden introducirse en la función pública civil, pero que se aplican en la militar desde hace muchos años.

Junto a esta razón de índole histórica, hay otra plenamente coyuntural, como es el espectacular aumento de la litigiosidad en los Tribunales

(3) Prólogo a la Monografía de M. BALADO RUIZ-GALLEGOS: «Industria y Defensa Nacional. Un estudio jurídico-administrativo», Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, 1990.

(4) Como pone de manifiesto GUAITA, «en cierta manera la Administración Pública y desde luego no pocas de sus Instituciones, o tienen un origen militar o, nacidas en el ámbito de la milicia, que suele tener más claros sus objetivos y ser más sensible a sus necesidades, fueron luego trasplantadas a la esfera civil, más o menos *in natura* o con las adaptaciones que su nuevo habitat exigía» (Comentario al art. 26, en VV.AA.: «Comentarios a las leyes políticas», Constitución española de 1978, EDESA, 1981, tomo III, pág. 107). En la misma línea, afirma Carrasco Canals («Influencia de la Administración canónica y militar en el Derecho Administrativo»; en VV.AA.: «Libro homenaje al Prof. GARCÍA TREVIJANO, CUNEF-IEAL, 1982) que «la clásica centralización, la jerarquía, el mando, la decisión de los Organos consultivos, la burocracia napoleónica, se hace a imagen y semejanza de la estructura de un Ejército organizado (pág. 490) ... la burocracia, con notas diferenciadoras en la organización burocrática del Ejército de la civil, evidencia que las Fuerzas e Institutos castrenses, tienen una tradición anterior y una estructuración que se exporta, sobre todo en conceptos fundamentales como la noción de Cuerpo» (pág. 491)

del Orden contencioso-administrativo sobre cuestiones relativas al régimen jurídico de los militares profesionales, derivado de la reforma legislativa operada en los últimos años. Litigiosidad que ha sido abordada sin la ayuda de un «corpus» doctrinal que pudiera coadyuvar a la resolución de los conflictos, y que debe constituir un estímulo para la doctrina científica.

Ahora bien, de antemano debe advertirse que en este tema, más que en ningún otro, se aprecia la insuficiencia de la utilización, como instrumento único de análisis, de la técnica jurídica, o mejor, de un legalismo formalista. La recta comprensión de lo que se ha dado en llamar el Ordenamiento jurídico militar exige un acercamiento a la problemática militar no sólo desde ese punto de vista, sino también desde otros ámbitos de conocimiento, singularmente los de la sociología, la filosofía política y la historia de las ideas. Puede afirmarse, en efecto, que la polémica suscitada en los últimos tiempos en la doctrina española sobre el carácter «administrativo» o «institucional» de las Fuerzas Armadas —a la que en seguida se hará referencia— descansa, en última instancia, en una distinta visión sobre la naturaleza y modo de ser de los Ejércitos, que se proyecta sobre la elaboración e interpretación del Ordenamiento jurídico aplicable a los mismos. Por ello, parece obligado comenzar nuestro estudio con un breve repaso sobre la dialéctica «institución-ocupación» tal y como ha sido expuesta en la llamada «sociología militar», pues, como se verá, la misma dará pautas de gran utilidad para la comprensión de los problemas estrictamente jurídicos propios del Derecho Militar.

En este sentido, y como punto de partida, hay que comenzar recordando que las Fuerzas Armadas han constituído tradicionalmente (y también, de algún modo, en la actualidad), un grupo social muy definido, presidido por un sistema de valores propio y característico, diferenciado de cualesquiera otros colectivos. Fernández Segado, en un importante estudio sobre el perfil diferencial de la escala de valores de la Institución Militar, concluye precisamente que en un momento en que nuestra sociedad se encuentra en un proceso acelerado de mutación, plasmado en una evidente crisis de valores, «la milicia posee un sistema propio de relaciones morales peculiar de un grupo social que informa su conducta y que viene a constituir, dentro de la idea orteguiana, una ética propia, la ética militar, que se muestra esencialmente resistente al cambio, entre otras consideraciones de interés, porque no sería posible concebir un Ejército que careciera de una elevada ética; si tal circunstancia se diera,

estaríamos ante una horda o facción armada más que ante un auténtico ejército» (5).

No quiere decirse con ello que las Fuerzas Armadas permanezcan ajenas a esta evolución, como un ente autárquico, anquilosado e insensible ante lo que le rodea. Al contrario, desde hace años se viene señalando que —fundamentalmente, aunque no exclusivamente, como consecuencia del progreso tecnológico— el cambio ha llegado también a los Ejércitos, siquiera sea de modo más atemperado que en otros grupos sociales homogéneos. El modelo más conocido de interpretación de este proceso es, sin duda, el formulado por Charles C. Moskos, sobre la base de la distinción entre modelos «institucionales» y «ocupacionales» en la Institución militar, en el que nos vamos a centrar, sucintamente, a continuación.

La teoría «institución/ocupación» fue formulada por este autor como un intento de explicar la evolución del Ejército desde un modelo divergente con respecto a la sociedad civil hacia un sistema convergente con las estructuras civiles. Simplificando mucho las cosas, puede decirse que una Institución se legitima en términos de valores, mientras que una Ocupación se legitima en términos de mercado. Las consecuencias de una u otra forma de estructuración son numerosas e importantes, y con relevantes implicaciones sobre la configuración jurídica de la Organización (6):

— Por lo que respecta a la «legitimidad», una Institución se legitima por valores expresados en términos de fuerte contenido emotivo como «deber», «honor» o Patria»; estando los valores individuales subordinados a un bien común más elevado. Los miembros de la Institución se consideran con una fuerte carga vocacional. En cambio, una ocupación se legitima en términos de oferta o demanda, o dicho sea de otro modo, en el binomio

(5) Pues como señala este mismo autor, «tanto los fines que persigue la Institución como los medios que utiliza podrían desvirtuarse si no existiera un rígido código de honor; este prepara e incorpora hábitos y tradiciones que hacen posible un uso legítimo y responsable del Poder» («El perfil diferencial de la escala de valores en la Institución militar»; Revista de estudios políticos —REP—, nº 51, mayo-junio 1986, pág. 122). FERNÁNDEZ SEGADO ha insistido recientemente en estos planteamientos, afirmando que las Fuerzas Armadas son un conjunto social perfectamente delimitado frente al exterior, cuyos miembros participan de un sentimiento corporativo —que se traduce en una peculiar conciencia de grupo—, y tienen un específico código de valores («La posición constitucional de las Fuerzas Armadas»; Revista española de Derecho militar —REDM— 67, enero-junio 1996, págs. 40-41).

(6) Es de obligada cita la obra colectiva dirigida por el propio CHARLES C. MOSKOS y FRANK R. WOOD, que ha sido editada por el Ministerio de Defensa en 1991 con el título «Lo militar: ¿Más que una profesión?», donde se recogen estudios sobre la evolución de la profesión militar en los estados de nuestro entorno. La exposición que se va a realizar a continuación, que resume los planteamientos de MOSKOS, sigue la sistematización de C. GIL MUÑOZ, en el prólogo a la citada obra.

eficacia-trabajo. El modelo ocupacional implica la prioridad del interés propio sobre el de la organización, y los valores que imperan son los profesionales. El prestigio va unido a la adquisición de un estatus económico.

— Los miembros de una Institución adquieren un fuerte compromiso con ella, plasmado en una expectativa de permanencia en la misma a lo largo de toda la vida profesional, en la que tienen un valor relativo los términos económico-laborales. Diferentemente, en la organización ocupacional la permanencia es temporal, mientras dura el compromiso, y las condiciones económicas y laborales —que se determinan en función de la medición del rendimiento en la tarea— son primordiales.

— En una Institución se prima el rango y la antigüedad. Se busca fortalecer la identificación institucional. En cambio, el modelo ocupacional no vincula las pautas de carrera a la permanencia, dado el escaso nivel de identificación con la organización, o a causa de la disponibilidad para responder a las ofertas de otras organizaciones. Se valora sobre todo la capacidad específica para el puesto.

— Las organizaciones de tipo institucional otorgan una importancia secundaria al componente monetario de las retribuciones, adquiriendo una significativa importancia los beneficios no monetarios, como la retribución en bienes y servicios. Se busca crear un clima de convivencia y dependencia de los individuos respecto de la Institución. No es el caso de la Organización ocupacional, en la que la retribución monetaria es de la máxima importancia, y en el que no se cobra por lo que se es, sino por lo que se hace.

— En una Institución puede haber determinados puestos de trabajo que gocen de complementos por su especial dedicación o riesgo, pero tales complementos no son importantes. Diferentemente, el modelo ocupacional determina sus retribuciones conforme a los principios de mercado, con niveles diferenciales según la cualificación exigida por el puesto.

— Un miembro de una Institución tiene una estimación basada en la noción de servicio. Tiende a evaluar a las personas de manera global, y confía en las evaluaciones subjetivas y cualitativas. Valora fuertemente estímulos simbólicos tales como las condecoraciones. En una Ocupación se valora el nivel de conocimientos y responsabilidad, medidos de acuerdo con estándares de realizaciones específicas determinados de acuerdo con sistemas de evaluaciones numéricas o cuantitativas, no teniendo especial atractivo las compensaciones no monetarias.

— Finalmente, los miembros de una Institución tienen una disponibilidad total para el servicio, al que subordinan sus propios intereses. En cam-

bio, en un modelo ocupacional prevalece el interés propio, y por ello se articulan mecanismos de concertación del salario y condiciones de trabajo.

Obviamente, y como pone de manifiesto Moskos, «caracterizar las Fuerzas Armadas como una Institución o una ocupación es cometer una injusticia con la realidad» (7). Ambos perfiles conviven y se interrelacionan dentro de los Ejércitos, donde coexisten aspectos institucionales y ocupacionales, y agrupaciones orientadas en mayor medida hacia una u otra forma de caracterización (8). En palabras de Bañón y Olmeda, «los tipos extremos de organización militar *civilinizada* e institucionalizada no existen en la realidad. El tipo de fuerzas armadas de las sociedades industrializadas, y de las sociedades del capitalismo tardío con un grado apreciable de desarrollo, es matricial» (9).

Pero, desde luego, es evidente que todos los Ejércitos dignos de ser calificados como tales con arreglo a nuestra cultura jurídica y política, aun cuando presenten signos crecientes de una progresiva inclinación hacia factores ocupacionales, se estructuran preferentemente con arreglo a pautas institucionales (10); y las experiencias más recientes demuestran que los esfuerzos por configurar las Fuerzas Armadas como una ocupación profesional más en el mercado han fracasado (11). La disponibilidad y el grado de sacrificio que exige el servicio en las Fuerzas Armadas, y la uni-

(7) «Tendencias institucionales y ocupacionales en las Fuerzas Armadas» en «Lo militar: ¿Más que una profesión?» cit., pág. 43.

(8) Vid. ALONSO BAQUER, M.: «El militar en la sociedad democrática»; EUDEMA, 1988, págs. 109 y ss. En este sentido MOSKOS considera que la futura evolución de las Fuerzas Armadas tenderá a la instauración de un modelo «segmentado o plural», que recogerá tendencias institucionales y ocupacionales (vid. «La nueva organización militar: ¿Institucional, ocupacional o plural?», en BAÑÓN, R. y OLMEDA, J.A.: «La Institución militar en el Estado contemporáneo», Alianza Editorial, 1985, págs. 150-152)

(9) BAÑÓN, R. y OLMEDA, J.A. (coord.): «La institución militar en el Estado contemporáneo» cit., pág. 60.

(10) Así lo reconocen Bañón y Olmeda, quienes tras señalar la tendencia hacia los que denominan «civilización» de los Ejércitos, constatan no obstante que «no importa cuál sea la intensidad de la civilización, las Fuerzas Armadas son institucionales» (op. cit., pág. 61).

(11) Así, en los Estados Unidos, tras la experiencia de la guerra de Viet Nam, y la supresión del servicio militar obligatorio, se desarrolló una fuerte corriente de carácter ocupacional. Sin embargo, en los últimos años se aprecia una vuelta atrás. En 1981, la Marina puso en marcha la llamada «Operación orgullo» (operation pride), cuyo objetivo, según Moskos, fue «reavivar las tradiciones navales, incluyendo el uso del uniforme en más ocasiones, la restauración de los privilegios de cada grado y la mayor atención al ceremonial y cortesía militares» («Lo militar... cit., pág. 52). En el mismo sentido, las Fuerzas Aéreas introdujeron la «Operación guerrero» (Operation warrior), con la intención de fomentar «el orgullo por el servicio, la conciencia de la tradición de las Fuerzas Aéreas, la importancia del liderazgo respecto a la gestión y el desarrollo de una conciencia bélica». El mismo Ministerio de Defensa desarrolló en 1982 una directiva «diseñada para for-

dad, jerarquización y disciplina inherentes a la organización militar, hacen que —por mucho que se intente lo contrario— la profesión militar nunca pueda llegar a equipararse con cualquier otra profesión civil (12).

Pues bien, la importancia que reviste resaltar estas dos formas de caracterización de las Fuerzas Armadas, se debe a que quienes sostienen o se inclinan por una u otra, defienden, a su vez, una forma paralela de configuración jurídica de los Ejércitos. Un planteamiento de política legislativa institucional da pie o sustento a la elaboración de una legislación muy diferenciada de la que se puede articular sobre la base de un planteamiento ocupacional. No es, en efecto, la misma la ordenación de la

talecer el concepto de que el servicio militar es una vocación diferente a la de cualquier ocupación civil». Frente a estas Fuerzas Armadas, fuertemente motivadas, y con clara conciencia de la utilidad de su misión, los Ejércitos de Europa occidental se han inclinado por sistemas de carácter ocupacional, buscando su sitio en la sociedad como un trabajo más intercambiable con cualquier otro, no obstante lo cual los perfiles institucionales nunca han desaparecido. Especialmente interesante es el estudio del caso alemán. Tras la traumática experiencia de la II Guerra mundial, cuando en 1955 Alemania ingresó en la OTAN y se creó la «Bundeswehr», se trató de configurar el Ejército como una empresa pública cuyo producto fuera la seguridad. Se hablaba de los militares como «ciudadanos de uniforme», se reconocieron a los soldados la mayoría de los derechos civiles, se suprimió la justicia militar, y en fin, se trató de que no hubiera diferencias significativas entre el ciudadano y el soldado. Pronto, sin embargo, se acusaría a esta nueva organización militar de ineficaz hasta el punto de haber producido «un ejército de pacotilla» (FLECKENSTEIN, B.: «Alemania Federal», en «Lo militar... cit., pág. 233), y lo cierto es que en un contexto de crisis de legitimidad permanente de las Fuerzas Armadas alemanas, que no aciertan a definir su caracterización, se aprecia una tendencia hacia la institucionalización en los cuadros permanentes —singularmente entre los Oficiales—, mientras que los reclutas manifiestan inclinaciones fuertemente ocupacionales (FLECKENSTEIN, págs. 243-244). En suma, se trata de un Ejército en el que se aprecia una clara división, que compromete seriamente su capacidad eventual de actuación. Puede citarse también el caso del Ejército holandés, paradigma de modelo ocupacional, en el que los soldados, a decir de JAN S. VAN DER MEULEN, «son empleados que vigilan sus derechos. Su mentalidad de empleado siempre es objeto de muchos chistes y cualquier cómico puede obtener un éxito fácilmente, al referirse a las actitudes de los soldados: «Pedimos por favor a los rusos que no ataquen después de las cinco de la tarde, ni durante los fines de semana» («Lo militar...» cit., pág. 301.), pero incluso en este modelo de Ejército subyacen características puramente institucionales en lo más hondo (pág. 319).

(12) En palabras de FERNÁNDEZ SEGADO, «es obvio que un ejército sin disciplina, sin valor, sin sentido del honor, sin sentido de la autoridad y sin hacer del patriotismo el eje de su última ratio, no sería verdaderamente ejército» («El perfil diferencial...» cit., pág. 126). Similares son las consideraciones de A. LIBERAL LUCINI: «las virtudes militares son las mismas que en la vida civil, pero es muy diferente su grado de exigencia: por ejemplo, el valor, en el sentido de aceptación del riesgo para su integridad física, es indispensable, mientras que en la mayoría de las profesiones civiles tiene escasa importancia; el honor, la disciplina y la lealtad se subliman en los Ejércitos con matices que las diferencian notablemente de sus equivalentes civiles; la subordinación, entendida como respeto a la jerarquía, es difícil de captar por los que no visten uniforme militar...» («Las Reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas», Revista española de Defensa, diciembre de 1992, pág. 33)

carrera, la regulación del horario de trabajo, las normas sobre asignación de destinos, el sistema de retribuciones, la caracterización de la *Jurisdicción militar*, el *régimen disciplinario*, etc., en un Ejército de corte institucional que en un Ejército ocupacional. Por esta razón, es claro que tratar de introducir en unas Fuerzas Armadas moldeadas históricamente con arreglo a parámetros institucionales, una legislación de impronta ocupacional, sin un largo y cuidadoso proceso de adaptación, sólo puede conducir al desconcierto, el descontento o incluso el caos organizativo. Es, en este sentido, evidente para cualquier observador desapasionado de la estructura militar que una norma que pretendiera regular la milicia como se regula cualquier otro sector profesional civil, sólo podría conducir a dos resultados: o al fracaso, o a la desnaturalización del Ejército.

2. LAS FUERZAS ARMADAS, ¿INSTITUCIÓN O ADMINISTRACIÓN? DOS MODELOS DE CARACTERIZACIÓN DIFERENTES PERO COMPATIBLES. LOS MILITARES COMO FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A los efectos que para este trabajo interesan, la importancia de este paradigma dialéctico «modelo institucional/modelo ocupacional» reside en que en los últimos tiempos (y en línea de continuidad con una definida tradición doctrinal) ha habido un grupo de autores, identificados con el modelo institucional de caracterización de los Ejércitos, que ha rechazado la caracterización jurídica de los Ejércitos como «Administración Pública» y, consiguientemente, ha discutido la atribución del carácter de funcionarios públicos a los militares, rechazando por consiguiente la extensión de los principios constitucionales sobre la Administración y el Derecho de la función pública a la función militar. Los tratadistas que se inscriben en esta línea tratan de configurar a las Fuerzas Armadas no como Administración sino como «Institución», y sostienen que el estatuto profesional militar tiene una sustantividad propia que lo hace cualitativamente diferente del de los funcionarios civiles (13).

(13) Vid. LÓPEZ RAMÓN, F.: «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», Centro de Estudios Constitucionales, 1987, así como, del mismo autor, «Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en «Estudios sobre la Constitución española, homenaje al Prof. García de Enterría», Civitas, 1991, tomo III, págs. 2547 y ss. Ambos trabajos contienen una acertada síntesis de la bibliografía existente hasta la fecha de su publicación. Ultimamente, y recapitulando las diversas opiniones doctrinales, MOZO SEOANE, A.: «Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (una relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)»; REDM 65, enero-junio 1995, págs. 609 y ss.

Ahora bien, las teorías «institucionalistas» sobre la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas son plenamente compartibles en cuanto resaltan el carácter (sociológico) institucional de los Ejércitos, del que un Legislador prudente y responsable no puede prescindir. El problema —da la impresión— reside en que estos autores han realizado en su proceso de razonamiento una trasposición desde el plano sociológico al jurídico, y en su afán por diferenciar el «estilo de vida militar» respecto de otras profesiones públicas o privadas, han tratado de proyectar aquella dialéctica «Institución-ocupación» sobre el plano de la fundamentación jurídica, buscando una distinción dogmática que carece de bases sólidas.

En efecto, los planteamientos institucionales se detienen en la negación del carácter administrativo de los Ejércitos, pero se encuentran con serias dificultades a la hora de dar un contenido jurídico positivo a esa enfática configuración «institucional» por contraposición a la «administrativa» (14); configuración institucional que en más de una ocasión, y por encima de afirmaciones retóricas, queda vacía de significado. Como señala López Ramón, «sostener, pues, en la actualidad, que las Fuerzas Armadas son una Institución no constituye una operación interesante bajo una perspectiva jurídica. No hay consecuencias, el concepto no sirve para identificar un determinado régimen jurídico, por más que sea útil para comprender una realidad» (15). En la misma línea se pronuncia Mozo Seoane cuando afirma que «ningún inconveniente hay en calificar a las FAS de institución; pero este mismo calificativo puede aplicarse a realidades jurídicas tan heterogéneas como el Estado, la familia, la patria potestad, el Banco de España, la expropiación forzosa, el dominio público, etc.: su propia polivalencia lo convierte, pues, en inútil, en un concepto meramente sociológico» (16).

(14) Vid., a título de ejemplo, las reflexiones de FERNÁNDEZ SEGADO en «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas» cit., págs. 39 y ss. Para este autor, «no cabe la menor duda de que las Fuerzas Armadas tienen una naturaleza institucional y esta perspectiva fue tenida en cuenta por los constituyentes a la hora de su constitucionalización en el Título preliminar. Es claro que las Fuerzas Armadas son Administración Militar, pero son algo más, como se advirtió en el debate constituyente». Pero nada dice sobre las consecuencias jurídicas de esta caracterización; más aún, rechaza expresamente la protección de la Institución militar a través de la técnica de la garantía institucional (pág. 43). ¿Para qué sirve entonces la afirmación de ese enfatizado carácter institucional?

(15) «Principios...» cit., pág. 2571.

(16) Recensión del artículo de J.R. PARADA: «Toque de silencio por la justicia militar», Revista española de Derecho Militar, n° 59-60, 1992, pág. 647. El mismo autor ha escrito recientemente que con el concepto «institución» se denominan «realidades organizativas de ámbito muy distinto, que se comprenden y superponen unas a otras, que pueden tener o no personalidad jurídica propia y, en fin, que pueden coincidir y confundirse, a su

En similares términos se plantea la cuestión respecto de los autores que niegan que los militares sean funcionarios (17), o, de modo más matizado, sostienen que los militares son, sí, funcionarios, pero «algo más que funcionarios» (18). Una vez más, ese «algo distinto» o «algo más» carece de contenido jurídico positivo. En el fondo, se aprecia nuevamente que quienes defienden planteamientos de este tipo no lo hacen desde el rigor técnico-jurídico, sino desde una perspectiva que pudiéramos denominar «axiológica», inspirada ante todo por el afán de no identificar el concepto de «militar» con el de «funcionario» o, peor aún, con el de «burócrata», dado el significado emotivo desfavorable que estas dos últimas expresiones tienen en el sentir social (19).

Sin embargo, lo cierto es que la defensa de los valores y principios «institucionales» de las Fuerzas Armadas no tiene por qué derivar en la negación de la inclusión de las Fuerzas Armadas en la Administración Pública (y el consiguiente rechazo de la aplicación del Ordenamiento jurídico-administrativo en este ámbito) (20). Al contrario, no existe contra-

vez, con el sentido más funcional de sectores del Ordenamiento Jurídico. Realmente, el Estado mismo constituye la Institución por antonomasia» («Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico» cit., pág. 621).

(17) El Capitán General GUTIÉRREZ MELLADO, declaraba en una entrevista concedida a la «Revista española de Defensa» (julio-agosto 1992, pág. 51) que «consideraría un error tratar a los militares como si fueran funcionarios. Nosotros tenemos que vivir y trabajar arropados por una determinada simbología. Dentro de las Unidades tiene que haber ilusión, algo de fantasía. Ser militar es diferente a ser funcionario de cualquier ministerio, dicho esto con el mayor respeto para estos últimos». Obviamente, quien pronunciaba estas frases no era un Jurista, por lo que sus palabras no pueden ser valoradas desde parámetros jurídico-formales. Pero es que, precisamente, la mayor parte de las veces en que se defiende la caracterización institucional para excluir la administrativa, se hace desde una perspectiva no jurídica, sino más bien emotiva o axiológica.

(18) Como es el caso de QUIROGA DE ABARCA, quien escribe que el militar «es un funcionario del Estado pero también algo más» («La Administración militar y su responsabilidad patrimonial» cit., pág. 62), pero nada dice a continuación sobre en qué consiste ese algo más. Tal vez porque ese algo más es inaprehensible desde parámetros jurídicos.

(19) Como señala NIETO, «resulta muy significativo que los primeros escritos sobre la burocracia sean puros juicios de valor, que se expresan en apóstrofes indignados sobre lo que se califica apriorísticamente de un mal: actitud que aun se mantiene en el nivel de la opinión del hombre de la calle. En el lenguaje ordinario y en el político, la burocracia es sencillamente un mal, una enfermedad, una degeneración («La burocracia» cit., págs. 30-31). La literatura de costumbres siempre ha caricaturizado a los funcionarios como personas indolentes, perezosas y arrogantes. ¿Puede extrañar, así las cosas, que los militares se nieguen a ser denominados funcionarios?

(20) Que no existe contradicción entre un planteamiento «institucional» y un planteamiento «administrativista» es algo en lo que viene insistiendo reiteradamente GARRIDO FALLA, quien escribe: «He subrayado en otra ocasión el carácter institucional de la Administración Pública. Como institución que es genera unas pautas de comportamiento y unas normas de valoración autónomas e independientes con respecto al Derecho del

dicción alguna entre la caracterización (sociológica e incluso axiológica) institucional de los Ejércitos, y su incardinación en la Administración Pública con el correlativo sometimiento a los principios del Derecho Administrativo en todo lo relativo a la determinación del estatuto jurídico-profesional de los militares (21). Cuestión distinta es que la articulación de ese estatuto deba tomar como presupuesto y punto de partida el respeto a esas pautas o parámetros institucionales, pero la efectiva construcción del régimen jurídico del personal militar profesional no puede realizarse sino con arreglo a los principios del Derecho Administrativo.

Puede afirmarse, en este sentido, y sin temor a errar, que el Derecho de la Función Pública no es un obstáculo para la salvaguardia de esos valores institucionales. Al contrario, si en algo se ha insistido por la doctrina una y otra vez es en el trasfondo ético que debe impulsar al estatuto funcional. Las especialidades que exige la organización militar se han servido tradicionalmente y se sirven en la actualidad con normas jurídico-administrativas, cuyo sistema de principios nunca ha entrado en colisión con la caracterización institucional de los Ejércitos (23).

Estado. Pero va de suyo que, por definición, este Derecho de autonomía no puede contradecir el derecho estatal, sino sólo, en su caso, interpretar *praeter legem* sus lagunas» (Comentario al art. 26 CE, en VV.AA.: «Comentarios a la Constitución; Civitas, 2ª ed., 1985, pág. 536)

(21) En este sentido, RODRÍGUEZ-VILLASANTE, tras defender la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas, señala que «este reconocimiento institucional no invalida la caracterización de las Fuerzas Armadas conforme al artículo 97 de la Constitución como parte del Poder ejecutivo... y de la Administración Pública» («La ley 17/89 de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional», REDM 54, julio-diciembre 1989, pág. 172.

(22) En palabras de GARRIDO FALLA, «lo mismo que el Magistrado debe identificarse con la Justicia y únicamente es buen Magistrado el que se identifica con tal sentimiento de Justicia, así es buen funcionario el que se identifica con los fines del servicio público al que está adscrito... la Literatura sigue predicando la necesidad de una ética especial que presida el comportamiento de los funcionarios públicos («Comentario al art. 103.3» en «Comentarios a la Constitución española» cit., pág. 1439). En similares términos, señala Parada Vázquez que «este elemento psicológico de total entrega que impulsa a los funcionarios a cumplir los deberes propios de su condición funcional en grado, incluso, heroico, el llamado *espíritu de servicio*, encontrando en ello la propia satisfacción, es un elemento básico del corporativismo de carrera que los análisis, casi siempre jurídicos y formales del mismo, han dejado pasar desapercibido» («Empleo público y globalización de la economía»; DA 243, septiembre-diciembre 1995, pág. 34). Sobre la configuración del Derecho Administrativo, en su conjunto, como una garantía del comportamiento ético, vid. González Pérez, J.: «Ética en la Administración Pública»; Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, año XLVIII, nº 75, págs. 133-135.

(23) Vid., en este sentido, las consideraciones de MOZO SEOANE, op. cit., págs. 627-629.

Ciñéndonos pues a un análisis técnico-jurídico, no hay bases verdaderamente consistentes sobre las que fundar un «Derecho Militar» con sustantividad propia y autonomía científica (24), a través del cual pueda construirse esa caracterización jurídica institucional —por contraposición o contraste con la administrativa— cuya naturaleza y contenido no se acaba de vislumbrar. Al contrario, y aunque sea con las necesarias y lógicas adaptaciones, el *Derecho Público «general»* (constitucional y administrativo) es la base sobre la que se construye la legislación configuradora del estatuto militar (25). Como señala Mozo Seoane, la expresión «Derecho Militar» no puede tener más valor que el estrictamente didáctico (26).

Como consecuencia de lo expuesto, puede sostenerse que, por encima de consideraciones emotivas, en la actualidad (y una vez superadas las indefiniciones de la legislación de hace algunos años [27]) existe un significado técnico-jurídico de la palabra «funcionario», que resulta apli-

(24) Planteamiento defendido, entre otros, por E. GARCÍA MAYNEZ en su clásica «Introducción al estudio del Derecho», 34ª edición, Ed. Porrúa, México, 1982, págs. 142-143. En similares términos, afirma QUEROL Y DURÁN («Principios de Derecho Militar español», Ed. Naval, 1945, tomo I, pág. 19) que el Derecho Militar es «un Cuerpo dotado de manifiesto particularismo que nace de su misma naturaleza. Es independiente, y su independencia se basa en principios y fundamentos racionales que le asignan un fin y vida propios, insustituibles por otra rama o categoría alguna de Derecho». Esa independencia o sustantividad se basa, a juicio de Querol, en que «la convivencia en campamentos, cuarteles, aeródromos, buques y establecimientos militares presenta delicadas y especialísimas modalidades que hacen inadecuada la aplicación a ellas de las leyes que presiden las relaciones sociales corrientes entre conciudadanos» (pág. 20), por lo que «es innegable que no resultan suficientes las normas administrativas, penales y procesales ordinarias para amparar los altos intereses confiados a los Altos Institutos Armados, requiriéndose, por el contrario, leyes directa e intencionalmente elaboradas para ellos» (pág. 21).

(25) En palabras de RODRÍGUEZ RAMOS, «las Fuerzas Armadas estarán reguladas por un sector del Ordenamiento Jurídico único del Estado español, sector que puede configurarse como un subsistema inspirado en principios comunes pero caracterizado por especialidades e incluso excepciones derivadas de circunstancias relativas a la esencia e historia del orbe militar español. La normalidad general del Orden Jurídico militar, compatible con especialidades e incluso con alguna excepción, significa que las Fuerzas Armadas españolas no son un superestado en el que se inserta el Estado, según el modelo prusiano, ni tan siquiera constituyen un estado dentro del Estado ni, incluso, un poder fáctico al margen del Estado; y quien dice Estado, al estar constitucionalmente configurado como de Derecho, dice también Ordenamiento Jurídico» («Fundamentos del Orden jurídico militar». Ponencia presentada a las Jornadas de estudio sobre «Libertades Públicas y Fuerzas Armadas», celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad complutense en 1984, ed. Ministerio de Educación y ciencia, págs. 257-258).

(26) «Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento jurídico (una relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)»; REDM 65, pág. 628.

(27) Dificultades e inconcreciones a las que hacía referencia GUAITA en el desarrollo de la Voz «funcionario, en la «Nueva enciclopedia jurídica Seix, tomo X, págs. 496 y ss.)

cable sin reservas al personal militar profesional, por lo que desde una perspectiva jurídica (que es la que ahora nos interesa) no existe inconveniente alguno para incluir a los militares profesionales en el colectivo funcionarial (28), y analizar su estatuto profesional conforme a los principios y categorías que la Constitución predica del régimen jurídico de los funcionarios.

Las consideraciones que se han expuesto resultan confirmadas por la propia evolución de nuestro Ordenamiento Jurídico nacional, así como por la doctrina del Tribunal Constitucional, que por un lado se ha referido de modo continuado a las peculiaridades institucionales de las Fuerzas Armadas, pero por otro lado ha señalado que tales peculiaridades no empecen a la caracterización jurídico-administrativa de los Ejércitos.

En efecto, la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas españolas resulta incuestionable de acuerdo con nuestra tradición histórico-legislativa (29). El hecho de que en los últimos años se haya producido un movimiento de reforma deliberadamente dirigido a acabar con algunas de las líneas fundamentales de ese perfil institucional (30) no desvirtúa la afirmación que se acaba de formular, pues a pesar de tales reformas los parámetros institucionales están sólidamente arraigados en el personal

(28) No es obstáculo a esta conclusión el hecho de que el estatuto militar tenga algunos principios y reglas específicos que lo diferencien del de los funcionarios civiles. Como señala BALADO, «el hecho de que hablemos abiertamente, sin temor a errar, de funcionarios militares no implica que no puedan reconocerse peculiaridades que reclamen un diferente tratamiento jurídico, si bien dentro de unos principios y normas que han de regir con generalidad el funcionamiento de las Administraciones Públicas y el Estatuto de sus funcionarios» («El acceso a la función militar», en las XIII jornadas de estudio de la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, vol. II, 1992, pág. 1642). En suma, y como señaló en fechas ya algo lejanas CARRIÓN MOYANO, «sin perjuicio de las peculiaridades que impone su aplicación a las instituciones armadas, cabe señalar que el estudio teórico del funcionario militar no difiere esencialmente del que se refiere al funcionario civil» («El militar como funcionario público»; REDM 18, julio-diciembre 1964, pág. 37).

(29) El estudio más relevante en este sentido, aun a pesar de los años transcurridos desde su publicación, tal vez sea el de RAFAEL BAÑÓN y JOSÉ ANTONIO OLMEDA «Las Fuerzas Armadas en España: institucionalización y proceso de cambio (1939-1975)» (en «La Institución militar en el Estado contemporáneo» cit., págs. 270 y ss.)

(30) Está por hacer todavía un estudio completo sobre el proceso de reforma del Ordenamiento Jurídico militar que se llevó a cabo durante la pasada década. Vestido bajo el manto de la técnica, en realidad ese proceso se guió por pautas profundamente ideológicas, en cuanto que su finalidad —apenas encubierta— era transformar por completo las Fuerzas Armadas del régimen político preconstitucional, no tanto en su orgánica, medios, distribución, etc., como en su mismo esquema de valores. El único apunte realizado desde una perspectiva de cambio sociológico sobre este periodo de reformas es el elaborado (en términos «oficialistas» y acrílicos) por CARLOS GIL MUÑOZ en el apéndice a la obra «Lo militar: ¿más que una profesión?» citada.

militar profesional. Más aún, se advierte en los últimos tiempos una tímida rectificación orientada a reinstaurar algunos de esos caracteres.

Desde una perspectiva jurídica, la mejor prueba del arraigo del perfil institucional en los Ejércitos españoles lo proporciona, sin ir más lejos, la Ley 85/78 de 28 de diciembre, por la que se aprobaron las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Dicha Ley puede calificarse como la última de las leyes preconstitucionales y la primera de las leyes postconstitucionales, puesto que se tramitó a la vez que el texto constitucional, pero se aprobó antes de la entrada en vigor de la Constitución, aunque fuera publicada después de que dicha entrada en vigor hubiera tenido lugar (31). Ahora bien, lo que interesa resaltar en todo caso, es que las Cortes que la elaboraron y aprobaron tenían clara conciencia de que se trataba de una Ley «conforme a la Constitución» (32); y desde luego el «universo de valores» que las Ordenanzas consagran en modo alguno pueden considerarse incompatible con el texto constitucional, sino al contrario, plenamente concorde con este (33).

(31) En efecto, la Constitución española fue aprobada por las Cortes generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referendun el día 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S.M. el Rey el día 27 de diciembre de 1978, siendo publicada el día 29 de diciembre del mismo año y entrando en vigor el mismo día de su publicación. Pues bien, las Reales Ordenanzas se aprobaron por Ley 85/78 de 28 de diciembre y se publicaron en el BOE de 12 de enero de 1979. De este modo, se aprobaron antes de la entrada en vigor de la Constitución, pero se publicaron después de que esa entrada en vigor se hubiera producido.

(32) El Portavoz del Grupo socialista en el Congreso, Sr. SOLANA MADARIAGA, pronunció al término de la elaboración de esta ley las siguientes palabras:

«Todos hemos entendido que con las Reales Ordenanzas legislamos para largo y para mucho. Pero además, la Cámara puede unir a este permanente sentimiento de hacer historia que se respira en todas las sesiones un hito más: se está debatiendo la primera ley que deriva, de alguna manera, de la Constitución de 1978»

(Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 146, sesión celebrada el día 20 de diciembre de 1978, pág. 5865)

(33) Que la Constitución respeta ese perfil institucional de las fuerzas Armadas, resultado constantemente en las RR.OO., viene acreditado, sin ir más lejos, por el mantenimiento —en el art. 26— de la posibilidad de crear «Tribunales de Honor» en el ámbito castrense (como fue expresamente remarcado en los debates parlamentarios. Vid., al respecto Guaita, A.: «Comentario al artículo 26 CE» cit., págs. 111-114. También DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M.: «Los Tribunales de honor y la Constitución española de 1978», Ed. Universidad de Salamanca, 1984, págs. 85-101). Algunos autores han tratado de justificar la inconstitucionalidad de los Tribunales de honor en el ámbito militar —a pesar de la dicción literal del art. 26 y la rotundidad de los debates parlamentarios—, sosteniendo su incompatibilidad con derechos fundamentales como los consagrados en los artículos 14, 24 ó 25 (así, Berueta, en la obra antes citada, o en la más reciente «De nuevo sobre los Tribunales de honor», RVAP 33, mayo-agosto 1992, págs. 27-90), con base en la discuti-

Ese universo de valores es, sin duda alguna, marcadamente institucional (como posiblemente no podría ser de otro modo). Así lo han entendido los tratadistas que se han acercado a su exégesis, quienes han comenzado poniendo de manifiesto la insuficiencia de un acercamiento jurídico formalista para comprender su contenido (34), y a continuación han resalado de modo unánime el carácter deontológico, de «norma moral», de esta Ley (35).

Norma moral que transmite constantemente a lo largo de su articulado valores como «el exacto cumplimiento del deber inspirado en el amor a la Patria y en el honor, disciplina y valor» (art.1), la conciencia de una «gloriosa tradición militar» (art. 16), la vocación, disciplina y abnegación (art. 25), la «prontitud en la obediencia y grande exactitud en el servicio» (art. 27), el «constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga» (art. 31), el compañerismo (art. 35), la subordinación de las ambiciones personales a la satisfacción del deber cumplido, «pues esta es la mayor recompensa a que puede aspirar un militar» (art. 36), etc.

Y —lo que es más importante a los efectos que aquí nos interesan—, norma moral que deriva en unos principios de organización jurídica, como son la disciplina (que será «practicada y exigida como norma de actua-

ble teoría de las «normas inconstitucionales dentro de la propia Constitución» (vid., en este sentido, y más explícitamente, MARTÍN RETORTILLO: «Bajo el signo de la Constitución», IEAL, 1983). Sin embargo, como pone de manifiesto MOZO SEOANE, «una cosa es que la regulación que formalmente pervivió en el Ordenamiento español hasta 1988 fuese incompatible con la Constitución y otra bien distinta que la existencia de Tribunales de honor militares sea incompatible con nuestra ley fundamental, lo cual no parece jurídicamente defendible, en rigor..... defender la inconstitucionalidad de un precepto de la Constitución misma es un ejercicio estéril... ciertamente el legislador ha guardado silencio sobre los tribunales de honor militares pero, Constitución en mano, podría haberlos regulado» (revisión del artículo de J.M. BERTUETA «de nuevo sobre los Tribunales de honor», REDM 59-60, 1992, págs. 653-654).

(34) CARLOS OLLERO escribe: «no se trata de glosar un texto jurídico-constitucional conocido y en muchos extremos reiteradamente tratado con profusión y solvencia, sino de relacionar la Constitución con una normativa que aunque revista carácter formal de ley tiene una singularidad especial e implica el reconocimiento de realidades institucionales y sociales de naturaleza no siempre racionalizables, de muy compleja estructura y de dinámica bastante delicada» («Constitución y Reales Ordenanzas», Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº 59, 1982, pág. 213)

(35) Señala MARTÍNEZ DE GALINSOGA que el trabajo de la Comisión que redactó estas Ordenanzas tuvo como guía y meta el logro de unas Ordenanzas que «mantuviesen y, si posible fuera, reforzasen y exaltasen aún más lo que ha constituido y debe seguir constituyendo el espíritu, el alma de los Ejércitos españoles» («La Constitución y las Reales Ordenanzas militares», en VV.AA: «Primeras jornadas Fuerzas Armadas-Universidad», CESEDEN-Universidad Complutense, 1982, pág. 241.

ción», art. 11), el orden jerárquico (que «define en todo momento la situación relativa entre militares en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad», art. 12), y la unidad («fruto de la armonía que ha de existir entre los miembros de los Ejércitos, art. 13).

Las consecuencias que implica esta caracterización jurídica de los Ejércitos han sido (como se ha dicho) reiteradamente advertidas, desde sus primeras resoluciones, por el Tribunal Constitucional, que ha remarcado decididamente el carácter «institucional» de las Fuerzas Armadas (36). En un plano puramente organizativo, y partiendo de la base de que, como se dice en la STC 16/87 de 27 de octubre, las Fuerzas Armadas «deben estar en todo momento en condiciones de cumplir sus cometidos militares», el Tribunal ha consagrado reiteradamente diversas particularidades del Ordenamiento militar, específicas de este sector estatal, aludiendo precisamente a las peculiaridades institucionales de los Ejércitos. Y así, en la sentencia 21/81 de 15 de junio señaló que en el ámbito militar «la subordinación jerárquica y la disciplinaria constituyen valores primordiales», y en el mismo sentido se refirió en la STC 44/83 de 24 de mayo al «valor primordial que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen en la institución militar». Más rotundamente, la STC 97/85 de 29 de julio declara que las Fuerzas Armadas «necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surgen entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y financiada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar

(36) Así lo reconocen expresamente —aunque en sentido crítico— DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GAITA, D., y FERNANDO PABLO, M. («El control jurídico constitucional de la transición militar»; Jornadas de estudio sobre el Título preliminar de la Constitución, IV volumen, Ministerio de Justicia, 1988), quienes tras analizar la jurisprudencia constitucional hasta la fecha de elaboración de su estudio, concluyen que el Tribunal «ha invocado el artículo 8 CE y la naturaleza específica de la Institución militar o sus propios valores y principios organizativos (la jerarquía y disciplina militares) sin tratar de hallar un fundamento constitucional mayor, con el argumento de que las misiones encomendadas a las FAS exigen soluciones jurídicas en contraste con el ordenamiento común»; y aunque exista alguna resolución que apunte otra línea de razonamiento, lo cierto es que «el Tribunal ha preferido asumir la concepción institucional (aunque tampoco de modo excluyente) y con ella argumentar sobre la validez de determinadas especialidades jurídicas que atañen a las FAS» (pág. 3005).

aquellos fines». Y en similares términos, dice el Alto Tribunal en la STC 107/86 de 24 de junio que la Constitución asigna en su artículo 8º «un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución». Doctrina esta que se resume en el ATC 375/83 de 30 de julio, donde leemos:

«No puede caber duda de que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de la CE, representa un interés de singular trascendencia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su Ordenamiento constitucional. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia».

Más recientemente, la STC 371/93 de 13 de diciembre ha recapitulado los pronunciamientos anteriores, puntualizando a continuación que

«de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el Legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas, límites que supondrían una diferenciación respecto del régimen general y común de esas libertades».

Y más allá de los principios de organización, el Tribunal Constitucional se ha referido también al peculiar sistema de valores de la Institución Militar en diversos pronunciamientos, el más emblemático de los cuales está recogido en el ATC 446/84 de 11 de julio:

«También debe ponderarse la especialidad de dicha infracción criminal, como otras muchas agrupadas con ella en el mismo título, bajo el epígrafe de delitos contra el honor militar, en los que los bienes jurídicos protegidos guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que se destaca la condición o status de militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de

forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar, que no acepta los móviles que estima deshonorosos, y que inciden en el sistema de disciplina y respeto por que se rige, y que es preciso preservar, por lo que la prohibición penalizada como delito en el artículo 352 del CJM no puede en principio ser estimada como inconstitucional con los efectos pretendidos por el recurrente, de acuerdo con los criterios y juicios de valor utilizados en la profesión militar, dada su singular naturaleza, estructura y finalidad».

Similares pronunciamientos se recogen en una reciente sentencia, la STC 151/97 de 29 de septiembre:

«Los conceptos de honor de los militares, del Arma o Cuerpo al que pertenecen o de los ejércitos, cuando se emplean como elementos configuradores de tipos sancionadores que permiten limitar el ejercicio de derechos fundamentales y provocar la separación definitiva del servicio militar, deben precisarse con rigor a la luz de los valores y preceptos constitucionales y esta tarea debe llevarse a cabo teniendo en cuenta, sobre todo, las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas (art. 8.1 CE). Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la realización de conductas deshonorosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes. Por ello resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales»

Esta inequívoca línea jurisprudencial sólo puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal Constitucional recoge y asume la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas con arreglo a sus principios de vertebración característicos. No es de extrañar, por consiguiente, que un cualificado sector doctrinal haya sostenido la existencia de una auténtica «garantía institucional» de las Fuerzas Armadas (37); sin que con ello

quiera defenderse —nadie lo pretende— una pretendida superioridad del llamado «poder militar» sobre el civil, o un desapego de los Ejércitos respecto de los principios constitucionales. Más sencillamente, se trata de que el Legislador, en su amplia e indiscutida libertad de regulación, está limitado o constreñido por la necesidad de salvaguardar la caracterización de las Fuerzas Armadas como una Institución, con perfiles institucionales propios, que derivan en un sistema de organización jurídica y funcionamiento peculiar (38).

(37) Un resumen de las posturas sostenidas al respecto puede consultarse en LÓPEZ RAMÓN, F.: «La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas», cit., págs. 369 y ss. Cifándose al caso de la Jurisdicción militar, vid. PARADA VÁZQUEZ, R.: «Toque de silencio por la Justicia Militar», RAP 127, enero-abril 1992, págs. 7 y ss.

(38) LÓPEZ RAMÓN rechaza la aplicabilidad de la teoría de las garantías institucionales a las Fuerzas Armadas basándose en la construcción doctrinal de Schmidt-Jortzig, y concluyendo que

«el legislador es libre de configurar a las Fuerzas Armadas como estime conveniente, sin que deba conservar ninguna imagen identificable de las mismas según la *conciencia social de cada tiempo*. Lo que no podrá hacer el legislador es suprimir las Fuerzas Armadas o prescindir de los principios de organización constitucionales. Pero no podrá hacer tales cosas, dado el directo impedimento que deriva del artículo 8 de la Constitución, sin necesidad de acudir a la técnica de la garantía institucional».

(«Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas» cit., pág. 2572). Pero como ha señalado Gallego Anabitarte («Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial», Civitas 1994, pág. 46), los planteamientos de aquel autor no son la doctrina alemana sino solamente uno de sus eslabones, y desde luego, como pone de manifiesto GALLEGO, «lo que ocurre en Alemania no nos vincula a nosotros» (pág. 67).

Ciertamente, lo que a nosotros nos interesa es en qué términos se ha producido la recepción de esta categoría doctrinal por el Tribunal Constitucional desde la conocida STC de 28 de julio de 1981, y sin duda alguna las Fuerzas Armadas encajan sin problemas en esta figura. Conviene tener presente que a lo largo de este trabajo, la expresión «garantía institucional», se utiliza en el sentido propuesto por GALLEGO ANABITARTE, es decir, en referencia a Instituciones u Organizaciones que, elevadas a rango constitucional, adquieren una protección reforzada, en el sentido de limitar la posibilidad de libre disposición por parte del Legislador a la hora de regularlas (op. cit., pág. 83).

Así definida la garantía institucional, y puestos de acuerdo en el significado de esta expresión (lo que no es fácil, pues, como recuerda GALLEGO —op. cit., pág. 58, «esta materia, como otras, es tan complicada y abstracta que cada persona que la estudia lo hace desde un ángulo determinado, y de ahí a veces la discrepancia de las exposiciones»), tal vez LÓPEZ RAMÓN pudiera estar en alguna medida conforme con la aplicación de dicha técnica a los Ejércitos, pues este mismo autor reconoce que entre los principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas figuran (expresa o —las más de las veces— implícitamente) los de separación entre Autoridades Civiles y Militares, el status peculiar de la función militar o el de estricta disciplina militar (principio este último que legitima o justifica —por mucho que se haya tratado de sostener lo contrario— la existencia de algo tan «institucional» como son los Tribunales de Honor).

Repárese en que estos principios comportan numerosas y relevantes consecuencias, a veces no expresamente recogidas en ningún artículo de la Constitución (justamente por-

Ahora bien, contra lo que por algunos se ha sostenido, y moviéndonos ya en la perspectiva constitucional, no hay ninguna incompatibilidad o contradicción entre esta forma de caracterización y la inclusión de las Fuerzas Armadas dentro de ese complejo organizativo —material y humano— que denominamos «Administración Pública». Así lo ha considerado el mismo Tribunal Constitucional, que en la STC 60/91 de 14 de marzo

que las mismas se entienden inherentes a la misma naturaleza de la profesión militar y la organización de los ejércitos), que imponen al Legislador serias limitaciones para su labor reguladora, pues de los mismos resulta con claridad, v.gr., la inconstitucionalidad de la articulación de unas Fuerzas Armadas desjerarquizadas (con supresión de las categorías o empleos militares, al modo de la función pública civil), o con procesos de toma de decisiones de tipo colectivista o asambleario, o con supresión de cualquier especialidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, o con divisiones internas consecuentes a diferentes opciones políticas, o con una «colonización» de la estructura operativa militar por las Autoridades civiles, o con plenitud absoluta de ejercicio de todo tipo de derechos y libertades.

Dicho sea de otro modo, cuando la Constitución hace referencia en su artículo 8 a las Fuerzas Armadas, no menciona una estructura organizativa susceptible de ser regulada de cualquier forma según la voluntad política de cada momento, sino que impone la necesidad de que esas Fuerzas Armadas sean reconocibles como tales, en sus líneas básicas o esenciales, con arreglo a su imagen o modo de ser característico, reconocibilidad que no resulta por sí misma del texto de la Constitución, y que sólo puede determinarse acudiendo a la imagen social de la Institución vertebrada por nuestra tradición histórico-legislativa.

A fuerza de ser reiterativos, conviene resaltar una y otra vez que las peculiaridades de la Institución militar —reconocidas y amparadas por el Tribunal Constitucional en una consolidada jurisprudencia, y de imposible extensión a la Administración civil— no se desprenden directamente del texto constitucional (por amplio que sea el margen de voluntarismo en la interpretación de dicho texto), sino que se infieren de una realidad social previa a la Constitución y que esta asume, que impone su lógica y marca un camino en la tarea legislativa. Como ha señalado el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la conocida sentencia «Engel» de 8 de junio de 1976, las condiciones e imperativos de la vida militar difieren por esencia de las de la vida civil, y este dato —guste o no, y mientras en nuestra sociedad subsistan los ejércitos permanentes— no puede ser ignorado. En esto reside, cabalmente, la existencia de la garantía institucional de las Fuerzas Armadas.

En el fondo, parece más bien que el rechazo a la extensión de la garantía institucional a los Ejércitos responde no tanto a sólidas razones de técnica jurídica como a un condicionamiento ideológico cual es el temor a una eventual justificación de la superioridad, autonomía o independencia del «Poder militar» respecto del civil. Pero sin entrar a analizar la vacuidad de ese Poder militar que actualmente, sin más, no existe, debe tenerse en cuenta que las peculiaridades institucionales de las Fuerzas Armadas, que se quieren proteger mediante esta técnica, no son propias o exclusivas de regímenes políticos con un pasado de «militarismo» (cuyo resurgimiento se trate de evitar), sino que se dan en todos los Ejércitos del mundo, también en los de los países con más sólida y asentada tradición democrática. Que no existe contradicción o contraposición alguna entre la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas y su sometimiento al «Poder civil» lo resalta MOZO SEOANE: «La teoría institucional se aplicó al Ejército para dejar claro su sometimiento al Poder Civil, al tiempo que se respetaba cierta independencia funcional a aquel» (op. cit., pág. 622)

señaló que «no es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho Militar como el Ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa»; en la STC 123/88 de 23 de junio puntualizó que «las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen... su carácter de Administración Pública», y en muy diversas resoluciones (a título de ejemplo, la STC 116/87 de 7 de julio) se ha referido a los militares profesionales con la expresión «funcionarios militares».

Ambos planteamientos son, en efecto, plenamente compatibles a la luz de nuestra Constitución, pues la caracterización jurídico-administrativa de la Organización militar no interfiere ni obstaculiza ni empece al mantenimiento y preservación de su perfil institucional.

3. PLENA APLICABILIDAD DE LOS ARTS. 103.3 Y 23.2 CE A LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR

Por tanto, y en consecuencia, no hay razones para excluir la plena aplicabilidad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, consagrados en el art. 23.2 en relación con el 103.3, ambos de la Constitución, a las Fuerzas Armadas y al personal militar profesional, con base en una pretendida o supuesta especialidad del Ordenamiento Jurídico Militar. Y precisamente por ello, no pueden compartirse las reticencias que manifiestan algunos autores como, v.gr., Pulido Quecedo hacia la proyección de este artículo sobre la función pública militar (39). Ciertamente, Pulido parece aceptar la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función militar (es decir, en el ingreso en las Academias y Escuelas Militares de formación), pero luego discute — aunque de forma velada y confusa— la aplicabilidad de dichos principios a la carrera militar propiamente dicha, basándose en que «el hecho de que se caracterice a las Fuerzas Armadas como Administración del Estado no debe hacernos olvidar la especial naturaleza de las Fuerzas Armadas y la especial relevancia que determinados valores como el honor profesional o el principio de jerarquía tienen en el seno de las mismas» (40).

Sin embargo, y frente a lo sustentado por Pulido, la jurisprudencia constitucional permite concluir que la aplicación de los arts. 23.2 y 103.3 CE a la función pública militar no sólo es posible, sino que resulta nece-

(39) «El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución», Civitas, 1992, págs. 384 y ss.

(40) Op. cit., pág. 387.

saría e incluso ineludible, sin que el específico perfil institucional de las Fuerzas Armadas constituya ningún obstáculo para llegar a esta conclusión. Más aún, la necesidad de aplicar rigurosamente estos artículos de la Constitución es mayor en la función militar que en la civil (41).

Como es sobradamente reconocido y aceptado, el juego conjunto de los arts. 23.2 y 103.3 CE trata, ante todo, de garantizar la independencia, la profesionalidad y la objetividad de los servidores públicos. Nada hay más opuesto a los principios consagrados en dichos artículos que una función pública politizada y desprofesionalizada. Pues bien, si algo caracteriza la configuración jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas es su neutralidad política, su unidad opuesta a la existencia de facciones, su apartidismo y su profesionalidad. Así lo ha señalado una y otra vez, como acabamos de ver, el Tribunal Constitucional en multitud de pronunciamientos, como la STC 101/91 de 13 de mayo, donde proclama que el principio de neutralidad política «al igual que otros particulares rasgos organizativos de la Institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas»

Por esta razón, la rigurosa aplicación de los preceptos constitucionales citados a la Administración Militar no tiene por qué colisionar con la naturaleza de las Fuerzas Armadas, ni con el perfil diferenciado de valores de la Institución Militar. Muy al contrario, la exigencia de una escrupulosa observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la carrera militar, al impedir la proliferación del clientelismo o el amiguis-

(41) Debe puntualizarse que no es PULIDO QUECEDO el único autor que ha relativizado, discutido o negado la aplicabilidad de estos principios a la carrera militar. Antes de la publicación de este trabajo, escribía PIÑAR MAÑAS en 1989, a propósito de la STC 39/83 (sobre un caso de discrecionalidad «técnica» en el ámbito de la Administración Militar) que

«Como ya he señalado, la doctrina del Tribunal Constitucional, que este se preocupa de reiterar que se refiere al supuesto concreto que juzga, no es invocable en el caso de los concursos y oposiciones. El supuesto de los ascensos militares en absoluto es identificable con el del acceso a la función pública en virtud de los principios de mérito y capacidad... No otra conclusión puede derivarse del texto constitucional. Este nada dice acerca de los ascensos militares, pero sí exige expresamente que la selección de los empleados públicos se haga de acuerdo a los principios de mérito y capacidad».

(«El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones»; DA 220, octubre-diciembre 1989, pág. 152). La rotundidad de estas frases hubiera merecido algún género de justificación. Desde luego, no se acierta a comprender en qué puede basarse esa rigurosa aseveración de que los ascensos militares nada tienen que ver con el principio de acceso a la función pública en virtud del mérito y la capacidad. ¿Por qué? ¿Es que la carrera militar se rige por parámetros distintos? ¿Qué tienen de singular los ascensos militares para que se predique de los mismos su imposible identificación con aquellos principios?

mo, constituiría un medio idóneo para garantizar la profesionalidad y la capacitación de los militares, así como su unidad y neutralidad política.

No constituye un obstáculo para esta conclusión la constatación de la existencia tradicional de una mayor discrecionalidad en el Derecho Militar con respecto al Derecho Civil. Esa discrecionalidad se justifica por sí misma, sin necesidad de esfuerzos dialécticos, en circunstancias de alteración de la normalidad (v.gr., de conflicto bélico, o del estado de sitio al que hace referencia el art. 116 CE), en las que resulta ilógico y absurdo exigir en materias como los ascensos, la provisión de vacantes, etc., las mismas garantías y procedimientos que en circunstancias de normalidad (42). Pero fuera de tales supuestos, no se alcanza a comprender por qué no puede exigirse la observancia de los principios de mérito y capacidad con la misma intensidad que en la función pública civil. Y tampoco cabe oponer a la postura que aquí se defiende que la extensión de las garantías jurídicas pueda llegar a menoscabar la autoridad y el prestigio de la cadena de mando militar, perturbando el principio de autoridad y la disciplina. Como acertadamente señala Trillo Figueroa, «ni la jerarquía ni la disciplina quedan deterioradas por su conjunción exacta con la justicia; muy al contrario, aquellas resplandecerán con su valor auténtico cuando estén contundentemente armonizadas con la segunda» (43).

4. VALORACIÓN CRÍTICA —DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL— DE LA LEY 17/89 DE 19 DE JULIO, REGULADORA DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL.

¿Hasta qué punto están salvaguardados estos principios en la vigente legislación configuradora del estatuto profesional de los militares españoles, contenida fundamentalmente en la Ley 17/89 de 19 de julio? De antemano debe puntualizarse que dar una respuesta exhaustiva a esta pregunta exigiría un análisis completo y pormenorizado de dicho Estatuto, que por su amplitud excede del propósito de este trabajo. Por otra parte, ese análisis obliga a manejar no sólo la Ley, sino también la gran cantidad de reglamentos que la han desarrollado, dada la —excesiva— gene-

(42) En este sentido, vid. HERNÁNDEZ OROZCO, J.: «Notas sobre el artículo 40, apartado d, de la ley de lo contencioso-administrativo (la reserva discrecional militar)»; REDM 14, pág. 78.

(43) «Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa», REDA nº 54, págs. 167 y ss.

ralidad y amplitud de los preceptos legales (44); pero puede hacerse en este momento una referencia (siquiera sea sucinta) a diversos aspectos especialmente merecedores de crítica, por su difícil compatibilidad con un sistema de carrera respetuoso con el perfil institucional de las Fuerzas Armadas y con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (45).

4.1. LAS NORMAS SOBRE PROVISION DE DESTINOS

La provisión de destinos constituye un aspecto esencial de cualquier carrera administrativa. De nada sirve garantizar con toda clase de medios el acceso a la función pública en condiciones de mérito y capacidad si luego el devenir de la carrera está sometido a la arbitrariedad de quienes la dirigen. Pues bien, como tuve ocasión de señalar hace algún tiempo en esta misma Revista, este tema es, sin duda, uno de los peor tratados en la Ley 17/89, y sus consecuencias negativas se manifiestan constantemente (46). En efecto, el sistema de asignación de destinos diseñado por la Ley abrió (¿conscientemente?) la puerta a una generalización desmedida de la libre designación para las vacantes más interesantes o atractivas, relegando los demás sistemas (antigüedad y concurso de méritos) a los destinos

(44) RODRÍGUEZ VILLASANTE («la ley 17/89...» cit., pág. 178) afirma que «la ley 17/89 resiste bien la prueba de reserva de ley establecida en la Constitución y en la Ley orgánica 6/80»; pero lo cierto es que —como se verá en las páginas siguientes— tal vez seca esta una afirmación demasiado optimista.

(45) El hecho de que la Ley 17/89 esté próxima a su —merecida— sustitución, no implica que este análisis carezca de valor. Como dice ALEJANDRO NIETO, «tal como ha observado Hegel, el Búho de Minerva sólo emprende su vuelo al anochecer. O sea, que la inteligencia sólo puede comprender los fenómenos cuando estos se han desarrollado plenamente e incluso tienden al ocaso» («La burocracia», Instituto de estudios administrativos, 1976, pág. 23). Es, pues, en este momento, en que aquella Ley ha cumplido su ciclo vital, cuando nos encontramos en mejores condiciones para analizar en su globalidad lo que de bueno y de malo supuso para la carrera militar. Por otra parte, no puede olvidarse que, como se ha señalado reiteradamente, no es cierto que tres palabras del Legislador conviertan bibliotecas enteras en basura. Frente a la famosa pero poco acertada frase de VON KIRCHMANN, parece claro que la reflexión sobre las experiencias pasadas ilumina la resolución de los problemas actuales, más aún cuando la Ley que —al parecer— va a sustituir a la Ley 17/89 sigue el camino emprendido por esta última, sin corregir sus defectos, e incluso aumentándolos.

(46) Las reflexiones que se vierten a continuación sobre esta concreta cuestión han sido estudiadas con mayor detenimiento y extensión en mi trabajo «La libre designación en la provisión de destinos del personal militar profesional», REDM 63, enero-junio 1994, págs. 113 y ss., al que me remito. A pesar del tiempo transcurrido, creo que la valoración del sistema (si es que de tal puede hablarse) de provisión de destinos que entonces formulé, sigue siendo plenamente aplicable al estado de cosas actual.

de nivel inferior, rutinarios o de gestión burocrática. Particularmente llamativa es la casi absoluta inaplicación del concurso de méritos, del que no es exageración afirmar que —parafraseando lo que se ha dicho respecto de otro tema— navega por las Unidades de personal como el Holandés errante por los mares: todos hablan de él, algunos juran que existe, pero nadie lo ha visto.

Más aún, no deja de ser sorprendente y desalentadora la aplicación práctica del art. 74.2, en virtud del cual «los destinos que deban cubrirse mediante el procedimiento de libre designación podrán otorgarse sin publicación previa de la vacante correspondiente». El daño potencial que esta previsión legal podía causar sobre la carrera militar no pasó desapercibido durante la tramitación parlamentaria de la Ley 17/89, en la que se sucedieron las intervenciones de los Portavoces de los Grupos de la oposición parlamentaria —de grupos ideológicamente muy separados— llamando la atención sobre los riesgos que podía suponer la aprobación de una regla con este contenido. Así, el Grupo Parlamentario «Minoría Catalana» solicitó expresamente la supresión de este apartado. Por su parte, el Centro Democrático y Social pidió que la libre designación sin publicación previa de la vacante estuviera condicionada a circunstancias extraordinarias y justificadas que exigiesen esta forma de proceder, y en el mismo sentido se pronunció el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, quien propuso que se estableciera la obligatoriedad de expresar las razones excepcionales o de urgencia por las que se hubieran adjudicado destinos sin previa publicación. Sin embargo, las correspondientes enmiendas no fueron aceptadas por el Grupo Parlamentario Socialista, para el que tales reticencias carecían de fundamento, pronunciando su portavoz unas palabras que conviene transcribir, para su contraste melancólico con una práctica administrativa consolidada:

«...otros grupos parlamentarios insisten en su preocupación cuando se destina a alguna persona por libre elección a algún cargo que no ha sido previamente publicado. En primer lugar, este artículo no se establece obviamente para su uso normal, sino para un uso excepcional, pues parece conveniente dar a quien gobierna en el Ministerio esta posibilidad, porque puede haber casos en que la urgencia, por razones de tipo militar, lo hagan aconsejable». (47)

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

Así las cosas, no constituye un lamento jeremíaco describir el estado de cosas actual como un vacío normativo en el que la libre designación, lejos de ser un sistema excepcional, es habitual, y no sólo en los altos empleos de la carrera militar, sino también en los intermedios y bajos; la adjudicación de destinos mediante libre designación sin publicación previa de la vacante tampoco es, ni mucho menos, excepcional; el concurso de méritos es un sistema residual que apenas se utiliza, hasta el punto de poder considerarse inexistente en la práctica; la publicación o convocatoria de muchas vacantes tiene en numerosas ocasiones como antecedente necesario e ineludible un proceso de «negociación» entre el propio interesado, la Unidad correspondiente, y los «Mandos de Personal» de cada Cuartel General o la Dirección General de Personal del Ministerio; es frecuente la publicación de vacantes «ad personam», en las que se fijan unas condiciones y requisitos específicos, diseñados en función del candidato en el que se ha pensado de antemano para cubrir el puesto antes de la publicación de la vacante; y, en fin, en un contexto de constante supresión y reducción de Unidades, a los militares —singularmente a los más jóvenes— les resulta imposible planificar su carrera, no ya a largo o medio, sino incluso a corto plazo. Es fácil imaginar el daño que este estado de cosas puede producir en la moral y el compañerismo de los profesionales de la milicia, en la unidad de los Cuerpos y Escalas, y en las perspectivas de carrera de los militares.

4.2. EL RÉGIMEN DE EVALUACIONES Y CLASIFICACIONES.

Igualmente merecedor de crítica es el sistema de evaluaciones y clasificaciones diseñado por la Ley (48), fundamentalmente por la ausencia de garantías que del mismo resulta; ausencia particularmente grave si se tiene en cuenta que de esas evaluaciones y clasificaciones depende toda la carrera del militar, al estar condicionados por ellas aspectos tales como la asignación de algunos destinos, la selección para determinados cursos, la obtención de la *renovación del compromiso* —para los militares con vínculo de carácter temporal— o, sobre todo, los ascensos a los empleos superiores, no basados (o basados cada vez menos) en la mera antigüedad

(48) Para conocer de modo gráfico y claro el sistema establecido por la Ley puede consultarse el trabajo de JAMBRINA VALEIRAS, J.C.: «Ascensos, evaluaciones y clasificaciones en la ley reguladora del régimen del personal militar profesional»; Revista general de Marina, diciembre 1989, págs. 765-766.

sino precisamente en apreciaciones subjetivas derivadas del contenido de esas evaluaciones.

La función pública militar ha contado históricamente —a diferencia de la civil— con una cuidada ordenación de esta técnica de evaluación de la actividad profesional de los militares. Una cuestión siempre problemática ha sido la determinación de si el evaluado puede acceder a sus calificaciones, para examinarlas y conformarse con ellas o, en su caso, discutir las o impugnarlas (49). Pues bien, aunque hay precedentes histórico-legislativos en ambos sentidos (50), las Reales ordenanzas realizan una opción en favor de la transparencia del sistema, estableciendo en su artículo 217, párrafo 2º, que «el calificado tendrá derecho a conocer los datos de sus evaluaciones personales, con las limitaciones reglamentariamente establecidas».

Sin embargo, la Ley 17/89, en el artículo 68, relativo a los «informes personales» ha preferido la opacidad, al regularse en dicho precepto que «el calificador es el único responsable de los informes rendidos. **Sin dar a conocer el contenido de su informe**, podrá orientar al interesado sobre su competencia y forma de actuación profesional y deberá hacerlo si su calificación es negativa». Nótese que la Ley no predica el carácter reservado de las evaluaciones en conjunto (es decir, de la globalidad de los actos que se integran en el proceso de evaluación), sino sólo de los documentos en que se plasman esos informes personales. Ahora bien, como quiera que esas evaluaciones dependen en gran medida del contenido de aquellos informes (51), el resultado final es que la opacidad de estos se

(49) Ambas posibilidades cuentan con argumentos a favor y en contra. La opacidad atribuye sin duda alguna mayor libertad al calificador, que puede plasmar su opinión sin estar condicionado por la reacción del destinatario de la misma. Pero fácilmente se aprecia el riesgo de arbitrariedad que una regulación de este tipo comporta, y la indefensión que provoca en los sujetos a la actividad evaluadora. A su vez, la transparencia concede importantes garantías para los evaluados, pero indudablemente puede obstaculizar la libertad del evaluador, o dar pie a componendas o transacciones que impidan o desnaturalicen la finalidad última de esta técnica. Una posible solución tal vez sea que el evaluado, aun sin conocer con detalle el informe relativo a su persona, sea debida y formalmente orientado sobre su contenido global.

(50) Profusamente estudiados por GARCÍA BALLESTER, P.: «Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las fuerzas armadas», en VV.AA.: «Libertades públicas y Fuerzas Armadas»; Ministerio de Educación y Ciencia, 1984, págs. 603 y ss.

(51) Así lo entiende PEÑARRUBIA Iza, para quien «estos informes personales tienen una extraordinaria función, por cuanto determinan en buena parte las evaluaciones que tanta importancia tienen en el desenvolvimiento de la carrera militar» («las clasificaciones del personal militar en la doctrina del Tribunal Constitucional»; REDM 62, julio-diciembre 1993, págs. 226-227)

traslada o repercute a la evaluación en conjunto. Pero más aún, esta previsión legal ha de ponerse en relación con la circunstancia añadida de que las evaluaciones del personal militar (¡de todos los militares! y no sólo de los de más alta graduación) constituyen materia «legalmente clasificada» con arreglo a la vigente legislación de secretos oficiales (52), por lo que la falta de transparencia deviene, en principio, absoluta.

La ausencia de garantías para los militares es notoria, a la vista de la muy defectuosa redacción del artículo que se acaba de citar. Consciente sin duda de la trascendencia del desconocimiento por los militares de sus conceptualizaciones, el Legislador establece —a modo de compensación «vergonzante»— una garantía consistente en que cuando el contenido de los informes sea negativo, tal circunstancia deberá ser comunicada al interesado. Ahora bien, la Ley parece no tener en cuenta que tal y como está redactado el precepto, el incumplimiento de ese deber por el superior generalmente pasará desapercibido, ante todo porque al no conocer el evaluado su informe, le resultará imposible comprobar si aquel ha cumplido o no con ese deber, y pueden pasar años antes de que tome conocimiento de tal circunstancia (con las lógicas dificultades para una eficaz impugnación).

Por otra parte, no se da respuesta alguna, a nivel de la Ley, a interrogantes de gran trascendencia: ¿Se hace referencia a informes globalmente negativos, o también hay que realizar esa notificación cuando el informe negativo se extiende sólo a alguno de los conceptos por los que se evalúa (53)? ¿Qué ocurre cuando las calificaciones, aun no siendo manifiestamente negativas, sin embargo reflejan una conceptualización mediocre o vulgar?(54) ¿Tal comunicación debe ser formalizada por escrito, o basta

(52) Efectivamente, el Consejo de Ministros, por Acuerdo de 28 de noviembre de 1986, otorgó, con carácter genérico, la calificación de RESERVADO a «las conceptualizaciones, informes individuales y sanciones del personal militar». Dicho acuerdo no fue publicado en ningún Diario Oficial, y su existencia sólo pudo ser conocida cuando en respuesta a una interpelación parlamentaria se hizo público su contenido en el Boletín oficial del Congreso de los Diputados, serie D, nº 122, de 6 de noviembre de 1987.

(53) Una interpretación favorable a los derechos del evaluado exige que la comunicación se realice no sólo cuando la globalidad del informe desprenda un contenido marcadamente negativo, sino también cuando existan valoraciones negativas de carácter puntual.

(54) Ciertamente, entre las mejores calificaciones y las más desfavorables hay una considerable gama de posibilidades; y una calificación mediocre puede repercutir negativamente sobre el posterior desarrollo de la carrera del interesado. Sin embargo, y de acuerdo con la ley, calificaciones de este tipo no engendran el más mínimo deber de notificación o comunicación.

la puesta en conocimiento verbal (55)? ¿Debe entenderse que una comunicación de tal carácter constituye una auténtica notificación de un acto administrativo resolutorio contra la que pueden interponerse los recursos que correspondan, o por el contrario se trata de un mero acto de trámite no recurrible por separado (56)?

La Administración ha utilizado a su conveniencia esta regulación, y si en algunas ocasiones no ha tenido inconveniente en remitir esos informes, y la globalidad del expediente de evaluación, a los Tribunales, otras veces ha remitido únicamente un extracto de dichos documentos —y no los originales—, y en fin, no han faltado casos en que ha aprovechado hasta sus últimas consecuencias este estado de cosas, negándose a entregar a los Tribunales de Justicia los documentos en que se plasman estas materias reservadas; y lo cierto es que los Tribunales han dado su conformidad a esta manera de proceder, a través de una línea jurisprudencial que se acoge precisamente a la legislación sobre secretos oficiales para justificar la no incorporación al expediente de aquellos documentos (57).

(55) Parece claro que, dada la trascendencia de un informe negativo, esta circunstancia debe ser comunicada por escrito y con clara expresión de los aspectos desfavorables del informe, no bastando expresiones genéricas o abstractas.

(56) El hecho de que se trate de informes no llamados a producir efectos jurídicos por sí mismos, sino en relación con una futura evaluación, determina su calificación como «actos de trámite», no impugnables aisladamente considerados, sino en el contexto de la impugnación del acto resolutorio que en ellos se funde. Ahora bien, esta tesis —irreprochable en el pleno dogmático— no deja de plantear problemas, pues a pesar de tratarse de «informes», lo cierto es que los mismos despliegan de algún modo sus propios efectos, en cuanto que su contenido adquiere carácter estable, proyectándose sobre la generalidad de la carrera del interesado y no sobre un procedimiento o expediente concreto. No constituye por tanto una exageración garantista propugnar la impugnabilidad por separado de estos informes.

(57) Quien esté interesado en conocer las sentencias del Tribunal Supremo y de Tribunales inferiores relativas a esta cuestión puede consultar la sección de jurisprudencia contencioso-administrativa que se publica en la REDM bajo la coordinación de EMILIO FERNÁNDEZ-PYÑEIRO desde el nº 51 (enero-junio 1988) hasta el día de hoy, donde se recogen multitud de sentencias sobre este particular. En concreto, y a título de ejemplo, se cita un Auto (en la revista — nº 64, pág. 348— se califica como «sentencia» pero entiendo que se trata de un error de transcripción) de la Sala III del TS de 15 de julio de 1994, estimatorio de un recurso de súplica contra una diligencia de ordenación por la que se solicitó al Ministerio de Defensa la ampliación del expediente administrativo. En este Auto, dice la Sala que

«de acuerdo con la ley reguladora de secretos oficiales de 5 de abril de 1968, especialmente su artículo 4º, modificado por la ley de 7 de octubre de 1978; el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, primero, número 3, y segundo, número 6, asimismo la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, fundamentalmente la sentencia de la antigua Sala quinta de 23 de junio de 1987, dictada en un recurso de apelación en interés de la ley en el que también se cuestiona la procedencia de remitir determinados documentos en relación con el ascenso a Coronel de un

Por su parte, el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado a esta cuestión de modo decidido. En efecto, en el ATC 18/86 de 15 de enero (en relación con una no clasificación como apto para el ascenso al Generalato), leemos:

«Se alega finalmente que la existencia de informes secretos ha sido la determinante de la posposición del solicitante de amparo para su ascenso. El artículo 217 de las Reales Ordenanzas establece que «de acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga, el militar de carrera será conceptualizado periódicamente por sus cualidades, rendimiento y aptitud mediante calificaciones debidamente ponderadas y contrastadas, que facilitará la selección de los más aptos, su adecuación a los diferentes puestos y estimularán al individuo a superarse. El calificado tendrá derecho a conocer los datos de sus evaluaciones personales, con las limitaciones reglamentariamente establecidas». No puede afirmarse, en el presente caso, que se haya producido indefensión al solicitante de amparo por la existencia de los informes reservados a que se hace referencia. Y ello toda vez que el recurrente ha podido conocer dichos informes en vía jurisdiccional, donde ha podido rebatir ampliamente los juicios en ellos establecidos».

Y también hace referencia a este problema la STC 97/93 de 22 de marzo (58), aunque de modo tangencial, puesto que habiendo alegado el recurrente en amparo indefensión por desconocimiento de los informes previos negativos emitidos sobre él, el TC declara que «estos informes figuran en el proceso y fueron conocidos por el Tribunal a través de un certificado en extracto de los mismos, dando ocasión al recurrente de alegar sobre la existencia y alcance de los mismos». De este modo, todavía no se ha abordado ningún caso en que se haya producido una absoluta opacidad en la revisión jurisdiccional de la actividad evaluadora de la

Teniente Coronel, es procedente estimar el recurso de súplica interpuesto por el Abogado del Estado, reponer la diligencia de ordenación objeto del mismo, y declarar en su lugar que no ha lugar a interesar del Ministerio de Defensa la remisión de los documentos en cuestión...».

Criterio este que se refleja nuevamente en la sentencia de la misma Sala de 5 de diciembre de 1995, en la que leemos:

«En su momento se expusieron las razones por las que no procedía la reclamación de documentos que tenían la consideración de clasificados, por estimar que era aplicable la normativa establecida por la Ley de Secretos Oficiales».

(58) Ampliamente comentada por PEÑARRUBIA IZA, J.: «El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar», RAP 133, enero-abril 1994, págs. 287 y ss.

Administración Militar, ya que en los recursos planteados ante este Tribunal siempre ha existido un conocimiento —siquiera mínimo o «en extracto»— de aquellos informes, que se ha considerado suficiente para evitar la producción de indefensión.

Así las cosas, en esta materia se hace particularmente necesaria una actitud positiva y definida de «lucha por el Derecho», orientada a extraer de nuestro Ordenamiento Jurídico todas las posibilidades que ofrezca, en orden a procurar una efectiva tutela judicial de los derechos e intereses de los militares. De entrada, hay que recordar, siguiendo a Peñarrubia, que «la ley sustrae del conocimiento de estos informes en vía administrativa pero no en la jurisdiccional» (59). No hay en la Ley 17/89 ningún obstáculo para el pleno control jurisdiccional de este tipo de actividad de la Administración, y si tal obstáculo existe, es únicamente por aplicación de la vigente Legislación sobre secretos oficiales.

Llegados a este punto, las recientes y relevantes sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 sobre los llamados «papeles del CESID» (60) han sentado el criterio de que la calificación de una determinada información como secreta o reservada por parte del Gobierno no constituye una «última palabra» de imposible fiscalización, sobre la que los Tribunales de Justicia estén forzosamente obligados a estar y pasar. Al contrario, la doctrina sentada en estas sentencias permite afirmar que los Tribunales —aun con toda la «prudentia iuris» exigible en estos casos— pueden revisar y controlar desde parámetros estrictamente jurídicos hasta qué punto la clasificación genérica, global y exhaustiva como «materia reservada» de todas las evaluaciones del personal militar responde verdaderamente a los propósitos y finalidades que deben presidir la clasificación de una información conforme a la Ley de secretos oficiales. Pues si resulta posible justificar esa calificación cuando se trata de determinar el ascenso al Generalato (61), es en cambio ridículo —salvo casos muy pun-

(59) «Las clasificaciones del personal militar...» cit., pág. 227. Desde luego, difícilmente pudiera defenderse la constitucionalidad de una Ley que «ope legis» pretendiera sustraer una actuación de la Administración del conocimiento por los Tribunales, cuando tal actuación incide directamente sobre los derechos e intereses de los administrados, como en este caso ocurre.

(60) Que ya han sido objeto de comentario por nuestra doctrina. Vid. LOZANO, B.: «El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID»; REDA 94, abril-junio 1997, págs. 255-286.

(61) Aunque no deje de ser discutible. Resulta, en verdad, un tanto exagerado afirmar que la seguridad y defensa del Estado está ligada a que los Coroneles no accedan al conocimiento de sus evaluaciones. ¿De verdad puede sostenerse sin caer en el esperpento que la información que en esos expedientes se maneja es siempre y en todos los casos tan

tuales— tratar de amparar bajo el «secreto de Estado» la actividad evaluadora de la Tropa profesional o los Cuadros de Mando intermedios.

Compete pues a los Tribunales velar por la efectiva protección de los derechos profesionales de los militares, discutiendo caso por caso —si fuera preciso— cualquier intento por parte de la Administración de sustraer de su conocimiento los materiales que hayan servido de soporte o fundamento para la adopción de la resolución administrativa objeto del recurso, y reclamando —cuando esa justificación no exista— la aportación al proceso de todo el expediente administrativo, incluida esa documentación genéricamente clasificada como «reservada».

4.3. LOS SISTEMAS DE ASCENSOS

Las deficiencias que se acaban de apuntar se proyectan de modo especialmente intenso sobre la regulación de una cuestión primordial de la carrera militar, cual es la ordenación de los sistemas de ascenso al empleo superior. La regulación de los sistemas de ascenso en la Ley 17/89 se enfrentó a un problema tradicionalmente polémico como es la determinación de hasta dónde pueden acordarse los ascensos con base en criterios de pura antigüedad, y a partir de cuándo pueden introducirse valoraciones que corrijan o desplacen a la antigüedad como factor exclusivo de otorgamiento y concesión de esos ascensos (62). Ya en el siglo pasado señalaba Almirante, en su célebre «Diccionario militar» (63), que el razonamiento y la experiencia concurren a proscribir para un Ejército entero la antigüedad rigurosa, aplicable, todo lo más, a pequeñas agrupaciones; pero desechada esta base, «estamos perdidos: caemos en el laberinto de innumerables curvas que se llama elección: por más que busquemos compensaciones, paliativos y temperamentos, por algún lado se abrirá una rendija, que pronto se convertirá en brecha, por la cual subirán al asalto la intriga, el nepotismo, la injusticia, la osadía, burlándose de esas trincheras y cortaduras de legalidad tan artificiosamente escalonadas» (64). Para superar esta antinomia, proponía Almirante una solución que calificó como

delicada y confidencial que de ella depende la salvaguardia de la Seguridad Nacional? ¿No se trata más bien de que el Poder busca procurarse «manos libres» en este tema, buscando la elusión de todo control jurisdiccional?

(62) Sobre los problemas que crea dar preferencia a uno u otro sistema, vid. el muy interesante trabajo de A. LIBERAL LUCINI: «Sistemas de ascensos», Revista «Ejército», n.º 627, abril 1992, págs. 6-14.

(63) Recientemente reeditado —en 1989— por el Ministerio de Defensa.

(64) Op. cit., pág. 96.

«directa, fecunda, radical: el concurso», mediante un examen detenido, público e imparcial de los méritos de los aspirantes al ascenso (65).

En el periodo posterior a la aprobación de la Constitución, y sobre la base de los numerosos antecedentes legislativos que la habían precedido a lo largo de este siglo, se aprobó la Ley 48/81 de 24 de diciembre, sobre ascensos en el Ejército de Tierra (66). Ahora bien, durante la tramitación parlamentaria de dicha Ley se sucedieron diversas intervenciones que reclamaban una regulación uniforme en esta materia para el personal militar profesional (67), que finalmente se produjo en la Ley 17/89.

En efecto, durante los debates parlamentarios habidos con ocasión de la tramitación de esta Ley, fue uno de los puntos centrales del debate la determinación de hasta dónde debía llegar cada uno de los tres sistemas de ascenso previstos en la ley: antigüedad, elección y selección (un sistema intermedio entre los dos anteriores, en el que parte de las vacantes para el ascenso a un empleo se dan a la antigüedad y parte a la selección en función —dice la Ley— de los méritos profesionales) (68). Finalmente se restringió la antigüedad a los empleos iniciales de la carrera militar, introduciendo (arts. 81 a 87) un factor de discrecionalidad (técnica, si se quiere emplear esta dudosa terminología) en los ascensos correspondientes a los empleos intermedios, y configurando una absoluta discrecionalidad para los empleos superiores.

(65) «Aplicad al ascenso y recompensa el examen científico, detenido e imparcial ; el certamen público y caballeresco. Cuando haya un puesto que ocupar anúnciese por carteles; y ya veréis como, rompiendo por entre la apiñada muchedumbre de de tímidos expectadores, saltan al palenque hombres de frente levantada y corazón ávido de gloria, torpes y flojos en las luchas de antesala, pero serenos y fuertes a la luz del sol, en campo abierto, donde la justicia preside en alto y visible tablado; donde el aplauso corona al vencedor, y queda también para el vencido la simpatía respetuosa que siempre escita el valor desafortunado»_ (op. cit., pág. 96)

(66) Sobre los referidos antecedentes y dicha Ley vid. MUÑOZ ALONSO, J.M.: «Ascensos en el Ejército de Tierra»; REDM 44-50, 1987, págs. 59 y ss. Es igualmente de gran interés el estudio anteriormente citado de PASCUAL GARCÍA BALLESTER «Algunos aspectos de las clasificaciones de Jefes y Oficiales en la normativa de ascensos de las Fuerzas Armadas».

(67) En este sentido se manifestó el portavoz del grupo parlamentario Socialistas Vascos, Sr. MÚGICA, siendo apoyado por el resto de los parlamentarios socialistas en la votación de la correspondiente enmienda a la totalidad del Proyecto de Ley. Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, n° 177, 17 de junio de 1981, págs. 10631-10632.

(68) Así, mientras el grupo Parlamentario Izquierda Unida propugnaba dar primacía al sistema de selección, el Grupo Popular proponía un reforzamiento de la antigüedad. Al final, el sistema aprobado quedó, de algún modo, situado entre ambos extremos, aunque restringiendo significativamente el papel de la antigüedad respecto de la legislación precedente. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (comisiones), año 1989, núm. 450 y 455, sesiones celebradas los días 25 y 27 de abril de 1989.

Esta regulación, indudablemente bien intencionada (en cuanto que pretendía introducir estímulos para el perfeccionamiento profesional, al superar la mera consideración de la antigüedad), merece, no obstante, dos serios reparos: el primero, que dada la opacidad del proceso de evaluación y clasificación previo al ascenso, las más de las veces resulta imposible en la práctica conocer las verdaderas razones que determinan el orden de los ascendidos, con la consiguiente dificultad (o mejor, imposibilidad práctica) para la impugnación jurisdiccional de las resoluciones correspondientes, que determina una verdadera indefensión para los militares: y el segundo, que según va demostrando la experiencia (ahora que han pasado varios años desde que el sistema se comenzó a aplicar), parece claro que la consideración de estos factores discrecionales se introduce demasiado pronto en la carrera militar, dando pie no a una mayor autoexigencia (verdaderamente complicada si se tiene en cuenta que ni siquiera los ascendidos por este sistema conocen con certeza —más allá de las especulaciones— las verdaderas razones determinantes de su selección) sino, por el contrario, a un aumento de comportamientos de tipo clientelar, empeorados por la carencia de cualquier tipo de motivación en los Acuerdos que se adoptan sobre este tema (69).

Y ciertamente, nada ayuda al logro de una eficaz fiscalización de la actuación de la Administración militar en estos temas, la constante actitud de los Tribunales de Justicia, que cuando entran al enjuiciamiento de la cuestión debatida en los recursos planteados sobre estos temas, dan por buena la negativa de la Administración (con motivo de la remisión del expediente para la formalización de la demanda, o una vez presentada esta, en el momento del periodo probatorio) a entregar la documentación administrativa «legalmente clasificada» que sirve de base a los ascensos por selección y elección, imposibilitando de esta forma a los recurrentes la articulación de sus recursos.

(69) Muy tajantes son, a este respecto, las consideraciones de A. LIBERAL LUCINI: «No comprendo cómo la Ley reguladora del régimen del personal militar profesional fue aprobada y, si no recuerdo mal, consensuada pues, aunque tiene algún aspecto interesante, estimo que algunos puntos son muy criticables. Me limitaré, por falta de espacio, a comentar uno solo que me parece especialmente grave: el de los ascensos por elección en los empleos de Comandante y Teniente Coronel. Ascensos de este tipo en empleos tan bajos, en vez de estimular, desmoralizan y deforman los comportamientos éticos y profesionales. Por su efecto contraproducente y por la sensibilidad del tema aconsejaría que se reconsiderase a la mayor brevedad porque tengo la impresión de que ya empiezan a notarse sus consecuencias» («El lunar de la reducción presupuestaria», artículo publicado en el Diario ABC correspondiente al día 28 de octubre de 1992).

Sobre estas cuestiones, vid., por todas, la reciente sentencia de la Sala III (sección 7ª) del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998.

4.4. EL MODELO RETRIBUTIVO

El sistema de retribuciones, tan importante para la articulación de una verdadera carrera administrativa, es tal vez, desde una perspectiva puramente técnica, el peor diseñado de esta ley. El descontento que ha provocado entre los militares queda acreditado por el hecho notorio (y por tanto no necesitado de prueba) de que su desarrollo reglamentario ha provocado un aluvión de impugnaciones ante los Tribunales de Justicia del orden contencioso-administrativo con miles de recursos, que han pasado a duras penas (y con resonados votos particulares discrepantes) el juicio de legalidad.

La ley 17/89 parte del prejuicio absurdo de tratar de establecer un sistema de retribuciones básicas y complementarias con la misma terminología que la Ley 30/84, y así configura junto a las retribuciones básicas, los complementos de destino y específico (a los que se añaden en un alarde de imaginación los específicos singulares y los de dedicación especial). Ahora bien, como es imposible adaptar un esquema de retribuciones por puestos de trabajo a una Administración tan jerarquizada por categorías como la militar, los complementos retributivos se desnaturalizan en seguida, pasando a establecerse en función del empleo (categoría) militar. De este modo, la terminología legal sólo induce a confusión: el complemento de destino de un militar (complemento de categoría) nada tiene que ver con el de un civil (complemento de puesto de trabajo), salvo su misma denominación.

Inmediatamente se aprecia el sinsentido de establecer dos complementos (el de destino y el específico) que se determinan en atención a la misma circunstancia: el empleo militar. ¿Por qué no refundirlos en un único concepto retributivo «por razón del empleo»? Y no se diga que el específico retribuye la mayor dedicación, responsabilidad o peligrosidad, porque entonces el absurdo llega todavía más lejos, si se tiene en cuenta que muchos suboficiales perciben un específico igual o mayor que, v.gr., un Oficial del Cuerpo Jurídico con empleo de Teniente o incluso Capitán y en el pleno ejercicio de su función de asesoramiento. No puede sostenerse seriamente que con carácter general un Subteniente tenga mayor responsabilidad y conocimientos técnicos que un Oficial artillero, médico, interventor o ingeniero. Bastaría con establecer un componente retributivo general en función del empleo militar, junto con otro específico (público y por ello conocido) en función del destino desempeñado, considerando su mayor penosidad o responsabilidad, sin mimetismos imposibles con el sistema retributivo de los funcionarios civiles.

En fin, no puede dejarse de hacer una mención al hecho de que en el Ministerio de Defensa y Organismos autónomos del Departamento los militares perciben las retribuciones establecidas en la relación de puestos de trabajo, es decir, por el puesto que desempeñan y no por su empleo militar, (70) lo que en la práctica redundaba en unas retribuciones en el Organismo central significativamente mayores que las que se obtienen en los Ejércitos. Visto que este resultado era totalmente contraproducente, por estar primando los destinos burocráticos sobre los operativos, se ha tratado de enmendar mediante Circulares internas, nunca publicadas, que tratan de establecer correlativos entre los niveles de puestos de trabajo y los empleos militares. Y así, se dice que un Capitán sólo puede ocupar puestos de nivel 24 ó muy excepcionalmente 26, que un Teniente en ningún caso puede pasar del 24, o que un Comandante a lo más que puede aspirar, y en muy contadas ocasiones, es a un 28, pues el nivel 26 es el que generalmente le corresponde. El remedio ha sido peor que la enfermedad, y así ocurre que los militares destinados en el Ministerio conviven a diario con funcionarios civiles (cada vez más numerosos) de cualificación inferior pero con niveles retributivos y retribuciones netas muy superiores. No se olvide, en este sentido, que un funcionario civil de grupo A suele ingresar al menos en el nivel 24, y en pocos años la experiencia demuestra irrefutablemente que llega a alcanzar sin mayores problemas el nivel 26 ó 28. En cambio, para los militares, esos niveles sólo se consiguen después de muchos años de una carrera plagada de sacrificios. De este modo, sucede frecuentemente, v.gr., que Capitanes del Cuerpo Jurídico, de Intervención o de Intendencia con nivel 24 trabajan a diario con funcionarios del Cuerpo de Gestión (grupo B) con nivel 26. La dis-

(70) Esta concreta cuestión acredita mejor que ninguna otra la desorientación con que los inspiradores de la Ley abordaron la materia de las retribuciones. En una entrevista concedida a la «Revista Española de Defensa» (editada por el propio Ministerio, y por ello cauce de expresión de sus Autoridades políticas) por el entonces Subsecretario del Departamento (Marzo de 1988), señalaba este que se intentaría aplicar en el Departamento de un modo gradual el sistema retributivo funcional civil, «empezando por la parte menos operativa y más administrativa, es decir, por el núcleo central del Ministerio»; y ante la objeción de que ello pudiera suponer una prima de los destinos burocráticos respecto de los operativos, contestaba: «La razón que justifica esta acción es una mayor facilidad en estas áreas para aplicar claramente un esquema conceptual más semejante al de la función pública civil que en un Departamento o en una determinada Unidad»; para terminar manifestando que estudiarían la aplicación del nuevo sistema en el Organismo central y «si resulta oportuno lo iremos extendiendo de forma paulatina, si bien no descarto una reforma de la legalidad, aunque no se puede concretar aún ningún aspecto» (pág. 9). Al fin y a la postre, lo que era una medida provisional, formulada a modo de ensayo, ha devenido, sin mayores explicaciones y por la fuerza de los hechos consumados, firme y estable, tal y como es acrisolada costumbre en nuestra nación.

crimination es tan notoria e injustificable que no hace falta ningún comentario adicional.

Aquí se hacen singularmente patentes las consecuencias que ha acarreado el desprecio de los «valores institucionales» de las Fuerzas Armadas. Los militares (a quienes se repite constantemente que son «ciudadanos de uniforme» que deben integrarse con el resto de la sociedad en condiciones de igualdad), tienen clara conciencia de que no se les trata igual que a los demás ciudadanos; al contrario, están mucho peor pagados que los funcionarios civiles que realizan cometidos homólogos. Ante estado de cosas, y visto que el «espíritu de servicio» —como elemento motivador que impulsa al cumplimiento del deber— ha sido demolido, no es de extrañar que, cada vez más, se corra el peligro de que entre en juego una «Ley retributiva» de inexorable cumplimiento: que el militar valore, mida o tase su propio trabajo, y si llega a la conclusión de que no se le retribuye suficientemente conforme a esta tasación, reduzca su laboriosidad proporcionalmente. Dicho sea en términos coloquiales, «tanto me pagan, tanto trabajo»; estimación que, además, se realiza «a la baja», es decir, ajustando el rendimiento en el umbral crítico de tolerancia, o sea, en el nivel justo para cubrir las apariencias sin ser reconvenido o sancionado por los Mandos (71). De ahí a un Ejército apático y desmoralizado sólo hay un paso, pues es cierto que en un Ejército con unos valores institucionales sólidamente enraizados, hay factores emotivos que impulsan al mayor esfuerzo y dedicación en el servicio, por encima de unas condiciones materiales de trabajo siempre más onerosas que las propias de otras ocupaciones; pero si esos factores emotivos se expulsan (tildándolos de reaccionarios o trasnochados), sólo queda un insufrible agravio comparativo respecto de los empleados públicos civiles.

4.5. LA REGULACIÓN DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS, Y LA AUSENCIA DE SISTEMAS DE COMUNICACIÓN Y TRASVASE A LA FUNCIÓN PÚBLICA CIVIL.

La regulación de las situaciones administrativas (arts. 96 a 103) se articula en condiciones sumamente gravosas par los militares por relación con las de los funcionarios civiles. Parada Vázquez se ha referido expresamente al ejercicio de actividades políticas (72). Pero también merece un

(71) Vid. en este sentido, NIETO, A.: «La nueva organización del desgobierno». Ariel, 1996, págs. 164-165.

(72) Op. cit., pág. 64

comentario especial, por su incidencia en la carrera profesional, la regulación de la excedencia voluntaria por haber accedido a otro Cuerpo o Escala de las Administraciones Públicas, o para fines particulares, cuya obtención está supeditada —sobre la base de la amplísima habilitación legal del art. 100— por el RD 1385/1990, de situaciones administrativas del personal militar profesional, al cumplimiento de periodos de servicios efectivos, variables para los distintos Cuerpos y Escalas, pero en todo caso desmesurados. La razón de ser de este estado de cosas no es desconocida para nadie: con ella se trató, en su momento, de evitar la fuga de pilotos militares a las compañías aéreas privadas (73). El problema reside en que por extensión, y sin fundamentación alguna más allá de la puramente retórica, se aplicó una medida similar para todos los militares del resto de los Ejércitos, Cuerpos y Escalas, con una intensidad y rigor que no aparece de ninguna manera justificado, ni por las necesidades del servicio (en un momento en que el problema reside precisamente en qué hacer con el excedente de personal), ni por el coste de formación (que si en unos casos es elevado, en otros es enteramente similar al de los funcionarios civiles para los que estas servidumbres no se establecen).

En este concreto punto, y a pesar de los pocos años transcurridos, la Ley se ha quedado profundamente anticuada. Si hace años se trataba de evitar que los militares abandonasen el servicio en las Fuerzas Armadas, por considerarse imprescindible su permanencia en el servicio activo, ahora el problema es justamente el inverso: literalmente, no se sabe qué hacer con la gran cantidad de militares que sobran, dada la progresiva reducción de Unidades, Centros y Organismos. Hasta ahora, se había recurrido a la llamada «reserva transitoria» para solucionar este problema (74), pero las limitaciones presupuestarias han determinado el abandono

(73) Sobre esta concreta cuestión son de gran interés las reflexiones de J. DE LA CRUZ FERRER en «Derechos fundamentales y razón de estado: el caso de los pilotos del Ejército del Aire»; REDA 71, julio-septiembre 1991, págs. 3898-400. En sentido crítico hacia la regulación de la Ley, BALADO-RUIZ GALLEGOS, M.: «El acceso a la función militar» cit., págs. 1652-1655. DÍAZ ROCA, R.: «La posible inconstitucionalidad de los artículos 65.1.a) y 100.1.a) de la Ley 17/89 de 19 de julio», en VV.AA.: «La jurisdicción militar», CGPJ, 1992, págs. 261-278.

(74) Como es sabido, el pase a esta situación, que implica el cese definitivo en el servicio activo, se realiza en condiciones muy ventajosas, pues a quienes pasan a la misma se les garantiza la percepción de las retribuciones netas íntegras correspondientes a su empleo militar y a la situación de actividad, la obtención de un ascenso, y la compatibilidad para el ejercicio de profesiones privadas. Una descripción de esta situación administrativa en MUÑOZ ALONSO, J.M.: «Derecho Administrativo militar», Madrid 1989, Tomo II, págs. 180 y ss.

de esta opción, ciertamente escandalosa en un país con muchos miles de desempleados.

En realidad, la solución a este problema no es difícil y desde luego no es nueva: establecer cauces de comunicación, intercambio o trasvase con la función pública civil. Sin ir más lejos, y aunque podríamos remontarnos al siglo pasado, en el presente siglo se aprobaron con tal motivo Leyes como la de 17 de julio de 1958 (la llamada «ley de destinos civiles»), con el objetivo de canalizar hacia la Administración Civil los excedentes de la Militar. Actualmente sería la solución más sensata y económica, pues parece claro que, v.gr., los médicos militares pueden prestar servicio sin problema alguno en las Instituciones sanitarias de la Seg. Social, contribuyendo a agilizar la eliminación de las «listas de espera» crónicas en nuestro sistema de salud; los Oficiales del Cuerpo Jurídico pueden integrarse en el Servicio Jurídico del Estado, tan necesitado de personal (75), o en la Carrera Judicial, agobiada sobre todo en el Orden contencioso-administrativo por un atasco insostenible; los Interventores e Intendentes pueden encuadrarse sin problemas en los servicios de Administración, Contabilidad y Control del Gasto, coadyuvando a que aumente la transparencia de la actuación de la Administración y se eliminen formas de corrupción como las que han protagonizado la vida política de los últimos años; los militares de las «Armas» pueden aportar su formación y experiencia para articular unos servicios de protección civil verdaderamente eficaces y operativos que afronten las catástrofes naturales que por desgracia se suceden periódicamente en nuestra Patria, etc. Si el establecimiento de estos cauces de trasvase o comunicación entre la Administración civil y la militar es oportuno, económicamente rentable y eficaz, ¿Por qué no se hace?

(75) No se trata de que a los Auditores se les regale la integración en el Cuerpo de Abogados del Estado. Sin necesidad de llegar a este extremo —que muy difícilmente sería tolerado por los miembros de este último Cuerpo— se pueden articular fórmulas imaginativas de integración funcional, que por otra parte son convenientes y oportunas. Puede, en este sentido, reflexionarse sobre las siguientes consideraciones de Alejandro Nieto: «Los Abogados del Estado son juristas de gran altura y de una experiencia notable: parece, por tanto, que son las personas más idóneas para defender a la Administración. Y sin embargo, su actuación es, con frecuencia, desastrosa por distintas razones: primera, por falta de tiempo, abrumados por los centenares de asuntos que tienen entre manos, y que les obligan a contestar con trivialidades..., con lo cual resulta que el Estado, que se ahorra uno en el sueldo de sus defensores, pierde cien en las condenas que ha de soportar por estar mal defendido, ya que no hay cabeza que soporte el estudio y la dirección de tantos pleitos acumulados» («la nueva organización del desgobierno» cit., págs. 190-191

5. RECAPITULACIÓN. EL OCASO DE LA CARRERA MILITAR

Muchos otros aspectos de la Ley 17/89 podrían haber sido objeto de comentario (v.gr., la supresión inexplicable de las tradicionales «Armas» del Ejército de Tierra (76), o la ambigua configuración de los llamados Cuerpos Comunes (Jurídico, Intervención, Sanidad y Músicas (77), etc.) . Basten los ya examinados para concluir que la carrera militar, tal y como ha sido diseñada en la Ley de la Función Militar y en sus reglamentos de desarrollo, es más bien una carrera de obstáculos sin una meta definida. Quien ingrese en las Fuerzas Armadas debe saber que los ascensos se rigen cada vez más por criterios subjetivos y opacos, que las evaluaciones periódicas sobre las que girará toda su carrera le serán desconocidas incluso en el caso de que las impugne, que la asignación de los destinos relevantes es discrecional, que sus retribuciones serán claramente inferiores a las del resto de los servidores públicos, y que en el contexto social en que vivimos ni siquiera tendrá garantizada la existencia de vacantes donde desarrollar su función (cuestión distinta es la creación o mantenimiento de vacantes ficticias, que sostienen la apariencia de un destino pero carecen de cualquier contenido funcional consistente).

6. PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DEL SISTEMA

La superación de esta poco halagüeña perspectiva pasa necesariamente, ante todo, por recuperar los valores institucionales de los Ejércitos. Es evidente que la profesión militar, por sus propias características, no puede competir en términos estrictos de mercado con las ocupaciones civiles: estas ocupaciones siempre serán más llevaderas, menos sacrificadas y mejor retribuidas. Precisamente por ello, deben fomentarse los elementos o medios de motivación que permiten superar esa desfavorable posición de partida, tales como el compañerismo, la unidad, el legítimo orgullo de ser militar, el respeto y cultivo de las tradiciones, la lealtad de los inferiores hacia los superiores pero también de estos hacia aquellos, o el sentido del deber; y simultáneamente debe incentivarse en la sociedad el respeto

(76) Vid., al respecto, PARADA VÁZQUEZ, R.: «Modelos de función pública y función pública militar» cit., págs. 55-56.

(77) La Ley dejó al personal de estos Cuerpos —al separarlos de los Ejércitos en que estaban incardinados y convertirlos en «burócratas del Ministerio vestidos con uniforme militar»— en «tierra de nadie», pues los militares de las «Armas» (siguiendo la tradicional terminología militar) los ven, con un cada vez mayor recelo, como extraños, y sin embargo para el personal civil son unos atípicos militares pero militares al fin y al cabo.

y aprecio por las misiones y cometidos de las Fuerzas Armadas. Los militares no tienen Sindicatos que les defiendan. Como dice el art. 181 de las Reales Ordenanzas, es el Estado el que vela por sus intereses. Por esta razón, el Estado no puede permanecer impasible o indiferente ante los constantes ataques que sufren los militares como personas y las Fuerzas Armadas como Institución, que se desarrollan en la mayor impunidad sin que, al parecer, nadie se moleste en ponerles coto.

Mientras esta regeneración institucional no se produzca, los esfuerzos por articular una carrera militar atractiva serán estériles. Una profesión tan exigente como la militar no puede resultar estimulante si esos factores institucionales no se salvaguardan. Sorprende, por ello, que las campañas que en los últimos tiempos se suceden para captar aspirantes para el Ejército profesionalizado se realicen con el argumento fundamental de que en las Fuerzas Armadas se consigue un trabajo y por tanto un sueldo. Ciertamente, la salida del desempleo es un importante incentivo, pero si no se acompaña de una motivación en el sentido expuesto, el Ejército estará integrado por un gran colectivo de descontentos e inadaptados para los que la jerarquía, la disciplina, y las limitaciones de derechos inherentes a la vida militar resultarán difícilmente soportables.

Simultáneamente, y en estrecha relación con lo que se acaba de señalar, no puede mantenerse un modelo de carrera difícilmente identificable bajo el prisma de los principios constitucionales de mérito y capacidad, en cuanto que regido fundamentalmente por el subjetivismo y la discrecionalidad, que, como demuestra la experiencia, son la puerta de entrada a la arbitrariedad. No puede mantenerse un sistema en el que dos aspectos esenciales de la carrera como son los ascensos y la asignación de destinos no se rigen por criterios objetivos. No puede admitirse la absoluta opacidad de las evaluaciones, que deja a los militares indefensos ante abusos e injusticias. No puede continuar una política de fijación de plantillas inestable e incluso volátil, que imposibilita cualquier prospectiva o planificación de la carrera.

Y desde luego, nada puede ayudar a solucionar las cosas la posibilidad que, al parecer, se maneja en el Anteproyecto de nueva Ley de la Función Militar que actualmente se encuentra en proceso de elaboración, de extender los ascensos por selección (camuflados bajo el eufemismo de «antigüedad con reordenación de promociones») a un periodo inicial de la carrera militar como es el ascenso de Capitán a Comandante. O la sorprendente alternativa que —por lo que se ve— se baraja, consistente en articular sistemas de «petrificación» en el empleo militar, vedando la posi-

bilidad de ascender al empleo superior no ya por selección sino incluso por simple antigüedad, y no como consecuencia necesaria de una evaluación negativa que indique un comportamiento negligente o desfavorable. Tales medidas, si finalmente se aprueban, pueden ocasionar un daño irreparable a esta ya maltrecha carrera militar (78).

(78) Sirvan para la reflexión, en este sentido, las palabras con que FAUSTO VICENTE GELLA —en la presentación del segundo tomo de las memorias de un gran español y un gran Auditor como fue D. EUGENIO VEGAS LATAPIÉ— describe lo que era un Cuerpo de funcionarios tan prestigioso como es el de Letrados del Consejo de Estado:

«El Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, tal como yo lo recuerdo, era una gran familia. El sistema de escala cerrada; la circunstancia de que no pudieran ser premiados unos de sus miembros en detrimento de otros, determinaba el que no se viera empañada una profunda estimación mutua. De ahí que el aire que se respiraba en el seno de la carrera estaba lleno de tolerancia y flexibilidad, hasta el punto de que si alguien, desde dentro del Cuerpo o desde fuera con posibilidades de influir sobre aquel, hubiera intentado comprometer tales valores, sus propensiones o proclividades hubieran quedado automáticamente corregidas por el ambiente y la luz de la razón de cada uno.

Conocíamos los Letrados la medida de nuestras limitaciones, pero el peso de la jerarquía era imperceptible y la disciplina muy leve, pues se puede decir que nada añadían aquella y esta a los deberes que una conciencia sana impone a la conducta propia».

(VEGAS LATAPIÉ, E.: «Los caminos del desengaño. Memorias políticas [II] 1936-1938». Ed. tebas, 1987, pág. 17).

Cuando los valores institucionales están enraizados, no hacen falta tantas evaluaciones, ni tantos filtros, ni tanto subjetivismo, ni tanta discrecionalidad. Volvamos a los orígenes, que no por ser antiguos resultan necesariamente inservibles.