

EL DEBER DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Por Pedro Escribano Testaut
Capitán Auditor
Letrado del Tribunal Supremo

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA PROBLEMÁTICA DEL SERVICIO MILITAR EN LA ÉPOCA DE LA TRANSICIÓN. III.- DEFENSA NACIONAL, FUERZAS ARMADAS Y SERVICIO MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS. IV.- LA LEY ORGÁNICA 6/80, POR LA QUE SE REGULAN LOS CRITERIOS BÁSICOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y LA ORGANIZACIÓN MILITAR. V.- LA REFORMA DEL SERVICIO MILITAR DE 1984, Y EL REAL DECRETO-LEY 1/88. VI.- LA LEY 17/89 DE 19 DE JULIO, REGULADORA DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL. VII.- LA LEY ORGÁNICA 13/91 DE 13 DE DICIEMBRE, DEL SERVICIO MILITAR. VIII.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES DEL SERVICIO MILITAR O LA PRESTACIÓN SUSTITUTORIA. IX.- EL SERVICIO CIVIL COMO ALTERNATIVA AL SERVICIO MILITAR.

I. INTRODUCCIÓN

El servicio militar, un tema olvidado por la doctrina científica durante mucho tiempo, ha pasado a ser, últimamente, objeto de constantes estudios desde los más variados ámbitos de conocimiento: la sociología, el Derecho (constitucional, administrativo, penal), la historia (1)... pero la

(1) En la que puede considerarse como la más completa monografía publicada hasta el día de hoy sobre las Fuerzas Armadas desde un punto de vista jurídico, "La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas", escrita por F. LÓPEZ RAMÓN (Centro de Estudios Constitucionales, 1987), señala este autor que "el servicio militar resulta materia muy necesitada de estudios que fijen su trayectoria histórica y su contenido actual" (p. 381). Últimamente la doctrina viene prestando cada vez más atención a este tema. Entre los últimos trabajos publicados cabe destacar el número monográfico sobre la reforma de las Fuerzas Armadas y el servicio militar publicado por la Revista "Política exterior" en 1992, así como el estudio de L. MARTÍN-RETORTILLO "Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado" (Revista de Administración Pública, núm. 134, mayo-agosto 1994, pp. 29 y ss.)

mayor parte de estos estudios debaten sobre el “deber ser” de la contribución de los ciudadanos a la Defensa Nacional, y no sobre el “ser” de la actual regulación. Se discute constantemente, y con argumentos de todo tipo, si deben existir o no los Ejércitos, si las Fuerzas Armadas deben ser enteramente profesionales, o debe existir junto a los militares profesionales un porcentaje de militares de reclutamiento forzoso; si debe reconocerse un derecho a la objeción de conciencia antes, durante o después de la prestación del servicio militar; si el servicio social de los objetores debe ser obligatorio, y si debe tener una duración igual o superior a la del servicio militar; si debe ser castigada la postura de quienes negándose a cumplir el servicio militar rechazan igualmente el cumplimiento de ese servicio social sustitutorio, etc.

En esta inacabable polémica se echa muchas veces de menos, desde el punto de vista del Derecho, un cierto rigor jurídico. Son numerosas las ocasiones en que un análisis de la legislación vigente, que se presenta como “técnico-jurídico”, está en realidad teñido de ideología, y el planteamiento ideológico deforma o desvirtúa la pretendida seriedad de las conclusiones jurídicas.

Y sin embargo, el tema al que nos referimos está muy necesitado de estudios que aborden la problemática jurídica de su actual regulación. Prescindiendo del dato de si debería existir o no este servicio militar obligatorio, lo cierto es que nuestro Derecho positivo establece la obligación, para todos los jóvenes varones españoles, de contribuir a la Defensa Nacional mediante la prestación del servicio militar, o en su caso, del servicio social sustitutorio, y esta legislación plantea numerosos problemas, que conviene abordar con los instrumentos de análisis que proporciona el Derecho.

En este trabajo se trata, precisamente, de analizar desde un punto de vista fundamentalmente jurídico el problema de la limitación de la obligación de prestación del servicio militar (o el servicio social sustitutorio) a los varones, y la correlativa exención de dicha obligación para las mujeres. A estos efectos, se ha optado, desde el punto de vista metodológico, por una ordenación “cronológica” de los diferentes hitos que han jalonado el proceso de incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, hasta llegar a la situación actual, en que las mujeres pueden formar parte, sin apenas restricciones, de las Fuerzas Armadas como militares profesionales, pero están expresamente eximidas de la prestación del servicio militar o de cualquier tipo de servicio civil de carácter general. Este proceso nos aportará elementos de juicio para comprender

el porqué del actual estado de cosas, a fin de sugerir posibles caminos de futuro.

II. LA PROBLEMÁTICA DEL SERVICIO MILITAR EN LA ÉPOCA DE LA TRANSICIÓN

Aunque no es pacífica la delimitación de lo que deba entenderse por “época de la transición”, aquí se va a considerar como tal el período de tiempo en que se va definiendo el marco jurídico del nuevo régimen político, y que culmina con la aprobación y entrada en vigor de la Constitución española de 1978.

Durante estos años el llamado “problema militar” era, sin duda, y por razones obvias, uno de los más delicados, por lo que se puso un especial empeño en no plantear cuestiones que pudieran suscitar enfrentamientos indeseados entre el estamento militar y la clase política (2). De hecho, hasta las elecciones de 1977 no se promulgó ninguna Ley militar. Como señala el que fue vicepresidente de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, José Miguel Bueno, “subsistió el mismo organigrama administrativo y político de la Dictadura, es decir, los tres ministerios del Ejército, Marina y Aire. Perduró el mismo Código de Justicia Militar. No se cambiaron la organización de la cadena de mando militar, la información y la inteligencia, la enseñanza militar, la logística; y en el plano operativo, la configuración y el despliegue de la Fuerza. Indudablemente también permanecieron inalterables la doctrina y las concepciones estratégicas de nuestra defensa nacional” (3).

Sin embargo, a partir de 1977, y tras el nombramiento del Teniente General Gutiérrez Mellado como Vicepresidente para asuntos de Defensa,

(2) Uno de los Diputados que más participaron en la reforma de las leyes militares, JULIO BUSQUETS, escribe: “Después de casi cuarenta años de dictadura militar, había gran cantidad de problemas que resolver y había que hacerlo de forma eficaz y rápida, y por otra parte, resulta evidente que en una transición en la que los militares van asumiendo lentamente la democracia, no conviene inquietarlos con debates que se pueden evitar y que al ser divulgados por la prensa, pueden dar lugar a crispaciones en los Cuarteles, dado que los militares son especialmente suspicaces, ante la crítica y ante la letra impresa” (“La legislación militar en la transición española. 1977-1982”; Revista de las Cortes Generales, núm. 22, 1991, p. 157).

(3) “Las leyes militares de la transición”. Ponencia presentada al I Congreso Iberoamericano de sociología militar; p. I del original mecanografiado.

comenzó a activarse la reforma militar (4), debiéndose destacar por su importancia el impulso que se dio a la redacción de las nuevas Ordenanzas Militares, mediante la creación, a tal fin, de una Comisión Interejércitos con fecha 5 de noviembre de 1977 (5).

Con todo, estas reformas militares, tan profundas e importantes en muchos ámbitos, no tuvieron prácticamente incidencia sobre el problema del servicio militar. Se trataba de encajar armónicamente los Ejércitos dentro del nuevo orden político, y hacia ese objetivo se canalizaron todos los esfuerzos, marginando del debate temas como el que aquí analizamos. No es, por tanto, extraño que el problema de la contribución de la mujer a la Defensa Nacional mediante su incorporación a las Fuerzas Armadas ni siquiera se llegara a plantear, salvo excepciones anecdóticas que no tuvieron relevancia alguna (6). Siguió, por tanto, vigente la legislación militar del régimen político anterior, que marginaba totalmente a las mujeres del mundo castrense. En el caso concreto del servicio militar, se mantuvo inalterada su Ley reguladora de 27 de julio de 1968.

III. DEFENSA NACIONAL, FUERZAS ARMADAS Y SERVICIO MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS

Como ha señalado Parada Vázquez, “la Constitución de 1978 se refiere más que ninguna otra de las españolas y extranjeras, incluso demasia-

(4) Si bien, como señala LÓPEZ GARRIDO, “el grado de control que el Parlamento ha ejercido sobre todas estas cuestiones, ha sido muy inferior a la importancia de estas materias. Por eso cabe decir que el control parlamentario sobre la política de Defensa es una experiencia inédita en la transición a la democracia” (“Algunos datos sobre el control de la política de Defensa y la Administración Militar en el Congreso de los Diputados, 1977-1985; ponencia presentada al I congreso iberoamericano de sociología militar, cit., p. 11 del original mecanografiado).

(5) Vid. GÁRATE CÓRDOBA, J.M.: “Antecedentes de las actuales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”; Revista “Ejército”, núm. 647, diciembre de 1993, pp. 49 y ss.

(6) Como señala ARROYO YANES, “en esta postura debió de influir, sin duda, las particulares coordinadas en las que se movía la institución militar en este momento histórico, que hacía que este problema tuviera que ser afrontado con mucho tacto por los efectos secundarios que podía desencadenar en el seno de la Institución Militar, que tenía en este momento problemas mucho más apremiantes que resolver” (“Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo”; Revista española de Derecho Militar, núm. 59-60; enero-diciembre 1992, p. 118)

do, a las Fuerzas Armadas y a las especialidades del Derecho Militar” (7). Se comprende, por ello, que en su articulado se contenga un precepto específico sobre las obligaciones militares de los españoles, el art. 30, cuyos tres primeros números vale la pena recordar:

“1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.”

Cabe destacar el concepto de “Defensa Nacional” que subyace a este artículo. Como ha señalado Suárez Pertierra, esta idea de Defensa Nacional “es una idea integradora, en el sentido de que todos los elementos del Estado están implicados en ella. Cualquier reduccionismo la negaría, porque el elemento nuclear de la Defensa Nacional consiste en la articulación organizada de un interés común y, por ello, implica necesariamente a los ciudadanos en tanto que individuos, a la sociedad articulada a través de todos sus elementos constitutivos y a los poderes públicos” (8).

La adopción de un concepto amplio de “Defensa Nacional”, que engloba a todos los elementos del Estado, conduce en buena lógica a dos conclusiones estrechamente relacionadas: la primera, que las Fuerzas Armadas no monopolizan la Defensa Nacional, puesto que “Ejército” y “Defensa Nacional” no son conceptos equiparables, al existir importantes manifestaciones de la Defensa Nacional cuya asunción no corresponde a los militares (9); la segunda, que todos los españoles, y por tanto también “las

(7) “Toque de silencio por la Justicia militar”; Revista de Administración Pública, núm. 127, enero-abril 1992, p. 33.

(8) Prólogo a la “Legislación sobre Defensa Nacional”, editada por Tecnos, 1988, p. 14. Del mismo autor, vid. la conferencia pronunciada en las Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución celebradas en 1988, y organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (ed. Ministerio de Justicia, volumen IV, pp. 2381 y ss.)

(9) En este sentido, en uno de los primeros comentarios al art. 30 CE señalaba SÁNCHEZ GONZÁLEZ que “siempre desde el punto de vista del análisis que estoy realizando, la consecuencia de la mayor repercusión de ese proceso cambiante de las relaciones ejército y sociedad sumariamente descrito, es la pérdida del monopolio o de la primacía de las fuerzas armadas en la defensa nacional. El ejército no es toda la defensa. La defensa no es sólo el ejército... no es posible, en los momentos presentes, sostener razonablemente la equiparación ejército-defensa nacional porque la realidad es muy otra” (“Comentario al art. 30”, en “Comentarios a las Leyes políticas” dirigidos por O. ALZAGA; Constitución española de 1978, Tomo III, p. 283)

españolas”, participan del derecho-deber de la Defensa (10). Sin embargo, este aspecto pasó inadvertido en los debates de las Cortes constituyentes, que se centraron sobre todo en temas como la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas y la ubicación sistemática del art. 8, la problemática de las restricciones de derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos sometidos a disciplina militar, y, por lo que respecta al servicio militar, la consagración del derecho a la objeción de conciencia (11). Este último problema centró y agotó las discusiones relativas al servicio militar, quedando desatendidos cualesquiera otros asuntos conexos.

A la vez que se debatía el proyecto de Constitución Española, las mismas Cortes constituyentes aprobaron las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. La ley por la que se aprobaron estas Reales Ordenanzas constituye, en cierto sentido, la última de las leyes preconstitucionales, y la primera de las leyes postconstitucionales. En efecto, se tramitó a la vez que el texto constitucional, y contiene diversas referencias a la Constitución a lo largo de su articulado (12), pero se aprobó antes de la entrada en

(10) Así lo advirtió uno de los primeros comentaristas de la Constitución, SÁNCHEZ AGESTA, quien escribe: “En la organización de la Defensa y de las Fuerzas Armadas hay que tener también en cuenta el art. 30, que por una parte define como un derecho y un deber común a todos los españoles el de defender a España, y por otra defiere a la ley la fijación de las obligaciones militares, la regulación de la objeción de conciencia, así como de las demás causas de exención del servicio militar obligatorio; y por otra parte autoriza (con un “podrá”) el establecimiento de un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. Y sin duda hay que relacionar con este artículo la extensión de ese derecho y deber de defensa y de estas obligaciones militares de los españoles, a las mujeres, con el art. 14 que regula la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras razones, por razón de sexo” (“La Constitución y las Fuerzas Armadas”; Primeras jornadas Fuerzas Armadas-Universidad; Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional - Universidad Complutense de Madrid, 1982; p. 155). En el mismo sentido, vid. Laguna Sanquirico, F.: “El proceso de integración”, en la Revista “Ejército”, n.º 67, noviembre de 1995, dedicado a la mujer en las Fuerzas Armadas Españolas p. 53.

(11) Sobre los debates parlamentarios durante la tramitación del proyecto de Constitución en relación con la Defensa nacional vid. MARTÍN RETORTILLO, L.: “Bajo el signo de la Constitución”, IEAL 1983, pp. 481 y ss. Sobre la caracterización jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas es de gran interés el estudio de LÓPEZ RAMÓN, F.: “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en los “Estudios sobre la Constitución española, homenaje al Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA”, Civitas 1991, tomo III, pp. 2547 y ss., que resume la bibliografía existente sobre el tema hasta la fecha de su publicación. Últimamente, vid. MOZO SEOANE, A.: “Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (una relectura del debate sobre el art. 8 de la Constitución)”; REDM 65, enero-junio 1995, pp. 609 y ss.

(12) Durante la tramitación en las Cortes del correspondiente proyecto de Ley, se sucedieron diferentes intervenciones que demuestran como los Parlamentarios tenían la convicción de que estaban aprobando la primera Ley posterior a la Constitución. En este

vigor de la Constitución, aunque fue publicada después de que dicha entrada en vigor hubiera tenido lugar (13). Esta ambigüedad provoca que, junto a preceptos que acreditan una inequívoca fidelidad y respeto a los principios constitucionales, existan algunas expresiones más propias de planteamientos que tal vez debían entenderse superados, y que traslucen resabios de la vieja confrontación entre el “poder civil” y el “poder militar” (14).

Al derecho-deber de los ciudadanos de contribuir a la Defensa Nacional se refiere el art. 4 de esta Ley, el cual señala que “la defensa nacional es deber de todos los españoles”; por su parte el art. 23 establece que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender España y prestarán el servicio militar en las condiciones que señalen las Leyes”. Y finalmente, el art. 185 dispone que “en las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de sexo”. Este artículo únicamente tiene sentido en la medida que la mujer esté efectivamente incorporada a los Ejércitos. Sin

sentido, pueden citarse, a título de ejemplo, las palabras del representante del Grupo Socialista del Congreso, Sr. SOLANA MADARIAGA: “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, núm. 146, sesión celebrada el día 20 de diciembre de 1978, p. 5865).

(13) En efecto, la Constitución española fue aprobada por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el día 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referéndum el día 6 de diciembre de 1978, y sancionada por S.M. el Rey el día 27 de diciembre de 1978, siendo publicada en el B.O.E. de 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 B.O.E. de 12 de enero de 1979. Así pues, se aprobaron antes de la entrada en vigor de la Constitución, pero se publicaron después de que dicha entrada en vigor se hubiera producido.

(14) Vid., en este sentido, el trabajo de HILLERS DE LUQUE “Las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978” (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, agosto 1983, pp. 83 y ss) en el que se enfatizan las referencias —contenidas en las RR.OO.— tributarias de planteamientos preconstitucionales. Con relación, precisamente, a este estudio, ha señalado LÓPEZ RAMÓN que “pese a la radical discrepancia con los puntos de partida, los desarrollos y las consecuencias obtenidas por HILLERS DE LUQUE, hay un extremo de su construcción con el que puede coincidirse: se trata de la crítica a la utilización de dos lenguajes, tanto en el discurso político como en el normativo, para referirse a las Fuerzas Armadas. Hay, efectivamente, un lenguaje que expresa plena coherencia con los planteamientos constitucionales, y hay también otro lenguaje ambiguo, centrado en la exaltación, más o menos poética e intensa, del Ejército; otro lenguaje significativo, no tanto por lo que directamente manifiesta, sino por los aspectos que silencia. En relación con ello, parece cierto que las RR.OO. de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/78 de 28 de diciembre, utilizan el segundo modo de expresión con frecuencia. Lo cual es criticable, puesto que van dirigidas con preferencia a los militares, no a juristas ni historiadores (“La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas”, cit., pp. 320-321).

embargo, lo cierto es que apenas se reparó en esta circunstancia, tal vez porque había problemas más importantes que afrontar en aquel momento. Los debates parlamentarios se centraron en problemas como la configuración legal del “deber de obediencia”, la necesidad de introducir referencias expresas a la fidelidad a la Constitución, o el estatuto jurídico-político de los militares, quedando relegados otros temas como el que aquí nos ocupa (15). Habría que esperar a la promulgación de la Ley Orgánica 6/80, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, en la que por primera vez se suscitó el debate al respecto.

IV. LA LEY ORGÁNICA 6/80, POR LA QUE SE REGULAN LOS CRITERIOS BÁSICOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y LA ORGANIZACIÓN MILITAR

En 1980 se aprobó la Ley Orgánica 6/80 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar. Esta Ley tiene una gran importancia, con carácter general, y por relación al tema que en este trabajo se estudia. Con carácter general, porque a través de ella se vino a desarrollar la previsión contenida en el art. 8.2 de la Constitución (“Una Ley Orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución”); y por relación a nuestro tema, porque, por primera vez, se formuló una mención expresa a la implicación de las mujeres en el derecho-deber de contribución a la Defensa Nacional (16).

La Ley se adscribe a la concepción integradora de la Defensa Nacional a la que antes se ha hecho referencia, y así, establece en su art. 2 que “la

(15) Sobre la tramitación parlamentaria de las RR.OO., vid. OLLERO GÓMEZ, C.: “Constitución y Reales Ordenanzas”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 59, 1982, pp. 213 y ss. En las “Primeras Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad”, organizadas en 1982 por el CESEDEN y la U.C.M. de Madrid se contienen diversos estudios sobre la relación entre la Constitución y las RR.OO., cabiendo destacar los de MARTÍNEZ DE GALINSOGA (“La Constitución y las Reales Ordenanzas Militares”) y M. BASSOLS (“Notas sobre la ponencia “Constitución y Ordenanzas Militares”). Es también interesante el trabajo de SALAS LÓPEZ y LAGUNA SANQUIRICO “Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española”, *Revista de Investigaciones sociológicas*, núm. 36, 1986, pp. 119-139.

(16) La tramitación parlamentaria de esta Ley ha sido recogida en el volumen “Defensa Nacional. Trabajos parlamentarios”, editado por el Servicio de publicaciones del Congreso de los Diputados en 1984.

Defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la acción ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin" (17).

Sin embargo, el Proyecto Inicial remitido a las Cortes por el Gobierno no hacía referencia de ningún tipo a la contribución de las mujeres para la consecución de dicho objetivo, siendo durante su tramitación parlamentaria cuando esa referencia se introdujo.

En efecto, el Proyecto inicial dedicaba al servicio militar el Título V, arts. 32, 33 y 34, cuya redacción era la siguiente:

"Art. 32: Todos los españoles tienen el derecho y el deber de participar en la Defensa de España, según lo establecido en el art. 30 de la Constitución.

Art. 33: El servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que se establezca.

Art. 34: Una Ley del servicio militar fijará y regulará las distintas causas de exención, y determinará la forma y condiciones para el cumplimiento del servicio con carácter voluntario.

Los casos de exención que obliguen a una prestación social sustitutoria, se regularán por Ley."

Tal y como estaban redactados, estos artículos adolecían de cierta ambigüedad, toda vez que podía interpretarse que con ellos se hacía referencia a la generalidad de los españoles, incluyendo por tanto a las mujeres; pero también cabía la interpretación contraria, es decir, que su contenido afectara exclusivamente a los españoles varones. La expresión literal de los preceptos (que se dirigían a "los españoles" en general) parecía apoyar o sustentar la posibilidad de extender la obligatoriedad del servicio militar también para las mujeres. Sin embargo, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del momento, apoyaban la tesis contraria, esto es, la limitación de tal obligación a la población masculina.

En estas circunstancias, el Grupo parlamentario socialista presentó una enmienda en la Comisión de Defensa del Congreso, la núm. 105, en la que se proponía la adición de un nuevo párrafo al art. 32, con el siguiente

(17) Este último inciso ("debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin") no figuraba en el Proyecto inicial, y fue introducido por la Ponencia de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados. Vid. "Defensa Nacional. Trabajos parlamentarios" cit., p. 67.

te tenor: “El Gobierno establecerá mediante Ley la forma en que la mujer española participe en la Defensa Nacional”. La motivación de la enmienda era escueta pero expresiva: “El art. 30 de la Constitución habla de la participación de los españoles en la Defensa; el término “españoles” es genérico (18). Pues bien, esta enmienda fue aceptada por unanimidad por la Ponencia, y se decidió incorporarla al final del art. 33, que, tras las diferentes reformas que experimentó el Proyecto durante la tramitación parlamentaria, pasó a ser el art. 36. Así pues, la redacción definitiva del Título V, “del Servicio militar”, pasó a ser la siguiente:

“Art. 35: Todos los españoles tienen el derecho y el deber de participar en la Defensa de España, según lo establecido en el art. 30 de la Constitución”.

Art. 36: El servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que se establezca.

La Ley establecerá la forma de participación de la mujer en la Defensa Nacional.

Art. 37: La ley del servicio militar fijará y regulará las distintas causas de exención, y determinará la forma y condiciones para el cumplimiento del mismo con carácter tanto voluntario como obligatorio.

La Ley regulará la objeción de conciencia y los casos de exención que obliguen a una prestación social sustitutoria”.

De este modo, la Ley dio un significativo paso adelante, sentando de modo expreso que la Defensa Nacional afecta a la colectividad en su conjunto, y por tanto no sólo a los varones sino también a las mujeres. Sin embargo, no se concretó la forma de participación de las mujeres en ese derecho-deber de Defensa, quedando esta cuestión remitida a un desarrollo legal posterior.

Parece claro que la intención del legislador en ese momento no era la de extender el deber de prestación del servicio militar a las mujeres. Más bien al contrario, parece evidente que se trataba de que la aportación de las mujeres a la Defensa nacional fuera otra, distinta a la prestación del servicio en filas. En cualquier caso, y por encima de cuál fuera la “mens legislatoris”, lo cierto es que la redacción final de la L.O. 6/80 dejó las puertas abiertas a una futura incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, puesto que al decir que una Ley regularía esta cuestión, puso en manos del legislador la posibilidad de optar por diversas alternativas,

(18) Vid. “Defensa nacional. Trabajos parlamentarios” cit., p. 50.

desde la obligatoriedad de un “servicio civil” diferente o alternativo al militar, hasta una incorporación plena a los Ejércitos, tanto con carácter voluntario como obligatorio, mediante la prestación del servicio militar. No obstante, la rebelión militar de 23 de febrero de 1981, produjo un freno en el movimiento de reforma de la legislación militar, e interrumpió hasta el año 1984 la continuación de los debates al respecto (19).

V. LA REFORMA DEL SERVICIO MILITAR DE 1984, Y EL REAL DECRETO LEY 1/88

La obsoleta legislación del servicio militar fue finalmente reformada mediante la Ley 19/84 de 8 de junio (del servicio militar) y la Ley 48/84 de 26 de diciembre (reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria). La regulación jurídica establecida por estas leyes plantea numerosos problemas (20); y uno de ellos es precisamente nuestro tema de estudio. En efecto, la Ley 19/84 comenzaba su articulado con unas cláusulas generales que reproducían las de la L.O. 6/80: “Los españoles, de acuerdo con la Constitución, tienen el derecho y el deber de defender a España” (art. 1); “El servicio militar en las Fuerzas Armadas constituye una prestación personal fundamental de los españoles a la

(19) Al término de los debates parlamentarios de la L.O. 6/80 en el Congreso de los Diputados, el entonces Ministro de Defensa (Rodríguez Sahagún) anunció que “tras esta Ley Orgánica vendrán a esta Cámara otra serie de leyes contenidas y enumeradas en este texto y otras que, aunque aquí no aparecen, han sido ya anunciadas por el Gobierno. Así, la Ley de Defensa Nacional, la Ley de Organización Militar, la Ley del Servicio Militar, la Ley de Movilización Nacional, la Ley de enseñanza...” (“Defensa Nacional.Trabajos Parlamentarios” cit., p. 241.). Sin embargo ninguna de estas leyes, en las que seguramente se habría suscitado el debate sobre la contribución de la mujer a la Defensa Nacional, llegó a ser aprobada durante aquella legislatura. Más aún, algunas de ellas siguen sin estar promulgadas en la actualidad.

(20) Sobre todo la regulación jurídica de la objeción de conciencia al servicio militar, que viene dando lugar a una constante producción bibliográfica. Vid. al respecto la “Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar y prestación social sustitutoria”, de uno de los principales expertos en la materia, A. MILLÁN GARRIDO, publicada en la Revista española de Derecho Militar, núm. 55, enero-junio 1990, pp. 237 y ss., que recoge lo publicado sobre el tema hasta la fecha de su edición. El mismo autor ha recapitulado el “estado de cosas” de la cuestión en su reciente trabajo “Servicio militar y objeción de conciencia”, Revista española de Derecho Militar núm. 62, julio-diciembre 1993, pp. 31 y ss. Es asimismo de gran interés la monografía de J. OLIVER ARANJO: “La objeción de conciencia al servicio militar”; Civitas, 1993.

Defensa Nacional” (art. 2). Estas declaraciones iban dirigidas a la totalidad de los españoles, tanto hombres como mujeres. Sin embargo, la misma Ley restringía en su propio articulado esta amplitud inicial, al señalar en el art. 41 que “el servicio militar de la mujer será regulado por la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional”.

Del articulado de la Ley parece desprenderse que la intención del legislador era extender en el futuro la obligatoriedad de la prestación del servicio militar (o el servicio social sustitutorio) a las españolas, o al menos dejar abierta esta posibilidad. Efectivamente, esta parece ser la conclusión más correcta a la vista de la redacción de la disposición transitoria 2.^a de la misma ley, a tenor de la cual “en tanto no se promulgue la ley citada en el art. 41, las mujeres no procederán a la inscripción que preceptúa el art. 8.^o”.

Lamentablemente, el art. 41 no fue objeto de desarrollo, y quedó reducido a una mera proclamación de intenciones. Seguramente contribuyó a esta falta de desarrollo legislativo el hecho de que por aquellos años comenzara a manifestarse con fuerza creciente el rechazo social al servicio militar obligatorio. En un contexto en que los españoles varones cada vez discutían más el sistema de reclutamiento forzoso, no resulta extraño que casi nadie se atreviera a plantear un servicio militar igualmente obligatorio para las mujeres. Paradójicamente, se sucedían las intervenciones públicas que exigían la apertura de las Fuerzas Armadas a las mujeres (21), reclamando el reconocimiento de su derecho a ingresar en los Ejércitos; pero los mismos que se pronunciaban en tal sentido silenciaban cuidadosamente la vertiente de “deber” que este derecho implica.

De este modo, la legislación positiva siguió cargando el peso de la contribución a la Defensa Nacional, mediante el servicio en las Fuerzas Armadas, sobre la población masculina. E igual ocurrió con la obligación de cumplimiento de la prestación social sustitutoria al servicio militar para los objetores de conciencia, ya que esta prestación social sustitutoria, como su propio nombre indica, no se configura en la Ley 48/84 como un servicio civil de carácter general (posibilidad prevista en el art. 30 de la Constitución), independiente de las obligaciones militares, sino como una prestación que debe cumplirse “en lugar del servicio militar” cuando se haya ejercitado el derecho a la objeción de conciencia al servicio en filas.

(21) Vid., ALVAREZ ROLDÁN, L.B.: “La igualdad, la mujer y los Ejércitos”, Revista española de Derecho Militar, núm. 54, julio-diciembre 1989, pp. 259 y ss., con referencias a artículos de prensa de esta época, e información sobre la presencia de mujeres en las Fuerzas Armadas de países de nuestro entorno cultural.

Por tanto, únicamente quedaron obligados al cumplimiento de la prestación social aquellos que venían, en principio, obligados al cumplimiento del servicio militar, esto es, los españoles varones.

Sin embargo, las cosas empezaron a cambiar, y diversos acontecimientos forzaron una revisión de la legislación sobre la materia. En efecto, los Tribunales de Justicia comenzaron a dictar sentencias favorables a mujeres que pretendían ingresar en las Fuerzas Armadas y a las que se les había negado esa posibilidad precisamente por ser mujeres. Así, la Audiencia Nacional, en sentencia de 8 de junio de 1987, reconocía el derecho de la recurrente a participar en las Oposiciones para ingreso en el Cuerpo de Farmacia del Ejército del Aire, señalando que en las funciones que dicho Cuerpo desarrolla no se apreciaba ningún motivo o razón que pudiera justificar la exclusión de la posibilidad de ingresar en él para las mujeres (22). Este y otros pronunciamientos sucesivos forzaron a actuar al Gobierno, que dictó el Real Decreto-Ley 1/88 de 22 de febrero, que por primera vez reguló de modo expreso la incorporación de personal femenino a los Ejércitos, pero con carácter profesional y voluntario, y limitada a ciertos Cuerpos y Escalas (23). La posibilidad de extender el servicio militar obligatorio a las mujeres no se planteó seriamente en ningún momento, entre otras razones porque ningún Partido Político ni Movimiento Social relevante reclamó una reforma legal en tal sentido.

VI. LA LEY 17/89 DE 19 DE JULIO, REGULADORA DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

La ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, no establece en cuanto a la mujer novedades especialmente significativas, dado que la reforma había sido introducida en este sentido por el RDL 1/88. De hecho, la Ley se limita a desarrollar y extender las previsiones del citado Decreto-Ley. Así lo reconoce su exposición de motivos, en la que podemos leer el siguiente párrafo:

(22) Vid. ARROYO YANES, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(23) Vid. ARROYO YANES, *op. cit.*, pp. 121-122. La memoria de la III legislatura (1986-89), editada por el Ministerio de Defensa, recoge en las pp. 220-221 la evolución normativa en este sentido y el cuadro estadístico de mujeres aspirantes al ingreso en las Fuerzas Armadas durante aquellos años.

“Sólo en algún aspecto concreto como es el de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas se decidió adelantar el proceso inicialmente previsto dentro del nuevo marco general. Así se reguló, en cumplimiento del mandato positivo contenido en nuestro Ordenamiento legal, la participación de la mujer en los Cuerpos y Escalas militares en un plano de igualdad con los sistemas de incorporación de los hombres, con lo que se puso en marcha una de las medidas orientadas a eliminar los obstáculos que se oponían a la plena efectividad del principio constitucional de igualdad. Con esta ley alcanza su plenitud el plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejercicio profesional dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas”.

Al estar limitada la Ley a la regulación jurídica del estatuto de los militares profesionales (art. 3), no existen en ella preceptos relativos al servicio militar obligatorio. En cualquier caso, aquí interesa señalar que la Ley no establece ninguna distinción entre hombres y mujeres a los efectos del ingreso en la enseñanza militar de formación (art. 43), ni se prevén limitaciones de ningún tipo en cuanto a los empleos (categorías) militares, de manera que la mujer puede ingresar en cualquier Cuerpo o Escala y alcanzar todos los empleos que correspondan a dichos Cuerpos y Escalas. Es decir, no se reduce el papel de la mujer a Cuerpos “no combatientes” como el Cuerpo Jurídico Militar o el Cuerpo de Músicas Militares, sino que se permite su ingreso en los Cuerpos Generales de los Ejércitos; por otra parte, se permite su acceso a todas las Escalas, de tropa profesional, de suboficial o de oficial; y finalmente no se restringe en ningún sentido la posibilidad de ostentar empleos militares, desde soldado de tropa profesional hasta Teniente General. La igualdad de trato llega hasta al extremo de que se prevé expresamente que en las denominaciones de los empleos militares no existirá distinción terminológica alguna entre el hombre y la mujer (art. 10). De hecho, la única distinción entre hombres y mujeres es la contemplada en el art. 74.5, el cual establece que las normas de provisión de destinos podrán establecer particularidades para la mujer derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas (24).

(24) Previsión legal que ha sido desarrollada por el art. 25 del RD 984/92 de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de tropa y marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, en el que se dispone lo siguiente: “El personal femenino de tropa y marinería profesionales podrá optar a todos los destinos de su empleo militar excepto los de tipo táctico u operativo en unidades de la Legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas. Tampoco podrán formar parte de las fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores en los que sus condiciones estructurales no permitan el alojamiento en condiciones adecuadas”.

Se produce, de este modo, una plena equiparación de sexos en la carrera militar, que ha sido acogida por el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 216/91 de 14 de noviembre (dictada con posterioridad a la aprobación de la Ley de la función militar pero referida a un momento anterior), en cuyo fundamento jurídico sexto se califica de “a todas luces inconstitucional” la exclusión de las mujeres en las pruebas de acceso a la profesión militar. Merece ser resaltado que en esta sentencia el Alto Tribunal censuró expresamente la pasividad o indolencia de los poderes públicos en orden a la superación de las situaciones de hecho discriminatorias y contrarias al principio de igualdad, entendiendo que la pervivencia en el Ordenamiento Jurídico de una discriminación no rectificada en un plazo de tiempo razonable puede conducir a la calificación como inconstitucionales de los actos que mantengan esa situación discriminatoria. Dice, en efecto, el fundamento jurídico 5.º de la referida sentencia:

“Cabe observar que la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva.

La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente (SSTC 128/87, 166/88, 19/89 y 145/91), que versan precisamente sobre pretendidas discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse).

Pero, por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del art. 14, a las acciones

diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, medir *ex constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan.”

Y con base en esta argumentación, la Sala concluyó que la dilación en la regulación jurídica de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas (desde la previsión legal de 1980) carecía de justificación razonable, y por tanto la persistencia en el tiempo de la imposibilidad de acceso a las Fuerzas Armadas por parte de las mujeres, debía considerarse inconstitucional, señalando en el FJ 6.º lo siguiente:

“Para la Sala quinta del Tribunal Supremo, en la sentencia traída a este proceso, la pasividad señalada, y la consiguiente demora del acceso de la mujer al Ejército del Aire, no lesiona el “núcleo esencial” del derecho a la igualdad, produciéndose en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres, con las especiales características del Arma aérea en sus actividades operativas y de combate y, en todo caso, con la infraestructura de los Ejércitos, pues la previa incorporación femenina “demanda las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar, que en último término constituirían razón suficientemente justificativa del rechazo de la instancia presentada por el recurrente, en cuanto basada en causas razonables objetivamente consideradas”.

Pero estos argumentos, a la luz de la doctrina constitucional, no pueden ser aceptados. Es verdad que no todo trato diferenciador resulta desde la perspectiva del art. 14 de la CE, discriminatorio, pues cabe que el legislador lo haya establecido con arreglo a criterios fundados y razonables, de acuerdo con juicios de valor generalmente admitidos. No es este el caso, sin embargo.

Aquí, en efecto, el legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora ni proponerse plazo, al menos aproximativo, en orden a aquella corrección”.

VII. LA LEY ORGÁNICA 13/1991, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL SERVICIO MILITAR

La Ley del servicio militar de 1984 ha sido derogada por la L.O. 13/91, que es la actualmente vigente. Contra lo que pudiera haberse pensado, y a pesar de que antes de su aprobación se había abierto para las mujeres la posibilidad de ingresar con carácter voluntario en los Ejércitos, la Ley vuelve a excluir a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar como soldados de reemplazo. Más aún, ni siquiera se repite la referencia al servicio militar de las mujeres que, existía en la Ley de 1984, y que no había sido objeto de desarrollo.

El art. 1 de esta Ley, repitiendo la fórmula de la legislación precedente, reitera que “los españoles, de acuerdo con la Constitución, tienen el derecho y el deber de defender a España”. Se encabeza, por tanto, la nueva Ley con una referencia al “derecho-deber” de contribución a la Defensa Nacional, el cual, como antes vimos, abarca a toda la población española, sin distinción de sexos. Sin embargo, la concreta manifestación del aspecto de “deber” que es la prestación obligatoria del servicio militar se restringe, una vez más, a los varones. La exposición de motivos trata de justificar este extremo con las siguientes palabras:

“La mujer queda excluida de la obligatoriedad del servicio militar porque las necesidades del servicio militar quedan cubiertas con el concurso de los varones y por considerar que esta decisión no vulnera el mandato de no discriminación establecido en el art. 14 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de derechos humanos. No obstante, las mujeres podrán incorporarse a las tareas de la Defensa Nacional con arreglo a las normas sobre movilización nacional”.

Lo cierto, no obstante, es que la justificación del Legislativo no parece haber resultado muy convincente, como lo demuestra la reiteración con que, en los últimos tiempos, se han planteado ante los Tribunales de Justicia las impugnaciones de esta configuración legal del deber de prestación del servicio militar o la prestación social sustitutoria, con la argumentación de que resulta discriminatoria para los españoles varones, habiendo recaído sobre el tema una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es la que precisamente se va a examinar a continuación.

VIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES DEL DEBER DE CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR O LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

El Tribunal Supremo se ha enfrentado ya con una solicitud de exención del servicio militar obligatorio, formulada por un varón con base en la inexistencia de análoga obligatoriedad para las mujeres, habiendo recaído *sentencia desestimatoria de dicha solicitud con fecha 20 de mayo de 1994*, a la que han seguido otras muchas de similar contenido.

El recurrente había solicitado ante la Administración Militar que se eximiera del cumplimiento del servicio militar mientras no se regulase legalmente la prestación de dicho servicio para la mujer. Habiendo sido denegada esta petición en vía administrativa, presentó recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, alegando que exigir el cumplimiento del servicio militar sólo a los varones implica una clara y manifiesta discriminación por razón de sexo, que vulnera el principio constitucional recogido en el art. 14 CE.

En realidad, el recurrente no impugnaba la legalidad de los actos administrativos impugnados; más bien al contrario, reconocía implícitamente su adecuación a la legislación vigente. Lo que en el fondo venía a hacer mediante su recurso era discutir la constitucionalidad de dicha legislación. Así las cosas, dados los límites de la jurisdicción ordinaria, y el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que corresponde en nuestro sistema al Tribunal Constitucional, la única vía posible para analizar las alegaciones de aquel era el planteamiento por la Sala de la "cuestión de inconstitucionalidad" ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la sentencia rechazó las alegaciones de inconstitucionalidad vertidas en el recurso, y, así, señaló en primer lugar que "con independencia de que la no regulación del servicio militar de la mujer comporte o no una vulneración del principio de igualdad reconocido por el art. 14 CE... esa ausencia de regulación no ampara una exención al hombre del deber de cumplir la Ley dictada en desarrollo y acatamiento de la CE. Por consiguiente, aun en el hipotético caso de que el poder legislativo hubiera vulnerado la CE por el hecho de no regular el servicio militar de la mujer, seguiría el hombre obligado a cumplir la citada Ley, en cuanto al susodicho servicio se refiere". A continuación, la Sala recordó que el servicio militar no es sino una de las posibles formas de contribución a la

Defensa Nacional, cabiendo otras posibles vías de participación en este derecho-deber a las que las mujeres pueden tener acceso.

Contra esta sentencia interpuso el interesado recurso de casación, en el que directamente reconocía que los actos impugnados se ajustaban a la legislación vigente en la materia, y , a continuación, señalaba que “lo que se impugna son las propias leyes por considerarlas inconstitucionales per se”.

No obstante, el Tribunal Supremo rechazó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (única vía posible para enjuiciar la constitucionalidad de la legislación aplicable) con diversas consideraciones de orden procesal que no vienen al caso, si bien matizó —y esto es lo que en este momento interesa— que de haberse planteado efectivamente la cuestión, esta habría quedado “posiblemente avocada a una respuesta negativa” (25).

Otra importante sentencia, de fecha 21 de mayo de 1993 (reiteradamente citada en sentencias posteriores), se ha enfrentado a una petición similar, formulada por un objetor de conciencia que consideraba que no se podía obligar a los objetores varones a realizar la prestación social sustitutoria hasta tanto no se regulase por Ley el servicio militar de la mujer. Pues bien, la Sala rechazó la existencia de una vulneración del art. 14 CE, con las siguientes consideraciones:

“La vulneración constitucional la hace derivar el recurrente de una ausencia de regulación legal actual del servicio militar ordinario de la mujer.... pero con ese planteamiento surge una práctica imposibilidad lógica de lo que implicaría la necesidad de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, dado que el reproche se relaciona con normas de rango legal, a las que tampoco se anuda por acción una directa oposición a la Constitución, sino que la impugnación se efectúa por vía de la omisión de la fijación inmediata y actual de las condiciones en que deba pres-

(25) Lo cierto es que el Tribunal Constitucional, al menos hasta la fecha en que estas líneas se escriben, no se ha enfrentado directa y frontalmente con la cuestión. Tan sólo se ha acercado a ella en el Auto núm. 246/1993 de 13 de julio, por el que se inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia provincial de San Sebastián, la cual entendía que el art. 2.3 de la L.O. 8/84, tipificador como delito de la negativa a realizar la prestación social sustitutoria, podía ser inconstitucional al establecer una discriminación por razón de sexo, desde el momento que sólo los españoles varones podían cometer el delito por estar sólomente ellos obligados a la realización del servicio militar obligatorio. La Sala no entró en el fondo del asunto, por lo que de este Auto no puede extraerse ninguna conclusión válida en orden a la clarificación del problema que aquí se analiza.

tarse el servicio militar de las mujeres, que es tanto como oponerse al ritmo de la acción legislativa orientada a la homologación hombre/mujer, en el cuadro de los derechos y deberes del art. 30 de la Constitución española, lo que determinaría un juicio político que rebasa los cauces procesales de protección de los derechos fundamentales, ordinaria o de la Ley 62/78, en consideración a la discrecionalidad que corresponde al legislador para elegir el momento en que ha de desarrollar su acción esencialmente política. Y visto asimismo que como hace notar el Ministerio Fiscal, la actitud en cierto modo pasiva del legislador puede tener una justificación objetiva y razonable en la forma en que se va desarrollando, teniendo en cuenta la necesidad de una lógica previa adaptación de la infraestructura organizatoria militar, inexcusable para la posible incorporación femenina al servicio regular, y las consideraciones económicas y sociales a ponderar para dicha incorporación”.

En términos similares se pronuncia otra sentencia de la misma Sala, de fecha 22 de abril de 1994, en la que leemos:

“Los preceptos constitucionales invocados requieren el desarrollo por Ley ordinaria, pero además se conectan con una realidad sociológica y normativa que pueden hacer imperativo la evitación de una brusca mutación que afecta a colectivos de tan amplia extensión, con su secuela de problemas organizativos de naturaleza compleja. Es claro que el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente en el art. 14 CE; pero cuando se trata de dar virtualidad a este principio enfrentándose a una desigualdad de origen histórico y enraizada en los hábitos culturales de la sociedad, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección debe operar teniendo en cuenta las circunstancias de situaciones, lugares y tiempo, no correspondiendo a este orden jurisdiccional “mensurar ex constitutione la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección (STC 216/91 de 14 de noviembre)”.

De este modo, el Tribunal Supremo ha rechazado las alegaciones de infracción del art. 14 CE, señalando, como principal línea argumental, que el “ritmo” de incorporación de la mujer a los Ejércitos está condicionado por el desenvolvimiento y desarrollo del proceso de plena equiparación entre hombres y mujeres, y, concretamente, por el proceso de adaptación a tal efecto de las Fuerzas Armadas; procesos ambos que requieren un período largo de tiempo, sin que la Jurisdicción Ordinaria pueda censurar la falta de presteza o diligencia de los otros Poderes del Estado a la hora de agilizar su evolución.

Ahora bien, este razonamiento resultaría irreprochable si no fuera porque la adaptación de la infraestructura militar al personal femenino ya puede considerarse realizada. De otro modo, habrían sido inviables y absurdas las múltiples convocatorias que en los últimos años han tenido lugar para el acceso a las Fuerzas Armadas en la categoría de tropa profesional, a las que las mujeres han podido acceder sin limitaciones cuantitativas. En efecto, en tales convocatorias no se ha establecido, con carácter general, ninguna limitación apriorística sobre el número máximo de mujeres que podían ser declaradas aptas en los correspondientes procesos selectivos, o, dicho sea de otro modo, no se han fijado con carácter general cupos restringidos de plazas para mujeres. Y podía haberse hecho. No hay duda de que la necesidad de adaptar la organización e infraestructuras militares a la presencia de la mujer en los Ejércitos hubiera justificado plenamente una limitación temporal o transitoria del número de plazas a las que las mujeres podrían aspirar. Pero no se hizo así, al contrario, las convocatorias ofrecieron un número importante de plazas indistintamente a españoles de ambos sexos, sin restricciones cuantitativas para las aspirantes de sexo femenino. En estas circunstancias, carece de sentido decir que la exención de la mujer respecto del servicio militar obligatorio se debe a problemas organizativos.

Pero incluso admitiendo a efectos dialécticos que esa adaptación de infraestructuras no estuviera culminada, este hecho podría justificar una limitación temporal y transitoria de la equiparación de sexos en la prestación del servicio militar, en el bien entendido de que correspondería a los Poderes Públicos procurar las condiciones para que tal adaptación se consiguiera con la mayor celeridad, pues desde 1980 han transcurrido quince años, periodo de tiempo más que suficiente para procurar esa adaptación.

Lo que ocurre es que la vigente Ley del servicio militar no se ha planteado la cuestión como un problema de transitoriedad. Diferentemente, para el legislador la exención de la mujer respecto del servicio militar obligatorio no parece ser una cuestión de plazos ni de coyunturas. Al contrario, se ha optado por la exclusividad del servicio militar de los varones de forma estable, definida y permanente, sin que la Ley prevea —ni siquiera como desiderátum— alguna medida, por pequeña que sea, tendente a ir procurando una paulatina incorporación de las mujeres al servicio (obligatorio) en filas. Basta acudir al párrafo antes transcrito de su exposición de motivos para constatar que la participación de la mujer en la Defensa se remite ¡a las normas sobre movilización!, con la justificación (desde luego poco convincente y jurídicamente insostenible), de que

las necesidades de la Defensa quedan cubiertas con el concurso de los varones (26).

La misma exposición de motivos trata de apoyarse en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de derechos humanos. Pero el Tribunal Supremo no ha legitimado el sistema de conscripción restringida para los varones; diferentemente, se ha limitado a señalar que el desarrollo del proceso de equiparación entre ambos sexos responde a unos criterios de política legislativa en los que los Tribunales de Justicia no deben inmiscuirse, por corresponder a los otros Poderes del Estado, de donde se colige que para este Tribunal el sistema está llamado a evolucionar hacia la plena igualdad de sexos. En cuanto al Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de derechos humanos, no se han pronunciado de modo concreto y específico sobre esta cuestión, y desde luego la doctrina general sobre el principio de igualdad, lejos de legitimar el vigente modelo de servicio militar, permite calificarlo como claramente inconstitucional, por establecer una diferenciación basada en una causa constitucionalmente prohibida como es el sexo, sin justificación objetiva y razonable.

Se puede oponer a lo que se acaba de afirmar que esa justificación objetiva y razonable existe, y se sitúa en el contexto de cambio, evolución y adaptación de la Administración Militar a las nuevas realidades sociales. Ciertamente, la única (y discutible) justificación posible para el actual estado de la cuestión se enmarca en la propia evolución del proceso de equiparación de varones y mujeres, aún inacabado y sujeto a una cons-

(26) El Defensor del Pueblo rechazó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la vigente Ley del Servicio Militar con el muy endeble argumento de que aun cuando todos los españoles, tanto hombres como mujeres, tienen el deber de defender a España, no obstante la Constitución no fija en qué forma ha de prestarse ese deber, siendo el servicio militar sólo una de las posibles formas de cumplimiento del mismo, y siendo legítima la opción del legislador por establecer que la mujer cumple con dicho deber mediante su incorporación a los Ejércitos con carácter voluntario o mediante la movilización general en caso de catástrofe o calamidad pública (vid. "Informe del Defensor del Pueblo relacionado con la Administración Militar (1992)- 2.ª parte"; REDM 66, pp. 406-410). La debilidad de este argumento reside precisamente en que siendo el deber de contribución a la Defensa idéntico para españoles y españolas, sin embargo a los españoles se les impone coactivamente su cumplimiento, mientras que a las mujeres se les invita a prestarlo voluntariamente. Y la existencia de las normas sobre movilización en nada altera las cosas, pues es evidente que la Ley del servicio militar se aprobó para su aplicación en circunstancias de normalidad, y otra ley prevista para supuestos excepcionales no puede servir como pauta de interpretación constitucional de la normalidad.

tante evolución tendente a la equiparación de ambos sexos. Puede decirse que la situación actual dista de ser la más acorde con el principio constitucional de igualdad, pero significa un avance respecto de épocas pasadas, en las que la mujer no podía acceder a las Fuerzas Armadas ni siquiera con carácter voluntario. Nos encontraríamos en un estadio intermedio, ciertamente imperfecto y por ello susceptible de ser mejorado, entre la discriminación para la mujer de épocas pasadas, y la completa igualación o equiparación de sexos, tanto en derechos como en deberes, a la que en el futuro podría y debería llegarse. Estado intermedio que precisa de una acción legislativa y de Gobierno tendente a su superación (para lograr la plena igualdad de derechos pero a la vez evitar la distorsión que supone la equiparación en el ámbito de los derechos pero no en el de los deberes), cuyo ritmo de desarrollo no parece que corresponda determinar al Poder Judicial, sino al Legislativo y al Gobierno, por no tratarse de una cuestión de legalidad sino de oportunidad política.

Sin embargo, ya se recordaba en páginas anteriores cómo el Tribunal Constitucional ha señalado que la adaptación de las desigualdades de origen histórico a los principios constitucionales no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo, toda vez que el retardo en la adopción de decisiones tendentes a superar tales situaciones puede derivar en una declaración de inconstitucionalidad de las mismas (27). Por ello, la formulación y desarrollo de una política orientada a la equiparación no sólo en derechos sino también en deberes de todos los españoles, cualquiera que sea su sexo, no puede retrasarse más, so pretexto de que son necesarias adaptaciones organizativas. Si efectivamente tales adaptaciones son necesarias, procédase cuanto antes a realizar las oportunas reformas. Pues si no se realizan, tarde o temprano podría llegar a declararse la inconstitucionalidad de una situación de hecho objetivamente discriminatoria que no hay intención de cambiar.

Y desde luego, para que el actual modelo legal de configuración del servicio militar pudiera considerarse conforme a la Constitución, debería estar, al menos, expresamente caracterizado como un sistema transitorio,

(27) No sólomente en la sentencia antes citada sobre el acceso de la mujer a los Ejércitos. Al menos en otra ocasión, el Tribunal Constitucional ha censurado expresamente la pasividad y falta de diligencia del Legislador a la hora de abordar una reforma legal. En efecto, la STC 194/89 de 16 de noviembre se dirigió expresamente al Legislativo señalando la necesidad de abordar sin dilaciones una reforma legal prevista desde hacía años, en concreto, la del régimen disciplinario de la Guardia Civil, diciendo al respecto que “el legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas...”(FJ 4.º).

llamado a evolucionar hacia la incorporación de la mujer en las mismas condiciones que el varón, con arreglo a una política decidida y explícitamente manifestada en tal sentido.

Por contra, si la intención del legislador al aprobar la vigente legislación del servicio militar ha sido la de zanjar la cuestión, obviando cualquier referencia a una evolución normativa tendente a la equiparación de sexos en este punto (y tal parece ser el caso de la Ley actualmente vigente), puede afirmarse que la perpetuación de esta desigualdad manifiesta (al hacer descansar la contribución obligatoria al “deber de defensa” sólo sobre los varones cuando se trata de un deber que vincula a la generalidad de la población española) infringe el art. 14 CE y por consiguiente resulta claramente inconstitucional (28).

IX. EL SERVICIO CIVIL COMO ALTERNATIVA AL SERVICIO MILITAR

Lo cierto es que en el momento presente se advierte que un número cada vez mayor de españoles varones alegan sentirse discriminados por el

(28) En esta línea, precisamente, se pronuncia un creciente sector doctrinal. Así, señala J. de Lucas que “hoy resulta difícil negar la evidencia de que, pese a los repetidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, si hay dificultades de congruencia constitucional y de legitimidad, son las que afectan precisamente al régimen actual de la prestación militar del deber de defensa. Que en este régimen se produce, de entrada, una discriminación injustificada, es algo que vengo manteniendo con otros muchos... que la mujer, a diferencia del hombre, pueda desempeñar cargos de suboficial, oficial o jefe en las Fuerzas Armadas y Cuerpos de seguridad del Estado y, sin embargo, quede fuera del deber de defensa a España en su modalidad militar, es insostenible mientras esa situación no sea idéntica a la del varón” (“La ley de servicio civil: las opciones posibles y su fundamento constitucional”; Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1696, p. 145). En el mismo sentido, afirman J.E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ y A.M. MORENO MOLINA que “para que se produzca una exención de un deber constitucional, lo que comporta un privilegio, debe ello basarse en un fundamento razonable y serio y debe justificarse por la protección de bienes o intereses constitucionalmente dignos de tutela. Es claro que dicho fundamento carece hoy en día de consistencia, una vez que se han levantado por el legislador todas las trabas que impedían a la mujer su equiparación al varón en cometidos de dirección de fuerza. También carecen de peso desde un plano puramente jurídico las razones que el servicio militar comporta tareas para las que no hay previsiones de intendencia en los tres ejércitos de cara a una incorporación de la mujer. En ese caso, provéase lo necesario para el cumplimiento del servicio social sustitutorio, con lo que quedaría cumplimentada la vocación de generalidad en que se expresa el art. 30 de nuestro texto fundante básico” (“Principio constitucional de igualdad y no prestación del servicio militar”, en VV.AA.: “El principio de igualdad en la Constitución española”, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1991, p. 650).

hecho de que les obligue a contribuir a la Defensa Nacional mediante una prestación personal obligatoria, mientras que para las mujeres existe una posibilidad de contribución a la Defensa que en ningún caso se convierte en obligación jurídica. Un número importante de jóvenes varones no pueden comprender por qué se les obliga a vestir el uniforme militar (o a realizar una prestación social), mientras que a las mujeres con quienes conviven diariamente en los Centros docentes o en el trabajo a nada se les obliga y en cambio se les permite vestir ese uniforme si lo desean (y en ningún caso se les obliga a realizar ninguna prestación social con carácter forzoso)

Ante esta situación, la solución primera y más inmediata sería la extensión del reclutamiento forzoso a la población femenina. Pero elementales consideraciones de política legislativa aconsejan descartarla: el rechazo social hoy en día existente al servicio militar se vería incrementado hasta límites inimaginables si se obligara a las españolas a prestarlo.

Otra solución que pondría término de modo radical a este problema sería la supresión de la conscripción, mediante la definitiva y completa profesionalización de las Fuerzas Armadas. Esta parece ser la opción de política legislativa seguida en la actualidad por algunos de los principales Partidos Políticos, pero, por estar supeditada a las disponibilidades presupuestarias, y encontrarnos en un periodo de restricciones económicas para las necesidades militares, no resulta aventurado afirmar que pasarán varios años antes de que se abandone el todavía vigente modelo mixto de Fuerzas Armadas, con un porcentaje de tropa profesional y otro de reclutamiento forzoso.

Así las cosas, tomando como punto de partida la situación actual, con un sistema vigente de reclutamiento forzoso para el servicio militar destinado únicamente a los jóvenes varones, una alternativa perfectamente viable y respetuosa con los principios constitucionales sería la creación de un "servicio civil para fines de interés general", destinado a los jóvenes de ambos sexos, alternativo al servicio militar, y no meramente sustitutorio del mismo, tal y como la misma Constitución prevé en el párrafo 3.º del art. 30 (29).

No hay, en efecto, inconveniente constitucional alguno en imponer a los españoles un "deber de solidaridad" con carácter obligatorio, mediante la realización de una prestación personal con carácter temporal. La instaura-

(29) Vid. DE LUCAS, J., op. cit., pp. 372-374.

ción de ese servicio civil contribuiría a “desmilitarizar” el deber de defensa (que como se ha dicho reiteradamente a lo largo de este trabajo, trasciende lo estrictamente militar, y vincula a todos los españoles, y por tanto también a las españolas) y situaría en un plano de igualdad a todos los jóvenes, ya que todos estarían obligados a contribuir a dicho deber, ya sea mediante el servicio militar, ya sea mediante un servicio civil prestado en iguales condiciones que aquel, debiendo escoger entre una u otra opción.

Podría objetarse a esta posibilidad que la misma idea de “solidaridad” pugna con su exigibilidad jurídica. La solidaridad parece ser un impulso personal que no puede ser impuesto bajo apercibimiento de sanción. Pero este argumento puede rebatirse, ante todo, con el mismo texto constitucional, que en el párrafo 4.º del tan citado art. 30 articula un inequívoco deber de solidaridad al prever que “mediante Ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública” (30). En el fondo, como señala J. de Lucas, quienes sostienen planteamientos de este tipo parece que están pensando “en concepciones de la solidaridad propias de otros contextos históricos” (31). Pero las cosas han cambiado. Como dice Gaspar Ariño, en otros tiempos las tareas de protección social quedaban asumidas “por la Iglesia, las Fundaciones, las Corporaciones profesionales o económico-sectoriales y, sobre todo, por un modelo de familia apoyado en la estabilidad y la continuidad de los lazos, que se extendían a todos sus miembros, a veces de varias generaciones. Hoy en día ello no es así y es inútil desear que lo sea. El Estado ha tenido que asumir tareas y funciones que otrora correspondían a los Cuerpos intermedios de la sociedad. La protección social es una nueva razón de ser del Estado moderno y debe alcanzar sin limitación alguna, a los niños, los enfermos y los ancianos” (32).

La instauración de este servicio civil obligatorio como manifestación del deber de solidaridad podría plantear, pues, problemas de oportunidad

(30) Los Constituyentes tuvieron claro que en este precepto se estaba configurando un auténtico deber de solidaridad. En este sentido, señala Oscar Alzaga que “estamos ante una disposición que es trasunto del principio de solidaridad entre todos os que formamos la Comunidad española, que es el gran principio implícito de nuestra Constitución, porque inspirándola en muchos de sus preceptos, no se encuentra explicitado ni en el art. 11.1, ni en los arts. 9.2 y 10.1” (“Comentario sistemático a la Constitución española de 1978”, Ed. del Foro, 1978, p. 273).

(31) Op. cit., p. 370.

(32) “Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público)”; Ed. Marcial Pons, 1993, p. 16.

política, pero no de constitucionalidad, al estar plenamente justificado por el “interés general” que habría en su adecuada prestación, desde el momento que mediante el mismo podría darse cobertura a necesidades sociales cuya protección ha asumido inequívocamente el Estado (33). Siempre habrá ámbitos sociales en los que prestar ese deber de solidaridad sin entrar en “competencia desleal” con el mercado de trabajo (34). De este modo, se atenderían eficazmente necesidades sociales que el Estado no puede (al menos por el momento) procurar o garantizar.

Además, al configurar el servicio civil como un deber autónomo, en cuanto que independiente del servicio militar y alternativo al mismo, perderían su fundamento la mayor parte de los argumentos con que tratan de legitimar su conducta los partidarios de la llamada “insumisión”, un fenómeno que continúa creciendo ante el desconcierto de los Poderes Públicos y de la misma sociedad, fuertemente dividida en cuanto a su valoración. En última instancia, la articulación legal de un servicio civil para fines de interés general, tal y como se ha propuesto en este trabajo, sería beneficiosa para las mismas Fuerzas Armadas, a las que accedería un personal de reemplazo con mayor y mejor motivación, y a las que se otorgaría un reconocimiento social superior al que ahora disfrutan.

(33) Basta una rápida lectura de los “principios rectores de la política social y económica” regulados en los arts. 39 y ss. de la Constitución para comprobar hasta qué punto es verdad que la protección social, antaño dejada en manos de las obras de beneficencia inspiradas por particulares, ha sido asumida en la actualidad por los Poderes Públicos.

(34) Vid. DE LUCAS, *op. cit.*, p. 373.