

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en [www.cotino.net](http://www.cotino.net).

**La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI, CEC, Madrid, 2000, de 148 páginas (estudio resultante de la reelaboración, actualización y ampliación del que mereció el “Premio nacional Ejército 1999”).**

**La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI**

**Lorenzo Cotino Hueso\***  
**(Universitat de Valencia)**

## **A MODO DE PRESENTACIÓN**

### **I. LA INVESTIGACIÓN DEL ÁMBITO MILITAR Y EL OBJETO Y LAS PRETENSIONES DEL PRESENTE ESTUDIO**

- A) INVESTIGACIÓN Y CONVERGENCIA CIVIL-MILITAR
- B) LOS PROPÓSITOS DEL PRESENTE ESTUDIO

### **II. ¿QUÉ IGUALDAD PROTEGE LA CONSTITUCIÓN? UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA IGUALDAD**

- A) ¿CÓMO HA TRADUCIDO EL ESTADO CONSTITUCIONAL LA PERENNE IDEA DE IGUALDAD?
- B) LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA IGUALDAD
- C) ¿CUÁNDO UN TRATO DIFERENTE PUEDE REPUTARSE DISCRIMINATORIO?

---

\* El presente estudio, en una versión anterior menos extensa, tuvo la suerte de obtener el “Premio nacional Ejército 1999” (Primer premio), convocado por el Ministerio de Defensa, modalidad enseñanzas universitarias, convocado por orden 500/38852/1998 (BOD nº 204 de 20 de octubre de 1998).

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

D) LAS USUALES CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

### III. LA EXISTENCIA DE UN DERECHO MILITAR BIEN DIFERENTE AL DERECHO COMÚN

- A) LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE LA DEFENSA
- B) LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO MILITAR

### IV. CUÁNDO, CUÁNTO Y CÓMO SE HA SEGUIDO LA SINGULARIDAD DEL DERECHO MILITAR DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

- A) LA DESATENCIÓN DOCTRINAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PARA ABORDAR EL PECULIAR RÉGIMEN CASTRENSE
- B) LA FORZADA ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO MILITAR POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EL AMPLIO ABANICO DE CUESTIONES ABORDADO Y LA GENERALIZADA ADMISIÓN DEL TRATO DIFERENTE
  - 1- *La invocación de la igualdad del militar respecto del resto de los ciudadanos y funcionarios públicos*
  - 2- *Las demandas de igualdad en el seno de la propia institución militar*
- C) LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL, SALVO EXCEPCIONES, HA SIDO ERRANTE, FALTA DE CELO Y DEFECTUOSA
  - 1- *El Tribunal, lacónicamente y sin continuidad de criterio, pone fin al examen de igualdad afirmando que las diferencias alegadas no son comparables*
  - 2- *La insuficiente concreción de la finalidad perseguida por el trato diverso*
  - 3- *La huida del análisis de la congruencia. Dos ejemplos de la profundidad exigible al Tribunal*
  - 4- *El talón de Aquiles del Tribunal: la falta de análisis de la proporcionalidad de la diferencia de trato*

### V. LAS POSIBILIDADES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LO MILITAR, UNA PROPUESTA HACIA EL FUTURO

- A) LA IGUALDAD PUEDE PREDICARSE TANTO RESPECTO DEL RESTO DE CIUDADANOS Y SERVIDORES PÚBLICOS, CUANTO DENTRO DE LAS FUERZAS ARMADAS
- B) ¿SOBRE QUÉ PARCELAS RESULTA OPORTUNO INVOCAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD?

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

- 1- Deben quedar bajo el principio de igualdad todas las cuestiones relativas a la cláusula específica de no discriminación*
- 2- Queda excluido del análisis desde la igualdad lo que afecte al vasto ámbito del estatuto de derechos fundamentales del militar*
- 3- Diferentes ámbitos sobre los que puede operar el principio de no discriminación*

## **VI. ¿Y EL SEXO? MUJERES Y HOMOSEXUALES ANTE LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS DEL SIGLO XXI**

- A) UN MOMENTO HISTÓRICO PARA LA IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXOS: LA PROFESIONALIZACIÓN DE LOS EJÉRCITOS
- B) LA IRONÍA DE LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN EL EJÉRCITO ESPAÑOL: DE LA DISCRIMINACIÓN A UNA INTERESADA DISCRIMINACIÓN POSITIVA
  - 1- El final de un largo camino: la plena incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas*
  - 2- El principio de un nuevo trayecto: la interesada necesidad de adoptar medidas positivas en favor de la maternidad militar*
- C) UN SIMBÓLICO AVANCE DEMOCRÁTICO: LA ACEPTACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LOS EJÉRCITOS
  - 1- Una aproximación constitucional a la homosexualidad y su admisión en el seno de las Fuerzas Armadas. Nuevos aires impuestos por la justicia supranacional*
  - 2- Una paradoja histórica: las parejas de hecho(en su caso del mismo sexo) obtienen su primer reconocimiento Estatal, precisamente, en el seno de la institución militar*

## **VII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES**

### **BIBLIOGRAFIA EMPLEADA**

## A MODO DE PRESENTACIÓN

El estudio de las fuerzas armadas desde la perspectiva del Derecho Constitucional ha venido constituyendo, en los veintiún años de vigencia del texto fundamental, un objeto marginal de la disciplina, cuando no una rareza que obedeciera más a los gustos personales o a la especial vinculación del autor con la institución o con centros de estudios militares, que a la consideración del tema como propiamente constitucional. El valor del presente trabajo, como los que sobre el mismo tema ha afrontado ya Lorenzo Cotino, no reside sólo en que trate de llenar esta laguna sino en el enfoque, claramente constitucional y rigurosamente jurídico pero alejado de la tradicional consideración de las fuerzas armadas como institución especial e imposible de someter a los comunes principios básicos del ordenamiento constitucional.

Para el autor la entrada en vigor de la Constitución invitaba a llevar a cabo, al tiempo que imponía, una relectura constitucional de todos los elementos de la misma y fue también la ocasión excepcional, y novedosa en España, para que se operara la esperada imbricación de la institución armada en la sociedad civil. Por ello, se muestra sorprendido al observar que, ni en los cuarteles ha entrado la Constitución en los primeros veinte años de su vigencia, al menos su parte más esencial en la que se contienen los derechos fundamentales, ni la jurisprudencia (siquiera la constitucional), generada por la invocación de preceptos constitucionales ha dado el salto cualitativo que la entrada en vigor de la Constitución exigía y que sí se ha logrado en tantos otros campos jurídicos.

En los estudios que el autor ya ha publicado demuestra que no se le oculta el conocimiento de las especialidades que necesariamente derivan de la peculiar institución ante la que nos encontramos y la necesidad de que el Derecho dé cobertura a tales peculiaridades; pero deja siempre bien claro que éstas no pueden ser el punto de partida ni el enfoque central del desarrollo, como podría parecer que ha ocurrido en los escasos estudios existentes sobre la institución tal vez para no entrar en un análisis jurídico en profundidad (como ya se ha apuntado, en esta crítica cabría también incluir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto que ha rehuido el inicio de tal análisis jurídico); sino que el enfoque y los presupuestos de que se ha de partir es el texto constitucional (todos sus mandatos interpretados en forma integrada) siendo éste también el que proporcionará los principios,

reglas y pautas de adecuación del mismo a las peculiaridades de la institución.

Por lo que se refiere a este trabajo concreto, el autor ha tenido que afinar mucho más el rigor jurídico a que nos tiene acostumbrados puesto que se propone, y a mi juicio lo logra, llevar a cabo un análisis del principio y derecho de igualdad que es, justamente, la síntesis, y cualificación a la vez, de todos los derechos fundamentales. Plantear siquiera el tema de la igualdad en los cuarteles, tanto en las relaciones internas de sus muy diversificados miembros como en sus conexiones exteriores con el resto de la sociedad, supone encarar el núcleo más duro de toda la problemática que puede plantear el respeto de los derechos fundamentales en el marco de las fuerzas armadas.

Lorenzo Cotino ha sabido responder a tal reto con impecable utilización del método jurídico desde su convicción de que la normatividad constitucional no puede permitir zonas inmunes a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y del principio de igualdad evitando caer en la aspereza que suele caracterizar los análisis típicos del formalismo jurídico, gracias a su propio sentido crítico y a la oportunidad con que ha escogido un tema tan difícil, pero de tan rabiosa actualidad, que halla inmediata proyección de futuro como el propio título del libro trata de subrayar.

En efecto, la constatación del retraso con que la Constitución entra en los cuarteles y la argumentación para demostrar el necesario sometimiento de éstos a aquélla se complementan con un razonamiento crítico sobre las razones que pueden explicar tan tardía pero decidida “conversión” al principio de igualdad llevada a cabo especialmente por lo que se refiere a la aceptación de las mujeres en el ejército; así, concluirá el autor, que del análisis que ha llevado a cabo sobre los más recientes cambios normativos se desprende que ha quedado expedito el camino a la igualdad de sexos. “No obstante, se ha puesto de manifiesto cuál es el interés actual en abrir las puertas a la mujer: son imprescindibles para que se pueda llevar a cabo con éxito el proceso de profesionalización. Ha sido éste el motivo, a mi juicio, para que la apertura de puertas al género femenino se haya llevado a cabo cometiendo incluso algunos excesos en su favor...”.

La actualidad del tema no puede ser, pues, mayor y la valentía del estudio tampoco si se tiene en cuenta que los objetivos escogidos para puntualizar el estudio general de la igualdad en las fuerzas armadas constituían hasta ahora temas “tabú” en el ejército: junto al de la mujer ya mencionado, el de la homosexualidad sobre el que, ello no obstante,

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

afirma el autor que España no se sitúa entre los países más intolerantes. Así parece confirmarlo la Ley 29/1999, de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS. En la misma, según el autor, se recoge lo que constituye una auténtica ironía histórica: el ámbito militar ha pasado a constituir vanguardia en materia de derechos fundamentales, pues el Ejército es la primera institución estatal en la que se han reconocido las parejas de hecho y, entre ellas, las constituidas por homosexuales.

Lorenzo Cotino es investigador (muy brillante, a mi juicio) en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia cuya seriedad y valía ha quedado bien probada en sus trabajos ya publicados y en su constante dedicación a los proyectos colectivos que, en la línea de investigación sobre los derechos fundamentales, desarrollamos un grupo de profesores de dicho Departamento. Por lo que se refiere a Éste en concreto, baste decir que ha merecido, y obtenido, el Premio Ejército de 1999.

REMEDIÓ SANCHEZ FERRIZ  
Catedrática de Derecho Constitucional  
Valencia, octubre de 1999.

## I. La investigación del ámbito militar y El objeto y las pretensiones del presente estudio

### A) Investigación y convergencia civil-militar

El colectivo armado no debe permanecer distanciado del resto de la sociedad, sin perjuicio de ello, este “resto de la sociedad” -la “civil”- también debe aproximarse al mundo castrense. Si demandamos que el mundo militar deje de resultar algo distante, apartado, no sólo cabe exigir una actitud convergente y positiva por parte de los miembros del estamento armado, sino que es responsabilidad de quienes formamos parte esta sociedad “civil” procurar, también, un acercamiento hacia el fenómeno militar. Establecer esta convergencia por la vía del conocimiento científico puede resultar, quizá, uno de los medios de entendimiento más sólidos y efectivos. No sin razón, en 1928 Pumarola afirmaba que “el abismo que antes existió entre ellas [Ejércitos y sociedad] tiende a disminuir, y más se disminuirá cuanto más se avance en el mutuo conocimiento”<sup>1</sup>.

Afirman Bañón y Olmeda que cuando los Ejércitos participan en la vida política del Estado no se da un libre conocimiento de lo militar por parte de los civiles; en estas circunstancias -añaden estos autores- salvo que lo que se afirme por los civiles sea una apología de los valores militares y/o resulte adulator a éstos, se prefiere mantener el mundo castrense en la oscuridad y en la ignorancia<sup>2</sup>. Cabe recordar que estas fases de participación militar en la política -ya distantes- se corresponden con una concepción del *enemigo interno*, como inserto en la sociedad<sup>3</sup>; de ahí que no se dé un excesivo celo militar en converger con la sociedad civil, sino más bien al contrario. Y es que, tal y como se ha afirmado “para que un tirano pueda utilizar un ejército contra su propio pueblo, es preciso separarle de él, aislarlo, pues si el ejército está unido al pueblo resultará muy difícil poderlo usar contra él”<sup>4</sup>. Sin embargo, en un sistema democrático como el actual la función

<sup>1</sup>Cfr. PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército. (Vulgarización sobre los fines y medios del Ejército en la sociedad actual)*, Católica Toledana, Toledo, 1928, pág. 37.

<sup>2</sup>Cfr. BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José A., “El estudio de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV., *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-59, en concreto, págs. 23 y ss.

<sup>3</sup>Cfr. BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José A., “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 26.

<sup>4</sup>Cfr. BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed. ), Ariel, Barcelona, 1984, pág. 209.

militar es propiamente defensiva y el enemigo se sitúa en el exterior. En esta situación democrática y de *enemigo externo*, las investigaciones sobre temas militares y de defensa por parte de los *civiles* son fundamentales en favor de la integración social del estamento militar en la sociedad, así como, de otra parte, lo es una adecuada educación y enseñanza militar *en y de* los derechos humanos y los principios democráticos<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva hay que señalar que en democracia resulta recomendable que los Ejércitos y la sociedad converjan, pues, de este modo, se fomenta la necesaria cohesión frente al posible enemigo común, e incluso se favorece la eficacia de la propia institución<sup>6</sup>.

En muchas ocasiones, los trabajos sobre la materia castrense han sido realizados por miembros del Ejército o personas cercanas a éste o, por contra, por quienes profesan un marcado antimilitarismo. Tanto unos como otros no siempre ofrecían una perspectiva adecuada; la subjetiva ligazón a la institución militar o un arraigado desapego a la misma se dejaban traslucir en demasía a la hora del estudio objetivo y riguroso.

No hay que olvidar que una nota esencial de la institución militar es que goza de valores propios, en muchas ocasiones divergentes de los civiles, en todo caso, se trata de un colectivo que permanece, aún hoy, en cierto modo distante del resto de la sociedad, en el que el fuerte corporativismo forma parte de su propia naturaleza organizativa. Dadas estas notas propias del estamento armado -sólidamente constatadas

---

<sup>5</sup> En un reciente estudio he tenido la ocasión de subrayar la radical importancia que tiene una educación y enseñanza militar basada en el objeto educativo que impone el artículo 27. 2º de la Constitución, COTINO HUESO, Lorenzo, "Exigencia del conocimiento de los derechos humanos y los principios democráticos por los funcionarios militares", en AA.VV *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 308-331. Como ahí se sigue, en el marco castrense el despliegue de la virtualidad de dicho precepto adquiere particulares connotaciones del todo favorables tanto para las Fuerzas Armadas, para sus componentes, como para el resto de la sociedad. Este estudio, así como el libro en el que se enmarca, desarrolla en buena medida los presupuestos básicos de la tesis sostenida por SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.

<sup>6</sup> PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército...* cit. , tenía un absoluto convencimiento de lo útil que podía resultar la democracia para el Ejército. En esta razón afirmaba que:

"para que el ejército desarrolle su misión con las mayores probabilidades de éxito, es de absoluta necesidad que el ciudadano que forme en sus filas esté educado en la democracia, que hace reinar la armonía de esfuerzos, y en la posible libertad [...] la forma democrática de gobierno, es la más favorable para el desarrollo de la fuerza militar, que la guerra exige." (Cfr. ob. cit. págs. 34-35)



por la Sociología militar<sup>7</sup>-, no siempre parece lo más apropiado que sean los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS) quienes estudien lo militar, a resultas de una pérdida de objetividad.

Ahora bien, si se afirma que los estudios realizados por militares corren el riesgo de la pérdida de objetividad, igualmente hay que advertir que el “civil” no está exento del mismo riesgo. Las connotaciones históricas, políticas y sociológicas del estamento armado deben ser tenidas en cuenta como objeto de estudio, pero no deben influir en la percepción por parte de quien aborda lo militar. Quien atienda científicamente el mundo militar debe acudir a él plenamente liberado de todo tipo de prejuicios. Sin embargo, desde las filas civiles tampoco se ha tratado la temática castrense con la neutralidad que se requiere en el estudio del Derecho. El “civil” que pretenda abordar con rigor el mundo castrense debe, ineludiblemente, entender y comprender una institución tan específica y singular como lo es la militar. Para ello, se debe realizar el esfuerzo añadido (en relación con otros objetos de estudio) de adentrarse en la realidad de este colectivo tan particular. Si cumple con este requisito, ya no se debe temer el ser acusado de desconocimiento e incompreensión hacia el mundo castrense<sup>8</sup>.

Sorprende el hecho de que sobre la materia militar no se haya prestado por parte de los civiles la atención que posiblemente merezca. Quizá el motivo de esta carencia investigadora se deba, precisamente, a las dos exigencias antes reseñadas para abordar el mundo castrense (carga de politicidad, existencia de prejuicios sobre la materia y necesidad de una sólida formación para abordarla correctamente). Estos requisitos de alguna manera han frenado el conocimiento de lo militar por la sociedad civil. En este sentido hay que tener en cuenta que la renuncia al conocimiento de lo militar por parte del resto de la sociedad fomenta, indirectamente, una visión uniforme del fenómeno

---

<sup>7</sup>Al respecto véase, entre otros, HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr., Charles, *Las fuerzas armadas y la sociedad*, con introducción de ALONSO BAQUER, Miguel, Alianza Editorial, Madrid, 1984, que contiene una reseña comentada de más de 600 títulos sobre la materia.; AA. VV., *La institución militar ...* cit. y la bibliografía ahí contenida (págs. 326-351). En general, resultan básicas las siguientes obras: JANOWITZ, Morris, *The professional Soldier*, The Free Press, 1960, ahora en *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990; HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado y el Estado*, (1957), Círculo Militar, Buenos Aires, 1962; BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera...* cit. y MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R. *Lo militar: más que una profesión?*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1991.

<sup>8</sup>BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José A., “El estudio de las Fuerzas Armadas... cit. pág. 23. afirmaban en 1985 que ningún estudio -de civiles- a cerca de la institución castrense parece quedar eximido de la acusación -por parte de los militares- de desconocimiento e incompreensión hacia el mundo castrense.

militar. Al elaborarse la investigación únicamente por los miembros de la institución castrense, los estudios corren el riesgo de *retroalimentarse* continuamente, al quedar cargados de los valores y principios propios de la institución armada.

### **B) Los propósitos del presente estudio**

Bajo estos puntos de vista, el presente estudio se imbrica, por doble partida, en la convergencia civil militar. De una parte porque constituye conocimiento de la institución militar por un civil desde la Ciencia del Derecho. De otra parte, porque su objeto versa directamente sobre una forma de abordar la integración social del colectivo castrense. No en vano se atiende la proyección de la dimensión de la igualdad sobre el fenómeno jurídico militar. No se trata en modo alguno de un *alegre canto* a favor de un trato igual de lo civil y lo militar, desconociendo las hondas singularidades que recaen sobre los Ejércitos. De lo que se trata es de un profundo y, si se quiere, atrevido análisis del papel que jurídicamente puede llegar a jugar la igualdad en la esfera militar, con una buena dosis de visión de futuro. Todo ello en la inteligencia de que una adecuada entrada de la igualdad jurídica en el mundo de los cuarteles supone un factor de convergencia civil – militar, una contribución al máximo acercamiento posible que puede llegar a darse entre las FAS y la sociedad a la que sirven y de la que forman parte.

Hay que advertir que, hasta la fecha, no se ha dado un estudio jurídico en España que verse centralmente sobre este punto de vista de la igualdad en el ámbito militar. Ello, unido al verdadero convencimiento de la utilidad de los fines perseguidos ha motivado el presente trabajo. Sin perjuicio de su naturaleza jurídica, cabe señalar que el mismo pretende no alejarse de otras disciplinas sociales, de lo contrario caería, sin duda, en un grave reduccionismo, en una insalvable superficialidad. Y es que en pocos ámbitos del conocimiento como en lo militar se puede percibir la verdadera interconexión que se da entre el Derecho, la Teoría del Estado, la Política, la Sociología y la Historia. En virtud de ello, si se trata de apreciar el fenómeno militar desde la perspectiva del Derecho -como es el caso- el desconocimiento de factores históricos, políticos y sociológicos sería imperdonable. La verdadera labor del jurista que estudia el fenómeno militar reside en integrar en las herramientas del Derecho toda la

particularidad que subyace en el mundo castrense, tarea en modo alguno sencilla.

La perspectiva de este estudio no es otra que la del Derecho constitucional, en este sentido, hay que recordar una idea que preside estas páginas: en un Estado constitucional las FAS no sólo deben acatar la Constitución<sup>9</sup>, sino que se exige, también, que ésta “entre en el mundo de los cuarteles”<sup>10</sup>. Se atiende, pues, hasta qué punto un valor superior, principio jurídico y derecho reconocido en la ley de leyes, como lo es la igualdad, ha entrado en la parcela militar, y lo que es más, se apunta en qué direcciones y con qué intensidades puede seguir haciéndolo.

---

<sup>9</sup> En este sentido cabe recordar las palabras de FERNÁNDEZ FLORES, José L. , “Los fundamentos el orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 263-274, página 272:

“que el ejército sea democrático es que acate la Constitución, y no otra cosa. Un Ejército que acata la Constitución democrática, pero en modo alguno, un ejército que esté organizado internamente de modo democrático, puesto que esta democracia es incompatible por esencia con la esencia misma del ejército, que es disciplina, jerarquía y unidad, que es mando y rechaza la igualdad en los grados y que es opuesto a toda opción, en cuanto pluralidad de opciones, en el aspecto político.”

<sup>10</sup> Fue MANCINI, Federico, “Equivoci e silenzie sull sindacato di polizia”, en *Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, págs. 286 y ss. quien en los medios jurídicos dotó de alguna celebridad a esta frase de “llevar la Constitución a los cuarteles”. Tal y como afirma DOMINGUEZ- BERRUETA, la misma surgió de cierta izquierda italiana, y si bien no queda exenta de demagogia, encierra una ardua tarea jurídica. (Cfr. *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, en su introducción (págs. 23-28), en concreto en la pág. 24.

## II. ¿Qué igualdad protege la Constitución? Una breve aproximación a la igualdad

### A) ¿Cómo ha traducido el Estado constitucional la perenne idea de igualdad?

La idea de la igualdad<sup>11</sup> ha estado presente en toda la historia y el pensamiento occidental y qué duda cabe que con una especial intensidad en los dos últimos siglos, donde ha pasado a constituir un eje de los sistemas jurídicos y de las propuestas y logros políticos y sociales. Ahora bien, no resulta en modo alguno sencillo determinar el significado de la noción igualdad, en especial dado que la amplitud de este concepto supone que acoja en su seno no pocas concepciones y significados. Así, desde la igualdad política formulada por Aristóteles hasta el igualitarismo material socialista pueden situarse no pocas dimensiones del concepto, facetas que en buena medida se han ido consolidando históricamente para el mundo del Derecho.

Entre los logros de Revolución francesa cabe señalar la proclamación de la igualdad formal, igualdad ante la ley, centrada básicamente en la generalidad de la ley y la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante los Tribunales<sup>12</sup>. Desde entonces, en el

---

<sup>11</sup> Sobre el principio de igualdad, entre otros, GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.), *Derecho Constitucional*, (Vol. I), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 159-180. Asimismo, ALONSO GARCÍA, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, (vol. 1) nº 100, 1983, págs. 21 y ss. ; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María R. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986; PÉREZ LUÑO, Antonio E. , “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, págs. 253-285; RUBIO LLORENTE, Francisco, “Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, págs. 637-684; los trabajos incluidos en AA. VV *El principio de igualdad en la Constitución Española*, (2 volúmenes), Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991; SUAY RINCÓN, José, en *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985 o en “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios en Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 837-892.

Recientemente, si bien centrados en materia de discriminación por razón de sexo, BARRERE UNZUETA, María A. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997; FAVOREU, Louis, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50, mayo-agosto, 1997, págs. 13-28 y GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>12</sup> El artículo 1 de la Declaración francesa de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derecho”.

marco del constitucionalismo occidental comenzaría el proceso de consolidación de la igualdad jurídica formal, concepto que no sólo comprendería la inicial la igualdad ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y la Administración; y lo que es más, la igualdad formal pasó a incluir también la igualdad en la ley, esto es, la necesidad de que las normas respeten también en su contenido el principio de igualdad<sup>13</sup>. De otra parte, como es sabido, la noción de la igualdad ha tenido un indudable contenido social y redistributivo a lo largo de la Historia, connotación que ha venido íntimamente ligada a la idea de justicia. En este sentido, particularmente en los Estados constitucionales europeos, que asumieron su carácter social, se ha ido desarrollando la dimensión material de la igualdad, que implica la obligación del Estado de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos. Sin embargo, esta igualdad material ha gozado de una protección más tibia que la de la igualdad formal<sup>14</sup>. Además, frente a un entendimiento de la igualdad material como igualdad de resultados (igualdad en el reparto definitivo de los bienes sociales), en el constitucionalismo moderno ha prevalecido la concepción de la igualdad material como la búsqueda de una igualdad de oportunidades o de puntos de partida, compatible con la economía capitalista.

Tal y como tan escuetamente se ha expuesto, estas vertientes conforman el significado de la igualdad para los Estados constitucionales occidentales. Cabe advertir que las facetas señaladas no agotan el contenido de la igualdad sino que, en buena medida, puede entenderse que se acumulan<sup>15</sup>, al tiempo que no excluyen la

---

<sup>13</sup> Resulta del todo explicativa la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de junio. En su FJ 1º se afirma que “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas [esto es, igualdad *en* la ley ...] en otro plano, en el de la aplicación, la igualdad *ante* la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”. La cursiva es mía.

<sup>14</sup> La igualdad material viene recogida en el artículo 9. 2º CE. Su mayor debilidad respecto de la igualdad formal se aprecia con nitidez en la sentencia 98/1985, de 29 de julio, donde el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que “no puede entenderse su aplicación [del artículo 9. 2º CE] para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos.” (FJ 9º)

<sup>15</sup> Ahora bien, para alcanzar la igualdad material en muchas ocasiones exige la quiebra de la igualdad formal. En esta dirección, el Tribunal constitucional en la (sentencia 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º) señala que “El artículo 9. 2 CE puede actuar como un principio matizador de la

incorporación de nuevas dimensiones del concepto jurídico de igualdad.

### **B) La regulación constitucional e internacional de la igualdad**

En España, la igualdad se ha conformado jurídicamente tanto como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1. 1º CE) cuanto como un principio y derecho fundamental; asimismo, su constitucionalización ha incluido las dos vertientes antedichas: la igualdad formal (art. 14 CE) y la igualdad material (art. 9. 2º CE)<sup>16</sup>. En tanto valor superior<sup>17</sup>, la igualdad fundamenta el conjunto del ordenamiento jurídico, a la vez que lo inspira, así como sirve de parámetro de admisibilidad del mismo, esto es, “toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema, proclama” (STC 8/1983, FJ 3º). Como principio jurídico<sup>18</sup>, la igualdad vincula de modo general la actuación de todos los poderes públicos, incluyendo al propio legislador. Por último, en cuanto derecho, la igualdad tiene un claro carácter relacional, es decir, supone el derecho subjetivo a no recibir un trato no discriminatorio respecto de un bien o derecho concreto.

Es menester también hacer mención del reconocimiento de la igualdad en la regulación internacional de los derechos y libertades, sobretodo, teniendo en cuenta que esta normativa no sólo tiene carácter de derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 96 CE, sino que tales tratados se configuran como elementos en la

---

igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”.

<sup>16</sup> No agotan estos preceptos la recepción expresa de la igualdad en la Constitución, así, el artículo 23. 2º CE supone una concreta manifestación de la igualdad ante la ley y de la igualdad política. De otra parte, los artículos 139 y 149. 1.º. 1ª CE vienen a reconocer el carácter estatal de la igualdad en el marco de la descentralización autonómica.

<sup>17</sup> Por todos, PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

<sup>18</sup> Al respecto del diferente alcance de una norma ya como regla ya como principio ver, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, en general todo el Capítulo tercero (“La estructura de las normas de derecho fundamental”, págs. 81-170) y en particular ver las págs. 82-87, las afirmaciones concretas se contienen en las págs. 85-86. Se sigue también la distinción entre reglas y principios efectuada por ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, (2ª ed. 1997), págs. 109 y ss. No obstante, ello no supone admitir la desnaturalización que, a mi juicio, efectúa este autor del carácter normativo de la Constitución.

De un modo simple, puede señalarse que los principios jurídicos implican una exigencia de cumplimiento más laxa que las reglas y mandatos, que indefectiblemente deben ser cumplidos, por el contrario, el cumplimiento de los principios jurídicos se puede graduar y relativizar, pues queda a expensa de las posibilidades reales y jurídicas.

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

interpretación de la propia Constitución en esta materia de derechos fundamentales, tal y como dispone el artículo 10. 2º CE<sup>19</sup>. En este sentido, queda recogida la igual dignidad de todo ser humano y la igualdad en la garantía y goce de los derechos reconocidos en tales tratados<sup>20</sup>, destacando la importancia de la no discriminación por razón de sexo en el seno de la Unión Europea<sup>21</sup>.

### **C) ¿Cuándo un trato diferente puede reputarse discriminatorio?**

Cabe ya subrayar que la igualdad no exige un estricto trato igual, sino que, como se acaba de significar, lo que la igualdad exige que el diferente trato no sea discriminatorio. No en vano, la propia acción normativa supone establecer diferenciaciones<sup>22</sup>, “la ley [o las normas

<sup>19</sup> Al respecto, entre otros, JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

<sup>20</sup> La Declaración Universal de derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 dispone que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1).

Por lo general, en los textos internacionales se hace concreta alusión a la necesidad de una igual garantía de los derechos que se reconocen en los mismos, incluyendo fórmulas que hacen alusión a los diversos colectivos que han sufrido o sufren las mayores discriminaciones. Así, en la DUDH (art. 2. 1º señala la titularidad de los derechos reconocidos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”); en los pactos internacionales de Derechos civiles y políticos (PIDCP) y el de Derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) (ambos de 19 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977) se emplean también estas fórmulas. Así, el art. 2. 2º PIDSC repite literalmente la fórmula de la DUDH, y el art. 4. 1º PIDCP, más breve, hace referencia a la “raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”. Un tenor más amplio se da en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, en cuyo artículo 14 CEDH se asegura el igual disfrute de los derechos reconocidos sin distinción de “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

<sup>21</sup> La Unión Europea ha ido ampliando las parcelas sobre las que ha garantizado el principio de igualdad. En el inicial Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 25 de marzo de 1957 se garantizaba la no discriminación por razón de la nacionalidad (antiguo art. 6, actual art. 12) o la igualdad entre productores y consumidores (art. 40, actual 34) así como el principio de no discriminación por razón de sexo (que el art. 119 TCEE, actual 141, sólo reconocía en materia salarial. Gracias a una labor impulsora del Tribunal de Luxemburgo (TJCEE), con la próxima entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la igualdad de sexo ha pasado a ser uno de los fines esenciales de la Comunidad (actuales arts. 2 y 3. 2º); a la vez, se ha extendido el ámbito de la proyección de la igualdad, que ahora pasa a alcanzar la lucha contra la discriminación por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 6 A), actual art. 13).

<sup>22</sup> Cabe recordar con Rubio Llorente (cfr. “Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit. pág. 643) que:

en general] debe distinguir necesariamente entre las distintas situaciones, porque no podría regular la vida social si atribuyese indiscriminadamente a todos los mismos derechos y los mismos deberes” (sentencia del TEDH, caso Basile<sup>23</sup>). Y es que el tratamiento igualitario de la diversidad social y/o natural podría suponer un agravio a la propia igualdad, que exige tratar igual lo igual, así como de forma desigual lo desigual.

Desde esta perspectiva, tanto la jurisprudencia nacional como la internacional se ha esforzado en advertir cuándo un trato desigual puede considerarse discriminatorio (y por lo tanto, no admisible) o, por el contrario, entender que se trata de una diferenciación admisible. Para efectuar esta evaluación de la admisibilidad del trato diferenciado, lo que se exige en primer lugar es la existencia efectiva de tal trato diferenciado y, por ende, que éste pueda ser comparado (*tertium comparationis*). Una vez se advierte la existencia del trato diferenciado, para que el mismo se considere admisible es preciso que el establecimiento de la diferencia tenga una finalidad razonable (que el fin no contraríe el sistema de valores constitucionales, que sea admisible en una sociedad democrática), asimismo es preciso que el trato sea congruente y proporcionado<sup>23</sup>. En otras palabras, entendiendo

---

“El principio de igualdad no impone, naturalmente, que todos los sujetos de derechos, todos los destinatarios de las normas, tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, o lo que es lo mismo, no impide en modo anudar a situaciones distintas diferentes consecuencias jurídicas; ni siquiera estorba que la norma considere parte de la situación rasgos o determinaciones personales. El derecho opera justamente mediante la definición de supuestos de hecho de los que surgen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, facultades o competencias, sanciones penales, etc.) [...] por ello puede decirse, sin exageración alguna, que lo propio del Derecho es establecer diferencias.”

<sup>23</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), desde la sentencia de 23 de julio de 1968 (caso régimen lingüístico belga) ha venido aplicando un test de tres puntos para reputar o no un trato diferente como discriminatorio: “La igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable [primero]. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas [segundo]. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 [que consagra el principio de igualdad] se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [tercero]” Al respecto, véase FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del TEDH”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11/12, Valencia, 1995, págs. 97-114, en concreto, págs. 100-101.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional asumió prontamente la doctrina del TEDH, como se aprecia en el FJ 3º de la pronta sentencia 22/1981, de 2 de julio. En la sentencia 75/1983, de 18 de febrero, señalaba de forma concisa los criterios para determinar cuándo puede considerarse contraria al principio de igualdad una diferencia de trato por la ley:



el trato diferenciado como la administración de un fármaco, que no puede tener otra finalidad que la curativa (finalidad razonable), es preciso que la medicina empleada sea la idónea para curar la enfermedad de que se trate (congruencia) y, a la vez, que la dosis que se prescriba se adecue a la gravedad que alcance la enfermedad en cuestión (principio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>24</sup>. Ahora bien, como no escapará al lector, los términos del análisis de la posible discriminación quedan abiertos al decisionismo judicial y a los criterios políticos<sup>25</sup>.

#### ***D) Las usuales cláusulas específicas de no discriminación y la discriminación positiva***

Por lo general, en las Constituciones europeas y en la regulación internacional relativa a los derechos y libertades se incluyen una serie de concreciones del tipo de desigualdades que se pretende eliminar: las motivadas por razón de sexo, raza, religión, opinión, origen nacional o social, lengua, edad, etc. Se describen así rasgos diferenciadores que por la experiencia de la Historia y el presente son especialmente sospechosos de motivar una discriminación. Cuando el trato diferente guarde vinculación con alguno de estos colectivos, el análisis de su admisibilidad se torna más estricto, a la vez que recae una presunción de trato discriminatorio, por lo que se invierte la carga de la prueba, es

---

“para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada [congruencia], debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente [homogeneidad, “tertium comparationis”], siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos, 53. 1 y 9. 3 de la Constitución, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las Sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las Sentencias del TEDH de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975.” Con suma claridad, véase, GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, cit. en concreto, págs. 165-169.

<sup>24</sup> La idea, en modo alguno original, la extraigo de BLANQUER CRIADO, David, *Introducción al Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 267.

<sup>25</sup> GIMÉNEZ GLUCK ha llegado a afirmar en esta dirección que “En materia de constitucionalidad de la diferencia en el trato, las decisiones son principalmente políticas, aunque se revistan de un entramado jurídico justificativo de la opción política que se adopta. No es menos cierto que esto es lo que ocurre con la mayoría de las decisiones denominadas jurídicas, pero en el terreno de la igualdad esta dinámica general se hace mucho más evidente.” (Cfr. *Una manifestación polémica del principio de igualdad...* cit. pág. 34). “La discrecionalidad de las decisiones del Tribunal, que en general ya puede ser considerada excesiva, alcanza en la determinación de la constitucionalidad del trato desigual un grado ilimitado. No obstante, la construcción jurisprudencial sobre la justificación objetiva y razonable otorga, al menos, un marco jurídico a estas decisiones políticas” (*ibidem*, págs. 38 -39).

decir, es a quien establece el trato diferenciado a quien compete demostrar que no es discriminatorio<sup>26</sup>. A los efectos del objeto del presente estudio, cabe advertir que la condición profesional, como pueda serlo la del militar no se encuentra entre tales cláusulas específicas, si bien, no obstante, la no discriminación por razón de sexo se configura como constante tanto constitucional como internacionalmente.

En ocasiones, la diferencia de trato se introduce conscientemente, con la intencionada finalidad de beneficiar a determinados grupos sociales, precisamente aquéllos que están en situación desfavorable respecto de la media de la población. Este fenómeno es conocido como “discriminación positiva”, que, conjuntamente con el artículo 14 CE, se encuadra en el ámbito de la aludida faceta de la igualdad material, reconocida en el artículo 9. 2º CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas. El mismo tiene especial virtualidad para el caso de la discriminación de la mujer y, concretamente, para el ámbito de la maternidad<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Este útil efecto procesal pesa en general sobre quien afirma la constitucionalidad de un límite a un derecho fundamental, si bien en el caso de la igualdad, sólo recae cuando se alega una discriminación contraria a las cláusulas específicas del artículo 14 CE (“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). Al respecto, véanse las sentencias 81/1982, de 21 de diciembre, 34/1984, de 9 de marzo, 20/1985, de 14 de febrero, entre otras.

<sup>27</sup> Al respecto, baste remitirse a la parte final de este estudio, que concretamente aborda esta materia para el seno de los Ejércitos.

### III. La existencia de un derecho militar bien diferente al derecho común

“La guerra es un fenómeno, hasta ahora inevitable, que amenaza los intereses vitales de las naciones afectadas. Se produce en plazos poco previsibles. Supone la aplicación metódica y contundente de toda la potencia destructora al alcance de los beligerantes y ello ocasiona, junto a graves pérdidas personales y materiales, una profunda alteración de las estructuras estatales involucradas. En consecuencia, el instrumento del Estado concebido para intervenir directa y activamente en la guerra, al que se llama Fuerza Armada, se presenta como un elemento necesario, de carácter permanente, *que exige una constitución diferente a la de todas las instituciones y organizaciones sociales calculadas para desenvolverse en las condiciones del orden pacífico.*”<sup>28</sup>

#### A) La existencia de un Derecho de la Defensa

Sin perjuicio de las particulares connotaciones que en nuestro país puede adquirir la materia militar, hay que reconocer que en cualquier Estado constitucional existen -por necesidad- dudas y dificultades respecto de la acomodación de la institución militar en el mundo jurídico. Y es que en el fondo de toda la cuestión jurídica alrededor de las FAS subyace lo que en nuestras constituyentes afirmó el Diputado Solana Maradiaga (hoy Secretario General de la OTAN): “La realidad es que estamos ante un hecho, y en los temas de la guerra, en los temas de la defensa, los hechos priman sobre cualquier otro planteamiento”<sup>29</sup>; cuando se trata del “sacrosanto” principio de conservación del Estado la realidad parece primar sobre el Derecho<sup>30</sup>,

<sup>28</sup> FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, “Las personas al servicio de la Defensa”, en *La defensa de España ante el siglo XXI*, coordinado por Hermann Oehling, Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 273-304, cita de la pág. 273. La cursiva es mía.

<sup>29</sup> Así, el diputado socialista SOLANA MARADIAGA en su intervención en defensa del artículo octavo del dictamen de la Comisión constitucional ante el Pleno del Congreso, cfr. CORTES GENERALES. Constitución española. Trabajos Parlamentarios, (4 vols.) Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 1970.

<sup>30</sup> Expresión contenida en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996. Este autor, en las págs. 32-33 afirma que “la necesidad está ligada al instituto natural de autoconservación inherente a todo organismo vivo, y, por tanto, también al Estado. Así, desde tiempos inmemoriales, el Estado ha intentado asegurar su supervivencia a través de distintos mecanismos que, aunque de naturaleza meramente fáctica en sus orígenes, estaban plenamente justificados por *aquel sacrosanto principio de autoconservación.*” Y prosigue el autor, “El Derecho no podría ser, en modo alguno, ajeno a esta realidad y, por ello, ha intentado, progresivamente, establecer un marco normativo dirigido a

el Derecho queda sometido intensamente al principio de necesidad, la necesidad de defender eficazmente al Estado.<sup>31</sup>

Este principio de necesidad no sólo afecta a los Ejércitos y al Derecho militar. La defensa, tal y como se puede apreciar en el art. 2 de la Ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regula los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (LODNOM), alcanza un ámbito que trasciende por completo de la institución castrense. Dicho precepto establece que la defensa “es la disposición, integración y acción coordinada de *todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación*, ante cualquier forma de agresión, debiendo de participar en el logro de tal fin”. El lector, sin duda, puede hacerse cargo de la inabarcable amplitud del ámbito de la defensa; y es en este ingente marco donde se proyecta el principio de necesidad y eficacia del que hablaba Salcedo. Así, el art. 3 de la referida ley dispone que “La defensa nacional será regulada de tal forma que tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional”. Esta regulación peculiar puede ser calificada como “Derecho de la Defensa”, esto es, “conjunto de normas emanadas de la necesidad de la defensa nacional”<sup>32</sup>, éste incluiría todo tipo de particularidades que se dan en las distintas ramas del Derecho, esencialmente público<sup>33</sup> (aunque, también residualmente en el marco

---

encauzar jurídicamente aquellas actuaciones extraordinarias “de necesidad” de carácter fáctico. Ese marco jurídico tenía el doble objetivo de habilitar, a la vez que limitar, la actuación de los diferentes poderes públicos.”

<sup>31</sup>A principios de siglo Salcedo afirmó que:

“todas las jurídico- militares se derivan de un principio de Derecho Público [...] Este principio es la necesidad de emplear la fuerza del Estado, convenientemente organizada, del modo más eficaz posible para defender la existencia del grupo humano á que denominamos nación ó, más cariñosamente, patria, y de que es el Estado la representación jurídica”. Cfr. SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913, cita de las págs. 31-32. Debo advertir que esta obra, tan distante en el tiempo, resulta de gran interés, en la misma se captan de modo que no resulta sencillo encontrar en la literatura jurídica actual cuestiones profundas relativas a la naturaleza del ordenamiento jurídico militar, de ahí que aparezca citado a continuación en no pocas ocasiones.

<sup>32</sup> Cfr. contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. pág. 80.

<sup>33</sup> Así lo advertía SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento...* cit. pág. 31: “Lo que sí resulta cierto es que las normas jurídico-militares [él hablaba de éstas en el sentido que aquí se hace del Derecho de la Defensa] pertenecen al Derecho Público, esto es, que no son de aquellas *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, sino de las *quod statum rei Romanae spectat*, de las que pertenecen al gobierno del pueblo, Estado, que decimos hoy.”

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

del Derecho privado<sup>34</sup>) cuando se alude al fenómeno de la Defensa y que guardan entre sí cierta homogeneidad, basada fundamentalmente por unos principios inspiradores comunes<sup>35</sup>. Así, tanto en el ámbito del Derecho internacional, administrativo, penal, procesal, etc. cuando se afronta el fenómeno de la defensa, y más concretamente en el marco militar, se pueden advertir no pocas singularidades en relación con la ordenación común.

### **B) La especificidad del Derecho militar**

Ahora bien, como recuerda el art. 4. 2º LODNOM, el ámbito militar constituye el componente esencial del de la defensa general<sup>36</sup> y es en la esfera propiamente castrense donde estos principios de necesidad y eficacia en la defensa del Estado<sup>37</sup> adquieren su máxima virtualidad, conformando una rama propia del ordenamiento como lo es el Derecho

---

<sup>34</sup> Los principios que rigen el materia de defensa también se transponen al ámbito del Derecho privado, en principio mayormente alejado. Baste recordar el artículo 589 del Código Civil, que dispone que “No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las Leyes, Ordenanzas y Reglamentos particulares sobre la materia.”. En este sentido, cabe remitir a la Ley 8/1975 de 12 de marzo de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional y al Decreto 689/1978, de 10 de febrero, Reglamento de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, normas en las que se regula con un régimen específico respecto de los derechos sobre bienes situados sobre aquellas zonas. De otra parte, el Código de Comercio, en su artículo final señala que “En los casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, el Gobierno podrá, acordándolo el Consejo de Ministros y dando cuenta a las Cortes, suspender la acción de los plazos señalados por este Código para los efectos de las operaciones mercantiles, determinando los puntos o plazas donde estime conveniente la suspensión, cuando ésta no haya de ser general en todo el Reino.”

<sup>35</sup> En este sentido, SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento...* cit. pág. 39 “No hay que insistir más. La necesidad social, la obligación, por decirlo así, que tiene el Estado de vivir, y, por tanto, de defenderse, defendiendo á sus ciudadanos contra los enemigos de fuera y los perturbadores de adentro, es el principio fundamental del Derecho Militar; principio que, si bien difundido por todo el Derecho Público, no se concreta sino en este orden especial de normas jurídicas, las cuales, informadas por él, *constituyen un conjunto homogéneo, ya que aunque extendidas y como dispersas por el campo de casi todas las ramas del Derecho, conservan dentro de cada una su carácter propio y su fisonomía especial, siendo armónicas entre sí y con la base que las sustenta.*” se crean así “*innumerables reglas ó normas, leyes y códigos, establece, no una especialidad ó excepción, sino todo un Derecho, cuya substantividad es incuestionable.*” La cursiva es mía.

<sup>36</sup> Concretamente, este precepto dispone que “La política militar, componente esencial de la política de defensa, determinada organización, preparación y actualización del potencial militar.”

<sup>37</sup> Cabe acudir, de nuevo a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento...* cit. págs. 33-34, cuando afirma que p. 33-34 “Este principio de la defensa nacional contra los enemigos exteriores é interiores es el informante del Derecho Militar, *el que produce todas las relaciones jurídicas que forman su contenido, el que le da una fisonomía propia y característica, distinta de todos los otros Derechos*”. La cursiva es mía

militar<sup>38</sup>. Cabe añadir que el orden jurídico - castrense queda integrado por la suma de las diversas y variadas ramas, vinculadas por su homogénea inspiración en la protección de una serie de valores y principios comunes. Entre estas vertientes que integran el Derecho militar cabe situar al Derecho disciplinario, el penal, el jurisdiccional, el administrativo, e incluso, si se me permite, el “Derecho moral”, tal y como se definen las Reales Ordenanzas en su artículo primero.

En general, es la naturaleza de las misiones que tienen asignadas las FAS<sup>39</sup> la causa principal de la singularidad del Derecho militar, en la medida que exige a éstas una particular organización y medios para poder llevarla a cabo con la necesaria eficacia (disciplina, jerarquía, unidad, valores específicos, etc.). Asimismo, de modo secundario, la especificidad castrense se fundamenta en la neutral posición política que debe guardar la institución militar, y por ende sus miembros, en beneficio de la calidad democrática del sistema político constitucional, en razón del hecho de que las FAS son la institución principal portadora de las armas del Estado<sup>40</sup>.

Por cuanto al eficaz desarrollo de las misiones constitucionales de las FAS, no puede dejarse de advertir que la eficacia está en la propia naturaleza de lo militar, en la atmósfera jurídica que respira y alimenta el ordenamiento militar<sup>41</sup>. Todo aquello en favor de esta idea-fin inspira

---

<sup>38</sup> El Derecho militar, que en palabras de Fernández-Flores “no es otra cosa que el Derecho dentro de los ejércitos”, “la recta ordenación de todo lo que compone el orden jurídico dentro del orden militar.” Cfr. FERNÁNDEZ FLORES, José L. , “Los fundamentos el orden jurídico militar... cit. cita de la página 264y 265, respectivamente. Para Fernando Pablo, el ordenamiento militar es “un ordenamiento jurídico particular fundado sobre un hecho organizatorio”, Cfr. FERNANDO PABLO, Marcos M. , “Ejército, policía y libertad sindical”, en *Revista de Política Social* nº 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 402-450, cita de la pág. 417.

<sup>39</sup> Al respecto de las funciones de las FAS en España, entre otros, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, números 11/12, primavera - verano de 1995, págs. 213-240.

<sup>40</sup> Se trata del clásico principio de la supremacía civil y la subordinación militar. Al respecto, entre otros, puede verse el reciente estudio COTINO HUESO, Lorenzo, “El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional.”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 17, perteneciente a otoño de 1996, publicado en septiembre de 1997, págs. 89-136.

<sup>41</sup> Se parafrasea así una afirmación de LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 350. Concretamente ahí se afirma que ciertas particularidades que se dan en las relaciones jurídico-administrativas “están en la propia naturaleza de las cosas, en la atmósfera jurídica que respira y alimenta el ordenamiento”, no son particulares de España ni de una concepción política determinada. Esta obra constituye uno de los más completos estudios de la especial vinculación del Estado con una serie de ciudadanos, como lo son los militares. Tal especial relación se ha articulado jurídicamente bajo la noción de la “relación de especial sujeción”, que también ha

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

y modula con particular intensidad todo el Derecho militar. En favor del “buen funcionamiento de los Ejércitos” los principios de eficacia y jerarquía de la Administración pública (art. 103 CE)<sup>42</sup> se estructuran particularmente, se dan con particular intensidad cuando se trata de la Administración militar y por ende, en el fenómeno jurídico castrense<sup>43</sup>. En virtud de esta conformación singular de estos principios, cobra especial significación la disciplina militar, pues, como se ha afirmado, “Un ejército que ha perdido la disciplina no puede salvarse. Ya no es militar, ya no es un Ejército”, “En la obediencia “[...] está la esencia de la Milicia, y la eficacia de las Fuerzas Armadas”<sup>44</sup>, la misma pasa a

---

tenido singular significación en la parcela de las FAS. Una visión actualizada de ello en COTINO HUESO, Lorenzo, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 54, abril-mayo de 1999.

<sup>42</sup> Al respecto, en general, puede verse ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 1997, por cuanto al principio de jerarquía, concretamente, ver, págs. 111-116, con relación al principio de eficacia, ver págs. 157-171.

<sup>43</sup> LÓPEZ RAMÓN, Fernando, ha sido quien ha captado esta incardinación de los principios propios de organización y funcionamiento de las FAS entre los de la Administración pública. Al respecto, pueden verse sus trabajos *La caracterización jurídica de las FAS*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 332 y ss. y LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III. , págs. 2547-2596, en concreto, págs. 2590 y ss. También puede apreciarse esta perspectiva en HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R. *Introducción al Derecho Administrativo Militar*, (vol I) *Fuentes, Orgánica y actuación administrativa*, Academia General del Aire, San Javier, 1995, pág. 12 y, con mayor concreción, págs. 65 y ss.

Para apreciar la verdadera dimensión jurídica de la jerarquía y disciplina militar y sus diferencias con la jerarquía en la Administración civil, resulta particularmente interesante el trabajo realizado por Cfr. FERNANDO PABLO, Marcos M. , “Ejército, policía y libertad sindical”, en *Revista de Política Social* nº 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 402-450, en las págs. 415 y ss.

<sup>44</sup> Se citan aquí dos discursos del Monarca distanciados en el tiempo, el primero, de 1979. La cita completa es la siguiente: “la fe en el mando es una de las bases de la disciplina, indispensable en la vida militar. Es preciso que cada uno obedezca, sin dudarle, las órdenes de un superior, porque debe tener siempre fe al pensar que el que manda ostenta las condiciones necesarias para hacerlo y que, cuanto más arriba se está en la escala de la milicia, más amplio es el panorama que se contempla y más fundado el conocimiento de los hechos o de las circunstancias que motivan la orden. [...] En uno y otro casos el inferior debe obedecer, puesto que no tiene los elementos de juicio que posee el jefe supremo. Y si éste se equivoca, tengamos presente que los peligros de la indisciplina son mayores que los del error. Un error se puede corregir. Un militar, un ejército que ha perdido la disciplina, no puede salvarse. Ya no es un militar, ya no es un ejército. Por ello, la disciplina, coordinada con la fe, ha de ser ciega y consciente a la vez, y debe obedecerse con el convencimiento de que precisamente en esa obediencia, aunque encierre sacrificios y suscite dudas, está la esencia de la Milicia y la eficacia de las Fuerzas Armadas.”

En el discurso de 1990, ya pasada la transición y remitido el clima de levantamiento, ante algunas discrepancias producidas por la modernización militar, el Rey volvía a hablar de la

trascender, incluso, la esfera meramente organizativa para alcanzar la vertiente moral, por lo que la disciplina pasa a integrarse en el conjunto de los valores que se exigen al militar<sup>45</sup>. Y es que, todo el conjunto de valores castrenses que se engloban en lo que se ha dado en llamar el “espíritu militar” (disciplina, honor, valor, sacrificio, austeridad, compañerismo, abnegación, etc.<sup>46</sup>), en tanto en cuanto contribuyen al

---

disciplina: “Todas las profesiones tienen características que no pueden ser cambiadas ni suprimidas, porque ello produciría una fundamental alteración de la esencia misma de esta actividad. Y ese es el caso de la disciplina en el ejército.” Los textos de los discursos han sido extraídos de GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº37, 1979, págs. 93 - 177, concretamente págs. 176-177, en la nota a pie 58, el discurso de 1979. El de 1990, es citado por AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 48, pág. 353-354.

<sup>45</sup>Como el Tribunal Supremo recogió en la sentencia de 14 de diciembre de 1989, en el concepto de la disciplina cabe distinguir dos vertientes, una objetiva y otra subjetiva. La citada sentencia de la Sala de lo Militar afirmaba lo siguiente:

“... pese a la multivocidad del término, en sentido lato o extenso la palabra disciplina hace referencia a la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto, consistiendo, por tanto, y en lo que a las Fuerzas Armadas respecta, en el conjunto de reglas y preceptos a que el militar debe acomodar su conducta; por lo que dentro de este amplio concepto cabe distinguir dos sentidos o matices, uno objetivo y otro subjetivo; el primero consiste en la ordenada y escueta observancia de hecho, dentro de las Fuerzas Armadas, de todas aquellas normas, sistemas de obrar y reglamentación de servicios que presiden y aseguran el adecuado funcionamiento de dichas Fuerzas Armadas en orden a la más eficaz consecución de sus fines. Ahora bien, esa absoluta y arraigada forma de obrar no se produce en un día, es efecto de las costumbres y de la educación moral de los Ejércitos, resultado de una acción lenta e incesante, educacional. De aquí nace el segundo aspecto de la disciplina, el subjetivo. En este segundo sentido, disciplina es una fuerza moral (mos, moris = costumbre). En resumen que siendo en todo caso la disciplina acatamiento y observancia fiel del orden establecido y de los preceptos que lo reglamentan, no es sólo eso, ni tan siquiera subordinación a la autoridad legítima, ni el puntual cumplimiento de las obligaciones: es el ánimo, costumbre o, mejor dicho aún, fuerza moral que por educación se adquiere y por arraigado convencimiento se robustece y que comprende una obediencia pronta, una adhesión a la Autoridad y mando legítimos, ahínco que lleva al escrupuloso cumplimiento de los deberes y al espíritu de aceptación y satisfecha conformidad con que se ejecutan los actos y servicios anejos al servicio de la carrera de las armas. Si en todo Organismo social es deseable y precisa la disciplina, en las instituciones armadas constituye el cimiento esencial, hasta el punto de que se ha dicho que un cuerpo armado sin disciplina no es un Ejército, es una horda”.

Entre otros, sobre el tema, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar”, en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR*, nº 44-50, enero de 1985- diciembre de 1987, págs. 89-133.

<sup>46</sup>El espíritu y valores militares son referidos en los siguientes artículos de las RR. OO:

Art. 22 (ejemplaridad), art. 27 (valor, prontitud, exactitud), art. 28 (disciplina), art. 29 (honor), art. 30 (puntualidad y desvelo a toda hora), art. 31 (enumera buen número, como la abnegación, austeridad, amor al servicio, honrada ambición, constante entrega, etc.), art. 35 (compañerismo), art. 36 (satisfacción del deber cumplido), 48 (orgullo de su propia unidad). En los artículos 49 y ss. se particularizan y concretan de entre los anteriores, los caracteres morales que deben de subrayarse jerárquicamente, en el soldado (art. 49), en el cabo (art. 65), en el suboficial (art. 70), en el oficial (art. 72). De nuevo, a partir del artículo 77 se enuncian los valores militares que debe de presentar el que ocupe un puesto de mando (art. 85 -amor a la responsabilidad-, art. 86 -



“buen funcionamiento de los Ejércitos”, también inspiran e informan el ordenamiento jurídico castrense, en ocasiones tan diferente del ordenamiento general. Como se puede suponer, todo ello tiene a la postre una honda repercusión en el estatuto de derechos y obligaciones del militar, bien diferente del resto de los ciudadanos. De igual modo, el segundo detonante de la especificidad militar, la particular neutralidad política de las FAS requerida en un Estado constitucional, acaba implicando diversas restricciones en el estatuto de derechos políticos y libertades públicas del militar<sup>47</sup>, esto es, en los derechos fundamentales de particular proyección social y política, como lo es el derecho al sufragio pasivo (la posibilidad de ser elegidos a diversos cargos políticos representativos), la libertad de expresión, información, sindicación, huelga, etc. , mediante las cuales se pretende mantener alejados a los militares de la vida política. Se trata de lo que el francés Hauriou denominó “acantonamiento jurídico-orgánico” al estamento militar<sup>48</sup>.

En consecuencia, el ciudadano militar, sometido un diferente trato respecto del resto de ciudadanos en virtud del particular ordenamiento castrense, acaba en mayor o menor medida distanciado del resto de la

---

iniciativa-, art. 101 -espíritu de colaboración-). En el combate se refieren en el art. 122 -valor, acometividad, serenidad, espíritu de lucha-, y en el 126 -honor de las armas-, ejemplaridad y prestigio y espíritu creador en la enseñanza -arts. 145 y 146- En la labor técnica el artículo 152 exige abnegación y espíritu de sacrificio, o de servicio en la función administrativa -art. 160-. Como últimas referencias cabe mencionar el primer deber de todo militar, la constante disposición a entregar la vida por la patria -art. 186-, así como la relación de valores que se recoge en el artículo 196 de las recompensas militares, con que se premia la tenencia de estas virtudes. Por último, la referencia realizada en el art. 214, esta vez para el militar de carrera - donde aduce como manifestación del espíritu militar el deseo constante de la promoción personal-.

<sup>47</sup> Al respecto, puede verse, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Esta autora viene a considerar una triple clasificación de los derechos y libertades, (derechos de la personalidad, que son los propiamente fundamentales, libertades públicas y derechos políticos). Esta triple categorización se proyecta en su régimen jurídico (cfr. ob. cit. 241-294) y tiene especial virtualidad para el presente marco militar, puesto que en virtud de la neutralidad política, son propiamente los derechos con proyección social, y no los de la personalidad las libertades públicas y derechos políticos los que quedan singularmente afectados.

<sup>48</sup> Este autor trató de consolidar una doctrina del “régimen civil” o de la “libertad civil”, cuyo establecimiento sólo era posible a través de una serie de “separaciones” o divisiones de fuerzas contrapuestas, que tratan de asegurar la “supremacía de la vida civil sobre todas las demás formas de vida”, y entre estas separaciones el autor incluyó “el mantenimiento de un Ejército separado de la vida civil y subordinado al poder civil”, que tuviese “la ventaja de procurar al régimen del Estado un instrumento de defensa sin peligro para la libertad” Véase HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, 2ª edición, Librairie du Recueil Sirey, 1916, págs. 438-440 y *Précis de Droit Constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 2ª ed, París, 1929, págs. 110-115.

sociedad<sup>49</sup>. En estos términos, corresponde advertir las posibilidades de afrontar el singular fenómeno jurídico militar desde la perspectiva de la igualdad y para ello, en primer lugar, cabe analizar si tal análisis desde la igualdad en el ámbito de las FAS ha sido efectuado por la doctrina o la jurisprudencia.

---

<sup>49</sup> Su diferente régimen de derechos fundamentales resulta la principal causa de ello, anejo a las propias circunstancias naturales, sociológicas e históricas de la profesión militar que contribuyen al tradicional aislamiento del militar con la sociedad civil. Este divorcio civil – militar, al margen de lo propiamente jurídico, trae por causa no pocos factores, a saber: la naturaleza de las funciones atribuidas y la estructura propia de los Ejércitos, como el perfil ideológico y político de las gentes de armas (tanto el natural de su profesión como el adquirido concretamente en España), también pueden advertirse causas propiamente sociales (sistema de destinos, que dificulta al militar arraigar en el entorno territorial, precariedad económica en la que, singularmente en el pasado había de desenvolverse la vida militar, el grado de engrosamiento de las filas por descendientes de los propios militares y el nivel de matrimonios celebrados por los militares entre sí y, especialmente en el caso español, de un militar con el descendiente de otro militar, la educación distinta a la que se recibe en el resto de la sociedad, que lleva a la socialización militar más intensa y diferente, el propio trabajo de cuartel, aislado a la sociedad. También ha contribuido a separar socialmente a civiles y militares el sistema de viviendas militares como medio común de residencia, la multiplicidad de actividades recreativas y sociales endógenas realizadas por y para los militares y sus familias.

#### IV. Cuándo, cuánto y cómo se ha seguido la singularidad del derecho militar desde el principio de igualdad por la doctrina y la jurisprudencia constitucional

En un Estado constitucional las FAS no pueden permanecer como un Estado dentro del Estado, del que ya hablara en su tiempo Pérez Galdós<sup>50</sup>. Los valores y principios constitucionales básicos -y de entre ellos, el valor y principio de igualdad- alcanzan a todas las instituciones del Estado e, inevitablemente, a las FAS. Sin desconocer la difícil convivencia que pueda haber entre éstos y las *necesidades de la Defensa*, en modo alguno puede admitirse que la institución militar constituya una comunidad separada regida por un ordenamiento opuesto al que rige en la sociedad en general<sup>51</sup>. Dado que, como se ha visto, el régimen jurídico castrense resulta en buena medida diferenciado respecto del civil, en principio parece posible acudir generalmente a la exigencia de no discriminación cuando se trata de materia jurídico - militar. El diverso tratamiento jurídico conferido a militares, resto de sujetos que sirven a la Administración pública y ciudadanos en general, abre la posibilidad de preguntar si el fenómeno jurídico militar puede y debe ser abordado desde la perspectiva del principio de igualdad.

Y es que, sin perjuicio de que sea la propia Constitución la que se hace eco de la particularidad del fenómeno militar y de la defensa en no pocos aspectos (artículos 8, 22. 5º, 25, 26, 28, 29, 30, 55, 62, 70, 94. 1º b), 97, 105, 116, 117, 149. 1º 4ª)<sup>52</sup>, ello no exime que la diferencia de trato de la regulación jurídico militar respecto de la general deban tener una explicación suficiente desde la perspectiva de la igualdad. El especial tratamiento jurídico de lo militar no debe implicar ni un privilegio ni una injustificada carga para los militares<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Así lo afirma, sin citar, Cfr. BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed.), Ariel, Barcelona, 1984, pág. 212.

<sup>51</sup> En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en FJ 6º de la sentencia 60/1991, de 14 de marzo, ha afirmado que “No es aceptable la visión de lo castrense como *un mundo aparte* [negación implícita de la doctrina de la “comunidad separada”], y del derecho militar, como el *ordenamiento interno* de una *institución separada* que configura una sociedad distinta, perfecta y completa”.

<sup>52</sup> Para un acercamiento general cabe remitirse a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, año 1993, enero-junio, págs. 13-71.

<sup>53</sup> En esta dirección, señala PARADA VÁZQUEZ, Ramón, en su prólogo a la obra DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas...* cit. , págs. 9-22, en concreto en la pág. 18: “No es, pues, el Derecho militar un privilegio de los militares, sino una carga mayor y una grave limitación de sus derechos en cuanto se sujeten a un riguroso

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

Aunque la diferencia pueda quedar en general auspiciada por la propia Constitución, no debe excluirse el examen del Derecho militar bajo el principio de igualdad. Tal examen serviría para poner de manifiesto la razonabilidad en una sociedad democrática de las finalidades concretas que en cada caso tiene el diferente ordenamiento jurídico militar; del mismo modo, permitiría apreciar la congruencia o adecuación de las diferencias normativas establecidas con las finalidades seguidas y, por último, sería el medio oportuno para evaluar si la diferencia jurídica militar – civil en cada caso concreto guarda una admisible relación proporcional entre lo buscado y los medios empleados. Sin embargo, como a continuación se aprecia, hasta la fecha no ha sido llevado a cabo con profundidad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

### **A) La desatención doctrinal del principio de igualdad para abordar el peculiar régimen castrense**

La doctrina no ha hecho especial hincapié en esta perspectiva de la igualdad<sup>54</sup>. Quizá, a modo de excepción, es menester destacar a Jiménez Villarejo<sup>55</sup> y Nevado Moreno<sup>56</sup>. El primero de ellos, no duda en

---

régimen disciplinario y penal, pero que está justificado porque los riesgos de la indisciplina y de comportamiento sedicioso de los portadores de armas resulta potencialmente muy peligroso para las autoridades legítimas y para los derechos y los bienes de los ciudadanos.” Por su parte FERNÁNDEZ FLORES, José L. , “Los fundamentos el orden jurídico militar... cit. página 271 acaba concluyendo que lo militar no es un privilegio, sino que “En definitiva, el fundamento o los fundamentos del orden jurídico militar, desde la perspectiva militar y con los condicionamientos que el orden militar impone, es una mayor exigencia de deberes para los miembros de las FAS.”

<sup>54</sup> No se afirma, ni mucho menos, que el estatuto de derechos y libertades del militar, o su estatuto funcional no haya sido objeto de numerosos e importantes estudios, sino que en la atención a tal objeto no se ha mostrado particular atención al principio de igualdad tal y como la que aquí se propone. Respecto del estatuto de derechos fundamentales, por todos, BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996; respecto del estatuto de la función pública militar, destaca precisamente el trabajo de NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, con estudio Preliminar de Ramón Parada Vázquez, Marcial Pons, Madrid, 1997, que es el autor que precisamente sí ha abordado la cuestión, en alguna medida, desde esta perspectiva (Cfr. págs. 72, 76-77 y 89-91.)

<sup>55</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y *habeas corpus*”, comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239, en concreto, págs. 210-212. La afirmación central del autor es la siguiente:

“El primer presupuesto a tener en cuenta es que estamos ante una excepción al principio general de igualdad que se constituye así en punto de partida y, consiguientemente, en pieza clave para la interpretación de la normativa reguladora del estatuto del militar [...] Si éste es el punto de partida, el mismo no debe ser perdido de vista en ninguna de las ocasiones en que se tropieza, en el curso del análisis del estatuto jurídico-político del militar, con excepciones al

situar el principio de igualdad como presupuesto básico con el que atender su breve recorrido por el régimen de derechos y libertades fundamentales del militar. Nevado Moreno en su amplio estudio se detiene algo más sobre el particular. Afirma que la vigencia constitucional del principio de igualdad implica una exigencia de aproximación entre el Derecho común y el militar, no obstante, considera que todavía persiste una excepcionalidad injustificada cuya motivación no parece afectar al cumplimiento de las FAS ni a sus medios, por lo que “aún resta para afirmar que el principio de igualdad, respecto al personal militar y el resto de ciudadanos, homónimos civiles incluidos, puede ser propugnado en toda su extensión”<sup>57</sup>.

Cuestiona este autor tanto la general gravedad de las penas militares, asumida como una premisa no discutida<sup>58</sup>, así como diversas particularidades procesales todavía vigentes. Del mismo modo, si bien aprecia la paulatina convergencia del estatuto funcional del militar y civil (en virtud de la “tendencia unificadora” de la Ley 17/1989, del Régimen del Militar Profesional), pone la atención en el hecho de que tal convergencia progresiva no se haya seguido respecto de las severas restricciones de los derechos y libertades fundamentales del militar, que permanecen invariables en el tiempo<sup>59</sup>. Respecto de

---

principio de igualdad en la Ley, que, como es sobradamente sabido, que está contenida en el principio de igualdad ante la Ley.” realizada esta afirmación, el autor señala los exquisitos antes esgrimidos para que un trato diferente no sea reputado discriminatorio.

<sup>56</sup> Ver lo afirmado dos notas *supra*.

<sup>57</sup> Cfr. ob. cit. pág. 72. La cita completa reza así:

“Hoy, en el cuerpo normativo castrense sobre la materia se asienta de manera firme sobre los principios constitucionales, existiendo una clara intención de aproximar el Derecho común y que el Derecho Militar al objeto de lograr una más óptima aplicación del principio de igualdad consagrado en la Constitución; en este sentido, es indudable el camino avanzado, pero también es cierto, como comprobaremos, que la excepcionalidad en el campo militar sigue vigente, el reviviendo limitaciones en determinados campos que no parecen afectar en principio al cumplimiento de los fines de las fuerzas armadas ni a sus medios, por lo menos que hemos de afirmar que si bien es mucho lo conseguido, aún resta para afirmar que el principio de igualdad, respecto al personal militar y el resto de ciudadanos, homónimos civiles incluidos, puede ser propugnado en toda su extensión; todo ello, lógicamente, sin menoscabo de las especialidades que dan su razón de ser a las Fuerzas, en este armadas.” (Cfr. ob. cit. , pág. 72).

<sup>58</sup> En este sentido, *ibidem* pág. 76.

<sup>59</sup> Sobre la homogeneización de la función civil y militar el autor afirma que si, de un lado, se ha homogeneizado la función pública militar y la civil, aun en exceso, se ha desconocido esta tendencia unificadora, precisamente para el ámbito de los derechos fundamentales. (Cfr. al respecto “El modelo de función pública militar, una reflexión sobre la Ley 17/1989, de 9 de julio, sobre régimen del personal militar profesional y normativa de desarrollo”, en DOMINGUEZ-BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. págs. 187-262, en concreto, ver las conclusiones contenidas en las págs. 261-262.)

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

algunas de ellas, Nevado expresamente pone en duda su razonabilidad, congruencia y proporcionalidad<sup>60</sup>.

**B) La forzada atención al principio de igualdad en el ámbito militar por el Tribunal Constitucional. El amplio abanico de cuestiones abordado y la generalizada admisión del trato diferente**

A diferencia de la escasa atención de la doctrina, el Tribunal Constitucional se ha visto forzado a atender el diferente tratamiento jurídico civil- militar desde la perspectiva del principio de igualdad. No en vano, ante la alegación de la vulneración de la igualdad por la parte recurrente, el órgano jurisdiccional quedaba obligado a abordar tal perspectiva. Sin embargo, “[p]ronto el Tribunal desecharía que el principio de igualdad pudiera desempeñar un papel general para imponer la identidad de soluciones en el ámbito civil y el militar, más allá de concretos supuestos”<sup>61</sup>. Valga advertir, de momento a título indicativo, que entre la treintena de autos y sentencias resueltas por el máximo intérprete en las que aborda el fenómeno jurídico militar desde la dimensión de la igualdad<sup>62</sup>, sólo en seis ocasiones entendió que el trato diferente resultaba discriminatorio<sup>63</sup>. Tres han sido, básicamente,

<sup>60</sup> En las págs. 90-91 se pregunta el autor, “¿realmente puede llegar a ser necesariamente indispensable para el perfecto cumplimiento de los fines de las fuerzas armadas limitar el derecho a contraer matrimonio del militar, tal y como lo establece el artículo 183 de las Reales Ordenanzas? [...] ¿Existe proporcionalidad entre el bien que se pretende proteger y la indefinición de los límites al ejercicio las libertades de expresión? No entramos, ni tan siquiera en otro tipo de derechos con los de sindicación y huelga, cuyo contenidos más conflictivo es ciertamente su ejercicio desviado pudiera menoscabar un valor fundamental del Estado, la defensa nacional pero es evidente que los presupuestos de necesidad proporcionalidad y adecuación a los fines de que han tenido en la elaboración jurídico positiva concreta del régimen estatutario del personal militar una inequívoca laxitud.”

<sup>61</sup> Cfr. DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, cit. , en su introducción (págs. 23-28), en concreto en la pág. 25.

<sup>62</sup> La jurisprudencia constitucional analizada lo ha sido a través de la Base de datos del BOE (actualizada a 1998), en soporte CD-ROM, bajo los siguientes criterios de búsqueda: (A) resoluciones cuya *materia* sea “igualdad” o “discriminación”, resoluciones en cuyos *fundamentos* jurídicos aparezcan los vocablos “Fuerzas Armadas” o “militar” (B), obtenidos tales resultados, se han combinado, buscando la intersección de (A) y (B), de la que se desprendían 86 resoluciones. Analizadas las mismas, son, concretamente, veinte las sentencias y doce los autos en los que el Tribunal atendía de alguna manera la igualdad en el ámbito militar; téngase en cuenta que se excluyen las inadmisiones por providencia, que no se han analizado en el presente estudio.

<sup>63</sup> Así sucede en las sentencias 54/1983, de 21 de junio de 1983 y 151/1985, de 5 de noviembre, ambas versaban sobre la inembargabilidad de haberes de los militares; en las sentencias 114/1987, de 7 de julio y 116/1987, de 7 de julio, relativas al diferente trato en la concesión de prestaciones a los militares republicanos. También se reconoció discriminación en la sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, relativa a la tardía incorporación de la mujer a las

los puntos de referencia alegados para la comparación del militar: el militar respecto del civil en general, de otros servidores públicos y respecto de otros militares. Las materias sobre las que recaía el trato diferente que los recurrentes estimaban discriminatorio, como a continuación se sigue, no han sido pocas. Se describe a continuación lo resuelto en estas sentencias para, más tarde poder efectuar la valoración pertinente a la actuación del Tribunal.

## **1- La invocación de la igualdad del militar respecto del resto de los ciudadanos y funcionarios públicos**

### **a) La igualdad y la particular jurisdicción militar, con un procedimiento y tipos delictivos diferentes**

De un lado, desde la igualdad se ha afrontado la sumisión del militar a una especial jurisdicción, la militar<sup>64</sup>. En este sentido, el Tribunal ha señalado que “No puede, sin embargo, sostenerse que la existencia de límites máximos distintos en ambas jurisdicciones -común y militar- suponga, en principio, una vulneración de mencionado precepto. El principio de igualdad no supone un tratamiento legal de igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, y en el caso que nos ocupa no cabe desconocer las exigencias procesales y que la naturaleza específica de las causas sometidas a una jurisdicción cuyas particularidades se reconocen en el artículo 117. 5 de la Constitución” (auto 675/1984, de 14 de noviembre, FJ 3<sup>o</sup><sup>65</sup>). En otra ocasión el Tribunal afirmó que “no queremos decir con ello que la igualdad sea un principio que nada tiene que ver con el tema del Juez ordinario y la jurisdicción militar.” (sentencia 111/1984, de 21 de

---

FAS y, por último, en la sentencia 72/1994, de 3 de marzo, referida a la diferente aplicación de la redención de penas por trabajo a condenados de la jurisdicción militar.

<sup>64</sup> Sobre la jurisdicción militar, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia”, en comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 11-102. En especial, ofrecen una avanzada visión SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996 y BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* . cit. págs. 699-736.

<sup>65</sup> En el mismo, la parte recurrente pretendía obtener la libertad provisional al haber sobrepasado el límite máximo de esta fijado por la Ley Orgánica 7/1983, 23 de abril, (que reformaba la común Ley de Enjuiciamiento Criminal); sostenían que esta norma “ha de aplicarse por analogía a la jurisdicción castrense ya que, de otro modo, se produciría una vulneración del principio de igualdad, y se dejaría el libre arbitrio de los órganos de dicha jurisdicción la fijación de los topes máximos de la prisión provisional” (FJ 1<sup>o</sup>).

diciembre, FJ 2<sup>066</sup>). Ratificando la diferencia de la jurisdicción militar, el Tribunal ha añadido que “la jurisdicción militar (artículo 117. 5 de la Constitución) no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originen diferencias tanto sustantivas, procesales, que, si dispuestas en el respeto a las garantías de justiciables y del condenado previstas en Constitución, no resultaban contradictorias con su artículo 14 cuando responde a la naturaleza propia de la institución militar [...] la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a institución por el artículo 8 de la Constitución.” (Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, FJ. 2<sup>067</sup>)

Respecto de las particularidades del proceso militar, que limitaba a los condenados a más de tres años la posibilidad de recurrir en casación, el Tribunal sí reparó en su carácter discriminatorio, vinculado al derecho de defensa, afirmando que “[e]sta situación de desigualdad, que puede originar la indefensión de los acusados se opone al artículo 24 de la Constitución” (sentencia 52/1985, de 11 de abril, FJ 3<sup>068</sup>)

Por cuanto a los diferentes tipos penales aplicables a militares, a otros funcionarios o a ciudadanos en general, el Tribunal ha tenido la oportunidad de estimar, por ejemplo, que los “fraudes” militares y las “estafas” civiles no se pueden comparar “pues ni los elementos del tipo obedecen a una misma idea de protección penal, ni los bienes a los que se ordena esta protección penal son coincidentes” (auto 403/1984, de 27 de junio, FJ único<sup>69</sup>). En otra ocasión señaló que “los miembros de la Institución militar, a la que la Constitución, en su art. 8, asigna un conjunto de funciones que sin duda exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Como consecuencia de ello, el legislador puede introducir determinadas peculiaridades en el Derecho Penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de

---

<sup>66</sup> La demandante, no militar pero relacionada con la Administración militar en la que prestaba servicios, consideraba que su causa debió conocerla la jurisdicción ordinaria.

<sup>67</sup> En esta ocasión, se alegaba el principio de igualdad por un ex militar condenado al que se le denegó el beneficio de la suspensión condicional de la condena dispuesto en el artículo 245 del CJM para los condenados no militares, esta exclusión, para el recurrente no podía justificarse en abstracto apelando a las peculiaridades y exigencias propias de la institución militar.

<sup>68</sup> Esta limitación se preveía en el antiguo artículo 13 CJM, que había sido declarado inconstitucional por la sentencia 76/1982, de 14 de diciembre, que en esta sentencia se reitera.

<sup>69</sup> El recurrente era un Teniente Coronel condenado por fraude (por ocasionar un desgaste de material de 500 ptas.) y depósito de armas. El sujeto, en servicio, con material militar y utilizando a varios soldados, fabricó unos bolígrafos – pistola.



la organización militar en los términos señalados, como ya declaró este Tribunal en su Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 2.º, (Sentencia 107/1986, de 24 de julio, FJ 6º<sup>70</sup>.)

***b) La especial invocación de la igualdad respecto del diferente tratamiento punitivo a los militares***

Quizá, el aspecto que mayor atención ha tenido desde la perspectiva de la igualdad ha sido el diferente sistema de penas civil y militar. En este sentido el Tribunal ha negado continuamente carácter discriminatorio de no pocas particularidades militares, a saber:

-el plazo máximo más amplio de la libertad provisional militar, respecto del cual el Tribunal advierte que no tiene por qué ser fijado por una sola ley el “plazo máximo” del que habla el artículo 17. 1 CE, y que no es necesaria la aplicación para el ámbito castrense en de la Ley de Enjuiciamiento Criminal común, ni necesariamente ésta debe ser supletoria (auto 675/1984, de 14 de noviembre, FJ 3º.)

-También ha considerado que “la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos [antiguo artículo 245 del CJM] se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para con el condenado, a aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin así procurado por la norma, y la delimitación personal que al mismo se liga, no aparece desprovisto de razón suficiente, no siendo apreciable, por ello, la discriminación que se dice producida con aplicación de esta norma y debiéndose, así, denegar el amparo impetrado por esta motivación.” (Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre, FJ. 2º)

-Respecto de la pena accesoria de separación del servicio (no establecida en el Código penal general), el Tribunal consideró que “no se deduce en forma alguna que la imposición al recurrente de la pena prevista en el artículo mencionado del Código de Justicia Militar, y que supone un plus de punibilidad respecto a la aplicable, en caso de delito de estafa, a aquellos ciudadanos no integrados en las FAS, resultara discriminatoria o desproporcionada, por no guardar relación con la

---

<sup>70</sup> Esta resolución es relativa a la imposición de la pena accesoria de separación y prevista en el código de justicia militar para oficiales y suboficiales, como consecuencia de la imposición de la pena por la comisión de un delito de estafa.

protección de servicio de la Institución militar, y con la salvaguardia del cumplimiento de las funciones encomendadas a ésta [...] en consecuencia, no procede considerar que se haya producido discriminación por la imposición de una pena que responde a la finalidad de garantizar el buen servicio de las Fuerzas Armadas y, por ende, el mejor cumplimiento de los fines a éstas encomendados. Por todo lo cual no resulta necesario cuestionar la constitucionalidad del precepto en virtud del cual dicha pena es impuesta.” (sentencia 107/1986, de 24 de julio, FJ 7º)

-Por cuanto a la inexistencia de la remisión condicional en el ámbito militar (esto es, el no cumplimiento de la privación de libertad cuando la condena no rebasa cierta entidad). Esta diferencia bien podía ser entendida como una discriminación entre penados militares y penados ordinarios, el Tribunal negó esta solución alegando el carácter facultativo de aplicación de la remisión condicional civil y por falta de idoneidad de los términos de comparación (auto 463/1987, de 22 de abril, FJ 1º)

-También admitió el Tribunal la negación de la libertad provisional con fianza para el ámbito militar (art 234 Ley Procesal Militar) a diferencia de la general Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez más, el Tribunal considera que esta diferencia va dirigida “a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para el preso, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin, así procurado por la norma, no está, pues, desprovisto de razón, por lo que la discriminación alegada carece de fundamento, máxime si se tiene en cuenta que la legislación procesal militar cuenta, como figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria, con la prisión atenuada (arts. 225 a 229 de la L. P. M.), que permite dar un tratamiento constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, a los supuestos en que, en la jurisdicción común, pudiera aplicarse la fianza.” (Sentencia 14/1996, de 29 de enero, FJ 2º)

### ***c) La igualdad ante el diferente status político del militar***

En alguna ocasión se planteó desde la perspectiva de la igualdad el diferente alcance de la libertad de expresión del militar, no obstante para el caso concreto el Tribunal consideró que “no existe término uno

de comparación en virtud del cual pueda apreciarse que el mismo artículo, publicado por un ciudadano que no hubiera la condición de militar no hubiera sido objeto de actuación alguna” (Auto 303/1984, de 23 de mayo, FJ 2º)

Con mayor entidad se resolvió respecto de la excedencia forzosa exigida para el desempeño de cargos públicos por militares. Podía entenderse que tal baja forzosa suponía un obstáculo al igual acceso a los cargos públicos (art. 23. 2º CE), a la vez que se alegaba como discriminatoria la mayor facilidad que tenían los funcionarios civiles para acceder a la vida política. En contra de estos razonamientos, el Tribunal recuerda que para acceder a cargos públicos la ley bien puede establecer requisitos como lo es la baja voluntaria, además de señalar que “el Real Decreto-ley 10/1977, ha establecido un conjunto de normas cuya finalidad es impedir a los miembros de las Fuerzas Armadas desarrollar una actividad política, y estas normas suponen, evidentemente, una diferencia entre los militares y los funcionarios civiles. Pero como reiteradamente ha dicho este Tribunal, no toda desigualdad de trato supone una discriminación, y en este caso la diferente posición en el Estado de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los funcionarios civiles explica esta desigualdad [...] La fundada desigualdad de las situaciones iniciales justifica asimismo la desigualdad de sus consecuencias establecidas por el legislador en la forma que ha estimado más oportuna”, “basta con recordar la ya aludida situación peculiar que los miembros de las Fuerzas Armadas ocupan en el Estado para señalar que se la discriminación de trato no se produce respecto a los funcionarios civiles, con menos razón, si cabe, puede invocarse respecto a los trabajadores en general.” (Sentencia 77/1988, de 26 de abril de 1988, FFJJ 2º, 4º y 5º<sup>71</sup>)

#### ***d) La igualdad y el diferente régimen laboral del militar***

Respecto de la diferente situación laboral de trabajadores civiles, funcionarios y militares, el Tribunal ha considerado en general que “En términos generales no son susceptibles de contraste a la luz del art. 14 C. E. los regímenes propios de los funcionarios militares con los civiles, ni tampoco el de los funcionarios con trabajadores laborales (SSTC

---

<sup>71</sup> Sentencia 77/1988, de 26 de abril de 1988, relativa a una reclamación de haberes pasivos por quien, antes del avènement de la democracia, pasó a la situación de supernumerario con ocasión de desempeñar diversos cargos públicos en la Administración civil y, más tarde, a la situación de retiro. La autoridad militar le denegó los haberes pasivos por la voluntariedad de sus situaciones y la no satisfacción de los años de servicio precisos.

40/1989, fundamento jurídico 4. , y 56/1988, fundamento jurídico 3.)” (auto 276/1992, de 15 de septiembre, FJ 4º.)

Resulta de interés el auto 1161/1987, de 26 de octubre, en el que no se aborda el específico estatuto laboral del militar, sino del funcionario civil en establecimientos militares; no obstante lo cual, se puede seguir cierto paralelismo para apreciar algunas justificaciones que establece el Tribunal sobre el distinto régimen laboral del militar respecto de los trabajadores civiles en general<sup>72</sup>. El máximo intérprete recordaba que “no son equiparables o sustancialmente idénticas las situaciones de los trabajadores en general, de un lado, y de los trabajadores de establecimientos militares, de otro. Como al legislador no pasó inadvertido, este último personal puede requerir un régimen específico en atención a los intereses de la defensa nacional (Disposición final séptima del E. T.) que están comprometidos en las tareas, funciones o labores que desarrolla toda clase de personal en establecimientos militares [...] Resulta adecuado o proporcional a estas exigencias de la defensa nacional que, respecto a las modificaciones de condiciones de trabajo, la autoridad militar cuente con la facultad, no discrecional ni arbitraria, sino reglada [...] de decidir si concurren razones técnicas, organizativas y productivas que las justifiquen, sin necesidad de someter su aprobación a los representantes de los trabajadores ni a otros órganos de la Administración. La minoración de facultades de los representantes de los trabajadores o de la autoridad laboral aparece como razonable y justificada por exigencias que nada tienen de inconstitucionales.” (FJ 2º)

### ***e) El fin del privilegio de la inembargabilidad de haberes del militar a través del principio de igualdad***

El Tribunal sí que entendió en dos ocasiones el carácter discriminatorio del antiguo privilegio de que gozaban los militares, como lo era la inembargabilidad de haberes de los mismos como consecuencia de deudas alimenticias y civiles (antiguo CJM en sus artículos 707. 2º en relación con el 709). Primero por cuanto a las pensiones alimenticias, entendió que la limitación del embargo al militar suponía la discriminación de las esposas de militares frente a las de funcionarios o empleados civiles, puesto que las primeras veían

---

<sup>72</sup> Se hacía referencia al hecho de que los cambios en la jornada y horario de trabajo en la relación militar se establezcan por la autoridad militar, sin necesidad de la aceptación por los representantes de los trabajadores, como dispone el Estatuto de los trabajadores (como es sabido, representación inexistente hasta ahora en la función militar).

reducida su pensión alimenticia a la cuarta parte como máximo, frente a las otras, que no tenían tal límite. El Alto Tribunal estimó que la independencia económica del militar para mantener dignamente su status no justificaba este trato diferente, pues “esta independencia debía ser reconocida también a los no militares”, asimismo advertía que “las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquél ámbito [el “estrictamente castrense”]”. (Sentencia 54/1983, de 21 de junio de 1983, FJ 4º).

En la segunda ocasión, relativa a la inembargabilidad respecto de las deudas civiles el Alto Tribunal afirmaba que “surge una discriminación de los que contratan con militares en cuanto a la eventual satisfacción, por la vía del embargo de haberes, de las responsabilidades económicas en que hayan incurrido aquellos” con lo que se “[v]iene a colocar a un conjunto de personas -los militares- en una situación no justificada de ventaja en comparación con el resto de ciudadanos; situación que a su vez coloca en una posición de desventaja a los que con ellos contratar en comparación con los que contratan con otros.” (Sentencia 151/1985, de 5 de noviembre, FFJJ 5º y 6º).

### ***f) La igualdad como criterio de resolución en la cuestión política de los militares republicanos y la legislación de amnistía***

Las cuestiones relacionadas con las pensiones de los militares republicanos y la legislación de amnistía, suscitaron no pocas resoluciones del Alto Tribunal desde el principio de igualdad<sup>73</sup>. Se trataba del diferente trato que recibían los militares republicanos en sus retiros y pensiones, tanto respecto de los funcionarios del bando republicano civiles cuanto de los militares del Ejército “nacional”. En este sentido, se cuestionaban los efectos de la diversa legislación de amnistía. Claro está, en los concretos problemas planteados subyacía una importante carga política y emocional, tanto en el seno de las FAS como en el resto de la sociedad. En todas estas resoluciones, la aplicación del principio de igualdad adquirió un peso sustancial.

En los primeros momentos, el Tribunal advirtió que la legislación de amnistía sí que podía ser cuestionada ante su jurisdicción bajo el criterio de igualdad. Así, señalaba que “La lesión a lo que él considera exigencia de la igualdad sólo sería imputable, si existiese, a la

<sup>73</sup> El *iter* jurisprudencial puede seguirse de forma sencilla en la sentencia 345/1993, de 2 de noviembre (FFJJ 4º y 5º)

legislación sobre amnistía que no ha sido cuestionada en el presente recurso, aunque como es obvio, hubiera podido serlo, pues esta legislación sí debe ajustarse a los principios constitucionales y, entre ellos, al principio de igualdad.” (sentencia 28/1982, de 26 de mayo, FJ 2<sup>o74</sup>). Por cuanto a la materia de las pensiones de los militares republicanos, en principio y en diversas resoluciones, el Tribunal se desentendió del diferente tratamiento post-bélico a los militares republicanos o a los del Ejército “nacional”. El Tribunal no dudaba en afirmar que “es evidente que tal trato de favor, consustancial por lo demás a un régimen político basado sobre una victoria militar, sí existió en relación con el caso presente, como se desprende de las afirmaciones del recurrente y del ministerio fiscal, se llegó a cabo al margen de la legalidad. Ahora bien, el principio de igualdad ante la ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede ciertamente llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio sancionatorio, pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la ley” (Sentencia 43/1982, de 6 de julio, FJ 2<sup>o75</sup>).

Los primeros pasos se dieron en relación con los efectos retributivos y de reincorporación al servicio de la normativa de Amnistía, el Tribunal, si bien no reconoció el amparo a la Asociación de Aviadores de la República, adelantaba la dirección de decisiones futuras. En este sentido afirmaba que “entre la función pública civil y la integrada en las Fuerzas Armadas concurren elementos

---

<sup>74</sup> El recurrente no alegó la legislación de amnistía en su caso. Se trataba de quien se incorporó al Ejército en el bando republicano, llegando a sargento y posteriormente exiliado en Francia e internado un campo de concentración. Al mismo le había sido denegada su solicitud de “cuantos derechos pudieran corresponderle de acuerdo con su situación y edad y en condiciones de igualdad con los demás miembros de las actuales Fuerzas Armadas”.

<sup>75</sup> El recurrente, miembro de la policía armada del bando Republicano, pasó al retiro a los cincuenta y un años cuando la normativa de “quienes se habían rebelado contra la República” era más favorable, y la establecía a los cincuenta y ocho. Ante un supuesto diferente, también se desentendía el Tribunal Constitucional en el auto 203/1983, de 4 de mayo, en la que el recurrente alega el principio de igualdad frente a las resoluciones relativas a sus haberes pasivos, en relación con los militares que prestaron su servicio durante la guerra, a quienes se les reconocía un mayor porcentaje del sueldo. No obstante, el Tribunal desestima el recurso porque “los supuestos de hecho no son coincidentes”. (FJ único). Lo mismo puede afirmarse de la sentencia 24/1984, de 18 de enero, en la que también se alegaba infracción del principio de igualdad en relación con la percepción del sueldo para los militares republicanos. Sin embargo, el Tribunal consideró que el demandante no entraba en ninguno de los presupuestos normativos y que pese a que como señala el recurrente se ha aplicado la normativa a otros individuos en situación, de nuevo el Tribunal advierte que “la Constitución garantiza la igualdad ante la ley, pero no contra ella.” (FJ 2<sup>o</sup>)

diferenciadores que podrán reclamar módulos distintos en algunos de los efectos reintegradores que son propios de la legislación que es común designar por referencia a la rúbrica de la amnistía”, sin embargo señalaba que “si dejamos a un lado la reincorporación al servicio activo, que es donde pudieran proyectarse esos elementos diferenciales [...] las situaciones desde las facetas de preterir todo efecto punitivo y desechar la incorporación activa, se presentan como afines, y, desde luego, desde la razón a que obedece la amnistía, como iguales, sin que el elemento “civil” o el elemento “militar”, actúe como diferenciador”. No obstante, el Tribunal entendió que “sólo mediante la ley podrán tener respuestas las justas pretensiones de los demandantes [...] el principio de igualdad [...] Ha de inspirar el otorgamiento de la amnistía a los militares, en la línea de la concedida a los funcionarios civiles sin otras especificaciones que la requeridas por la singularidad de las Fuerzas Armadas” (sentencia 63/1983, de 20 de julio, FFJJ 3º y 5º).

Había que esperar, pues, a la decisión del legislativo socialista al respecto, que fue la Ley 37/1984, de 22 de octubre, que pretendía resarcir a los militares profesionales de la República respecto de los funcionarios civiles como consecuencia de las diferencias de la anterior legislación de amnistía. Se cuestionó la constitucionalidad de esta norma y el Tribunal estimó la discriminación tanto en relación con los funcionarios civiles, cuanto entre los propios militares, puesto que la norma distinguía dos grupos, quienes hubieran ingresado en el Ejército Republicano antes o después del 18 de julio de 1936. Ello suponía valorar exclusivamente un dato cronológico, sin tener en cuenta otras circunstancias objetivas que acrediten la profesionalidad de unos y otros, puesto que “la profesionalidad ha de derivarse de la legalidad objetiva vigente en cada momento y no de un mero dato temporal.” (FJ 7º). Así, el juzgador concluía que era la “igualdad entre unos y otros funcionarios, que comporta el derecho a no sufrir discriminaciones o diferencias de trato desprovistas de motivos objetivos y razonables, la que ha sido desconocida y lesionada por la Ley 37/1984 [...] Esta limitación es en sí misma una discriminación respecto de los funcionarios civiles de la República y provoca además, dentro del colectivo militar, una injustificada diferencia en el trato dispensado a los militares profesionales que obtuvieron sus empleos efectivos y definitivos después de aquella fecha.” (Sentencia 116/1987, de 7 de julio, FFJJ 7º y 9º). El mismo día, en la importante sentencia 114/1987,

de 7 de julio<sup>76</sup>, el Tribunal reconocía la discriminación que suponía una normativa de la Segunda República que exigía al militar observar una “buena conducta” como requisito para reconocer los derechos de una pensión. El juez de constitucionalidad consideró que si bien se puede exigir tal buena conducta específicamente a los militares, la misma no podía exigirse para el nacimiento del derecho a pensión.

Sin embargo, el paso decisivo respecto del régimen de los funcionarios de la República se dio con la Sentencia 204/1988, de 7 de noviembre<sup>77</sup>. Si en ocasiones anteriores había desestimado la posibilidad de entrar a valorar el diferente trato a vencedores y vencidos tras la guerra, en esta sentencia el Tribunal sí analizó situaciones concretas que seguían teniendo efectos en la actualidad, pues: “ni la Constitución ni la LOTC exceptúan de su jurisdicción las vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas por la Guerra Civil, siempre que esas vulneraciones puedan servir de fundamento a un recurso de amparo o a cualquier otro tipo de proceso constitucional”. (FJ 4º) y así entendió que sucedía en tanto que la norma diferenciadora seguía formalmente vigente y podían darse situaciones en las que se aplicase materialmente respecto del reconocimiento de pensiones. Ya sobre el fondo, el Tribunal aseveró que “existe así actualmente una desigualdad con relevancia jurídica y no de mero hecho entre la situación de la recurrente y la de las viudas de quienes en iguales circunstancias fueron víctimas de su adhesión al Alzamiento Militar, pocas dudas puede haber de que esa discriminación está prohibida por la Constitución, no sólo por la cláusula general del art. 14, sino por su referencia específica a la discriminación por razón de «opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal», como es la de ser viuda de esposo ejecutado en una zona frente a las viudas de esposos ejecutados en la otra. [...] La disconformidad con el art. 14 de la Constitución surge al no reconocerse que otras víctimas de la misma Guerra, muertas en

---

<sup>76</sup> Relativa a la admisibilidad del art. 5 de la Ley de 13 de mayo de 1932, sobre Servicio Militar de Voluntarios en Marruecos, según el cual, para que tales voluntarios tuvieran derecho a pensión de retiro «será condición precisa haber observado buena conducta y contar, por lo menos, doce años de servicio, servidos día por día en África».

<sup>77</sup> En esta ocasión, no obstante, no se trataba de un militar, sino que era la viuda de un funcionario civil muerto por su adhesión al Gobierno republicano quien reclamaba una pensión semejante a la que cobran las viudas de los heridos al Alzamiento Militar de julio de 1936, pensión reconocida por la Ley de 11 de julio de 1941. Según esta norma, la pensión podía percibirse si la muerte había sobrevenido por ser ejecutado o detenido por combatir o alzarse por el Movimiento (supuesto 1), por morir combatiendo contra los “marxistas” (supuesto 2), o por último, por negarse a prestar sus servicios a los “rojos” (supuesto 3).



análogas circunstancias, no causen también el mismo tipo de pensiones.” (FJ 5º)

**g) La igualdad ante las diferencias salariales y estatutarias entre el funcionario militar y otras categorías de servidores públicos**

La remuneración de unos y otros servidores públicos ha sido objeto de atención del Tribunal, quien negó la posible identidad de salarios pese a la similitud con situaciones funcionariales (actividad, reserva activa) y de titulación y destino de funcionarios civiles y militares, pues no consideraba válidos tales elementos para efectuar la evaluación de las diferentes retribuciones básicas de unos y otros (auto 58/1983, de 16 de febrero, FJ 4º<sup>78</sup>)

En este sentido, mayor importancia tiene la sentencia 236/1994, de 20 de julio, en la que consideró el Tribunal que “ni la Guardia Civil forma parte de las Fuerzas Armadas ni, en consecuencia, sus miembros pertenecen a las mismas.” (FJ 3º) “la pretensión del demandante de equiparar a efectos de grupo de clasificación y nivel de complemento de destino a los Subtenientes de la Guardia Civil con los de las Fuerzas Armadas no puede venir amparada por el derecho fundamental reconocido en el art. 14 C. E. , puesto que se trata de empleos pertenecientes a Cuerpos o categorías funcionariales configurados como estructuras diferenciadas y definidas con características propias, que tienen encomendadas funciones diferentes y que prestan sus servicios bajo un distinto régimen de dependencia orgánica y, por ende, en circunstancias parcialmente diversas, sin que, al no existir un criterio jurídico igualitario del régimen de retribuciones entre unos y otros funcionarios, sea posible considerarlos en situación jurídica idéntica desde el plano del principio de igualdad.” (FJ 5º)

En otra ocasión, fue un colectivo de médicos del servicio público civil el que alegaba la discriminación que sufrían respecto de los Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios Militares, en tanto que a éstos últimos no les perjudicaba la normativa militar de incompatibilidades, permitiéndolo lo que a ellos se prohibía. No obstante, el Alto Tribunal consideró que no podía prosperar el argumento “por tratarse de colectivos funcionariales distintos -personal de la

---

<sup>78</sup> Los demandantes de amparo pedían que al personal militar en situación de “Servicios Civiles” y a los que están en “Expectativa de Servicios Civiles” se les equiparasen sus derechos retributivos básicos en paridad a los de “Servicios Civiles” del Cuerpo Técnico de Administración Civil del Estado, o con los militares en servicio activo, y para los que están en “Expectativa de Servicios Civiles”, con los “militares en Reserva activa”.

Administración Civil, en el primer caso; de la Administración militar, en el segundo- la discriminación normativa que pueda haber es razonable, al no poderse homologar unas y otras situaciones jurídicas, que responden a características diferentes por el ámbito funcional a que se refieren.” (sentencia 40/1989, de 16 de febrero, FJ 4º)

Respecto del servicio militar, el Defensor del Pueblo acusaba de vulnerar el contenido esencial de la igualdad a la normativa reguladora, que establecía una duración mayor (desde un 50% al doble) para la prestación social sustitutoria respecto del servicio militar<sup>79</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que “aquellos supuestos de que se parte -servicio militar, prestación civil sustitutoria- no son similares, ni cabe equiparar la «penosidad» de uno y otro, ni tampoco olvidar que la prestación sustitutoria constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas, exención que obviamente se extiende a un hipotético tiempo de guerra” (sentencia 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5º). También se ha esgrimido la igualdad por el llamado a filas para solicitar un aspecto puntual del régimen de quienes realizan la prestación social sustitutoria (la reducción del tiempo de servicio). En contra, el Alto Tribunal afirmó que “no son términos de comparación adecuados el tratamiento que reciben a estos efectos los que disfrutan de otras clases de prórrogas, ni los objetores de conciencia, con una regulación específica” (auto 38/1992, de 10 de febrero, FJ 2º)

## ***2- Las demandas de igualdad en el seno de la propia institución militar***

La igualdad no sólo se ha exigido cuando la referencia comparativa era la ciudadanía general o el resto del funcionariado público, el principio de igualdad también se ha alegado, para dentro de las FAS. En este orden, el Tribunal Constitucional ha abordado la admisibilidad de medidas diferentes sobre los distintos Ejércitos, así señalaría que “no puede predicarse infracción del principio de igualdad porque en el Ejército del Aire la situación no sea idéntica a la de los Ejércitos de Mar

---

<sup>79</sup> Mientras el servicio militar tuvo una duración general de doce meses, la ley habilitaba al Gobierno para fijar un periodo de dieciocho a veinticuatro meses, quedando fijada por éste en los dieciocho meses. Con el establecimiento del servicio militar con duración general de nueve meses, respecto de la prestación social las posibilidades iban de los doce a los dieciocho meses, fijándose, hasta el año 1998, en trece meses la duración de la misma; desde este año 1998 la prestación social tiene fijado un periodo de nueve meses.

y Tierra”<sup>80</sup>. También, el Tribunal ha admitido la atribución de disposiciones diversas en razón del Cuerpo, Arma o empleo particular, en tanto “posee[n] características propias, suficientes para justificar razonablemente un tratamiento acorde con esas peculiaridades.”<sup>81</sup>. En este sentido, parece que ha llegado a corroborar la existencia de un diferente honor militar exigible para cada Cuerpo, Arma o Ejército de que se trate<sup>82</sup>.

Del mismo modo, el Tribunal ha justificado la aplicación de regímenes diversos a las diferentes escalas y situaciones administrativas del militar. Así, por cuanto a las primeras, señaló que no era discriminatoria la integración de las escalas especiales en las escalas medias, básicamente, porque “Tratándose de cuerpos de funcionarios, como estructuras de creación legal, el legislador tiene un margen amplio de disponibilidad, consecuente con las diferencias de régimen introducidas, sin que corresponda a este Tribunal valorar la oportunidad de la opción escogida una vez que se constate el respeto a los principios y derechos constitucionalmente consagrados.” (auto

---

<sup>80</sup> Así lo afirmó en el auto 850/1987, de 1 de julio, donde el actor consideraba infringido el principio de igualdad porque en los Ejércitos de Tierra y Mar los componentes de la Escala de Complemento podían ascender hasta el empleo de Comandante mientras que en el Ejército del Aire no podía obtenerse ni el de Capitán. El Tribunal no dudó en afirmar que “no puede predicarse infracción del principio de igualdad porque en el Ejército del Aire la situación no sea idéntica a la de los Ejércitos de Mar y Tierra. Dicha desigualdad aparente tiene una fundamentación objetiva y razonable. Objetiva porque [...] la propia normativa [...] supedita la obtención de dicha progresión en la carrera militar a ciertos requisitos, y razonable, porque las necesidades de los Ejércitos de Mar y Tierra no tienen por qué ser necesariamente idénticas a las del Aire”. (FJ 2º)

<sup>81</sup> Auto 71/1987, de 21 de enero, relativo a la exclusión de los Capitanes del Arma de Ingenieros para la provisión de vacantes de cualquier Arma. En tal ocasión el máximo intérprete consideró que “el Arma de Ingenieros constituye un Arma del Ejército distinta y especializada respecto de las demás y que, dentro de la estructura militar y de la defensa nacional, posee características propias, suficientes para justificar razonablemente un tratamiento acorde con esas peculiaridades. La situación, pues, tanto del Arma como de los Capitanes en ella integrados, no es la misma que la de los otros Capitanes, y en ese sentido los servicios y destinos son diferenciados, desde luego justificadamente por la materia y competencia del Arma distinta [...] la arbitrariedad quedaba excluida en atención a las necesidades del servicio y a las existencias deficitarias de Capitanes de Ingenieros para cubrir las vacantes específicas del Arma, aparte de la especificidad antes aludida.” (FJ 2º)

<sup>82</sup> Así en la importante sentencia 151/1997, de 29 de octubre, (capitán expulsado por Tribunal de Honor, por consentir la adulterio de su esposa, de la cual estaba separado) FJ 5º “no cabe negar de entrada la posibilidad de que en el supuesto aquí enjuiciado la realización de conductas deshonrosas para el *militar, el Arma o Cuerpo al que pertenece o para los Ejércitos* pueda, en determinadas circunstancias, constituir un límite al ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar [...] En efecto, como hemos reiterado, *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”.

238/1994, de 20 de julio, FJ 1<sup>o</sup><sup>83</sup>). En relación con las diferentes situaciones administrativas del militar, el máximo intérprete de la Constitución justificó la diferente posibilidad de mantener la vivienda militar hasta la edad del retiro o hasta la muerte según se tratase de militares retirados o en activo y, de entre estos últimos, según el tiempo que les restara para el retiro o su situación de reserva transitoria<sup>84</sup>. Por el contrario, sí consideró discriminatoria la distinta aplicación de la redención de penas por trabajo, según la condena impuesta fuera o no compatible con su permanencia en el Ejército. En esta ocasión, el Tribunal, sin desconocer las exigencias que impone la disciplina castrense en el Derecho penitenciario militar, entendió que aquella distinción no era congruente con aquellos fines que se decía preservar<sup>85</sup>. Igualmente, se estudió la posible discriminación del diverso tratamiento basado en las diversas creencias religiosas, se trataba de la prestación de asistencia religiosa católica a los miembros de las FAS. En aquélla ocasión se afirmó que “tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los

---

<sup>83</sup> Diversos militares que provenían de las Escalas especiales entendían discriminatorio el régimen de integración de las FAS, tras la Ley 17/1989, en tanto se consideraba que según su grado educativo a ellos les correspondía integrarse en la Escala superior.

<sup>84</sup> El hecho motivante fue la polémica regulación de la vivienda militar (Real Decreto 1.751/1990, de 20 de diciembre). El principio de igualdad se trajo a colación, de una parte, por cuanto se afectaban las expectativas de derechos de militares sobre las viviendas. En este sentido, cabe señalar que no se trataba de derechos en sí, sino de expectativas, y por ello el Tribunal recuerda que “el art. 14 C. E. no otorga un derecho fundamental a la igualdad cronológica, no incorpora una proscripción de los perjuicios ocasionados por los cambios legislativos [...] La Ley puede lícitamente modificar los derechos y obligaciones inherentes al estatuto de los funcionarios públicos, sin que el art. 14 permita hablar, como se hace en la demanda, de derechos adquiridos o consolidados”.

No obstante, lo que fundamentalmente se discutía era la admisibilidad del régimen establecido en las disposiciones transitorias. Tal regulación implicaba que quienes se encontrasen en situación de reserva, segunda reserva, o retiro forzoso por edad o por incapacidad física podrían mantener el uso de la vivienda militar hasta su muerte, por el contrario, esta posibilidad no la ostentaban quienes se encontraban en servicio activo a falta de más seis o catorce años de su pase al retiro o la reserva, con un plazo más estricto de cinco años para quienes disfrutaban de la situación de reserva transitoria. Todos ellos, cuando llegara el retiro se veían obligados a desalojar la vivienda.

<sup>85</sup> Así afirmaba que “la disciplina y jerarquía castrenses, como valores relevantes por la propia naturaleza y funciones de la institución militar, ya han sido apreciadas por el legislador desde el momento mismo en que articuló una más drástica respuesta a delitos que, por cometerse en el ámbito militar o en estrecha conexión con él, puedan ponerlas en peligro, aparejando a estos delitos la pena de separación del servicio. Teniendo esto en cuenta, no resulta aceptable el vínculo entre la exclusión del beneficio considerado y los valores a los que se dice que sirve [...] la norma cuestionada ha implantado una exclusión a la generalidad del beneficio penitenciario que no se relaciona de forma directa y proporcionada con la finalidad de salvaguardia de los valores inherentes a la disciplina castrense” (Sentencia 72/1994, de 3 de marzo, FJ 6<sup>o</sup>)

católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos pueden reclamar fundadamente” (Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, FJ 4º)

Por último, se ha acudido al principio de igualdad dentro de los Ejércitos por cuanto refiere a cuestiones diversas como ascensos<sup>86</sup>, recompensas<sup>87</sup> o reconocimiento de pensiones<sup>88</sup>. En estos casos se trataba de la alegación usual de la igualdad sin que revistiesen las connotaciones propias del fenómeno militar.

### ***C) La actuación del Tribunal, salvo excepciones, ha sido errante, falta de celo y defectuosa***

Como se ha tenido oportunidad de seguir, no han sido escasas las ocasiones y las parcelas sobre las que el Tribunal Constitucional ha emitido su valoración de la diferenciación militar desde la perspectiva de la igualdad. No obstante, como se advirtió, tal perspectiva le venía impuesta al Tribunal ante la alegación de las partes. De ahí que, no extrañe el reducido número de ocasiones en las que se considera el trato como discriminatorio. Sin embargo, *más que el sentido de la decisión, resulta más importante apreciar el poco celo que ha puesto el*

---

<sup>86</sup> Así, respecto de los ascensos, en la sentencia 34/1981, de 1 de abril, se alegaba la falta de igualdad al denegarse el ascenso a Comandante del Capitán recurrente respecto de otros sí ascendidos con los que éste entendía igualdad de situación para ello. El Tribunal (FJ 4º) contradice la igualdad de las situaciones alegadas, advirtiendo que había una “falta de equivalencia que no supone discriminación sino diferenciación entre situaciones objetivamente distintas a efectos de ascensos dentro de la carrera militar.” En el auto 18/1986, de 15 de enero, relativo a la negación de la ascenso a General del recurrente, el Tribunal niega discriminación alguna, pues considera que es la ley la que establece las condiciones para tal tipo de ascensos, requisitos que no reunía el demandante (FJ 3º)

<sup>87</sup> En el auto 422/1983, de 28 de septiembre, relativo a la reclamación de una recompensa militar por parte de un militar, que se veía discriminado respecto de dos compañeros de armas que, a su juicio, gozaban de idénticas condiciones el profesionales que él, el Tribunal recuerda que la equiparación que puede solicitar el ciudadano “es en la legalidad y no fuera de ella, ya que el principio de igualdad resulta exclusivamente invocable y defendible ante situaciones conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca para alcanzar ilegales efectos por vía asimilativo, como si existiera un derecho a ser tratados con igual vulneración de la norma” (FJ 1º), ello es así porque las recompensas de los compañeros del demandante habían sido otorgadas saltándose la normativa entonces vigente.

<sup>88</sup> Auto 494/1985, 17 de julio, el militar recurrente alega el artículo 14 CE respecto de la negación de una pensión por mutilación, por no haberse seguido el mismo criterio que respecto a las recompensas militares. El Tribunal, FJ 3º, advierte que “se trata de pensiones de distinta naturaleza, que responden a situaciones no equiparables [...] Es al legislador a quien corresponde valorar las respectivas situaciones y determinar los derechos y beneficios que de ella se derivan, entre ellos los correspondientes pensiones, que en la forma que considere conveniente, teniendo en cuenta la finalidad que se persigue.”

*Tribunal Constitucional en enfocar la materia desde esta perspectiva. Puede afirmarse que, en la mayoría de los casos, dado que el máximo intérprete quedaba forzado a analizar desde la perspectiva de la igualdad el trato diferente, lo hacía con el menor énfasis posible, por lo que pueden seguirse no pocas deficiencias en sus razonamientos. Para ello cabe recordar que la evaluación del carácter discriminatorio de un trato diferente requiere analizar si los términos de comparación eran idóneos y, de así ser, se pasa a apreciar si se da una finalidad razonable, así como la congruencia y proporcionalidad del trato diferente. Sin embargo, entre las resoluciones estudiadas, resultan excepcionales las ocasiones en las que se sigue este itinerario<sup>89</sup>.*

***1- El Tribunal, lacónicamente y sin continuidad de criterio, pone fin al examen de igualdad afirmando que las diferencias alegadas no son comparables***

De una parte, se advierte que en no pocas resoluciones se señala la falta de idoneidad de los términos de comparación con lo cual concluye la necesidad de explicar la razonable finalidad, congruencia y proporcionalidad. Ello sería aceptable si no fuese porque tal carencia del llamado *tertium comparationis* queda lacónicamente expresada sin razonarla suficientemente<sup>90</sup>. Pero lo que es más, *lo que no es comparable para el Tribunal en unos supuestos, en otros sí parece serlo<sup>91</sup>. Son, por el contrario, excepcionales las ocasiones en las que el Tribunal sí que entra a explicar con detalle porqué no existe la*

---

<sup>89</sup> Un buen ejemplo general de la aplicación completa del escrutinio de la igualdad se sigue en el auto 1161/1987 (trabajadores civiles en recintos militares), en el que el Tribunal opera una aceptable motivación, muy superior a la contenida en otras alegaciones de igualdad (con la que se puede estar o no de acuerdo, como es natural). Así, analiza sistemáticamente la posibilidad de efectuar la comparación, la finalidad de la medida y su congruencia y proporcionalidad. (ver FJ 2º)

<sup>90</sup> De este modo sucede en el auto 58/1983, de 16 de febrero de 1983 (sobre diferentes retribuciones por situación funcional). O en el auto 303/1984, de 23 de mayo, sobre el diferente régimen de libertad de expresión. Auto 403/1984, de 27 de junio, (diferentes tipos penales de “fraudes” y “estafas”. Auto 494/1985, de 17 de julio, (negación de una pensión por mutilación). También en el auto 463/1987, de 22 de abril, (negación militar de la remisión condicional de la pena). Auto 38/1992, de 10 de febrero, (reducción del servicio militar como a objetores) y, por último, en el auto 276/1992, de 15 de septiembre, (viviendas militares) en la comparación respecto de los funcionarios civiles.

<sup>91</sup> Según se ha expuesto, el Tribunal sí que ha examinado con mayor profundidad otros asuntos en los que se compara a militares con ciudadanos o con otros funcionarios. Así a sucedido respecto de pensiones (amnistía y militares republicanos), tratamiento penal (tanto diferentes tipos penales como penas aplicables), respecto del régimen administrativo (aplicación de diferentes incompatibilidades, exigencia de buena conducta), etc.

*posibilidad de efectuar la comparación*<sup>92</sup>. Pero además, como se sigue a continuación, en las ocasiones en las que el máximo intérprete sí pasa a efectuar la comparación, no siempre se analiza la razonable finalidad, congruencia y proporcionalidad, sino que sólo se atiende alguno de ellos y no siempre con la profundidad exigible.

## **2- La insuficiente concreción de la finalidad perseguida por el trato diverso**

Por lo que toca a la finalidad, es menester censurar que cuando el Tribunal afronta el ordenamiento militar desde la perspectiva de la igualdad padece el mismo déficit que en su tratamiento de los límites de los derechos fundamentales del militar: el marcado institucionalismo jurídico<sup>93</sup>. Y es que, cuanto menos en algunas de las resoluciones analizadas como toda justificación de la especificidad castrense (sin ni siquiera pasar luego a atender la proporcionalidad) se introduce la genérica y continua alusión a “la naturaleza y funciones de la *institución* militar y los caracteres a ella inherentes, como lo es la intensa disciplina en su seno, crucial para hacer posible el eficaz ejercicio de las esenciales misiones que los Ejércitos tienen encomendadas”<sup>94</sup>. Esta justificación simple y general de la singularidad de la institución militar u otras referencias a los específicos caracteres de lo militar supone, básicamente, un argumento tautológico, en otras palabras, se *justifica un diferente trato a lo militar porque las FAS son diferentes*<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Destaca en este sentido la referida sentencia 236/1994, de 20 de julio (petición por Subteniente de la Guardia Civil la homologación con los Subtenientes de las Fuerzas Armadas). En esta resolución, el Tribunal sí que analiza pausada y razonadamente los motivos por los que no cabe la equiparación demandada, dedicando a ello toda la sentencia.

<sup>93</sup> Se esconde aquí la vieja polémica sobre si las FAS son una institución o Administración. La alegación del carácter institucional de los Ejércitos suele ir unida a una carente o vaga justificación de la singularidad militar y las restricciones que ésta provoca en el sistema constitucional. Por el contrario, el sostenimiento del carácter administrativo de las FAS suele ir ligado a una mayor estricta sujeción a las exigencias generales del Estado constitucional. Una amplia atención de esta polémica materia puede seguirse en COTINO HUESO, Lorenzo, “La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas”, de próxima publicación en la *Revista de Derecho Político de la UNED*, próximo número, con una extensión de 48 páginas.

<sup>94</sup> Se aprecia esta alusión, como justificación casi única, en los casos relativos al diferente trato penal de los condenados: sentencia 180/1985 (negación del beneficio de la suspensión condicional de la condena), también en la sentencia 14/1996 (negación de la libertad provisional con fianza) o en el auto 68/1996 (soldados que desertan antes de ir a la Guerra del Golfo).

<sup>95</sup> Ello recuerda la explicación que, a principios de siglo, daba Ugarte Pagés al la singularidad del ordenamiento militar: “¿Es, por ventura, el Ejército una institución exactamente igual, ni siquiera análoga, á las demás que forman la trama de la vida nacional? Pues he ahí la causa de las diferencias que en su legislación se observan.” (Cfr. contestación a cargo de

Ahora bien, en modo alguno se niega aquí que esta fórmula contenga sucintamente la razón fundamental que motiva la singularidad del ordenamiento militar. *Lo censurable es el reiterado empleo de fórmulas semejantes, casi retóricas, sin entrar a profundizar más en cada caso por qué, cómo y en qué medida esta causa genérica y abstracta motiva la concreta diferenciación que se evalúa en cada caso particular. Es decir, el empleo de estas expresiones reiteradas encubre u oculta necesarias concreciones a las que el Tribunal, por lo general, escapa.* Cabe advertir, que las resoluciones en las que se da este déficit en el ámbito de la igualdad son las relativas al gravoso tratamiento penal del militar. En las mismas, el Tribunal parte de la incuestionada premisa de que la disciplina militar exige, indefectiblemente, una mayor gravosidad de las penas<sup>96</sup>. Con ello se puede estar o no de acuerdo, sin embargo, lo que parece exigible es que se explique verdaderamente el porqué de esta diferenciación, que hoy día no es absolutamente generalizada ni incuestionable, sin eludir tal explicación mediante el *ungüento mágico* de los rasgos de la institución militar, empleado para justificar todo tipo de excepciones del Derecho militar.

Hay que señalar, no obstante, que este vicio del institucionalismo no es del todo generalizado pues en ocasiones la finalidad concreta se pone de manifiesto y ello sirve para considerarla razonable<sup>97</sup> o irrazonable<sup>98</sup> o, al menos se pasa a atender la congruencia y proporcionalidad de la medida diferente.

---

UGARTE Y PAGÉS, Javier, a SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar...* cit. págs. 79-80.)

<sup>96</sup> BLAY VILLASANTE, F. "Privilegios y limitaciones de las leyes sancionadoras militares", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, enero-junio de 1990, asevera la validez de esta máxima al afirmar que "cualquier delito, militar o del penal Común, cometido por un militar, deteriora el honor de la institución armada y, por tanto, el culpable ha de ser erradicado de sus filas o castigado con severas penas.", pág. 40.

<sup>97</sup> Por ejemplo, no parece insuficiente la justificación sobre la finalidad que se contiene en el auto 71/1987 (exclusión de los Capitanes del Arma de Ingenieros para la provisión de vacantes de cualquier Arma), en la que el Tribunal recordaba que "el Arma de Ingenieros constituye un Arma del Ejército distinta y especializada respecto de las demás y que, dentro de la estructura militar y de la defensa nacional, posee características propias, suficientes para justificar razonablemente un tratamiento acorde con esas peculiaridades. La situación, pues, tanto del Arma como de los Capitanes en ella integrados, no es la misma que la de los otros Capitanes, y en ese sentido los servicios y destinos son diferenciados, desde luego justificadamente por la materia y competencia del Arma distinta [...] la arbitrariedad quedaba excluida en atención a las necesidades del servicio y a las existencias deficitarias de Capitanes de Ingenieros para cubrir las vacantes específicas del Arma, aparte de la especificidad antes aludida." (FJ 2º).

<sup>98</sup> Así, por ejemplo, en el caso de las dos sentencias en las que se considera inadmisibles la limitación del embargo de los militares, en las que el Tribunal entendía irrazonable la finalidad argüida de la "la independencia económica del militar para mantener dignamente su status, como causa del límite a los embargos".



### **3- La huida del análisis de la congruencia. Dos ejemplos de la profundidad exigible al Tribunal**

Como se acaba de señalar, la usual alusión a lo que podemos resumir como “necesidades de la defensa” (finalidad) priva en ocasiones el análisis de la congruencia (la adecuación de la medicina aplicada para curar la concreta enfermedad), y lo que es más, de la proporcionalidad de la medida (valoración si la dosis aplicada se ajusta a la gravedad de la enfermedad). Por lo que toca a la congruencia, hay que destacar el buen seguimiento de la misma que el Alto Tribunal confirió en dos ocasiones.

En primer lugar, destaca la sentencia 114/1987, (exigencia de buena conducta como condición derecho de pensión) en la que el Tribunal, al igual que cuando señalase que “las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquél ámbito [el “estrictamente castrense”]”<sup>99</sup> considera que la disciplina militar no tiene nada que ver con el reconocimiento del derecho a la pensión. Lo más destacable es que no se ahorra esfuerzo alguno en la argumentación. Mediante la misma, explica que el legislador no tiene por qué regular el sistema prestacional de forma idéntica para todos, si bien advierte que las diferencias no deben ser discriminatorias (FJ 3º); también señala que una finalidad admisible del trato diverso en materia de pensiones es la de asegurar unos haberes pasivos a quienes hayan servido buena parte de su vida laboral. De otro lado, construye de forma holgada los fundamentos que justifican por qué en algunas profesiones como la militar es posible exigir una especial buena conducta, diferente a la exigible a otros funcionarios o a los ciudadanos en general, en este caso, en razón de la imprescindible disciplina militar<sup>100</sup> Entrando ya a analizar la congruencia, señala: “Pero conviene advertir que incluso en este último supuesto [admisión buena conducta en el marco militar] *el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la existencia normativa de buena conducta guarde una directa y razonable relación con la finalidad perseguida por la misma norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento, pues, en caso contrario, introduciría un*

<sup>99</sup> Sentencia 54/1983 (inembargabilidad de haberes por razón de alimentos), FJ 4º.

<sup>100</sup> Por lo cual, afirma “el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, genéricamente descritos como deber de observancia de buena conducta”, trascendencia pública como lo es el interés en preservar la disciplina militar (FJ 4º).

*factor de diferenciación que habría que calificar de discriminatorio*". Es por ello que el Tribunal afirma que "el establecimiento de un requisito semejante [la observancia de buena conducta para el reconocimiento de la pensión] y su valoración en el caso concreto *no guardan relación directa con la finalidad perseguida* por el citado precepto, que no es otra que la de asegurar unos haberes pasivos a quienes hayan servido buena parte de su vida laboral como voluntarios del Ejército destinados en Africa. *Si la exigencia de buena conducta en las relaciones de sujeción especial que aquella Ley regula podría tener una justificación objetiva y razonable en relación con la tutela de la disciplina, la cohesión o la imagen pública de la institución considerada [...] no la tiene, en cambio, como requisito necesario para el nacimiento del derecho a pensión. Aquel requisito es completamente extraño a esta finalidad*, lo que se demuestra no sólo por el hecho de que en otros ámbitos laborales o funcionariales, *incluso en la organización militar, el comportamiento antijurídico de los interesados carece de toda relevancia en lo que concierne a sus derechos pasivos o de jubilación [...] la buena conducta, no guarda relación razonable de causalidad con la finalidad perseguida y que, en cuanto que permite diferenciar entre unos y otros ciudadanos españoles, introduce desigualdad de trato contraria a lo dispuesto en el artículo 14 CE.*" (FJ 5º).

El segundo caso en el que también se puede apreciar una suficiente respuesta del Tribunal sobre la congruencia es el relativo a la negación de la redención de penas por trabajo a algunos condenados militares. Aquí el Tribunal ya parte de los particulares caracteres de la institución militar (finalidad), pero, a diferencia de ocasiones anteriores, advierte que no basta con señalar la admisible finalidad, sino que hay que ver si la diferencia está nítidamente relacionada con ella<sup>101</sup>: "no puede extraerse, como consecuencia necesaria, la aptitud de la mera invocación del valor disciplina militar para justificar, sin más, la diferencia de trato en el cómputo de la pena a que se contrae el precepto cuestionado [...] la disciplina y jerarquía castrenses, como valores relevantes por la propia naturaleza y funciones de la institución militar, ya han sido apreciadas por el legislador desde el momento

---

<sup>101</sup> Afirma que "hemos de examinar si las exigencias específicas de unidad y disciplina de los Ejércitos justifican esta diferencia de trato que es, se ha de subrayar, un trato de desfavor. En estos supuestos este Tribunal ha exigido que se ponga de manifiesto una relación estrecha o directa entre la medida restrictiva de que se trate y el logro de aquellos fines, pues «cuando tales principios y valores no se ven comprometidos», la «fisura» abierta en el derecho constitucional «aparece falta de fundamento» (SSTC 97/1985, fundamento jurídico 4. , 76/1982, 97/1984 ó 33/1985, entre otras)." (FJ 5º)

mismo en que articuló una más drástica respuesta a delitos que, por cometerse en el ámbito militar o en estrecha conexión con él, puedan ponerlas en peligro, aparejando a estos delitos la pena de separación del servicio [...] no resulta aceptable el vínculo entre la exclusión del beneficio considerado y los valores a los que se dice que sirve [...] *No cabe duda de que el legislador ha establecido una distinción de carácter objetivo pero que no es razonable, por injustificada en relación con la naturaleza de la medida y los fines perseguidos con ella.* [...] Así pues, quebrada la relación de la diferencia de trato con la directa tutela de la institución militar *-única que podría justificarla desde la perspectiva constitucional-*, es la condición profesional del penado el factor determinante de la diferenciación, y este factor no puede ser de por sí relevante a estos efectos.” (FJ 6º)

Se trata, pues, de dos buenos ejemplos de cómo debe ser analizado el trato diferente desde el punto de vista de la finalidad y la congruencia. Hay que advertir, no obstante, *que no se afirma que esté bien efectuado porque el Tribunal considere en estos casos una discriminación, sino porque motiva sobradamente su respuesta sacando a la luz las finalidades de la norma y su relación con la medida tomada, algo que no se encuentra, desafortunadamente, en casi ninguna resolución del ámbito militar visto desde la igualdad. La buena argumentación no sólo debe ser exigida para las ocasiones en las que sí se considera discriminatorio el trato, sino, y con mayor razón, para los casos en los que se entiende admisible este trato diferente del militar, pues, precisamente ha de seguir perdurando y para ello requiere la comprensión de quienes lo padecen.*

#### **4- El talón de Aquiles del Tribunal: la falta de análisis de la proporcionalidad de la diferencia de trato**

Resta por último evaluar el celo puesto por el Tribunal en el último paso que debe darse para admitir la admisibilidad del trato diferente: considerar que, además de tener una finalidad razonable y que el trato responde a esta finalidad, puede entenderse también como proporcionado. En ese sentido, cabe señalar que no son muchas las ocasiones en las que el máximo intérprete llega a este análisis de la proporcionalidad; ello se justifica si había entendido que los términos no eran comparables, puesto que ahí acaba el examen, pero no es válido eludir el test de la proporcionalidad cuando los términos admiten la comparación.

No son pocas las ocasiones en las que el Tribunal, sin llegar a la proporcionalidad, le resulta suficiente afirmar la finalidad de las diferencias militares o, a lo sumo, su congruencia. Quizá sea la proporcionalidad el verdadero *talón de Aquiles* del Tribunal, puesto que *si es posible entender que lo militar y lo civil por necesidad deben recibir un diferente trato en muchas cuestiones, en aras de una necesaria convergencia civil-militar, este diferente trato debe ser el mínimo necesario, por lo que no siempre se justifica la grave diferencia que se llega a dar entre el ordenamiento común y el militar, que es donde entra en juego la proporcionalidad.*

En pocas de las ocasiones analizadas resulta suficiente la explicación que se da respecto la adecuada *dosis del fármaco* que se aplica a la diferencia de lo militar<sup>102</sup>. Sólo, quizá, en la sentencia 14/1996 (negación de la libertad provisional con fianza), se atiende mínimamente este aspecto cuando, finalizando sus argumentaciones el Alto Tribunal consideraba que “El fin, así procurado por la norma, no está, pues, desprovisto de razón, por lo que la discriminación alegada carece de fundamento, máxime si se tiene en cuenta que la legislación procesal militar cuenta, como figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria, con la prisión atenuada (arts. 225 a 229 de la L. P. M.), que permite dar un tratamiento constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, a los supuestos en que, en la jurisdicción común, pudiera aplicarse la fianza.” (FJ 2º)

---

<sup>102</sup> Se aborda bien la proporcionalidad en las dos resoluciones relativas al régimen transitorio aplicado a las viviendas militares (autos 276/1992 y 319/1994). Sin embargo, estas resoluciones, como se expuso, no abordaban la diferencia civil militar, sino diversos regímenes entre las situaciones administrativas de los militares.

## V. Las posibilidades del principio de igualdad ante lo militar, una propuesta hacia el futuro

### **A) La igualdad puede predicarse tanto respecto del resto de ciudadanos y servidores públicos, cuanto dentro de las Fuerzas Armadas**

Se ha seguido, pues, la casi inexistente atención doctrinal a la dimensión de la igualdad en el seno de los Ejércitos; con mayor profundidad se ha apreciado la insuficiente y negativa atención por parte de la jurisprudencia constitucional. Es momento ya de postularse sobre las posibilidades que puede tener el análisis de la diferencia civil-militar desde la perspectiva de igualdad. En este orden, *es menester delimitar sobre qué parcelas y bajo qué supuestos resultaría, a mi juicio, oportuno aplicar el principio de igualdad respecto de la especificidad del fenómeno jurídico militar*. A quien ello afirma no escapan las diversas consecuencias que ello podría tener, así como no desconoce la necesidad de preservar la identidad y diferencia de lo militar respecto de lo civil; no en vano, del eficaz desempeño de las misiones de los Ejércitos puede llegar a depender el mantenimiento de la integridad y soberanía y del sistema constitucional español (art. 8 CE).

En términos generales, entiendo que *es posible comparar al militar tanto respecto del resto de los ciudadanos como respecto de los distintos servidores públicos*. Y lo que es más, *creo que es posible analizar la admisibilidad de los tratos diferentes dentro de la propia institución militar*, no sólo para las distintas situaciones administrativas, sino también respecto de los distintos empleos y diferentes Armas, Cuerpos o Ejércitos. La comparación es, pues, posible respecto de todos los puntos de referencia. Ello explica que el Tribunal en su jurisprudencia, con vaivenes y oscilaciones, sí que haya entrado a examinar el trato diferente del militar respecto de estos elementos generales de comparación, pese a la poca fortuna con que lo ha hecho. *Ahora bien, lo que importa es respecto de qué materia verse el trato diferente en cuestión entre civiles, funcionarios y militares, y es respecto de ello sobre lo que cabe establecer algunas consideraciones*.

## **B) ¿Sobre qué parcelas resulta oportuno invocar el principio de igualdad?**

### **1- Deben quedar bajo el principio de igualdad todas las cuestiones relativas a la cláusula específica de no discriminación**

En principio, el análisis bajo la perspectiva de la igualdad podrá y deberá seguirse para aquellas diferencias de trato en las que quedan implicadas las circunstancias sobre las que se prohíbe específicamente la no discriminación. Como se vio en su momento, se hace referencia a las condiciones de sexo, raza, religión, opinión, origen nacional o social, lengua, edad, etc. que aparecen tanto en el artículo 14 CE como se completan en virtud de la normativa internacional (ex art. 10. 2º CE). Como en su momento se advirtió, cuando el trato diferente guarde vinculación con alguno de estos colectivos, el análisis de su admisibilidad se torna más estricto, a la vez que recae una presunción de trato discriminatorio, por lo que se invierte la carga de la prueba, es decir, es a quien establece el trato diferenciado a quien compete demostrar que no es discriminatorio. Ello implica una seria protección contra los tratos diferenciados relativos a estas materias.

En consecuencia, es importante número de cuestiones que quedarían bajo este análisis estricto de igualdad en el ámbito castrense, por citar unos ejemplos: las edades fijadas para el acceso a la función militar<sup>103</sup>, las posibles discriminaciones causadas por motivos ideológicos o religiosos<sup>104</sup>, los tratos diversos recibidos por las mujeres

---

<sup>103</sup> Como es sabido, hay una importante fijación de edades máximas con las cuales poder acceder a las distintas escalas militares, así como a los empleos de militar profesional. El establecimiento de estos topes se fija en función de diversos criterios, como pueda serlo la edad idónea para llevar a cabo la carrera profesional dentro de la escala correspondiente, la aptitud física inherente a las diversas edades, etc. No obstante, existe un criterio que no aparece explicitado en las normas que establecen tales edades, como lo es la capacidad de ser socializado militarmente, esto es, la aptitud que en general se tiene a determinadas edades ser receptor de la formación militar, es decir, para que se puedan inculcar una serie valores y pautas de conducta que son necesarios para el óptimo ejercicio de la función militar. Claro está, para ello resulta preciso que quienes accedan a las FAS sean sectores demográficos de edad juvenil, más receptivos a esta formación. Ello resulta, a mi juicio, oportuno y necesario; no obstante, este motivo de fondo que no aparece en modo alguno explicitado, desde la perspectiva jurídico-constitucional puede encontrarse con no pocas dificultades. De una parte, la no discriminación en razón de edad (art. 14 CE), de otra parte, las dificultades derivarían de manifestar esta necesidad de adoctrinar militarmente a la persona, necesidad que se articularía con dificultades ante la libertad ideológica (art. 16 CE) y con el derecho a la educación fundamentado en la libertad de enseñanza (art. 27 CE).

<sup>104</sup> Por lo que toca a la libertad religiosa, son conocidas las dificultades que ha presentado y presenta, por ejemplo, la prestación de servicios religiosos católicos en las FAS, o la obligatoria participación en ceremonias castrenses con un marcado carácter religioso (homenaje a los caídos, piquetes de representación en funerales, etc.) Respecto de las posibles discriminaciones

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

(o, incluso, los homosexuales)<sup>105</sup>, o los que pudieran darse por la diversa procedencia social<sup>106</sup> o étnica<sup>107</sup> del militar, o la diferente lengua propia del mismo<sup>108</sup>. Sobre algunos de estos particulares nos detendremos más adelante.

## **2- Queda excluido del análisis desde la igualdad lo que afecte al vasto ámbito del estatuto de derechos fundamentales del militar**

De otra parte, salvo que el diferente trato pueda obedecer a alguna de estas circunstancias sospechosas de discriminación que se acaban de mencionar, entiendo que *el concreto estatuto de los derechos fundamentales del militar debe quedar excluido del análisis desde la igualdad*, esto es, no todo el régimen de derechos y obligaciones del militar, sino aquella parcela de este régimen, en buena medida delimitable, que afecte a los derechos reconocidos como fundamentales y ostenten de la particular protección que a ellos

---

ideológicas, cierto es que la neutralidad política exigible entraría en juego para reforzar la admisibilidad del trato diferenciado. No obstante, no toda proyección ideológica del militar tiene por qué estar limitada por la neutralidad política. Por ejemplo, no sería descabellado pensar en una severidad en la aplicación del régimen disciplinario para el soldado que, una vez iniciado el servicio militar (es decir, cuando ya no puede ejercer la objeción de conciencia), se declarase contrario a los Ejércitos o para quien, sin profesarla públicamente, pero fuese conocida, sostuviese posiciones contrarias a la unidad de España.

<sup>105</sup> A estas materias se dedica la parte final de este estudio.

<sup>106</sup> Ciertamente, el factor de igualación social de las FAS es un hecho histórico y actual, en tanto que si se puede hablar de clases en el marco castrense bien se podría hablar de una única clase, la militar. Lejos quedan los Ejércitos de cúpulas nobiliarias y clasistas absolutistas, que remitieron con la eliminación de la prueba de sangre en el siglo XIX. Al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el siglo XIX*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1978, págs. 103 a 124 y HEADRICK, Daniel. R., *Ejército y política en España (1866-1898)*, Tecnos, Madrid, 1981 págs. 60-85.

Sin perjuicio de ello, al igual que pudiera darse en cualquier otro sector de la Administración, para un caso concreto sería posible que se otorgara un tratamiento diferente por origen social. Imaginemos, un caso en el que se registrase una *persecución* disciplinaria a un soldado por su (elevada o baja) extracción social.

<sup>107</sup> Pese a la homogeneidad racial que se da en España, por desgracia, el fenómeno racista no nos es ajeno en general, por lo que tampoco cabe excepcionarlo en el seno de los Ejércitos. Así, aunque la exigencia de la nacionalidad española es un requisito imprescindible para ser miembro de las FAS, lo cual contribuye a una mayor homogeneidad en la institución militar, tampoco cabe descartar supuestos en los que se estableciesen concretos tratos diferenciados a militares norafricanos, por ejemplo. En estas situaciones, obviamente, entraría en juego la prohibición expresa del artículo 14 CE relativa a la raza.

<sup>108</sup> El artículo 187 de las Reales Ordenanzas impone el uso exclusivo del castellano en los actos y relaciones de servicio. La exclusividad del empleo de esta lengua para todas las cuestiones relativas al servicio en los Ejércitos ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional (véase la sentencia 123/1988 de 23 de junio, relativa a la Ley de normalización lingüística balear). Dada la pluralidad lingüística en España, no resulta muy difícil de imaginar posibles conflictos que pudieran darse tanto por una normativa general, cuanto por una actuación concreta en la que se estableciese un trato diferente en razón de la lengua propia del militar.

confiere el artículo 53. 2º CE<sup>109</sup>. No se trata de una elección con base en el rigor técnico – jurídico exigible, sino que *la exclusión desde el principio de la igualdad de los derechos fundamentales del militar obedece a la mejor protección de los mismos que se otorga cuando la cuestión se analiza como un problema de límites a los derechos*. Y es que puede afirmarse que devendrá mayor la protección jurídica que se otorgue concibiendo la materia como un problema de límites a los derechos y no como una posible discriminación del militar respecto del resto de la ciudadanía o función pública.

Y así se afirma porque, de un lado, la protección procesal de estos derechos es reforzada, gozando de un procedimiento específico de garantía<sup>110</sup>. De otro lado, porque también habrá de ser mayor su protección no procesal, sino sustancial. Ello es así porque al igual que se da un test para analizar el carácter discriminatorio de un trato diferente, desde la perspectiva de los límites a los derechos fundamentales, se han consolidado también una serie de exigencias para determinar la admisibilidad constitucional de los mismos (restricción mínima, necesidad, finalidad, congruencia, proporcionalidad)<sup>111</sup>. Estas exigencias, si bien tampoco constituyen un

<sup>109</sup> Este precepto otorga la posibilidad a cada ciudadano de recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 CE ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (este recurso alcanza, también, a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 2º CE).

<sup>110</sup> Como se ha señalado, se trata de la particular protección que confiere el artículo 53. 2º CE. Cabe advertir que la proyección de este precepto en el ámbito militar en modo alguno ha sido pacífica. La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en los artículos 453. 3º y 518 estableció un procedimiento con los caracteres de preferencia y sumariedad para atender las vulneraciones de derechos fundamentales en que pudiera incurrir la Administración sancionadora militar. El problema consistía en considerar a la jurisdicción militar como “Tribunal ordinario” del que habla el precepto constitucional, o bien, esta protección debía ser conferida a los Tribunales ordinarios comunes. La sentencia 113/1995, de 6 de julio, entendió la aptitud de la jurisdicción militar para dotar de esta especial garantía, puesto que era la “ordinaria” para el ámbito militar y, por tanto, para la protección de los derechos fundamentales en esta esfera (véase FJ 5º).

<sup>111</sup> El Tribunal Constitucional la sentencia 120/1990, de 27 de junio, recordaba, con una extraordinaria concisión, los pilares básicos que constituyen las exigencias de admisibilidad de los límites de un derecho o libertad:

“A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que *sólo ante los límites que la propia C. E. expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales* (sentencias TC 11/1981, FJ 7º; 2/1982, FJ 5º; 110/1984, FJ 5º), y de otra que, *en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable»* (sentencia TC 53/1986, FJ 3º), de modo que *todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido»* (sentencias TC 62/1982, FJ 5º; 13/1985, FJ



La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

marco ajeno al decisionismo judicial<sup>112</sup>, implican una mayor garantía que la que se confiere al principio de igualdad. Si se comparan unas y otras, puede estimarse que, tanto desde el estricto plano jurídico – técnico<sup>113</sup> como del jurídico –político<sup>114</sup>, los límites a los derechos

2º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone» (sentencia TC 37/1989, FJ 7º) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (sentencias TC11/1981, FJ 10; 196/1987, FJ 4º, 5º, 6º; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse.»

Los límites implícitos de los derechos y libertades se deducen de una colisión entre un derecho fundamental o una libertad con otro *término que sea constitucionalmente relevante*. Este otro término de la colisión no sólo tiene por qué ser otro derecho fundamental, sino que como arriba se afirma, bien puede ser un *derecho constitucional* -categorización, como sabemos, de un contenido denotativo más amplio- (en este sentido véanse las sentencias 2/1982 y 91/1983). Igualmente, el conflicto con el derecho fundamental puede producirse con un *bien constitucionalmente protegido* (véase la tan citada sentencia 11/1981), o con un *valor constitucionalmente reconocido* (así, entre otras, la sentencia 22/1984.)

Del mismo modo, cabe enumerar algunas de las exigencias del Estado de Derecho a la hora de establecerse una limitación a un derecho o libertad que no se aluden en la anterior referencia, a saber:

-motivación de las decisiones judiciales que coarten el ejercicio de los derechos fundamentales (recogido desde la sentencia Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 y consolidada, entre otras, en las sentencias 62/1982, 13/1985, 37/1988, 37/1989, 3/1992, 12/1994, 160/1994, 50/1995, 52/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996 y 62/1996).

-Técnica de la alternativa menos gravosa; que la opción limitadora sea la menos lesiva de todas las posibles (cfr. sentencias 62/1982, 120 y 137/1990), y en la misma dirección, que se realice la interpretación más favorable a la eficacia y a la esencia de los derechos fundamentales (entre otras, véanse las sentencias 34/1983, 81/1983, 67/1984, 17/1985, 73/1986, 159/1986, 76/1987, o la 254/1988).

-Reserva de ley para la regulación del ejercicio los derechos y libertades (art. 53 CE), exigencia de ley orgánica para el desarrollo (art. 81 C. E.) -al respecto, por todas, véase la sentencia 76/1983.

<sup>112</sup>Resulta cierto que mediante el empleo de estas técnicas se ha dado pie a cierto decisionismo judicial; parece que la determinación del contenido de los derechos fundamentales ha quedado, en buena medida, abocada a la práctica judicial y, en concreto, dependiente de lo que disponga el Tribunal Constitucional. Sea éste, quizá, el mayor reto del Derecho constitucional actual. En este sentido, ver, en general la crítica realizada por BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993 crítica la actual evolución de la concepción de los derechos fundamentales, tanto por la continua extensión de su vertiente objetiva como por la evolución de la concepción normativa de la Constitución, (en especial, véanse las págs. 131 y ss.) Al respecto, GRIMM, Dieter, “La Constitución como fuente del Derecho”, en, BARATTA. A y otros, *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, Eds. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 24 afirma que “Todas estas construcciones tienden a disolver la aplicación de la ley en un proceso de ponderación de los diversos valores constitucionalmente protegidos. No es ya la norma precisa quien decide un litigio, sino su valor último. Esta circunstancia reduce la claridad de la ley [...] De este modo se incrementa el elemento político conectado a la jurisdicción constitucional.” En este sentido, ver, también, OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 44-48.

<sup>113</sup>Desde el punto de vista técnico, en cierto modo, resulta paralela la evaluación que se establece para considerar o no admisible constitucionalmente un límite a un derecho fundamental y averiguar la conformidad o no de un trato diferenciado respecto del principio de igualdad Así, en ambos casos se puede entender como semejante la necesidad de una finalidad razonable, así

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

quedan dotados de una mayor protección que la evaluación de la discriminación.

Como el lector vaticinará, se está excluyendo del estudio desde la igualdad un basto campo del régimen jurídico militar: todo aquello que afecte a los derechos fundamentales que gozan de particular protección, esto es, los reconocidos en los artículos 15 a 29 CE<sup>115</sup>. No olvidemos que, tanto por la especial intensidad de la disciplina militar, cuanto en razón de la particular posición política que debe guardar la institución castrense en un Estado democrático quedan severamente limitados la mayoría, sino todos, de los derechos fundamentales del militar<sup>116</sup>. Para mayor concreción, *habrá que excluir del estudio desde*

---

como la proporcionalidad en su sentido amplio (es decir, la *necesidad* del establecimiento del trato diferenciado, su *congruencia* en favor de la finalidad esgrimida y su *proporcionalidad* en sentido estricto). Sin embargo, parece mayor la *carga de buenas razones* exigidas para justificar un límite a un derecho fundamental que para admitir la constitucionalidad de un trato legal diferenciado. En abstracto, no escapan algunas diferencias entre los parámetros de evaluación del trato diferenciado y los límites al derecho o libertad.

Así, por ejemplo, la finalidad perseguida en el caso de la igualdad puede considerarse de gran amplitud: sólo se exige que sea “razonable”, lo que viene a significar que no sea contraria al sistema de valores constitucionales. A diferencia de ello, en el caso de los límites, se exige que la medida limitadora se justifique o bien expresa y directamente en la Constitución, o bien por la necesidad de preservar derechos, bienes o valores constitucionales también explícitamente recogidos en el texto de la ley de leyes. De otro lado, en virtud de la propia legitimidad directa del legislador, salvo en los casos de las discriminaciones por causas específicas, los términos en los que se analiza la proporcionalidad -en sentido amplio- resultan mucho más laxos que el modo de exigirlos para el caso de los límites de los derechos. Al legislador, prácticamente, le resulta suficiente con la mera razonabilidad del trato diferenciado. El Tribunal Constitucional debe evitar la arbitrariedad del legislador, en modo alguno debe entrar a valorar la oportunidad del trato diferenciado.

Además, por último, sólo en el caso de los supuestos típicos señalados en el artículo 14 CE cobra virtualidad la inversión de la carga de la prueba (cfr. sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, 34/1984, de 9 de marzo, 20/1985, de 14 de febrero, entre otras); este útil efecto procesal sí que pesa sobre quien afirma la constitucionalidad de un límite a un derecho fundamental. Estas consideraciones, sin ánimo de ser exhaustivas, llevan a considerar la exigencia de una motivación de mayor calado para la admisibilidad de un límite a un derecho fundamental que para señalar la conformidad al artículo 14 CE de un trato diferenciado.

<sup>114</sup> Véase, al respecto lo afirmado en la nota a pie nº 25 de este estudio.

<sup>115</sup> Cabe recordar sumariamente los derechos fundamentales reconocidos en los preceptos aludidos: vida, integridad, libertad ideológica y religiosa, libertad y seguridad personal, (con las garantías ante la detención y el “*habeas corpus*”), derecho al honor, intimidad y propia imagen (con sus garantías propias de inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), libertad de circulación y residencia, libertad de expresión e información, derecho de reunión pacífica y sin armas, derecho de asociación, participación en los asuntos públicos, tutela efectiva y las garantías de defensa, principio de legalidad sancionatoria y derechos del condenado, derecho a la educación y libertad de enseñanza, derecho a la sindicación y, por último, el derecho de petición individual.

<sup>116</sup> En efecto, basta repasar la lista de los derechos reconocidos en los artículos 15 a 29 CE para advertir que el militar los tiene legalmente limitados. La regulación sobre los derechos y libertades del militar se encuentra contenida en las siguientes normas: Ley 85/1978, de 28 de

*la igualdad cuestiones relativas al específico régimen sancionatorio disciplinario y penal militar, así como las limitaciones de las libertades públicas del militar que obedecen a la posición de neutralidad política de las FAS, nada menos.* Unas y otras deberán abordarse desde la perspectiva de los límites a los derechos y no desde la perspectiva de la igualdad (a salvo, cabe recordar de nuevo, de lo concerniente a las cláusulas específicas de no discriminación). Serán pues, la necesidad de la limitación, su finalidad, congruencia y proporcionalidad, con el mayor rigor para los límites a los derechos y libertades, los elementos de la valoración que se siga en cada caso.

Qué decir tiene que un análisis serio desde esta perspectiva también debe implicar una mayor convergencia del ciudadano militar respecto del resto de los ciudadanos, pues, no olvidemos, la igual dignidad de todos los seres humanos esta en la base del reconocimiento de los derechos y libertades. Ahora bien, tal convergencia no se articulará jurídicamente a través de la igualdad.

### **3- Diferentes ámbitos sobre los que puede operar el principio de no discriminación**

Teniendo en cuenta lo anterior, resta apreciar sobre qué parcelas del diferente estatuto del militar sí habrán de ser analizadas desde el principio de igualdad, amén de las específicas prohibiciones de no discriminación.

---

diciembre por la que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FAS; Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, que cumplimenta lo prevenido en el art. 116. 1º de la Constitución, sobre los estados de alarma, excepción y sitio; Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical; Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, Ley orgánica 2/1989, de 13 de mayo Procesal Militar,; Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre que regula el servicio militar y, recientemente aprobadas la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998, de 2 de diciembre y la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Militar Profesional

Al respecto existe una nutrida doctrina tanto en España como en el extranjero, por todos, cabe remitirse al completo estudio. Particular referencia merece el ya citado trabajo de BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* . cit. donde se analiza uno por uno el régimen de derechos y libertades del militar, tanto profesional como de reemplazo. De entre los estudios extranjeros, son ya clásicos: SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1964; los *Recueils de la Société Internationale de Droit Penal militaire e de Droit de la Guerre*, (dos volúmenes), Séptimo Congreso Internacional, celebrado en San Remo en septiembre de 1976, Bruselas, 1978 y BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e Ordinamento Giuridico Statale*, en "Scritti Giuridici", volumen III, Giuffrè, Milano, 1981.

### **a) Algunas parcelas del diferente trato del militar y el resto de ciudadanos y servidores públicos que pueden ser atendidos bajo el principio de igualdad**

De una parte, respecto de la comparación del militar con el resto de la ciudadanía será posible acudir al principio de igualdad respecto del diferente tratamiento que pueda tener el militar en diversas ramas del ordenamiento general, cuestiones de índole civil, mercantil, procesal, financiero, etc. No olvidemos, en este sentido que no hace mucho tiempo que el militar gozaba, o padecía, un fuero particular que excedía con mucho al ámbito castrense en sí, que lo distanciaba del resto de ciudadanos. Un mero accidente de tráfico constituía materia para ser abordada jurisdiccional y penalmente al modo castrense; recordemos, en este sentido, resquicios no tan lejanos como la limitación al embargo de los haberes del militar por deudas de alimentos o civiles. Claro está, “el ámbito estrictamente castrense” del que habla nuestra Constitución como competencia de la jurisdicción militar (art. . 117. 5º CE), ha ido ajustándose a lo propio de un Estado constitucional. De ahí que hoy día sean ya extremos concretos los que la aplicación del principio de igualdad pudiera, en su caso, depurar.

También la igualdad, puede incidir en materias como las condiciones laborales del militar, el régimen económico de sus retribuciones y en relación con las diversas prestaciones como pensiones, vivienda, enseñanza, (tanto del militar como de su propia familia). Para estos casos, lo usual resulta que la comparación se establezca con otros servidores públicos. Como ideas-base que la propia jurisprudencia ya ha puesto de manifiesto, habrá que recordar que en los temas económicos y familiares no parece que deban proyectarse, salvo excepciones<sup>117</sup>, los caracteres propios de la institución militar.

---

<sup>117</sup> En este sentido, cabe recordar que la ya mencionada sentencia 151/1997 (capitán expulsado por consentir adulterio) sí que señala la posibilidad de que en razón de las exigencias propias a la función militar (y entre ellas el “honor militar”) pueda ser limitada la intimidad del militar, alcanzando a su propias relaciones familiares y sexuales, llegando, en su caso, tener responsabilidades disciplinarias lo acometido en este marco de la privacidad. Sin perjuicio de ello, en el asunto concreto que se dilucidaba, el Tribunal consideró falta de motivación suficiente de la expulsión pues “ ni el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonra, con qué pauta o regla ético social o moral se valoró la misma, o cuál era el concreto comportamiento alternativo adecuado a los bienes que se dicen menoscabados. Es más, tampoco precisan si la conducta deshonrosa -o, en la dicción de la Sentencia, el acto contrario a la dignidad y al honor- enjuiciada lo fue para el expedientado, para el Arma o Cuerpo al que pertenecía o para los Ejércitos, supuestos todos contemplados en el precepto sancionador utilizado y que no tienen necesariamente el mismo contenido ya que puede ser distinto el honor militar que el honor de los militares.” (FJ 5º)

Ello no supone una necesaria identidad entre la función pública civil, policial y militar, ni una forzada homogeneización entre las mismas<sup>118</sup>. Lo que implica es que las diferencias que se den entre unas administraciones y la militar guarden verdadera relación con lo que la naturaleza de la función militar exige para desarrollarse óptimamente, que no sean meros productos de la tradición y la inercia históricas. En este sentido, no se puede olvidar que la Historia ha distanciado a los militares del resto de la sociedad más de lo que, en su caso, pueda llegar a ser necesario, suponiendo por consiguiente una pérdida tanto para un ámbito (el civil) como para el otro (el militar).

En modo alguno debe temerse la evaluación del trato diferente, pues, en la inmensa mayoría de los casos la percepción del fenómeno jurídico castrense desde esta perspectiva del principio de igualdad nos llevará a entender y estimar como perfectamente admisibles las diferencias de trato civil-militar y, de así ser, ello contribuirá a aceptar más, si cabe, la singularidad militar. Pero, a la vez, efectuar este examen serviría para depurar el Derecho militar y la propia actuación de la Administración militar de algunos privilegios y, sobretodo, de inadmisibles cargas -tan discriminatorios unos y otras- que aún se dan hoy día. No todo es preservación de la eficacia y de la disciplina, ni tampoco toda limitación política sirve para mantener adecuadamente al militar en el Estado constitucional, precisamente ahora, de cara a un Ejército profesional<sup>119</sup>. Pese al marco de discrecionalidad reconocido al

---

<sup>118</sup> En este sentido, cabe recordar las palabras de NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. relativa a la homogeneización que se dio mediante la Ley 17/1989: “Tendencia unificadora frente a la que es necesario advertir que no necesariamente debe ser asumida de forma incuestionable, ya que además de la mención legal a la especificidad de la Función Militar, el tratamiento homogeneizador carece de una base constitucional sólida”

En su trabajo “El modelo de función pública militar, una reflexión sobre la Ley 17/1989... cit. págs. en concreto las conclusiones contenidas en las págs. 261-262 concluye “el aspecto de la ley más llamativo es la utilización de técnicas jurídicas orgánicas de la Función Pública civil en el ámbito militar, lo cual provoca en la realidad donde la ley despliega sus efectos no pocas dificultades, por cuanto, *sin desmerecer la importante tendencia homogeneizadora y modernizadora [...] resulta evidente que la organización militar, por las necesidades y fines que trata de satisfacer y garantizar, por la especial naturaleza de su servicio, por su actividad o la singular vinculación de sus servidores, no puede identificarse, no puede homologarse plenamente -por más que pueda ser nuestro deseo- a la organización administrativa del Estado en la que no media tal naturaleza castrense. Extremo que la norma y su artífice, intencionadamente o no, han desconocido con carácter general para recordarlo únicamente a la hora de restringir los derechos del personal militar profesional, estableciendo un estatuto jurídico mucho más grave y riguroso que el de sus homónimos civiles.*” La cursiva es mía.

<sup>119</sup> Véase, en este sentido COTINO HUESO, Lorenzo, “El reto de la profesionalización total de la Administración militar”, comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las*

legislador, la aplicación del escrutinio de la igualdad serviría para desterrar particularidades del Derecho militar de cierta gravedad y muy difícil justificación. De ahí que, como se ha afirmado, no hay que afrontar con temor esta posibilidad, ni, mucho menos, entender que esta perspectiva implique un entendimiento viciado del principio de igualdad.

### ***b) Las posibilidades de la igualdad en el seno de los Ejércitos***

La aplicación del principio de igualdad dentro de los Ejércitos no debe procurar problema alguno cuando se trate de analizar las diferencias que se dan entre las distintas situaciones administrativas (activo, reserva, reserva transitoria, retiro, excedencia voluntaria, etc.) o respecto de las demandas de igualdad entre compañeros respecto de la aplicación judicial y/o administrativa de la ley. La entrada en los dominios de la igualdad para estos casos será semejante a las demandas de igualdad en cualquier otro orden social, no tendrá las connotaciones de la especificidad del fenómeno castrense, pues, al menos en principio, no estarán directamente implicadas ni las necesidades de la defensa, ni la disciplina militar o la neutralidad política.

Ahora bien, mayores trabas encontrará la entrada del principio de igualdad en el seno de los Ejércitos por cuanto al diferente tratamiento que se establece en virtud de la jerarquía y la disciplina, elementos inherentes y esenciales a la institución militar. Pero no puede excluirse la igualdad ni incluso respecto del diferente régimen que se dé en razón de la distinta escala de la que se proceda<sup>120</sup> y, sobretodo, del empleo y posición que se ocupe en las FAS. Ello no supone, ni mucho menos, que la entrada de la Constitución, y por ende de la igualdad en el mundo de los cuarteles implique la igualdad en los grados, ni la exigencia de procedimientos democráticos para el funcionamiento

---

*Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312.

<sup>120</sup> Se traen a colación las escalas militares (superior, media, básica) en relación con la disciplina más por una cuestión sociológica que por su estricta vinculación. En los Ejércitos resulta bien significativo la procedencia de una u otra escala, a parte de que, como es obvio las escalas superior y media se vinculen a los oficiales y la básica a los suboficiales. Desde la perspectiva de la igualdad se ha afirmado su carencia en relación con la expectativas profesionales de los miembros de cada una de las Escalas, se acusa en este sentido de la existencia de un "clasismo académico" (Cfr. NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, cit. págs. 239-240 y 243.)

interno de las FAS<sup>121</sup>. La Constitución no pone en duda la disciplina militar, sino que la protege configurándola como un bien constitucional digno de protección, no obstante, ello no implica la exclusión del principio de igualdad incluso para este ámbito<sup>122</sup>.

En este orden vinculado a la jerarquía y la disciplina no habrá dudas sobre la finalidad genérica de las diferencias que se den entre los distintos empleos de la jerarquía militar: la protección de estos caracteres esenciales de la institución que, como se señaló, no sólo son meros principios organizativos, sino que alcanzan la dimensión axiológica, situándose entre los valores militares. No obstante, no todo trato diferente de las escalas o empleos militares guardará las exigencias de la igualdad. Pongamos por caso que se estableciese que sólo los oficiales de la escala superior tuvieran derecho al acceso a las residencias de oficiales, o que sólo los suboficiales pudieran compatibilizar su servicio con las actividades privadas, sin mayores distinciones o, por ejemplo, que sólo los oficiales superiores pudieran percibir determinadas retribuciones complementarias (complementos, ayuda familiar o de vestuario, indemnizaciones por residencia, por razón del servicio, etc.). Cuanto menos, no sería muy sencillo explicar cómo estas diferencias irían dirigidas a preservar las necesidades de la defensa, la jerarquía o la disciplina militar o, en su caso, la neutralidad política<sup>123</sup>.

De otra parte, cabe recordar que uno de los caracteres básicos de la institución militar es su unidad; en favor de ella y conforme a ella, se configuran la mayoría de los rasgos organizativos del estamento

---

<sup>121</sup> Véase, en este sentido, lo afirmado por Fernández Flores en la nota a pie nº 9 de este estudio.

<sup>122</sup> En este sentido, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *caso Engels y otros vs Holanda* (sentencia de 8 de junio de 1976). Afirmó que “la estructura jerárquica inherente en los Ejércitos entraña diferenciaciones. A diversos grados corresponden diversas responsabilidades que justifican cierta desigualdad de trato en materia disciplinaria. De tales desigualdades se hacen eco tradicionalmente los Estados contratantes y son afectados por el derecho internacional humanitario (artículo 88 de la Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de prisioneros de guerra). A este respecto, el Convenio europeo reserva a las autoridades nacionales competentes un considerable margen de apreciación.”

La normativa en la que afirmaba dicha evolución hacia la igualdad era la propia normativa holandesa que, a raíz de los diversos conflictos como el suscitado ante el TEDH, optó por suprimir las diferencias establecidas por el rango jerárquico respecto del cumplimiento de las sanciones militares. Tal supresión se dio por la ley de 12 de septiembre de 1974.

<sup>123</sup> Cuestión diferente, cercana a los supuestos planteados, sería la diferente posición del soldado de reemplazo, o que tales distinciones se justificaran sobre la base de la objetiva dedicación que se requiere para el puesto desempeñado, o la diferencia política que puede suponer que un Teniente general sea Consejero delegado de un determinado grupo empresarial, a diferencia de lo que pueda suponer su trabajo en, por ejemplo, una autoescuela, etc.

armado. No obstante, detrás de esta unidad se esconde una rica y variada diversidad tanto orgánica como humana. Sin embargo, esta pluralidad en el seno de las FAS<sup>124</sup> no está reñida la unidad precisa; en un tono castrense se ha afirmado que “los militares son varios y sin embargo, todos son uno”<sup>125</sup>. Por cuanto la perspectiva jurídica que aquí ocupa, esta diversidad de Cuerpos, Armas y Ejércitos puede implicar no pocos tratos diferenciados, por lo cual, también puede tener cabida el principio de igualdad. Esta heterogeneidad, como se vio en la jurisprudencia constitucional, bien puede justificarse en razón de las distintas misiones, medios y necesidades de cada una de estas entidades. No obstante, siguiendo ejemplos anteriores, imaginemos que se dispusiese que sólo los miembros del Ejército del Aire tuvieran la derecho a solicitar una vivienda militar, o que los miembros del Arma de Caballería tuviesen derecho a un mayor período de vacaciones. También en estos casos, a mi juicio, resultaría difícil sostener que ello se justificase en aras a las peculiaridades de cada uno de los citados.

Así pues, la igualdad no sólo puede jugar un importante papel para analizar el régimen militar respecto del ordenamiento común, sino que también puede operar con mayor o menor intensidad puertas hacia dentro, y ello, cabe insistir, sin que suponga atentado alguno contra caracteres esenciales de las FAS, los imprescindibles para el buen desempeño de las misiones que constitucionalmente tiene asignadas.

---

<sup>124</sup> En este sentido, cabe recordar la clásica distinción de los formatos de Ejércitos institucionales u ocupacionales, con caracteres bien diferentes, y el tercero de estos modelos, el formato plural, que supone que los rasgos institucionales o los ocupacionales se dan en unas u otras unidades de las FAS. Este último formato es el usual, también en España, donde sociológicamente, se diferencia bien el Ejército del Aire de la Legión, por ejemplo, o ésta de las unidades administrativas. Al respecto, básicamente, véase MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar: ¿institucional, ocupacional o plural?”, en AA. VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, cit., págs. 140- 152

<sup>125</sup> Cfr. PARICIO, J. I, *Para conocer a nuestros militares*. Madrid, 1984, así citado en SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La libertad de expresión del militar profesional*, (Tesis doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 1992, pág. 303.



## VI. ¿y el sexo? mujeres y homosexuales ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI<sup>126</sup>

Como ha quedado afirmado, el principio de igualdad debe jugar un importante papel en aquellas cuestiones vinculadas a las cláusulas específicas de no discriminación, y entre ellas, se encuentra la no discriminación de sexo. No son pocas las dificultades que se han dado respecto de esta materia en ámbito militar, las cuales bien merecen una atención monográfica. En este estudio, siguiendo la tendencia a mirar hacia el futuro que lo ha presidido, entiendo oportuno realizar algunas consideraciones, sobre diversos aspectos vinculados a la cuestión del sexo en las FAS españolas, teniendo en cuenta los importantes cambios a los que hoy día se ve sometido básicamente en razón de su proceso de profesionalización. En este sentido, se atiende tanto la posición de la mujer en el futuro Ejército, así como se advierten algunas cuestiones que suscita el tratamiento de la homosexualidad en el mismo.

### ***A) Un momento histórico para la igualdad por razón de sexos: la profesionalización de los ejércitos***

Que la virilidad ha sido una virtud exigida históricamente al militar, es un hecho, que los ejércitos modernos y constitucionales precisan dar cabida a la mujer y a los homosexuales, una exigencia democrática y funcional.

El Ejército en España está atravesando una segunda transición. La primera, aún inacabada, consistía en la acomodación de la institución castrense, con unas connotaciones estructurales y políticas tan marcadas, al nuevo Estado social y democrático de Derecho proclamado en 1978. Se trataba, en un primer momento, de que las FAS acatasen el sistema constitucional, para comenzar, después, la ardua tarea de que la Constitución entrase en el mundo de los cuarteles. La segunda transición militar, que ahora se acomete, es la

---

<sup>126</sup> Este apartado, si bien actualizado, se corresponde con la comunicación presentada al Congreso de la Asociación española de Derecho constitucional y Teoría del Estado, celebrado en Alicante los días 28 y 29 de abril de 1999, concretamente en el Taller relativo a la "Igualdad y discriminación por razón de sexo". La comunicación tuvo por título "Discriminación por razón de sexo en las Fuerzas Armadas: mujeres y homosexuales ante el Ejército español del siglo XXI".

exigida por el revolucionario proceso de profesionalización de los Ejércitos, que exige no pocos cambios políticos, jurídicos y sociales<sup>127</sup>.

A nadie escapa que el marco militar es uno de los espacios en los que mayor dificultad tiene la ley de leyes para hacer valer sus mandatos y principios. Ello es así porque los principios constitucionales básicos y los derechos y libertades se topan ineludiblemente con la necesaria eficacia de las FAS. Está claro que no hay Constitución sin derechos fundamentales, ahora bien, sin un Ejército eficaz que lo defienda, puede no haber ordenamiento constitucional alguno, y no olvidemos que nuestras FAS tienen la misión de defender el Estado, y no otro que el Estado constitucional (art. 8. 1º CE<sup>128</sup>). En consecuencia, se produce una fuerte tensión entre la eficacia (necesidades de la defensa) y los derechos y libertades; esta bipolaridad eficacia-derechos no es exclusiva del ámbito militar<sup>129</sup>, pero es ahí donde se observa en

---

<sup>127</sup> Al respecto de dicho proceso, actualmente en curso, puede verse mi trabajo COTINO HUESO, Lorenzo, "El reto de la profesionalización total de la Administración militar", comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312. También, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, "Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 43, 1998, págs. 11-27. Una visión muy crítica del actual proceso, puede seguirse en GARCÍA DE LA CRUZ, Juan J. "La seudoprofesionalización de la tropa", en *Claves de la razón práctica*, nº 82, mayo de 1998, págs.59-65. Asimismo, puede seguirse el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado para establecer la fórmula y plazos para alcanzar la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas. Aprobado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados el 28 de mayo de 1998. Aprobado en sesión plenaria del Senado el 9 de junio de 1998. Su texto puede consultarse en la página *web* del Ministerio de Defensa, [www.mde.es](http://www.mde.es).

<sup>128</sup> Es así como deben interpretarse las misiones conferidas por la Constitución a las FAS, de un modo integral, sin discernir las misiones encomendadas y, ni mucho menos, establecer una prelación entre las mismas. Esta perspectiva que aquí se sostiene aún no ha sido mantenida por la doctrina (por todos, GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio", cit.) No obstante, sí parece haber sido asumida por el legislador, como puede apreciarse en el Dictamen sobre la profesionalización, referido *supra*, en cuyo apartado 2º señala el "compromiso de contribuir, dentro de nuestras posibilidades, al mantenimiento de la paz mundial y a la defensa del sistema de valores y libertades que nuestra Constitución representa." Igualmente, la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en su Exposición de Motivos (apartado I) no duda en afirmar "la necesidad de dotarse de una defensa eficaz que garantice el ámbito de seguridad imprescindible *para seguir construyendo el sistema de libertades, de bienestar económico y de igualdad social que nuestra Constitución proclama*". En este sentido, con una importante carga simbólica cabe recordar la reforma del juramento de bandera de los militares españoles, que pasan a jurar o prometer, en primer lugar, "hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado" (art. 3).

<sup>129</sup> En efecto, en toda la Administración pública se producen necesarias limitaciones en el estatuto de derechos y libertades de los funcionarios, en aras de la eficacia de la misma. En este sentido, ha tenido no poca repercusión en España la técnica de la relación de sujeción o supremacía especial que, no obstante, ha tenido que ir mitigando sus efectos. Al respecto, en

su mayor extensión. Desde la perspectiva jurídica, todas las construcciones y técnicas se *fuerzan* al máximo para dar cabida a la fuerte modulación de reglas y principios constitucionales que la singularidad militar comporta.

Pues bien, en el específico fenómeno jurídico militar, el principio de no discriminación por razón de sexo puede y tiene que jugar un importante papel. *Atender el alcance de la igualdad por razón de sexo en el ámbito castrense es un significativo punto de vista con el que apreciar en qué lugar se encuentran nuestros Ejércitos en el interminable camino de la “sociedad democrática avanzada” de la que habla el Preámbulo de nuestra ley de leyes.* No en vano, históricamente se ha relegado tanto a la mujer cuanto los homosexuales de la defensa militar, y el grado de superación de estas realidades supone ser un buen indicador del estadio de evolución en el que nos encontramos. Hasta hace bien poco, capacidades clásicamente exigidas al militar como el valor, la fuerza o el sacrificio, parecían patrimonio exclusivo del varón. Sin embargo, una sociedad democrática debe rechazar esta exclusividad: ni puede admitirse que el hombre heterosexual, por el mero hecho de serlo, sea valiente, fuerte o sacrificado, ni tampoco que la mujer o el varón homosexual no puedan ostentar estas aptitudes. Además, a ello se une otro factor desde la perspectiva de la eficacia de las FAS: estas virtudes ya no son tan precisas para el ejercicio de la función de armas como lo fueran antaño; las nuevas tecnologías nos alejan sobremanera de los antiguos ejércitos, y por ende, de antiguas exigencias al militar. Hoy día, los ejércitos modernos prefieren al militar organizador, humanista y reflexivo frente al heroico y ciegamente disciplinado<sup>130</sup>.

En este estudio, con clara intención prospectiva, se realizan no pocas consideraciones sobre diversos aspectos vinculados a la cuestión del sexo en las FAS españolas. En este sentido, se atiende tanto la posición de la mujer en el futuro Ejército del siglo XXI, así como se advierten algunas cuestiones que suscita el tratamiento de la homosexualidad en la institución militar.

---

breve podrá seguirse mi estudio COTINO HUESO, Lorenzo, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España”, cit.

<sup>130</sup> ALONSO BAQUER, Miguel, en “Los problemas de la profesionalidad militar”, en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 16-21, destaca en la pág. 18 que no resulta posible sobrevalorar los cuatro tipos de profesionalidad al mismo tiempo (el heroico, el organizativo, el técnico o administrativo o el humanista), afirmando que se subraya hoy día la profesionalidad del militar técnico y el humanista.

## **B) La ironía de la situación de las mujeres en el Ejército español: de la discriminación a una interesada discriminación positiva**

Históricamente, la mujer ha sido relegada de la función militar y eximida del servicio obligatorio<sup>131</sup>. La desaparición del mismo resuelve el problema de atender la dudosa constitucionalidad de esta exclusión<sup>132</sup>, si bien explicable política y sociológicamente, más que difícil de justificar jurídicamente<sup>133</sup>. Cabe pues centrarse en la otra *área caliente* respecto de la discriminación de la mujer: su definitiva entrada en los Ejércitos. No hace falta ahora extenderse sobre el pasado y la evolución registrada, basta decir que tras una lenta y forzada evolución, la mujer ha podido acceder a las FAS casi íntegramente<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Sobre el ingreso y la posición de la mujer en las FAS, desde una perspectiva no jurídica, véase MARTÍN PÉREZ, Ángel, “La mujer y las Fuerzas Armadas”, en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales “Lucas Mallada”, Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 585-603. Desde una perspectiva jurídica, véase ALVÁREZ ROLDÁN, Luis B. , “La igualdad, la mujer y los Ejércitos”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54 julio- diciembre de 1989, págs. 259-278, ARROYO YANES, Luis M. , “Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 59/60, 1992, págs. 115- 133. Especialmente, hay que acudir, al excelente trabajo de BLANQUER, David V., *Ciudadano y soldado*, cit., págs. . 150-198, en donde se analiza la situación no sólo en España, sino en el marco comparado, haciendo una valiosa referencia al caso estadounidense.

<sup>132</sup> En este sentido, el apartado VII del Preámbulo de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas afirma que “La legislación anterior abrió a la mujer las puertas de acceso a los Ejércitos, pero es en ésta donde en el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres y elimina así cualquier discriminación a la mujer”.

<sup>133</sup> El artículo 11. 2º de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, en su Preámbulo señala que “la mujer queda excluida de la obligatoriedad del servicio militar porque las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones”. Pues bien, el servicio militar supone una manifestación del derecho y deber a la defensa atribuido a “todos” por el artículo 30 CE. Tras este precepto se regula otro deber, el de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos mediante el sistema tributario (art. 31 CE). Tracemos el paralelismo y apreciemos si resulta admisible el razonamiento: “la mujer queda excluida de la obligatoriedad de pagar tributos porque las cantidades necesarias para los gastos públicos quedan satisfechas por lo que se recauda a los hombres”. Creo que sobran comentarios sobre el grado de aceptación jurídica y sociológica que tendría este razonamiento, que, no olvidemos, es el que justifica el servicio militar masculino. Al respecto, véase, BLANQUER, David V. , *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 183-184.

<sup>134</sup> En efecto, la integración de la mujer en las FAS en España actualmente es un hecho y ha sido producida por exigencia constitucional del artículo 14. No obstante, esta integración se ha logrado no sin esfuerzos frente a la lentitud del Gobierno y de la Administración militar, provocados mayormente por las resistencias institucionalistas del ejército y por los lógicos costes de los reajustes a que se ha debido someter la organización material militar.

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

De cara al Ejército español del próximo siglo, los problemas fundamentales que hoy día se dan en este ámbito son dos. El primero, a punto de erradicarse, la pervivencia de alguna limitación del acceso de la mujer en algunas parcelas de la institución armada. El segundo, de más difícil solución, la creación de un entorno jurídico que facilite el ingreso y permanencia de la mujer en el Ejército profesional.

## **1- El final de un largo camino: la plena incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas**

### **a) Las limitaciones con las que aún contaba la mujer para acceder a los Ejércitos**

Por cuanto a la primera de las cuestiones, cabe recordar que, en virtud del artículo 25 del Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las FAS<sup>135</sup>, las mujeres no pueden acceder a unidades de combate como la Legión, Operaciones Especiales o Paracaidistas<sup>136</sup>. La exclusión a la entrada a tales cuerpos parece quedar justificada, si es que lo es, en la

---

El *iter* jurídico de la efectividad del artículo 14 de la Norma Fundamental no ha sido breve. Ya la LODNOM 6/1980 preveía el principio de la incorporación de la mujer al ejército, se posponía la concreción definitiva a norma posterior; el Decreto 2078/1985 volvió a nombrar la futura ley reguladora de dicha incorporación; el Real Decreto - Ley 1/1988 que, si bien su principio inspirador era la propia efectividad de la igualdad real, en su artículo 4 volvía a establecer con una fórmula abierta la definitiva incorporación de la mujer, supeditándola a elementos fácticos; esta inconcreción dio a su fin con la Ley 17/1989 que eliminaba toda discriminación por razón de sexo en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares, aunque, sin embargo, permitía vetar su acceso en algunas unidades, como a continuación se aprecia.

Fue el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, quien reprendió al legislador por la desatención grosera con la que actuó en torno a esta definitiva incorporación; y lo hizo en virtud de la combinación de los artículos 14 y 9. 2 CE. La resolución citada era un recurso de amparo frente a un acto administrativo por hechos motivados con anterioridad a la definitiva entrada normativa de la mujer en las FAS. Por medio de tal acto administrativo no se había admitido a las pruebas de acceso a la carrera militar a una mujer. Esta sentencia es muestra de la tardanza y esfuerzo que requirió el logro de la igualdad en esta materia en las FAS españolas.

<sup>135</sup> Este precepto guarda relación con el artículo 74. 5º de la Ley 17/1989, en el que se señalaba que “Las normas de provisión de destinos podrán establecer particularidades para la mujer derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas.”

<sup>136</sup> En perspectiva comparada cabe señalar que las mujeres sí pueden acceder a las unidades de combate en Israel, Suecia, Reino Unido de la Gran Bretaña, Cuba, Bélgica, Holanda y Noruega. Por el contrario, la mujer queda excluida de ellas en Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Francia o Turquía. En Italia, la mujer queda excluida de las FAS. Así se refiere en “Las mujeres en el combate”, *Boletín de Información* del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), nº 136-1, mayo de 1980, citado en BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. , pág. 153.

condición física requerida para la entrada en las mismas. No obstante, la motivación oculta de tal exclusión del género femenino en estas unidades ha sido el mantenimiento de la institucional tradición viril de las FAS<sup>137</sup>, que no se asume con facilidad la entrada de la mujer en su seno. Nos encontramos, pues, ante una motivación de fondo que, de ser explicitada, difícilmente superaría el tamiz constitucional o el de la normativa de la Unión Europea a juicio del Tribunal de Luxemburgo, cuyas resoluciones bien recientes devienen especialmente significativas<sup>138</sup>.

Ahora bien, por lo que toca a las condiciones físicas exigibles para la entrada de la mujer en estas unidades especiales, no puede excluirse priorísticamente la posible aptitud física del sexo femenino para la entrada en dichos cuerpos. Sin embargo, los requisitos físicos deberían ser sustancialmente los mismos que los establecidos para los varones; los baremos fijados para el acceso a estas unidades de combate no tienen por qué ser más permisivos con la mujer, pues *la*

---

<sup>137</sup> “Institucional” en el sentido atribuido desde la sociología militar a este término, como formato posible de los Ejércitos. Un Ejército o sectores institucionales del mismo viene a suponer la tradicional concepción de las FAS, distanciadas de la sociedad, con una socialización muy fuerte basada en el arraigo de la disciplina irreflexiva, la escasa neutralidad política y la asunción de los más rancios valores militares, y de entre ellos, la virilidad. En este sentido, véase, entre otros, MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar: ¿institucional, ocupacional o plural?”, en AA. VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 140-152.

<sup>138</sup> Es abundante la normativa comunitaria antidiscriminatoria respecto de la cual más adelante se hace concreta referencia. Cabe hacer ahora referencia no obstante, a dos decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE). En resolución del pasado mes de octubre de 1999 (cuya referencia no ha podido ser localizada) se permitía que las mujeres no entrasen en las unidades de élite de la Infantería de Marina británica. En este caso, tal limitación se justificaba por la necesaria disposición permanente para combatir cuerpo a cuerpo. Se trataba pues de una justificación legítima causada por las condiciones fisiológicas propias al género femenino y su maternidad, que a continuación se aborda.

Sin embargo, la más reciente resolución del Tribunal de Luxemburgo, asunto *Tanja Kreil*, sentencia de 11 de enero de 2000, ha obligado a Alemania a admitir a la mujer en servicios armados. Cabe señalar que expresamente en la Ley Fundamental de Bonn, art. 12. A. 4º *in fine* se dispone que “En ningún caso podrán las mujeres prestar servicio con las armas.” Las mujeres en Alemania se incorporaron a los ejércitos desde 1975, pero sólo en puestos que no implicaban el uso de las armas. A diferencia del supuesto anterior, la demandante no aspiraba a entrar en una unidad de élite de combate cuerpo a cuerpo, sino en el servicio de mantenimiento de armas electrónicas, de ahí que se explique la decisión favorable a la demanda del Tribunal en este caso.

Cabe señalar también que, como suele suceder en estos casos de justicia supraestatal, el Gobierno alemán ha señalado la modificación de su normativa sobre el particular a finales del año 2000, excluyendo en todo caso la incorporación en unidades de combate como la Infantería de Marina. Sobre el particular, se ha seguido “La Corte europea obliga a Alemania a admitir a las mujeres en servicios armados”, en *El País*, 12 de enero de 2000, noticia a cargo de Sandra Ellegiers.

*eficacia*, en este sentido, *no atiende a sexos*<sup>139</sup>. Tales baremos deben ajustarse a las necesidades de las unidades y no a la capacidad física general de la mujer, pues, digámoslo así, *al enemigo le resulta indiferente el sexo de su adversario*<sup>140</sup>. Así, en estas unidades específicas deberían entrar tanto los hombres como las mujeres que cuenten con las facultades físicas necesarias para ejercer adecuadamente la función encomendada, sin perjuicio de que sean pocas las mujeres que lleguen a alcanzarlas. Lo contrario supone un erróneo entendimiento de la igualdad de sexos que va en perjuicio de la eficacia de estos cuerpos, y por ende, de la defensa<sup>141</sup>.

<sup>139</sup> No se comparte así ni la decisión de persistir en la exigencia de distintas pruebas físicas a hombres y a mujeres y, con mayor razón, no se comparte en absoluto la posición sostenida en la enmienda nº 159, presentada por los Partidos Iniciativa-Els Verds y Nueva Izquierda, adscritos ambos al Grupo Mixto del Congreso, al artículo 63.4, en la que se proponía que “En los sistemas de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. El establecimiento de pruebas físicas diferentes en función del sexo del aspirante, tendrá como finalidad equiparar por sexos, en lo posible, el porcentaje de admitidos y admitidos respecto del total de aspirantes de cada sexo.”

<sup>140</sup> En este sentido, cabe recordar el ejemplo citado por BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit., pág. 186, “Si un militar lanza una granada, lo importante es que tenga fuerza física suficiente para que aquélla llegue a una cierta distancia mínima, con independencia del sexo del miembro de las FAS que la arroje.”

<sup>141</sup> Estos argumentos se recogieron en la enmienda nº 37 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso, que demandaba las mismas exigencias físicas para el hombre y para la mujer, en la defensa de dicha enmienda se afirmaba:

No hay absolutamente nada que oponer a que la mujer se incorpore a las Fuerzas Armadas exactamente con los mismos derechos y facultades que el hombre, pero también con sus mismos deberes y obligaciones, sin la menor discriminación en ningún sentido. La profesión militar exige una formación intelectual y técnica cada vez más profunda y especializada, pero nunca debe olvidarse, aunque intente disimularse, que a los militares se les forma sobre todo para combatir, que su verdadera función es el combate y que para el combate son absolutamente necesarias unas condiciones y aptitudes físicas imprescindibles, circunstancia que no se da en la mayoría de las otras profesiones. Ahora bien, esas condiciones físicas son objetivas, es decir que se determinan exclusivamente por la función a cumplir, con independencia de quien la cumpla. Un Teniente de Infantería, un Alférez de Navío o un piloto de un F-18, debe tener una aptitud determinada no porque sea hombre o mujer, sino por lo que a él o a ella debe exigírsele como mínimo para cumplir con eficacia su función en el combate. Si esas condiciones físicas mínimas exigibles para cumplir una función son las que en la selección se exigen al varón, mientras que a la mujer, por serlo, se le exigen condiciones físicas por debajo de esas mínimas, se estará perjudicando gravemente a la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas y a la esencia misma de la Defensa Nacional, pues se formarán oficiales que no acreditan la aptitud física mínima exigible para cumplir su función de militar. Por el contrario, si para asegurar el cumplimiento de la función militar en todos los casos, las condiciones mínimas exigibles son las que en la selección se exigen a la mujer, se cometerá una evidente discriminación en razón de sexo si al varón se le exigen entonces condiciones por encima de esas mínimas y que exceden a las estrictamente necesarias para el cumplimiento de dicha función. Dentro de la más pura lógica y la más estricta justicia no puede negarse, apasionamientos aparte, que para ser militar profesional las condiciones físicas deben ser únicas.

Asimismo, este precepto (el art. 25 del Reglamento) prosigue, señalando que las mujeres “Tampoco pueden 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.” En esta ocasión, la justificación parece encontrarse en las necesidades materiales, que dificultan sobremanera la adaptación de instalaciones a las exigencias mínimas de la distinción de sexos. En algunos casos, la dificultad deviene casi insalvable, dada la naturaleza de los medios en cuestión (fuerzas de desembarco, submarinos, embarcaciones menores). Sin embargo, en general *no debe admitirse una inactividad de los poderes públicos en aras a permitir el acogimiento de la mujer en los recintos militares*<sup>142</sup>. De ahí que, desde la perspectiva de la igualdad, habría que justificar cuáles han sido los insalvables obstáculos por los que no se ha podido, en tan largo periodo que ya media, acometer las oportunas reformas materiales que permitan el acogimiento de la mujer en las instalaciones militares. A buen seguro resultaría difícil dar una respuesta suficiente al respecto.

### ***b) La pronta superación de tales limitaciones al acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas***

Pues bien, estas injustificables discriminaciones están próximas a su erradicación. La reciente Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas<sup>143</sup> afirma en su Exposición de Motivos que elimina “cualquier discriminación a la mujer al no hacerse distinciones en los destinos que puedan ocupar en el desarrollo de su ejercicio profesional, sin perjuicio de que puedan establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer. Ello obligará a efectuar todavía un mayor esfuerzo en la superación de los problemas que representa la concurrencia de personal de ambos sexos en determinadas instalaciones y unidades militares.”(apartado VII). En esta dirección, el artículo 129 2º de esta

<sup>142</sup> En este sentido, cabe recordar la sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, en la que afirmaba que “El que un determinado órgano administrativo disponga, o carezca, de medios materiales o de que las atribuciones competenciales precisas no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución [...] Si se tiene derecho [...] es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales necesarios para procurársela; si no se tiene el derecho, sigue siendo igualmente irrelevante el que dichos medios existan o no”. (FJ 3º)

<sup>143</sup> Ley 17/1999, de 18 de mayo, BOE 19 de mayo.



reciente ley, relativo a la provisión de destinos previene que “Entre los requisitos exigidos para ocupar determinados destinos se podrán incluir límites de edad o condiciones psicofísicas especiales [...] sin distinción alguna por razón de sexo.” De este modo, *ya no quedará destino alguno vetado a la mujer, aunque persiste un viciado entendimiento de la igualdad, por cuanto al establecimiento de baremos físicos distintos para uno y otro sexos, cuanto menos por lo que se refiere a las unidades de combate*<sup>144</sup>. Asimismo, parece próxima la superación de los problemas materiales en determinadas instalaciones y unidades, siempre que se cumpla el compromiso expresado en la Exposición de Motivos de la nueva ley. De así ser, quedarán erradicados los déficits que en materia de igualdad de sexo aún se daban para el acceso completo de la mujer en las FAS. Así hay que esperarlo<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> A mi juicio, el establecimiento de diferentes requisitos físicos sólo puede justificarse en los casos de acceso a unidades en las que la capacidad física no sea esencial para el desarrollo de la función encomendada. En estos casos, las exigencias físicas van encaminadas a garantizar unos mínimos de salud o aptitud natural del militar, y en este sentido el hombre y la mujer no cabe duda de que son diferentes, por lo que sí cabe baremos distintos. Sin embargo, cuando lo que se exige es un potencial físico imprescindible a la naturaleza de las funciones de diversas unidades, las de combate, la congruencia impone el establecimiento de las mismas exigencias físicas.

<sup>145</sup> Las reticencias a la aplicación de la nueva normativa quedaron de manifiesto en la primera convocatoria de acceso a militar profesional de tropa y marinería (cuarta incorporación de 1999), que fue inicialmente aprobada por Resolución de la Subsecretaría de Defensa 452/3854/1999, de 21 de septiembre.

En la misma se señalaba que 710 plazas –12, 2% de las ofertadas para el Ejército de tierra- quedaban sujetas a lo dispuesto en la base 12. 2 de esta convocatoria –inexistente-, si bien se hacía referencia a la 11. 2 que recordaba lo dispuesto en el artículo 25. 2º del Reglamento de 1992 que, como se ha visto, excepcionaba a la mujer del acceso a determinados cuerpos.

Ante esta convocatoria el Ministerio de Defensa inicialmente respondía que variar las bases de la convocatoria a mitad de año habría resultado discriminatorio hacia las candidatas que se presentaron antes de la entrada en vigor de la ley. Sin embargo, dichas bases habían sido ya modificadas por Orden del Ministerio de Defensa de 11 de marzo, precisamente para adelantar las previsiones relativas a la mujer. Al día siguiente, el Subsecretario de Defensa calificaba el hecho como “una errata que obviamente no puede con la ley”, por lo cual se modificó parcialmente la convocatoria dejando sin efecto la limitación de acceso de la mujer a determinados destinos. Asimismo en dicha rectificación se concedió un nuevo plazo de 20 días para que se presentasen las correspondientes solicitudes y revisando las solicitudes que podían haber sido rechazadas por dicha “errata”. Cabe señalar que para que se diese tal rectificación resultó determinante la salida a la luz pública de dicho suceso. Así puede seguirse en “La convocatoria de plazas para tropa profesional discrimina a las mujeres La convocatoria actual les impide optar a la Legión, la Brigada Paracaidista y las unidades especiales” y “Defensa rectificará la convocatoria militar que discrimina a las mujeres”, en *El País* de 5 y 6 de octubre de 1999, de Miguel González.

## **2- El principio de un nuevo trayecto: la interesada necesidad de adoptar medidas positivas en favor de la maternidad militar**

Se ha aludido como el segundo de los problemas relativos al binomio mujer-FAS la creación de un entorno jurídico que facilite el ingreso y permanencia de la ésta en el Ejército profesional. No se abordan ahora cuestiones de índole sociológica como lo es el peso de la tradición masculina en las FAS y las dificultades que ello puede representar para una mujer militar. Estas dificultades han quedado, en buena medida superadas, toda vez que están completamente guarnecidos sus negativos efectos por el ordenamiento jurídico. No olvidemos, en este sentido, que desde hace una década la mujer ha accedido a la institución militar y no ha tenido importantes problemas de integración<sup>146</sup>; lo mismo cabe esperar en su próxima y paulatina incorporación en las restantes unidades en las que su entrada estaba vetada. La cuestión principal resulta, a mi juicio, las dificultades naturales con las que se encuentra una mujer militar en las FAS, concretamente, la maternidad.

### **a) El interés del Estado en incorporar a la mujer a un Ejército profesional con falta de personal**

A diferencia del problema anterior, las dificultades que conlleva la maternidad para la mujer supone, sin duda, un problema en modo alguno fácil de resolver, pues, ni mucho menos, afecta únicamente a la Administración militar, sino a toda la sociedad en su conjunto y su resolución a todos concierne. No obstante, en el caso de la Defensa, existe un interés específico por intentar superar esta traba con la que puede toparse el acceso y permanencia de la mujer a los Ejércitos. Este especial interés resulta de una ironía histórica: *las mujeres*,

---

<sup>146</sup> En este sentido, pueden sorprender los resultados de una reciente encuesta entre soldados y marineros profesionales; ante la pregunta de si hay trato diferente respecto de la mujer militar en el Ejército, la mayoría de las mujeres militares afirmaron que el trato que reciben es igualitario, y la minoría que entendía que sí hay discriminación, se dividía entre las mujeres que consideraban que la discriminación era a su favor o en su contra. Signo contrario tenían los resultados generales ante esta cuestión, pues hay que tener en cuenta que el 90% de los encuestados eran varones. Pues bien, un 81' 75 % de todos los cuestionados no dudaba en afirmar que la mujer recibe un trato favorable (39' 40% muy favorable, 42' 45% "sí, frecuentemente a favor"); sólo un 13' 57% entendían que "no existen diferencias" y un irrisorio 3'41% señalan que la mujer recibe un peor trato en los Ejércitos. Dichos datos los he obtenido de *El País*, domingo 7 de junio de 1998, "El 60% de los soldados profesionales volvería a serlo, según una encuesta de Defensa". Ahí se afirma que los datos proceden de una encuesta encargada por la Dirección de Reclutamiento y Enseñanza Militar, elaborada por la Unidad de Psicología de Defensa, contestada por 6. 104 soldados y marineros profesionales.

*durante toda la Historia, y hasta hace bien poco, excluidas de la Defensa militar han pasado a ser del todo necesarias para la misma, en razón del actual proceso de profesionalización de las FAS españolas. Veamos por qué.*

No es nueva la preocupación habida en relación con la profesionalización de los Ejércitos sobre las dificultades que habría en el reclutamiento de personal para la tropa profesional<sup>147</sup>. La tendencia a la inversión de la pirámide vegetativa propia a las sociedades occidentales, de especial intensidad en el caso español, reduce el número de personas con edades óptimas para constituir la tropa profesional. A ello se unen otros factores, como las tendencias pacifistas y ocupacionales actuales, que no hacen atractiva la profesión militar a un buen número de jóvenes. Todo lo cual, en conjunto, ya está dificultando sobremanera el proceso de profesionalización, por falta de personal<sup>148</sup> y es, precisamente, la incorporación de la mujer al Ejército la mayor esperanza para resolver este importante problema. Es por ello que se afirma el singular interés en facilitar su acceso y permanencia

---

<sup>147</sup> Se siguen las dificultades económicas, sociológicas, demográficas y jurídicas con las que se encontraría la profesionalización de los Ejércitos en dos obras colectivas monográficas sobre la cuestión, realizadas cuando aún no había sido anunciado el actual proceso: AA. VV. *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994 y AA. VV. , *La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996. Asimismo diversos expertos coincidían en las dificultades de toda índole que existen para que tal proceso culmine de forma óptima, poniendo el acento en las dificultades de personal en el marco de los encuentros celebrados en los Cursos de Verano de El Escorial, organizados por la Universidad Complutense de Madrid los días 28-29 de agosto de 1997, relativos a “La profesionalización de los Ejércitos”, a los cuales tuve ocasión de asistir.

<sup>148</sup>Lo que hace unos años era una preocupación abstracta se ha traducido a la realidad. Es ya muy preocupante el bajo número de aspirantes a conformar las tropas profesionales. Pese a las importantes campañas publicitarias, comienza a alarmar el bajo ratio de solicitudes para cada plaza en la última convocatoria para las Tropas profesionales. En *El País* de 12 de febrero de 1999 puede leerse el artículo “El Ejército no podrá cubrir todas las plazas de tropa profesional por falta de candidatos. Defensa sólo recluta 2,16 aspirantes por puesto tras gastar 1.600 millones en publicidad”. Y es que frente a las tres solicitudes por plaza con que se acabó el año 1998, en 1999 la bajada ha sido muy importante, estando por debajo del umbral mínimo requerido (tres aspirantes por plaza) para asegurar una calidad mínima del personal militar de tropa. El problema se ha ido agravando a lo largo del año, siendo ya alarmantes los datos de la segunda convocatoria, pues el número de solicitudes ni siquiera se ha acercado al promedio de dos aspirantes por plaza –proporción ya de por sí muy inferior al mínimo indispensable-. En esta ocasión, la debacle de aspirantes se ha atribuido a la participación española en el conflicto de Kosovo, no obstante, los problemas no parecen en modo alguno estructurales. Respecto de los datos de esta convocatoria, cfr. *El País* de 14 de mayo de 1999, “Serra atribuye a la gerra la reducción de aspirantes a soldados profesionales”.

en los Ejércitos<sup>149</sup>, no ya una entrada casi testimonial, como la que ha habido hasta la fecha<sup>150</sup>, sino la que permita resolver la acuciante carencia de personal que hoy se presenta. En consecuencia, *el interés del Estado por la mujer en las FAS no reside en una apasionada vocación constitucional igualitaria, sino que tiene un marcado carácter utilitario; no obstante, la consecuencia es indudablemente positiva, un paso más en la igualdad de sexos*<sup>151</sup>.

***b) Las dificultades que plantea la maternidad ante la profesionalización de las Fuerzas Armadas: el problema de la renovación de los compromisos de la madre militar***

Frente a esta necesidad de captar mujeres para la tropa de las FAS españolas, la maternidad militar implica un serio obstáculo. Ello es así en la medida en que las particularidades militares no casan bien con este obligado fenómeno natural. Por cuanto a la mujer, de una parte, la obligada movilidad geográfica del militar<sup>152</sup> es un factor que dificulta la ambición de gestar una familia y, por ende, puede disminuir el atractivo por esta profesión; de otra parte, para las necesidades de la defensa, la maternidad supone una circunstancia que no se aviene bien con la continuidad del servicio y, por lo tanto, repercute en alguna medida en la eficacia de la unidad donde la militar ejerce sus cometidos. Ello implica una confrontación de intereses, que se traduce en una negativa percepción por doble partida: tanto de la mujer

---

<sup>149</sup> Así se entiende la ingente campaña publicitaria de 1999 para captar aspirantes a la tropa profesional, campaña expresamente dirigida a las mujeres en la que con diversos eslóganes se incide en la igualdad de sexos en las FAS españolas.

<sup>150</sup> De los más de 170.000 militares de las FAS españolas, unos 50.000 cuadros de mando, no pasan de 6.000 las mujeres, número que ahora se ve incrementado por su afluencia en la Tropa. No obstante, la intención de incorporarse a la tropa profesional por la mujer no ha sido, en modo alguno, testimonial, pues alcanza al 20% el porcentaje de las mujeres que solicitan la entrada en las Tropas profesionales (según la información periodística arriba referida.)

<sup>151</sup> Algo semejante puede decirse del propio proceso de profesionalización de los ejércitos. La descarga de la prestación obligatoria del servicio militar no viene motivada por las presiones sociales en contra de la misma, sino por la exigencia de ejércitos más reducidos y mejor preparados.

<sup>152</sup> La Ley de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS, Ley 26/1999 de 9 de Julio - BOE, de 10 de Julio de 1999, señala en su preámbulo la "obligatoria movilidad geográfica derivada de la disponibilidad por razones profesionales. En efecto, la movilidad a lo largo de la trayectoria profesional del militar es una característica o exigencia relevante que contribuye eficazmente a su capacitación y a la operatividad de los Ejércitos" (apartado II)

respecto de la profesión militar, cuanto de la institución castrense respecto del fenómeno materno<sup>153</sup>.

Cabe advertir, no obstante, que el texto de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas contiene algunas medidas protectoras con relación a la maternidad. En primer lugar, con el fin de que las mujeres en estado no tengan particulares obstáculos para acceder a las FAS, se dispone un sistema por el cual puede realizar las pruebas físicas con posterioridad al parto, para el caso de haber superado todas las demás pruebas<sup>154</sup>. En segundo lugar, de un lado se establece el derecho a ocupar un puesto orgánico distinto al que ocupe

<sup>153</sup> Un triste ejemplo de la difícil recepción de la mujer en las FAS y en concreto del fenómeno de la maternidad militar lo ofrece el Reino Unido. A diferencia de España, donde hasta el momento los problemas son casi excepcionales, en los últimos años el Ministerio de Defensa británico ha sido demandado en más de 5.000 ocasiones por discriminación a la mujer, habiéndole supuesto hasta la fecha más de 13.000 millones en indemnizaciones. En concreto, por lo que se refiere a la maternidad militar, en 1999 se ha suscitado el caso Nina Middlemass, mujer radiotelegrafista en el cuerpo de Transmisiones de los Royal Signals, del Ejército de Tierra. Según alegó en el juicio emprendido, fue inducida a someterse a dos abortos consecutivos en 1991 y 1993, desoyendo estas “invitaciones” finalmente en 1995. Según afirma en las anteriores ocasiones el médico de su base le señaló que tendría que dejar el servicio de seguir adelante con su embarazo. En 1995, dando luz a su hija, afirmó que fue sometida a burlas y desatención médica por las autoridades. Los datos afirmados han sido extraídos de *El País* de 7 de mayo de 1999, “Invitada a abortar en el Ejército”, por Isabel Ferrer.

<sup>154</sup> El sistema se regula en el artículo 63. 4º de la ley:

“Si alguna de las aspirantes no pudiera efectuar las pruebas físicas establecidas en la convocatoria por embarazo o parto, debidamente acreditados, realizará todas las demás, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera condicionada a la superación de aquéllas. Para ello la interesada podrá optar entre la fecha que, a estos solos efectos, se determine en la propia convocatoria, anterior a la de presentación de los admitidos en el centro militar de formación correspondiente, o la que, en su momento, se establezca para la siguiente convocatoria. Sin que en esta fecha tampoco pudiera realizarlas debido a otro embarazo o parto, debidamente acreditados igualmente, podrá elegir de nuevo entre las dos opciones antedichas, sin que en ninguno de estos casos les sa de aplicación los límites de edad.

Caso de que la interesada no pudiera realizar las pruebas físicas en la fecha prevista para ello en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, cualquiera que fuera la causa, perderá todo el derecho a la misma.

La interesada se incorporará al centro militar de formación correspondiente con los admitidos a la convocatoria en la que supere las pruebas físicas.”

Esta regulación fue objeto de la enmienda nº 37 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso, sin éxito. En la misma se afirmaba que “debe suprimirse también el segundo párrafo. El embarazo, dignísimo desde luego, a los efectos de realizar unas pruebas físicas no pasa de ser una imposibilidad física transitoria y, además que, con la excepción de la violación, se adquiere voluntariamente. ¿Qué pasa entonces con el varón o la mujer no embarazada que incluso en el propio desarrollo de las pruebas físicas de selección sufre cualquier lesión, frecuentes por otra parte, y no puede terminarlas...? La discriminación en este caso no es sólo con respecto al varón, sino que afecta también a las mujeres no embarazadas. O ese beneficio de poder retrasar la realización de las pruebas físicas establecido en el Proyecto de Ley nada menos que durante dos convocatorias se amplía a todos los que sufren una incapacidad física transitoria o ese segundo párrafo del apartado 4 del artículo 63 debe suprimirse.

la mujer embarazada, bajo prescripción facultativa. Asimismo, para los supuestos de parto o adopción se reconocen todos los permisos por maternidad en igualdad a los vigentes para el resto de los funcionarios públicos (art. 132).

No obstante, sin perjuicio de estas medidas favorables a la maternidad, en buen grado exigidas por la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea<sup>155</sup>, hay que añadir un último factor que agrava la situación de la madre militar que particularmente interesa promover, la profesional de tropa. Este factor es el sistema de compromisos de los militares profesionales de tropa y marinería. La próxima Ley establece para la tropa y marinería un compromiso inicial, de una duración de dos a tres años (art. 94), tras el mismo, deben producirse las renovaciones mediante sucesivos compromisos, también cada dos o tres años. Estas renovaciones, “podrán extenderse hasta un máximo de doce años de tiempo de servicio, no pudiendo superar el interesado los 35 años de

---

<sup>155</sup> Es conocida la importante protección que confiere el Derecho comunitario frente a la discriminación de la mujer, específicamente en el ámbito laboral. En este sentido cabe destacar el artículo 119 del TCCE (actual 141) que ha tenido un nutrido desarrollo normativo y jurisprudencial, así como el Tratado de Amsterdam, que bien pronto entrará en vigor, donde se fortalece el principio de igualdad en general y por razón de sexo en particular, que pasan a ser fines y medios esenciales de la Unión (art. 2, 3 y 6, actuales 2, 3 y 12, respectivamente).

Específicamente, la maternidad ha quedado amparada por la normativa emanada del Consejo de la Unión; así, la Directiva 76/ 207 CEE, de 9 de febrero 27 de 1976 (que reserva a los Estados miembros la posibilidad de adoptar normas internas protectoras de la mujer en materia de embarazo y maternidad y reconoce las protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo) o la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 (aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.)

De otra parte, la labor jurisprudencial del Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo ha sido muy importante en materia de no discriminación de la mujer y concretamente en materia de maternidad. En este sentido destacan sentencias como las dos de 8 de noviembre del 1990 (asunto c-177/88, Dekker contra VJV y asunto c-179/88, Handels-Og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, citado como *caso Hertz* por el propio Tribunal, no contratación por causa de maternidad); también la sentencia de 5 de mayo de 1994 (caso C-421/92, Habermann-Bertelmann), la de 14 de julio de 1994 (caso C-32/93, WEB/EMO AIR Cargo) y la de 30 de junio de 1998 (asunto C-394/96, Mary Brown contra Rentkoil Ltd), las tres sobre la prohibición de despido causado por la maternidad. Por último, cabe señalar la más reciente sentencia de 19 de noviembre de 1998 (asunto C-66/9, Handel- og Kontorfunktionæren Forbund i Danmark / Fællesforeningen for Danmarks Brugforeninger, mantenimiento del salario completo por incapacidad causada por la maternidad y protección frente a actividades peligrosas para el *nasciturus*.) Sobre la materia, puede consultarse, entre otros, la reciente edición de CHUECA SANCHO, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, (2ª ed.), Barcelona, Bosch, 1999, págs. 165-204 relativas a la no discriminación por razón de sexo en general, y págs. 186-189 respecto de la maternidad.

Pues bien, claro está que dicha normativa y jurisprudencia afecta al ámbito castrense, por lo que la atención del estado materno a efectos de las condiciones de trabajo resulta exigible, así como la igualdad en el régimen de derechos estatutarios y retribuciones con el resto de los servidores públicos.

edad” (art. 96. 1º) y -esto es lo relevante- se hacen depender de que se estime que es “idóneo” quien pretende renovar su compromiso<sup>156</sup>. Así pues, *la madre o futura madre de tropa profesional que pretenda continuar en las FAS debe ser evaluada positivamente para prorrogar su situación. Ante tal exigencia, no puede desconocerse que la maternidad puede jugar (no explícitamente, claro está<sup>157</sup>) un papel negativo determinante sobre tal evaluación.* Esta posibilidad está presente en la opinión pública, en virtud de los casos concretos que han salido a la luz, situaciones en las que se no se había renovado el contrato y la perjudicada alegó que era su maternidad la causante de su no renovación. Como consecuencia, tales fenómenos actúan en contra a captación de mujeres dispuestas a acceder a la tropa de las FAS.

### **c) ¿Qué medidas cabe adoptar ante esta compleja cuestión?**

La solución no es en modo alguno sencilla. No obstante, es posible apuntar alguna línea con que podría superarse el problema en algún sentido. De un lado, la medida más drástica y menos viable: la revisión del sistema de compromisos establecido por la Ley, sistema que ya ha recibido muy severas críticas en nuestra doctrina<sup>158</sup>. Ahora bien, no son pocas ni de poca entidad las razones a que puede obedecer el sistema propuesto, tanto de eficiencia económica<sup>159</sup>, cuanto de eficiencia para

<sup>156</sup> Art. 96. 6º: “para la firma de un nuevo compromiso será preceptivo haber sido evaluado previamente y declarado idóneo.” Tal evaluación se ajusta a lo establecido en los artículos 104 y siguientes de la citada norma.

<sup>157</sup> Como se desprende de la normativa y jurisprudencia comunitaria mencionada *supra*, la maternidad no puede ser, en modo alguno, causa de despido. La Directiva 92/85/CEE prohíbe el despido de la mujer durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad; no obstante, claro está, no se trata de un despido, sino de una renovación. Incluso para el caso de peligro para la madre o el feto, la separación del trabajo no puede obedecer en ningún caso al interés del empleador, en nuestro caso las FAS, sino que debe darse en interés de la maternidad (así se recuerda en la última sentencia de las citadas).

<sup>158</sup> Una visión muy crítica del actual proceso de profesionalización puede seguirse en GARCÍA DE LA CRUZ, Juan J. “La seudoprofesionalización de la tropa”, cit. En concreto, respecto del tema que nos ocupa el autor tilda el sistema de renovación de compromisos como “figura laboral decimonónica” y señala que los soldados que conformarán la tropa profesional son trabajadores precarios y sin futuro profesional: “se habla de “compromisos renovables”, o –cabría añadir- no renovables [...] podríamos estar ante la generación de una figura de empleo público precario y sujeta a un despido libre camuflado, condicionada por renovaciones de contrato que quedan al arbitrio de la *patronal de turno*” (Cfr. pág. 61, al respecto dedica las págs. 61-63, en esta última concluye “La *reforma* (en Nuevo Modelo de Fuerzas Armadas) ha llevado a la tropa española desde *ciudadanos siervos a trabajadores siervos.*”)

<sup>159</sup> La evaluación precisa para la renovación del compromiso bien puede quedar supeditada, en líneas generales, al planeamiento del Gobierno en cada periodo, lo cual le permite

las propias FAS<sup>160</sup>. De ahí que, más que por una reforma de la Ley que está a punto de aprobarse, quizá *cabe apostar por un moderado retoque del sistema de compromisos. Tal novación pudiera incluirse en la futura normativa de ejecución de la Ley. Esta normativa podría contener el establecimiento de algunas garantías específicas en la evaluación y renovación cuando se tratase de una mujer en estado o que haya dado a luz con proximidad en el tiempo (como pudiera ser por ejemplo la creación de comisiones específicas al efecto)*<sup>161</sup>. La toma de estas medidas, podría, cuanto menos, reforzar la posición de la madre militar, a la vez que coadyuvaría la mejora de la opinión pública femenina respecto de la posibilidad de emprender la vocación militar.

Desde la perspectiva de la constitucionalidad, estas medidas quedarían amparadas, sin problema alguno, bajo la cobertura del artículo 14 CE en relación con la igualdad material del artículo 9. 2º CE. El Tribunal Constitucional, precisamente en la sentencia 216/1991 (igualdad de la mujer en las FAS), afirmaba que:

“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 emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean

---

ajustar el número de militares de tropa que ha de ser renovado a las posibilidades económicas imperantes en cada momento.

<sup>160</sup> El mismo ajuste dirigido por el Gobierno, arriba mencionado, se daría en relación con las necesidades operativas de la defensa en cada momento. Así, el propio art. 95. 6º de la ley señala que las condiciones para contraer los sucesivos compromisos o prórrogas se establecerán “en función de las previsiones del planeamiento de la defensa militar”. Además, aunque en este caso ello no se encuentra entre lo que pueda ser explicitado, el sistema de renovación de compromisos seguido inevitablemente fomenta una mayor entrega por parte del militar sujeto a la evaluación, lo que -sea admisible o no- redundará sin duda en favor de la eficacia de las FAS.

<sup>161</sup> Sin perjuicio de las competencias de los jefes directos o de otros órganos que llevan a cabo la calificación de idoneidad de la mujer militar (artículos 103 y ss. ), podría pensarse en la constitución de unas comisiones en las Delegaciones territoriales de Defensa, o una sola estatal; estas comisiones se encargarían de analizar y supervisar estos casos, con recepción de informes e, incluso de las partes. Tal comisión, aun cuando no tuviera potestad decisoria última, bien podría tener peso a la hora de tomar la decisión final.



suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (FJ 5<sup>o</sup><sup>162</sup>).

### ***C) Un simbólico avance democrático: la aceptación de la homosexualidad en los Ejércitos***

El Ejército constituye un sector tradicionalmente alejado de los derechos y libertades (tanto por el papel político que se ha desempeñado en no pocas ocasiones a lo largo de la historia, cuanto por resultarle severamente restringidos y, por tanto, su práctica casi desconocida). Teniendo en cuenta que la homosexualidad resulta una cuestión que tampoco ha asumido plenamente la sociedad en general, tolerar las conductas homosexuales en los Ejércitos resulta aún más difícil. De ahí que pueda afirmarse que *la aceptación de la homosexualidad en los Ejércitos constituye un buen indicativo para apreciar el grado de consolidación de los mismos en un sistema constitucional democrático*. Es por ello que se atiende ahora esta cuestión, también vinculada a la no discriminación por razón de sexo; y se aborda no tanto por la importancia fáctica, numérica o política que tenga la homosexualidad de los Ejércitos en España, sino, básicamente, por el valor preferentemente simbólico e indicativo que pueden adquirir las decisiones que se hayan dado, y sobre todo, las que parece que van a darse en nuestro país al respecto.

#### ***1- Una aproximación constitucional a la homosexualidad y su admisión en el seno de las Fuerzas Armadas. Nuevos aires impuestos por la justicia supranacional***

Cabe significar que, cuanto menos hasta la fecha, la orientación sexual de los miembros de las FAS españolas no ha resultado una cuestión particularmente polémica, como sí lo ha sido en otros países, en especial en el marco anglosajón<sup>163</sup>. Hoy día en España, la normativa

<sup>162</sup> Cabe asimismo recordar las sentencias 128/1987, de 27 de julio y 109/1993, de 25 de marzo, relativas a la admisión de la discriminación positiva en beneficio de la mujer en razón de la maternidad.

<sup>163</sup> Como no es extraño a los sistemas jurídicos anglosajones, tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña el homosexual en general, y particularmente el militar, ha recibido un severo trato difícilmente admisible en el marco jurídico continental.

En Estados Unidos, de 1984 a 1987 se separaron a más de 4600 personas de las FAS por su homosexualidad, siguiendo instrucciones del Departamento de Defensa, se apartaba a quienes afirmasen o declarasen voluntariamente ser homosexuales o bisexuales o a quienes pretendían casarse con persona del mismo sexo. En el ámbito civil en USA sólo se penaliza la

sodomía, y en el militar, la mera declaración. La Administración de Bill Clinton ha aligerado en cierto modo esta dura represión por la vía de hecho, ha adoptado la política del *don't ask, don't tell, don't pursue* (no preguntamos, no contestas, no perseguimos).

En Gran Bretaña, el régimen contra los homosexuales ha sido, justo hasta el momento en el que se cerraba el presente estudio, bien severo. Los actos homosexuales se despenalizaron en general en 1967, pero no en el ámbito de las FAS hasta el *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994. No obstante, en esta normativa se mantuvo la condición homosexual como causa de expulsión del ejército. Esta normativa disponía en su apartado segundo que “La homosexualidad, ya sea masculina o femenina, se considera incompatible con el servicio en las Fuerzas Armadas. Esto se debe no sólo a las no sólo por las condiciones de estrecho contacto físico en que a menudo debe vivir y trabajar el personal, sino también al hecho de que el comportamiento homosexual puede resultar ofensivo, polarizar las relaciones, inducir a la indisciplina y en consecuencia, deteriorar la moral y la eficacia de las unidades. Si una persona al servicio de las Fuerzas Armadas reconoce ser homosexual y su Jefe estima que su declaración tiene fundamento, se le exigirá que abandone el Ejército”. Sobre la base de dicha normativa fueron expulsados más de una treintena de homosexuales y cabe subrayar que los medios empleados para el descubrimiento de tal orientación reunían no pocos caracteres inquisitoriales que han sido censurados por el TEDH, sobre los que se volverá.

Y es que la aplicación de esta normativa ha suscitado los más interesantes asuntos en la justicia supranacional. De una parte, la cuestión prejudicial (C-198/91-1), *caso Terence Perkins*, peluquero de la *Royal Navy* expulsado en 1995, así como, en especial las dos sentencias del TEDH *Case of Smith y Grady* y *Caso Lustig-Prean y Beckett*, ambos contra el Reino Unido y las dos de 27 de septiembre de 1999, relativa también a expulsiones de miembros de las *Royal Air Forces* y de la *Royal Navy*. Dada la condena a Gran Bretaña en estas sentencias se ha dado un cambio en la política mantenida hasta ahora. Incluso de forma previa a dichas resoluciones se daba una primera apertura en un asunto paralelo, admitiéndose a los transexuales en puestos administrativos, no obstante, el Ministerio se mantenía contrario a la admisión de homosexuales. Tras las sentencias de septiembre de 1999, los primeros días de enero de 2000 ha sido aprobado un nuevo código de conducta relativo a la homosexualidad, en el mismo resulta sancionable el comportamiento homosexual en acto de servicio, pero no la orientación sexual. De este modo finaliza la posible expulsión por la mera orientación sexual o la proclamación de ésta, sino sólo por la conducta.

Por contra, los homosexuales en las FAS no tienen problema jurídico alguno en Holanda desde 1974 y en Suecia desde 1979. El resto de los países continentales, a grandes rasgos, puede decirse que tienen una posición intermedia, similar a la española, aunque con variantes. Por ejemplo, en el caso de Alemania, la Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal (BVerwG), admite que no se destine a homosexuales en puestos de instrucción (Sentencias de 8 de noviembre de 1990, de 25 de octubre de 1979, de 12 de junio de 1976 y de 18 de octubre de 1973). Se aduce que, pese a la liberalización, no se puede presumir la tolerancia entre los jóvenes soldados a instruir, pudiéndose enturbiar las relaciones de servicio.

En otros países como Israel, desde 1988 no se puede separar del servicio a un militar por el hecho de ser homosexual, pero no se le permite acceder a destinos en los que se utilice material clasificado como secreto. El argumento se basa en la clandestinidad propia en la que se desenvuelven las relaciones homosexuales, que hace que estos sujetos sean presa fácil de un hipotético chantaje del enemigo. En Estados Unidos éste ha sido, también, un argumento usualmente esgrimido por el Gobierno y los Tribunales.

La perspectiva comparada y otros aspectos de esta materia los he seguido entre otros, en BLANQUER CRIADO, David V., tesis doctoral que bajo el mismo título que su monografía publicada *Ciudadano y soldado*, cit. En la tesis, cuyo original tengo la oportunidad de disponer, incluye un apartado dedicado a la homosexualidad en las FAS (págs. 441-473), las páginas 445-455 quedan dedicadas al tratamiento de la materia en Estados Unidos. En relación con este ámbito, más reciente CARRERAS, Mercedes, “Orientación sexual y discriminación en los Estados Unidos”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 18/19, perteneciente al año

no implica expresamente persecución alguna al militar homosexual<sup>164</sup>; el trato diferenciado no viene expresado en norma alguna, sino en la aplicación de éstas. La problemática se centra en la repercusión disciplinaria que puede tener la práctica de conductas homosexuales (no la mera condición de homosexual<sup>165</sup>), conductas que, en su caso, pueden generar consecuencias diversas que si se trataran de relaciones heterosexuales. Este trato diferenciado ha sido ratificado

---

1997, publicado en 1998, págs. 97-114, en concreto sobre el ámbito militar, págs. 100-103. La más reciente e interesante evolución en Gran Bretaña se ha seguido por la amplia documentación contenida tanto en la documentación de la extinguida cuestión prejudicial del *asunto Terence Perkins*, ante el TJCEE, como, en especial, en las sentencias del TEDH *Caso Smith y Grady* y *Caso Lustig-Prean y Beckett*. La nueva política británica como consecuencia de estas últimas resoluciones, se ha seguido por las referencias periodísticas contenidas en *El País*: “El Reino Unido admite militares transexuales en puestos de oficina”, de 3 de agosto de 1999, por Isabel Ferrer; “Los gays podrán incorporarse al Ejército a partir del año 2000 en el Reino Unido”, de 14 de diciembre de 1999 Efe.; “El Reino Unido pone fin a la discriminación homosexual en las Fuerzas Armadas”, de 13 de enero de 2000, por J. C. Gumucio.

<sup>164</sup> En España, el tratamiento respecto de los homosexuales en los Ejércitos ha sido, sin duda, menos beligerante que el que se da en los países anglosajones. No obstante, durante el anterior régimen no eran pocos los casos en los que se obligaba a pedir la baja de las FAS por ser homosexual. El Código de Justicia Militar derogado en 1985 tipificaba como delito la “comisión de actos deshonestos con individuos del mismo sexo”, con penas de seis meses y un día a seis años de prisión (artículo 352). Más tarde, la conducta homosexual se desplazó al régimen disciplinario. La anterior Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las FAS, señalaba como falta leve (art. 8. 25 º) “comportarse de forma escandalosa o realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las FAS”, lo que persiste en la nueva LO 8/1998 (art. 7. 26º), también, la derogada norma tipificaba como falta grave “realizar actos deshonestos con inferiores de *igual* o distinto sexo prevaliéndose de su condición, cuando no constituya delito” (art. 9. 19º), en la nueva ley esta conducta se tipifica como “Realizar actos que afecten a la libertad sexual de las personas cuando el acto no constituya infracción más grave o delito” (art. 8. 23º). También se consideraba falta grave “mantener relaciones sexuales en Acuartelamientos, Buques, Bases y demás Establecimientos militares cuando atenten contra la dignidad militar” (art. 9. 20º). En la actual ley varía un poco la consideración de la falta grave, pues, condiciona estas conductas a “cuando, por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo o por su trascendencia, atenten contra la dignidad militar”.

Asimismo, mayor importancia reviste la posibilidad de la separación del servicio en virtud de “Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito.”, causa de sanción disciplinaria extraordinaria del artículo 59. 3º de la antigua norma, fórmula que persiste en el artículo 17 de la nueva ley.

<sup>165</sup> En este sentido, cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1997, que recordaba que “al recurrente no le ha sido impuesta la sanción disciplinaria de separación del servicio por “ser” homosexual sino por “haber realizado” -o requerido para realizar- actos lúbricos con personas del mismo sexo en condiciones particularmente indignas y ofensivas para el prestigio del Cuerpo al que pertenecía. No se ha pretendido naturalmente, con la sanción impugnada, castigar la orientación sexual del recurrente sino su concreto y ocasional comportamiento sexual en la medida en que se ha considerado incompatible con la dignidad que es exigible a todo miembro de la Guardia Civil.” (FJ 4º) Pese a que no se tratase de un miembro de las FAS, en tanto que sometido a la disciplina militar, puede asimilarse al Guardia Civil al militar a los efectos ahora invocados.

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

tanto por la jurisprudencia ordinaria<sup>166</sup> como la constitucional<sup>167</sup>, aunque –lo que resulta curioso– ha sido negado por el ejecutivo recientemente, al afirmar en el ruedo parlamentario que ello sería contrario al derecho fundamental a la igualdad<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> El Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de diciembre de 1985 afirmaba que la penalidad dispuesta por el artículo 352 CJM “encuentra su convalidación entre otras razones por el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, y de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército de la que el honor, unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines.” De igual modo, en la sentencia de 5 de marzo de 1986 consideraba que “si bien es obvio que las prácticas homosexuales entre varones quedan dentro del ámbito de la vida privada, también lo es que las leyes castrenses tipifican hechos concretos que afectan gravemente a la disciplina comportamiento de los individuos que forman parte de las mismas y que por tanto vienen obligados a la observancia de dichas normas recogidas en el código castrense.” En la sentencia de 30 de abril de 1986, se afirmaba que la infracción no está en el simple hecho de tener relaciones homosexuales, sino en que éstas atenten a los derechos de los demás. Asimismo, en su sentencia de 21 de septiembre de 1988 afirma que la homosexualidad “en un ámbito social como el militar en modo alguno puede ser tenido por serio y decoroso”, “a los miembros de determinados cuerpos profesionales [... se les debe exigir] por vía disciplinaria e incluso penal, un grado de atenuamiento a la moral socialmente vigente que al resto de los ciudadanos sólo se impone mediante el control difuso que ejerce el juicio u opinión de la colectividad.” También se abordaba la sanción de la conducta homosexual en la sentencia de 11 de abril de 1997, referida *supra*.

Aunque no afectaba de forma directa ni a la homosexualidad ni a las FAS, cabe hacer referencia a la muy reciente sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo relativa a la expulsión de una agente del Cuerpo militarizado de la Guardia Civil que ejercía la prostitución en un local público. Dicha resolución confirmaba la sanción muy grave por “observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Institución”. El Tribunal, cabe significarlo, subrayó que la disposición del propio cuerpo de forma remunerada por la agente “no tendría trascendencia disciplinaria si no fuera porque, como se aprecia en nuestro caso, esa actividad particular se exteriorizó con la venta pública de su cuerpo, en un establecimiento dedicado a la prostitución”, de ahí que la privacidad de la vida sexual de la agente quedaba desestimada para la Sala. Esta sentencia no ha podido ser contrastada más que por la información periodística: “El Tribunal Supremo ratifica la expulsión de una guardia civil porque se prostituía”, en *La Vanguardia*, 2 de diciembre de 1999, noticia a cargo de Fernando García.

<sup>167</sup> Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español declaró en el auto 446/1984, de 11 de julio que no era comparable la relación homosexual y heterosexual, y que a efectos del ordenamiento militar (en relación con el mencionado art. 352 del CJM) no resultaba inconstitucional la particular persecución penal y disciplinaria de las conductas homosexuales por afectar el particular honor militar digno de proteger en favor de la disciplina y naturaleza de la institución armada (véase su FJ 6º). Estas ideas se reiteraron en la sentencia 33/1985, de 7 de marzo (FJ 1º). Cabe señalar, también, la mencionada 151/1997, de 28 de septiembre (Capitán expulsado por consentir el adulterio de su mujer, de la cual estaba separado), en la que se señala la posibilidad de que la conducta sexual llevada a cabo en la privacidad por el militar, en razón de las exigencias propias a la función militar (y entre ellas el “honor militar”), puede llegar a generar responsabilidades disciplinarias.

<sup>168</sup> En efecto, el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió formuló una pregunta al Gobierno relativa a las medidas destinadas a evitar que los manuales de Derecho Penal militar empleados en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos interpreten el concepto de “relaciones sexuales en establecimientos militares que atenten contra la dignidad militar” como relaciones sexuales de personas del mismo sexo. En contestación, el Gobierno niega que en la Academia militar se imparta una educación que, a su juicio, sería contraria al derecho fundamental a la igualdad reconocido en la Constitución. Al respecto, se ha seguido la información publicada en el

Desde la perspectiva constitucional, la orientación homosexual no escapa a ser abordada desde la perspectiva de la igualdad y los derechos y libertades<sup>169</sup>. Por cuanto hace referencia a la no discriminación, puede entenderse que la orientación sexual se incluye dentro de la cláusula específica del “sexo” (art. 14 CE). No obstante la cuestión es discutible, en la medida que se entienda que la alusión al “sexo” viene sólo referida al género y no a la orientación sexual. En España, considerar la orientación sexual como una específica categoría sospechosa de discriminación tiene una relativa importancia jurídica: implica un análisis más estricto y severo de la admisibilidad del trato diferenciado, así como una inversión de la carga de la prueba<sup>170</sup>, esto es, a la postre una mayor protección.

Sin embargo, en el marco del Derecho comunitario la cuestión adquiriría una centralidad esencial, se trataba de aplicar o no la normativa antidiscriminatoria, esto es, de amparar o no la orientación homosexual. Pese a que el Tribunal de las Comunidades Europeas recientemente excluyera la orientación sexual de la no discriminación por razón de sexo (sentencia *asunto Grant* el 13 de febrero de 1998<sup>171</sup>),

---

diario *Las Provincias*, de 9 de mayo de 1999, “En las academias militares no se discrimina a los homosexuales”, no obstante, no ha podido ser corroborada en los medios oficiales (servidores *web* de Senado y Congreso).

<sup>169</sup>. Puede considerarse que queda bajo la cobertura del libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1º CE), la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), la libertad de pensamiento (art. 16 CE), el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE) o el acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23. 2º CE). En España no han sido muchas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la homosexualidad o la transexualidad. Al margen de las mencionadas sentencias que versaban sobre el ámbito militar, cabe mencionar la sentencia 13/1982, de 1 de abril, relativa a la homosexualidad como circunstancia en relación con la presunción de inocencia; los votos particulares formulados a la sentencia 54/1989, de 23 de febrero, relativa al ámbito de las uniones de hecho; auto 222/1994, de 11 de julio, desde esta última perspectiva, relativo a las presiones de viudedad y homosexuales; sentencia 215/1994, de 14 de julio, en la que se niega la existencia de un derecho a la sexualidad, a la vez que se hace colateral referencia a la transexualidad. Cabe también hacer referencia a la Proposición aprobada por la Comisión Constitucional del Congreso, de 11 de junio de 1985, publicada el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 25 de junio, en la que se señalaba la necesidad de evitar la discriminación motivada por la orientación homosexual de la persona.

<sup>170</sup> Este útil efecto procesal pesa en general sobre quien afirma la constitucionalidad de un límite a un derecho fundamental, si bien en el caso de la igualdad, sólo recae cuando se alega una discriminación contraria a las cláusulas específicas del artículo 14 CE (“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). Al respecto, véanse las sentencias 81/1982, de 21 de diciembre, 34/1984, de 9 de marzo, 20/1985, de 14 de febrero, entre otras.

<sup>171</sup> *Lisa Jacqueline Grant vs. Southwest Trains Ltd.* La empresa en la que trabajaba la Srta. Grant negó a la compañera sentimental de ésta descuentos en el precio de los transportes, beneficio que estatutariamente concedía al cónyuge y personas a cargo del trabajador. Se cuestionaba, básicamente, si la no discriminación laboral por razón de sexo, reconocida por el

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

en el Tratado de Amsterdam ya en vigor<sup>172</sup>, el artículo 6 A) (actual artículo 13), se manifiesta la necesidad de “adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad *u orientación sexual*.”<sup>173</sup>

Si acudimos a los Tratados Internacionales y en especial a la doctrina de sus órganos interpretativos, la respuesta ya parecía conducir a una especial persecución de las discriminaciones motivadas por la orientación sexual<sup>174</sup>. Ahora bien, las más recientes resoluciones

Derecho comunitario, incluye, también la discriminación basada en la orientación sexual. A diferencia del análisis constitucional interno, para el ámbito comunitario la decisión era básica, pues suponía perseguir o no las discriminaciones por motivo de la homosexualidad.

En esta ocasión, mediante discutibles argumentos el Tribunal acabó por no aplicar el principio de no discriminación por razón de sexo al ámbito de la homosexualidad. De este modo, si bien la transexualidad quedaba bajo el amparo de la Directiva comunitaria (en virtud de la sentencia *P contra S y Cornwall County Council*, del TJCEE, de 30 de abril de 1996), no sucede lo mismo con la homosexualidad. El Tribunal parece exculparse de su decisión considerando que la decisión estaba en manos del Derecho positivo, recordando, en este sentido, el Tratado de Amsterdam en su artículo 6. A), expresamente incluye la no discriminación en materia de orientación sexual.

Esta resolución fue determinane para que el 13 de julio de 1998 se retirara la cuestión prejudicial del *asunto Terence Perkins* (peluquero militar británico expulsado del Ejército), puesto que la normativa comunitaria entonces vigente no amparaba la orientación sexual.

<sup>172</sup> El mismo fue ratificado por España mediante la Ley orgánica 9/1998, de 16 de diciembre y ha entrado en vigor tras la última ratificación de la República de Francia.

<sup>173</sup> Cabe significar que tales medidas se encomiendan al Consejo “por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo”, y “sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo”. No obstante, dada la conocida labor activista del Tribunal de Luxemburgo, puede aguardarse una asunción de la no discriminación por estas circunstancias como un principio de la Unión, por lo que no será menester aguardar a la actividad de dichos órganos para advertir los efectos de este precepto.

<sup>174</sup> Concretamente, respecto del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de “sexo”, respecto del que se debe evitar singularmente la discriminación, se refiere también a las preferencias sexuales. Así se aprecia en la Comunicación nº 448/1992, *Toonen vs. Australia*, opiniones aprobadas el 31 de marzo de 1994 en el 50º período de sesiones, apartado 8. 7º). (Así citado en el *asunto Grant*, párrafos 43 y ss.).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, antes de las importantes sentencias directamente atinentes a nuestro ámbito, había tenido la ocasión de manifestarse respecto de la materia de la homosexualidad. Así sucedió en el *asunto Dudgeon*, sentencia de 22 de octubre de 1981, en relación a la legislación de Irlanda del Norte que criminalizaba la conducta homosexual masculina. En aquella sentencia el TEDH afirmó que tal legislación violaba el derecho de toda persona a que se respete su vida privada (párrafo. 41). Asimismo apreció la cuestión desde la perspectiva de la “sociedad democrática”, afirmando -en el párrafo 60- que “existe una más amplia tolerancia de la conducta homosexual hasta el punto de que en la mayoría de los Estado miembros del Consejo de Europa no se considera ya necesario ni conveniente abordar las prácticas homosexuales” como sancionables. El TEDH también invirtió la carga de la prueba, correspondiendo probar al Estado que el trato no era discriminatorio. De este modo, concluyó que la legislación de Irlanda del norte era injustificada desde los parámetros del Convenio.

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Caso Smith y Grady* y *Caso Lustig-Prean y Beckett*, ambos contra el Reino Unido, resueltos el 27 de septiembre de 1999)<sup>175</sup>, precisamente sobre el ámbito militar, han supuesto la inequívoca negación de la discriminación en virtud de la orientación sexual. Las expulsiones de homosexuales de las FAS británicas, llevadas a cabo a través de mecanismos ciertamente inquisitoriales<sup>176</sup>, determinaron al Tribunal Europeo a condenar taxativamente dichas prácticas. Cabe señalar que en dichas resoluciones se han negado todos los argumentos usualmente esgrimidos a la hora de justificar un trato diferente a los militares homosexuales.

Y es que no son pocos los motivos que se han aducido en contra de la homosexualidad en los Ejércitos, todos ellos confluyen en la afirmación general de que la homosexualidad daña, directa o indirectamente, el necesario buen funcionamiento de los Ejércitos<sup>177</sup>.

---

También, de forma indirecta se abordó la materia en sentencia de 26 de octubre de 1988, *asunto Norris*.

De otra parte, la Recomendación 924 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1 de octubre de 1981, recomendó al Comité de Ministros abolir leyes y prácticas de los Estados miembros que criminalizasen el comportamiento homosexual, del mismo modo, le recomendó que requiriese a los Estados miembros “a que aseguren un tratamiento igual, ni más ni menos, a los homosexuales en relación al empleo, salario, seguridad social, en particular, en el sector público.” (punto 7, iii) b)). Igualmente, la Resolución 812, de 23 de noviembre de 1983, de esta Asamblea Parlamentaria, relativa al SIDA, reafirmó el principio de que toda persona tienen derecho a su intimidad y a su auto-determinación en materia sexual.

<sup>175</sup> Es menester advertir al lector que las resoluciones del Tribunal Europeo se produjeron una vez el presente estudio estaba cerrado y dispuesto a su publicación. Por lo cual, si bien se entiende que se incluye una suficiente referencia a estas sentencias, no resulta posible una atención exhaustiva a las mismas siendo, además, que no han aportado particulares argumentos a lo inicialmente sostenido por el autor en los estudios previos que han dado origen al presente libro.

<sup>176</sup> Y es que para llevar a cabo las expulsiones se emplearon técnicas del todo alarmantes. En los más de los casos al sospechoso de ser homosexual se le dirigía un anónimo sobre su condición, la disciplina exigía en este sentido que comunicaran el hecho a sus autoridades, de modo que se legitimaba el inicio de la investigación. De no ser comunicado el recibimiento de dicho anónimo, igualmente la investigación comenzaba de oficio. Más llamativo resulta incluso el inicio de las actuaciones respecto del miembro de la Royal Navy Mr. Beckett, pues la investigación se inició tras reconocer su homosexualidad al capellán castrense.

Por cuanto a la investigación, no exenta de amenazas veladas y coacciones, destaca el hecho de que incluso tras el reconocimiento de la homosexualidad por los demandantes, proseguían todo tipo de preguntas del carácter más íntimo, que si bien son recogidas en la sentencia, quien suscribe prefiere omitir. Asimismo, los medios de investigación llegaban a incluir el registro de agendas electrónicas personales (del sargento Grady)

<sup>177</sup> Así, contra la homosexualidad en las FAS tanto en el conjunto doctrinal y jurisprudencial, así como en la posición personal de *abogado del Diablo*, se puede afirmar que:

1- El estrecho contrato físico en que a menudo debe vivir y trabajar el personal militar no es el marco idóneo para trabajar con homosexuales. (Así se argumenta la política Británica de

Ahora bien, desde la posición contraria que aquí se sustenta y el Tribunal recientemente ha ratificado, hay que negar el alcance de tales argumentos. La homosexualidad no debe implicar mayores problemas que los que supone la entrada de la mujer en la institución militar. Además, no hay que olvidar que no son los militares homosexuales los que no toleran a los heterosexuales, sino, en su caso, al contrario, y ello debe entrar a la hora de valorar negativamente los tratos diferenciados que puedan llegar a darse<sup>178</sup>. Dado que es la posición

---

defensa y en el informe de la Homosexuality Policy Assessment Team –HPAT- para el Gobierno Británico.)

2- La masculinidad es tradicional estandarte de los Ejércitos; la debilidad inherente a quienes ostentan una orientación sexual diversa no se compatibiliza con el valor exigible a quien debe entregar su vida por la Patria. Así pues, la condición de homosexual implica serias dudas sobre su adecuado ejercicio de la profesión militar (La jurisprudencia española, en particular la del Tribunal Supremo, no duda en señalar que la homosexualidad contraría la dignidad y altos valores castrenses.)

3- La prevención de una enfermedad como el SIDA, de particular incidencia en un ámbito donde no resulta extraño el derramamiento de sangre, también lo exige (David Blanquer –quien está en contra- y el Informe de la HPAT).

4- En general, el comportamiento homosexual puede resultar ofensivo, polarizar las relaciones, inducir a la indisciplina y en consecuencia, deteriorar la moral y la eficacia de las unidades (Argumento también empleado en la política británica de defensa). Y es que la homosexualidad exagera las reacciones contrarias a ésta por los demás miembros de las FAS, lo que va en detrimento de la disciplina y la unidad interna. En este orden, la conducta homosexual puede afectar las relaciones en el seno de los ejércitos, tanto vertical como horizontalmente. De modo vertical, en dirección ascendente y descendente. De un lado, la dificultad de imponer la disciplina del mando homosexual, en particular, por ejemplo, en el caso de los instructores de la tropa (así, la jurisprudencia alemana, mencionada *supra*). Del lado inverso, la dificultad que entraña el mando a homosexuales y la posibilidad del abuso sobre los mismos. De otra parte, puede darse una afección horizontal por cuanto la unidad exigida entre compañeros, en tanto que la homosexualidad puede ser un elemento claro de fricción entre los mismos.

5- La clandestinidad propia en la que se desenvuelven las relaciones homosexuales hace que estos sujetos sean presa fácil de un hipotético chantaje del enemigo. (Este argumento se registra en la práctica norteamericana, así como en Israel.) En España, esta posibilidad se ha plasmado en la realidad, como se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1990 (jurisdicción penal). Se trataba del chantaje al que se vio sometido un militar homosexual, al que se le exigió la colaboración para perpetrar un robo y el mantenimiento de silencio, bajo amenaza de comunicar a los jefes de la dependencia militar en la que prestaba servicios su condición de homosexual. El sujeto homosexual solicitaba que se le aplicase la eximente incompleta o completa de estado de necesidad.

<sup>178</sup> 1- No debe resultar un problema el contacto físico usual en la relación militar, en tanto que también se dará entre los dos géneros, masculino y femenino, y no se observa en este sentido que opere negativamente.

2- La virilidad propia de los ejércitos resulta *per se* del todo rechazable, es un mero producto cultural espacial y temporal, además, la entrada de la mujer en los cuarteles resultaría también contraria a este valor de lo viril. En este sentido, hay quienes han señalado la posible tendencia bisexual de Napoleón Bonaparte, o recordado que Ricardo I, *Corazón de León* y otros reyes guerreros ingleses, hoy se sabe que fueron homosexuales, al igual que Federico el Grande de Prusia, bajo cuyo reinado se instituyó el más poderoso Ejército contemporáneo. Se advierte también que, por ejemplo Platón, en *El Banquete* abogaba por las relaciones homosexuales en el



La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

jurídica del homosexual (y no la del intolerante) la que queda respaldada por los derechos y libertades, también el ordenamiento jurídico debe sustentar y proteger la integración del homosexual en el estamento militar. *El Derecho, en esta parcela, bien puede actuar como impulso social hacia la paulatina aceptación social de la homosexualidad, o más bien al olvido de esta condición en el seno de los Ejércitos. Como se señaló respecto de las mujeres, la eficacia militar no atiende a sexos, ni a orientaciones sexuales, pues las cualidades que se requieren en las FAS no guardan relación con la*

---

Ejército, así como lo usual que era la homosexualidad entre los marciales espartanos. También se ha apuntado cómo en Nueva Guinea y Melanesia se mostraba la virilidad y aptitud guerrera practicando conductas homosexuales por los hombres; incluso se ha puesto de manifiesto que un estudio del año 1957 en la Armada norteamericana reveló que los homosexuales se revelaban como más eficaces que los heterosexuales. Todos estos datos aparecen dispersamente recogidos en la tesis doctoral de David Blanquer, cit., así como en PITARCH, José L, "Homosexualidad masculina y milicia", artículo publicado en *Turia* nº 1817, de 30 de noviembre de 1998, extra cultura gay y lésbica, págs. 21-22. En este sentido, las sentencias del TEDH subrayan que todos los militares expulsados habían sido muy valorados e informados para su promoción (cfr. párrafo 92 sentencia *Smith and Grady*.)

3- Debe prevalecer rotundamente del derecho a la salud de los demás militares para el caso de que el militar homosexual padezca el SIDA. Ahora bien, esta enfermedad no sólo encuentra entre los grupos de riesgo a los homosexuales, sino también a los heterosexuales de uno y otro sexo. Bien es cierto que en estos destinos, la Administración debería imponer la obligación periódica y genérica de someterse a los correspondientes análisis, a unos y otros. El TEDH también descarta sin mayor detenimiento los argumentos médicos (cfr. párrafo 108 sentencia *Smith and Grady*).

4- Por cuanto a las relaciones disciplinarias, hay que volver, de nuevo a la idea de que lo mismo que se afirma de los homosexuales puede afirmarse de las relaciones heterosexuales. Los abusos jerárquicos bien pueden darse con la misma probabilidad en las relaciones heterosexuales (siendo en este caso, un verdadero problema de machismo). Por cuanto a la capacidad de instruir por un homosexual, todo se hace depender de su aptitud de mando, que le lleve en su caso a superar el entorno sociológico que pueda ser hostil a su condición; si no tiene dicha aptitud, claro está, sí que quedará afectada la eficacia militar.

5- Respecto de la afirmación de que la homosexualidad mina la moral militar, la necesaria cohesión y la pérdida de poder militar hay que decir que en un Estado constitucional la "moral" de un sector de los poderes públicos no puede estar basada en la intolerancia. Aún es más, tal y como se incide en las sentencias del TEDH, que la homosexualidad sea rechazada por la mayoría de los militares (tal y como se desprendía del Informe del HTAP, datos que suscitaban serias dudas para el Tribunal) no implica que ello mine la moral y la eficacia militar. Precisamente los militares encuestados señalaban la indiferencia que les producía que hubiera homosexuales en los ejércitos aliados con los que continuamente realizaban prácticas militares (párrafos 48 y 102 sentencia cit.). Asimismo el informe del comité del Parlamento británico sobre los *Armed Forces' Bill* de 1991 afirmaba el estrés que producía la persecución del homosexual en el seno del ejército, señalando que la *caza de brujas* implicaba un importante descenso del rendimiento de hombres y mujeres de indudable competencia (cfr. párrafo 65 cit.). Por todo ello el TEDH rechazó la fehaciencia del daño moral y pérdida de combatividad de la fuerza inglesa (cfr. párrafos 99 a 105).

6- Por último, tampoco puede admitirse que los homosexuales sean fácil presa del chantaje, pues no siempre el homosexual oculta su condición. Pero lo que es más, a la misma extorsión puede verse sometido, por ejemplo, el militar heterosexual que mantenga relaciones extramatrimoniales.

*orientación sexual que se tenga, sino lo que debe centrar la atención es la aptitud, vocación y entrega para la vida militar.*

Por lo visto, si bien la situación del militar homosexual en España no resulta especialmente conflictiva, la normativa y jurisprudencia europea guía definitivamente hacia la superación de toda discriminación en esta parcela. De este modo, en virtud del artículo 10. 2º CE, la orientación sexual, con independencia de su adscripción al “sexo”, deberá entenderse como una condición sobre la que pesa la especial prohibición de no discriminación, gozando, por tanto, de la garantía reforzada que ello supone.

***2- Una paradoja histórica: las parejas de hecho(en su caso del mismo sexo) obtienen su primer reconocimiento Estatal, precisamente, en el seno de la institución militar***

Una vez atendido el marco en el que se mueve la cuestión de la homosexualidad en las FAS, así como habiendo advertido el valor simbólico que su aceptación puede tener en los Ejércitos, es menester poner de manifiesto el importante paso legal que, también a lo largo de la realización de este estudio, se ha operado en España.

Como es sabido, debido al proceso de profesionalización de las FAS se ha registrado una importante evolución de la normativa militar (ley del personal, régimen disciplinario, etc.) En el marco de este proceso, con la finalidad básica de adecuar el régimen de vivienda militar a las nuevas exigencias de un Ejército profesional, ha sido aprobada la Ley 29/1999 de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS. Lo dispuesto en el artículo 6 de tal norma supone que *las FAS se han convertido en la primera institución de la Administración Central del Estado que admite las parejas de hecho, y dentro de ellas, las del mismo sexo*<sup>179</sup>. El hecho sorprende más, si cabe, teniendo en cuenta que la ley de ámbito general de parejas de hecho, que dotaría de un reconocimiento civil a las mismas quedó en la legislatura disuelta en enero de 2000 en el

---

<sup>179</sup> Este artículo 6 versa sobre el derecho de uso de vivienda militar, por lo que ahora interesa se dispone lo siguiente:

2. En caso de fallecimiento del titular podrán ser beneficiarios del derecho de uso, también con carácter vitalicio y sin posibilidad de transmitir esta condición a terceros, el cónyuge que conviviera con él al tiempo del fallecimiento y las personas que se relacionan a continuación, si hubieran convivido con el titular los dos años inmediatamente anteriores: a ) Persona en análoga relación de afectividad que el cónyuge.”

Se sobreentiende que dicha persona no tiene por qué ser del sexo contrario al causahabiente, tal y como quedó constatado en la discusión parlamentaria de esta ley.

*cajón de los olvidos* por la falta de voluntad política de la coalición gobernante en la Comisión de Justicia.

Ahora bien, sin perjuicio de las coyunturas políticas que motivan este hecho<sup>180</sup>, aprobada definitivamente esta norma<sup>181</sup>, las repercusiones materiales de la misma por cuanto a las parejas homosexuales, es bien posible que sea mínimas<sup>182</sup>. No obstante, el valor simbólico del avance es indudable, un paso más en aras de la siempre positiva convergencia civil militar que ha estado en la base del presente estudio.

---

<sup>180</sup> Al respecto, se sigue lo afirmado en el artículo de MONTÁNCHEZ, Enrique, en *La Razón*, viernes 26 de marzo de 1999, pág. 22 “Malestar militar por la ley que reconoce las parejas de hecho en el Ejército”. En el mismo se advierte la reacción contraria en el seno de las FAS, donde se acusa al partido en el Gobierno de crear un “frente artificial” en unos momentos en los que los Ejércitos viven una “revolución interna”. Se afirma también las desavenencias de los sectores democristianos dentro del Partido Popular, así como entre los miembros de este partido en la Comisión de Defensa y la de Justicia (la que mantiene paralizada la ley general de parejas de hecho). Del mismo modo, se señalan las discordancias por este motivo del partido en el Gobierno con uno de los partidos que le dotan de apoyo, Coalición Canaria.

<sup>181</sup> Cabía esperar alguna dificultad para la definitiva aprobación de este artículo 6, no obstante, pese a que el tenor del mismo ha variado en el transcurso de su tramitación parlamentaria, la medida concreta respecto de las parejas de hecho no ha sido modificada. De hecho, sólo el senador de Coalición Canaria hizo referencia a la cuestión, considerando que no era lógico conceder el derecho reconocido en el artículo 6 para el caso de parejas de hecho, advirtiendo la necesidad de crear un registro de parejas para las propias FAS para la constatación de los dos años de unión de la pareja. No obstante, esta apreciación no mereció la contestación por ninguno grupo parlamentario.

<sup>182</sup> Como se afirma en el referido artículo periodístico, previo a la aprobación de la ley, este régimen exige un registro de parejas de hecho en los Ejércitos, registro negado a las parejas civiles. No obstante, bien es posible que fuesen excepcionales los casos en los que se oficializaran las parejas de hecho homosexuales, ante los temores que pudieran darse sobre la posibilidad de que ello condicionase el futuro de la carrera militar del homosexual.

## VII. Recapitulación y conclusiones

El presente estudio ha pretendido constituir un profundo y, si se quiere, atrevido análisis del papel que jurídicamente puede llegar a jugar la igualdad en la esfera militar, con una clara proyección de futuro. Se ha partido del convencimiento de que una adecuada entrada del valor, principio y derecho a la igualdad en el mundo de los cuarteles supone un factor de convergencia civil – militar, una contribución al máximo acercamiento posible que puede llegar a darse entre FAS y la sociedad a la que sirven y de la que forman parte. En este sentido se cree que el Derecho constitucional tiene un papel fundamental para avanzar en la materia.

\* \* \*

Para ello, como es lógico, era preciso aproximarse a la noción jurídica de la igualdad, para lo cual no se podía más que recoger los importantes materiales doctrinales y jurisdiccionales. Había que intentar escindir lo que supone la igualdad formal y material, siendo la primera la que se iba a situar como prisma de análisis de la realidad jurídica militar. Básicamente se ha centrado la materia en el derecho subjetivo a no recibir un trato no discriminatorio respecto de un bien o derecho concreto. De este modo, había que formularse la pregunta de cuándo se entiende que se ha producido una discriminación, para llegar a las conclusiones a las que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacionales. Desde estos sectores se han ido formulando unos criterios por medio de los cuales se puede llegar a advertir cuándo se produce este atentado a la igualdad formal, reconocida en el artículo 14 de nuestra norma básica. Estos parámetros se resumen básicamente en la necesidad de constatar la existencia real de trato diferenciado y que el mismo no cuente con una finalidad razonable o que, asimismo, no pueda reputarse congruente o proporcional. Ahora bien, en modo alguno se trata de una fórmula matemática que se pueda aplicar esperando un resultado cierto. Los criterios políticos y sociales que imperan en cada momento histórico determinan el sentido de la valoración de cuándo se entiende que se produce una discriminación con base a estos conceptos abstractos, amén de la coyuntura de cada caso particular. Sin embargo, éstas eran las herramientas con las que trabajar, confiando que su fundamento en

la razón las hiciera útiles para analizar la singularidad del Derecho militar. Al margen de estos términos generales de análisis de la posible discriminación, se ha advertido la materia particular que constituyen las cláusulas específicas de no discriminación, que a la postre, han adquirido importancia en la parte final del presente estudio. El análisis de la discriminación se torna más severo en los ámbitos en los que las circunstancias políticas, religiosas, de género, orientación sexual, etc. puedan ser la causa del trato diferenciado en cuestión.

\* \* \*

Una vez atendido someramente uno de los elementos nucleares del estudio, la igualdad, era momento de acercarnos al otro elemento referencial: la singularidad militar. Una institución como la militar, con unas funciones tan específicas como esenciales para el Estado constitucional exige una constitución diferente a la de todas las demás instituciones y organizaciones sociales, calculadas para desenvolverse en las condiciones del orden pacífico. Ello da lugar a la existencia de un Derecho de la Defensa, que viene a diferenciarse del resto de las regulaciones que configuran el ordenamiento jurídico general. En especial, dentro de este Derecho de la Defensa, es el relativo a la Defensa militar el que acaba adquiriendo la mayor singularidad, siempre en relación con el resto del ordenamiento. Se ha percibido cómo los valores y principios que inspiran esta rama del Derecho (unidad, disciplina, jerarquía, etc.) parecen distantes y ajenos a los valores y principios contenidos en la Constitución; incluso en ocasiones parece que el principio de la seguridad del Estado se superponga a la misma ley de leyes. No obstante, esta especial importancia de unos valores y principios particulares sólo cobra su razón de ser en favor del buen funcionamiento de los ejércitos, y no hay que olvidar que éstos tienen por fin último la más efectiva defensa del Estado constitucional. Se trata, pues, de la seguridad del Estado *constitucional*. Pero aún es más, se ha observado que, sin perjuicio del buen funcionamiento de los ejércitos, la particular posición política que han desarrollado las FAS en la Historia –en especial, en España- ha exigido hasta la fecha limitar el estatuto de las libertades públicas del militar, esto es, los derechos que se prestan más fácilmente a la politización, de la que se quiere aislar al hombre de armas. Todo ello tiene, a la postre, una honda repercusión en el estatuto de derechos y obligaciones del militar, bien *diferente* del resto de los ciudadanos. Así pues, se ha pasado a hablar de

especialidad del estatuto del militar en relación con el resto de los sujetos que componen la sociedad; éste ha sido el punto de vista nuclear de este estudio. El diferente tratamiento del militar respecto a los demás constituye la puerta de entrada del análisis de la igualdad.

\* \* \*

En este orden, se ha emprendido un exhaustivo análisis del seguimiento doctrinal y jurisprudencial del Derecho militar desde la perspectiva del principio de igualdad. ¿O es que acaso no rige el principio de igualdad en los ejércitos? Obviamente sí. La primera atención la ha merecido la doctrina y, si bien no ha constituido una sorpresa, se ha constatado que ha sido casi nula hasta la fecha la atención del principio de igualdad en el Derecho militar en todo aquello que no fuese relativo a la discriminación por razón de sexo. Forzosamente, la jurisprudencia constitucional sí que iba a constituir una fuente de análisis, aunque no por su voluntad, sino forzada por las peticiones de las partes, que en no pocas ocasiones, como se ha apreciado, han alegado la vulneración del artículo 14 CE por el diferente trato recibido por su condición de militar.

Siguiendo la jurisprudencia, los puntos de referencia eran varios. De una parte militares que invocaban su igualdad en relación con el diferente tratamiento que reciben respecto de otros ciudadanos en general, o bien con relación otros funcionarios públicos en particular. Cuestiones como la diferente jurisdicción a la que quedan sometidos los militares, su diferente tratamiento penal, sus límites particulares en sus derechos y libertades de naturaleza política o bien el mero tratamiento laboral diverso han generado una abundante jurisprudencia de nuestro alto Tribunal. Había que acudir, pues, al contenido de la misma, en buena medida descorazonador, ineludible objeto de crítica.

Así, se ha advertido cómo aquellos criterios conceptuales urdidos por el mismo Tribunal para determinar la existencia de un tratamiento discriminatorio, en apariencia tan claros como sencillos de aplicar, quedaban difuminados sino completamente olvidados en los autos y sentencias analizados. En no pocas ocasiones, sin un criterio claro, el máximo intérprete zanja el análisis de la igualdad por la mera consideración de que no se puede comparar a los militares con otros funcionarios o el resto de la ciudadanía de a pie. Lo peor es que lo que no es comparable para el Tribunal en unos supuestos, en otros sí parece serlo. Son, por el contrario, excepcionales las ocasiones en las

que el Tribunal sí que entra a explicar con detalle porqué no existe la posibilidad de efectuar la comparación.

Los asuntos que superan esta *primera criba*, debieran pasar a ser estudiados desde los parámetros de la finalidad, congruencia y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, no siempre el Tribunal ha seguido este camino -aparentemente tan claro- para someter a su juicio la posible discriminación del diferente trato del militar. Por lo general, le ha bastado aludir de forma genérica a “las finalidades de las FAS” como *remedio mágico* que justifica todo tratamiento específico de lo militar, sin entrar en mayores consideraciones. Pero esto no es todo, la deficiente actuación del Tribunal culmina cuando llega a analizar la proporcionalidad estricta de la medida diferente que se aplica al militar, en razón de una finalidad. Quizá sea la proporcionalidad el verdadero *talón de Aquiles* del Tribunal. Y es que si bien es posible entender que lo militar y lo civil por necesidad deben recibir un diferente trato en muchas cuestiones, este diferente trato debe ser el mínimo necesario -en aras de una necesaria convergencia civil-militar-. Por ello, no siempre debieran justificarse las graves diferencias que se dan entre el ordenamiento común y el militar; siendo ahí, precisamente, donde entra en juego la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, si ya es muy difícil encontrar alguna resolución en la que se aluda a la proporcionalidad, ni una sola vez el Tribunal entiende desproporcionado el diferente trato conferido al miembro de la institución castrense.

Así pues, no han sido escasas las críticas vertidas a la obra jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Lo que en apariencia no era más que la aplicación de un sencillo escrutinio para advertir si la medida diferente era o no discriminatoria, dista mucho de suponer la aplicación de una fórmula que nos dicte el resultado positivo o negativo. El Tribunal no siempre aplica la fórmula, no siempre la aplica bien y ni siquiera cuando la aplica bien le da resultados semejantes.

\* \* \*

No obstante, el presente estudio no podía quedar ahí, en la formulación de una fácil crítica de la evolución seguida hasta la fecha. Como es sabido, la crítica por sí poco aporta. Partiendo de la misma era menester formular algunas posibles soluciones de cara al futuro, ¿tiene alguna virtualidad afirmar el principio de igualdad para los Ejércitos, o sólo tiene cabida cuando se trata de las cláusulas

específicas de no discriminación? La respuesta, a mi juicio, debe ser positiva, el principio de igualdad tiene una potencial aplicación en el ámbito militar que va más allá de su mera formulación para los casos de discriminación religiosa, por razón de sexo, raza, etc. Ahora bien, lo que es imprescindible es delimitar su posible campo de actuación.

En este sentido, se ha considerado que es posible comparar al militar tanto respecto del resto de los ciudadanos cuanto respecto de los distintos servidores públicos. Y lo que es más, creo que es posible analizar la admisibilidad de los tratos diferentes dentro de la propia institución militar, no sólo para las distintas situaciones administrativas, sino también respecto de los distintos empleos y diferentes Armas, Cuerpos o Ejércitos. La comparación es, pues, posible respecto de todos los puntos de referencia; lo que importa es apreciar sobre qué materias el trato diferente que se da entre civiles, funcionarios y militares puede ser fiscalizado desde el criterio de la igualdad. Es respecto de ello sobre lo que se han establecido algunas consideraciones.

En primer término, se ha entendido oportuno excluir del ámbito del principio de igualdad todo aquello que afecta a los derechos fundamentales del militar y no implique la atención de las prohibiciones específicas de no discriminación. Así pues, queda excluido del criterio de la igualdad un ámbito cualitativa y cuantitativamente muy importante del Derecho militar. No en vano, la particularidad del ordenamiento castrense reside en buena medida en sus constantes limitaciones de los derechos fundamentales del militar (Derecho penal, disciplinario, estatuto político, etc.) El criterio para esta exclusión ha sido claro: la mejor protección de los derechos fundamentales que se otorga cuando la cuestión se analiza como un problema de límites a los derechos, de ahí que no haya que acudir al principio de igualdad.

Como se ha afirmado, qué decir tiene que un análisis serio desde esta perspectiva de los derechos fundamentales también debe implicar una mayor convergencia del ciudadano militar respecto del resto de la sociedad, pues, no olvidemos, la igual dignidad de todos los seres humanos está en la base del reconocimiento de los derechos y libertades. Ahora bien, precisamente con el fin de que tal convergencia se dé con mayores garantías, no debe articularse jurídicamente a través de la igualdad.

Excluida una parte tan importante del estatuto del militar, había que atender qué es lo que sí debe articularse a través del principio de igualdad. Así, se ha estimado cómo la igualdad puede erigirse en la



herramienta que aproxime el estatuto laboral y funcional del militar con el resto de la sociedad. Del mismo modo, aunque pueda llegar a sorprender, no se ha excluido la posibilidad de invocar la igualdad dentro de los ejércitos, y no sólo en razón de las distintas condiciones laborales de unos y otros militares. Claro está que la disciplina y la jerarquía dificultan un tratamiento igualitario en el seno de los ejércitos, no obstante, la cuestión parece residir en el grado admisible de diferenciación entre lo que son personas con igual dignidad. Del mismo modo, la igualdad puede llegar a proyectarse por cuanto a las diferencias entre los diferentes Ejércitos, Cuerpos y Armas que hay en las FAS. Así pues, se ha considerado que la igualdad no sólo puede jugar un importante papel para analizar el régimen militar respecto del ordenamiento común, sino que también puede operar con mayor o menor intensidad puertas hacia dentro, y ello, cabe insistir, sin que suponga atentado alguno contra caracteres esenciales de las FAS, los imprescindibles para el buen desempeño de las misiones que constitucionalmente tienen asignadas.

\* \* \*

Llegados a este punto, restaba abordar el tema al cual parece dirigirse toda la atención cuando se trata la igualdad y los ejércitos: la cuestión del sexo. Sobre el particular no podía menos que operarse una especial observancia al proceso de profesionalización de las FAS, pues en virtud del mismo los Ejércitos están experimentando no pocos cambios, con una importante repercusión por cuanto a la entrada de la mujer en los ejércitos. Además, se ha partido de la convicción de que este tema resulta un parámetro oportuno con el que apreciar en qué lugar se encuentran nuestros Ejércitos en el interminable camino de la “sociedad democrática avanzada” de la que habla el Preámbulo de nuestra ley de leyes. No en vano, la tardanza en incorporar a la mujer en las FAS resulta una clara muestra de lo que viene a constituir el ámbito militar: un marco muy resistente a la entrada de los derechos y libertades propios a una sociedad democrática. En nuestra Historia preconstitucional se imposibilitó la incorporación del *sexo débil* a una institución *tan viril* como los Ejércitos; claro está, no contábamos con un régimen constitucional. Más difícil de explicar parece el retraso de más de diez años en la entrada de la primera mujer militar en los cuarteles, a pesar de la vigencia efectiva de la Constitución; asimismo,

ha habido que esperar dos décadas para la plena igualdad de sexos en el acceso a la institución militar.

Pues bien, partiendo de la clara exigencia constitucional e internacional de la incorporación de la mujer en las FAS en condiciones de igualdad, se ha prestado atención a los más recientes cambios normativos así como jurisprudenciales, que han despejado el camino a la igualdad de sexos. No obstante, se ha puesto de manifiesto cuál es el interés actual en abrir las puertas a la mujer: son imprescindibles para que se pueda llevar a cabo con éxito el proceso de profesionalización. Ha sido este el motivo, a mi juicio, para que la apertura de puertas al género femenino se haya llevado a cabo cometiendo incluso algunos excesos en su favor. En este sentido, se ha subrayado el mal entendimiento de la igualdad que supone exigir diversas pruebas físicas al hombre y a la mujer, siendo que - por decirlo con claridad- al enemigo le es indiferente el sexo de su adversario. De ahí que también se entienda que no es el Ejército el mejor marco para que se lleven acciones positivas que aceleren la entrada de la mujer, está en juego la defensa efectiva del Estado, del Estado constitucional.

Se ha atendido también la delicada cuestión de la maternidad militar, a mi juicio el único espacio donde sí deben tener lugar las referidas acciones positivas que compensen las dificultades de las mujeres para poder fundar una familia y desarrollar una vida en condiciones. Sobre el particular se ha seguido con preocupación los obstáculos con los que se topa la madre militar profesional. Concretamente se ha observado cómo la madre o futura madre de tropa profesional que pretende continuar en las FAS debe ser evaluada positivamente para prorrogar su situación. Ante esta exigencia, no puede desconocerse que la maternidad puede jugar (no explícitamente, claro está) un papel negativo determinante sobre tal evaluación. En este sentido se han llegado a proponer algunas posibles medidas reglamentarias ante una ley ya aprobada. Esta normativa podría contener el establecimiento de algunas garantías específicas en la evaluación y renovación cuando se tratase de una mujer en estado o que haya dado a luz con proximidad en el tiempo (como pudiera ser por ejemplo la creación de comisiones específicas al efecto).

\* \* \*

Como última parte de este estudio se ha prestado atención a un fenómeno verdaderamente simbólico para advertir el grado de tolerancia social: la homosexualidad en los ejércitos. La materia resulta de curioso interés y de rabiosa actualidad tanto nacional como internacional. Y es que cabe decir, que una vez cerrada la presente obra se han dado importantes resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incorporadas en la versión definitiva que ahora sale a la luz, que no venían sino a ratificar la posición sostenida. Como ha tenido ocasión de seguirse, España no se sitúa entre los países más intolerantes con el militar homosexual, entre los que destaca el entorno anglosajón que acaba de ser seriamente reprendido y ha acabado por asumir una posición tolerante. Aquí *únicamente* se castiga a quien lleva a cabo prácticas homosexuales en el marco de la actividad militar. El problema, aunque no se deduce expresamente de las normas, se suscita porque la penalidad puede ser mayor para las conductas homosexuales que para las heterosexuales. La cuestión, en todo caso, parece que tiene una pronta solución. Amén de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, la Unión Europea (institución política bastante alejada tanto de los derechos y libertades cuanto de los Ejércitos) ha venido a reconocer normativamente de forma expresa la no discriminación por orientación sexual. De este modo, en principio, las diferencias de trato sobre los militares homosexuales habrán de remitir en el futuro.

El estudio ha concluido con la atención a una reciente ley aprobada en nuestro país, en apariencia ajena al campo de análisis: la Ley 29/1999 de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las FAS. En la misma se recoge lo que constituye una auténtica ironía histórica: el ámbito militar ha pasado a constituir vanguardia en materia de derechos fundamentales, el Ejército es la primera institución estatal en la que se han reconocido las parejas de hecho y, entre ellas, las constituidas por homosexuales. Parece que se trata de un recibimiento testimonial del nuevo milenio en el que, sin duda, la sociedad democrática acogerá en su seno al colectivo militar en plena convergencia con el resto de la ciudadanía, a resultas de la plena vigencia del principio de igualdad.

## BIBLIOGRAFIA EMPLEADA

AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.

ALONSO BAQUER, Miguel, en “Los problemas de la profesionalidad militar”, en *Cuenta y Razón del pensamiento actual*, nº 85, enero - febrero de 1994, dedicado exclusivamente a Seguridad y Defensa, págs. 16-21.

ALONSO GARCÍA, Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, en *Revista de Administración Pública*, (vol. 1) nº 100, 1983, págs. 21 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996

ÁLVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 1997.

ALVÁREZ ROLDÁN, Luis B. , “La igualdad, la mujer y los Ejércitos”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54 julio-diciembre de 1989, págs. 259-278.

ARROYO YANES, Luis M. , “Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 59/60, 1992, págs. 115- 133.

BACHELET, Vittorio, *Disciplina militare e Ordinamento Giuridico Statale*, en “Scritti Giuridici”, volumen III, Giuffrè, Milano, 1981.

BAÑÓN, Rafael y OLMEDA, José A., “El estudio de las Fuerzas Armadas”, en AA. VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-59.

BARRERE UNZUETA, María A. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.

BLANQUER CRIADO, David:

-*Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996.

-*Introducción al Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 1998.

BLAY VILLASANTE, F. “Privilegios y limitaciones de las leyes sancionadoras militares”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 55, enero-junio de 1990.

BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

BUSQUETS, Julio, *El militar de carrera en España*, (3ª ed. ), Ariel, Barcelona, 1984.

CARRERAS, Mercedes, "Orientación sexual y discriminación en los Estados Unidos", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 18/19, perteneciente al año 1997, publicado en 1998, págs. 97-114.

CHUECA SANCHO, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, (2ª ed.), Barcelona, Bosch, 1999.

CORTES GENERALES. Constitución española. Trabajos Parlamentarios, (4 vols.) Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980.

COTINO HUESO, Lorenzo:

- "El principio de supremacía civil: perspectiva histórica y recepción constitucional.", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 17, perteneciente a otoño de 1996, publicado en septiembre de 1997, págs. 89-136.

- "El reto de la profesionalización total de la Administración militar", comunicación presentada en las *XIX Jornadas sobre la Administración Pública*, (julio de 1997) organizadas por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. Estas jornadas han sido publicadas bajo el título *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, el trabajo referido se corresponde con las páginas 289-312.

- "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)", en *Revista del Poder Judicial*, nº 54, abril-mayo de 1999.

- "La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas", de próxima publicación en la *Revista de Derecho Político de la UNED*, con una extensión de 48 páginas.

- "Exigencia del conocimiento de los derechos humanos y los principios democráticos por los funcionarios militares", en *AA.VV Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 308-331.

DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FAVOREU, Louis, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50, mayo-agosto, 1997, págs. 13-28.

FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el siglo XIX*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ FLORES, José L., “Los fundamentos el orden jurídico militar en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en la obra colectiva *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de derechos humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 4 - 24 de febrero de 1984, presentación y edición a cargo de Luis Prieto y Carlos Bruquetas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 263-274.

FERNÁNDEZ SEGADO,

-“El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 44-50, enero de 1985- diciembre de 1987, págs. 89-133.

- “El marco constitucional. La jurisdicción militar: su organización y competencia”, en comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 11-102.

- “La posición constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar*, año 1993, enero-junio, págs. 13-71.

FERNANDO PABLO, Marcos M. , “Ejército, policía y libertad sindical”, en *Revista de Política Social* nº 44, octubre-diciembre, 1984, ahora en DOMINGUEZ- BERRUETA, Miguel y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 402-450.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del TEDH”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11/12, Valencia, 1995, págs. 97-114.

FUENTES GÓMEZ DE SALAZAR, “Las personas al servicio de la Defensa”, en *La defensa de España ante el siglo XXI*, coordinado por Hermann Oehling, Fundación Cánovas del Castillo, Veintiuno, Madrid, 1997, págs. 273-304.

GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado”, en *Revista Española de Derecho Militar* nº37, 1979, págs. 93 – 177.

GARCÍA DE LA CRUZ, Juan J. “La seudoprofesionalización de la tropa”, en *Claves de la razón práctica*, nº 82, mayo de 1998, págs.59-65.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, “El principio de igualdad” en LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.), *Derecho Constitucional*, (Vol. I), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 159-180.

GARRIDO LÓPEZ, Carlos, “Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, números 11/12, primavera - verano de 1995, págs. 213-240.

GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GRIMM, Dieter, “La Constitución como fuente del Derecho”, en, BARATTA. A y otros, *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, Eds. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983.

HARRIES - JENKINS, Gwyn y MOSKOS Jr., Charles, *Las fuerzas armadas y la sociedad*, con introducción de ALONSO BAQUER, Miguel, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

HAURIOU, Maurice:

- *Précis de Droit Constitutionnel*, Libraire du Recueil Sirey, 2ª ed, París, 1929.

- *Principes de droit public*, 2ª edición, Libraire du Recueil Sirey, 1916.

HEADRICK, Daniel. R, *Ejército y política en España (1866-1898)*, Tecnos, Madrid, 1981 págs. 60-85.

HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio R. *Introducción al Derecho Administrativo Militar*, (vol I) *Fuentes, Orgánica y actuación administrativa*, Academia General del Aire, San Javier, 1995.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 43, 1998, págs. 11-27.

HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado y el Estado*, (1957), Círculo Militar, Buenos Aires, 1962.

JANOWITZ, Morris, *The professional Soldier*, The Free Press, 1960, ahora en *El soldado profesional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1990.

JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa Social y Democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “Principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas del militar. En especial los derechos de libertad de expresión, asociación, intimidad y *habeas corpus*”, comunicación presentada en el Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicada en *Cuadernos del Poder Judicial*, monográfico nº 2, 1992, págs. 207-239.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando:

- “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III. , págs. 2547-2596

- *La caracterización jurídica de las FAS*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

MANCINI, Federico, “Equivoci e silenzie sull sindacato di polizia”, en *Revista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, págs. 286 y ss.

MARTÍN PÉREZ, Ángel, “La mujer y las Fuerzas Armadas”, en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RAMÓN, Fernando y coordinada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, Javier, Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales “Lucas Mallada”, Academia General Militar, Madrid, 1995, págs. 585-603.

MOSKOS Jr., Charles y WOOD, Frank R. *Lo militar: más que una profesión?*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1991.

MOSKOS, Charles C. “La nueva organización militar: ¿institucional, ocupacional o plural?”, en AA. VV, *La institución militar en el Estado Contemporáneo*, compilado por Rafael BAÑÓN, y José A. OLMEDA, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 140-152.

NEVADO MORENO, Pedro T. , *La función pública militar*, con estudio Preliminar de Ramón Parada Vázquez, Marcial Pons, Madrid, 1997.

OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, págs. 253-285.



PITARCH, José L, "Homosexualidad masculina y milicia", artículo publicado en *Turia* nº 1817, de 30 de noviembre de 1998, extra cultura gay y lesbica, págs. 21-22.

PUMAROLA ALAIZ, Luis, *Democracia y Ejército. (Vulgarización sobre los fines y medios del Ejército en la sociedad actual)*, Católica Toledana, Toledo, 1928.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María R. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, págs. 637-684.

SALCEDO Y RUÍZ, Ángel, *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE Y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio,

- *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- con JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.

SENECHAL, Michel, *Droits Politiques et liberté d'expression des officiers des Forces Armées*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1964; los *Recueils de la Société Internationale de Droit Penal militaire e de Droit de la Guerre*, (dos volúmenes), Séptimo Congreso Internacional, celebrado en San Remo en septiembre de 1976, Bruselas, 1978.

SUAY RINCÓN, José, en *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985 o en "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios en Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 837-892.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, (2ª ed. 1997).

AA. VV *El principio de igualdad en la Constitución Española*, (2 volúmenes), Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991.

La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI · CEC, Madrid, 2000.

AA. VV *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (editor), DYKINSON- Fundación Alfredo Brañas, Madrid, 1994.

AA. VV. , *La profesionalización en los ejércitos. Un cambio radical de mentalidad para un Estado moderno*, (Coordinado por Martín Aleñar Ginard), Veintiuno, Madrid, 1996.

Curso del CGPJ sobre la Jurisdicción Militar, publicado en *Cuadernos del Poder Judicial*, monográfico nº 2, 1992.